

REVISTA ELETRÔNICA

ESCOLA JUDICIAL DO TRT5 | Ano I, número 1, dezembro de 2012



REVISTA ELETRÔNICA DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT5
Ano I, número 1, dezembro de 2012

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª RGIÃO
- BAHIA -

PRESIDENTE:

Desembargadora Vânia Jacira Tanajura Chaves

VICE-PRESIDENTE:

Desembargadora Yara Ribeiro Dias Trindade

CORREGEDOR REGIONAL:

Desembargador Valtércio Ronaldo de Oliveira

VICE-CORREGEDOR REGIONAL:

Desembargador Luiz Tadeu Leite Vieira

DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL:

Desembargador Edilton Meireles

CONSELHO EDITORIAL:

Desembargador Cláudio Brandão

Desembargador Edilton Meireles

Juíza Andréa Presas

Juíz Luciano Martinez

Juíza Marília Sacramento

Juíz Murilo Sampaio

Juíza Silvia Teixeira

ORGANIZAÇÃO:

Ana Aragão

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO ELETRÔNICA:

Marcelo Edington de Magalhães

Colaborações e Sugestões poderão ser encaminhadas para o e-mail

revista.escola@trt5.jus.br

TRT5



SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO	5
2. ARTIGOS	
2.1. Liquidação do dano à pessoa - Edilton Meireles	6
2.2. A nova lei 12.619/2012 que disciplina a profissão do motorista: questões controversas - Tereza Aparecida Asta Gemignani e Daniel Gemignani	29
2.3. O sofisma do acesso à justiça para o empregado - Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale	35
2.4. Eficiência e segurança jurídica: uma crítica à vinculação decisória a partir do método de Karl Popper - Guilherme Guimarães Ludwig	52
2.5. Direitos fundamentais na relação de emprego - Priscila Cunha Lima de Menezes	60
2.6. A autonomia conceitual das obrigações de pagar quantia certa no sistema brasileiro - Rodolfo Pamplona Filho e Laís Durval Leite	73
2.7. Terceirização: responsabilidade trabalhista da administração pública - Ana Luisa Aguiar de Sousa	86
2.8. Como compatibilizar a atividade laboral desportiva do menor com o princípio da proteção integral - Renata Tavares	90
2.9. O Direito ao mínimo existencial - Jorge Ricardo da Silva Valois	99
2.10. Garantia de amparo ao trabalhador diante da irresponsabilidade patrimonial da administração pública nas terceirizações - Adriano Barreto Vieira	109
3. ACÓRDÃOS	
3.1. Recurso Ordinário nº 0001239-22.2010.5.05.0132 . Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 21/11/2012. Desembargador Alcino Felizola	115
3.2. Recurso Ordinário nº 0000300-07.2011.5.05.0003 . Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 05/11/2012. Desembargadora Ana Lúcia Bezerra Silva	120
3.3. Recurso Ordinário nº 0000259-03.2010.5.05.0641 . Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 05/11/2012. Desembargador Cláudio Brandão	124
3.4. Recurso Ordinário nº 0000151-23.2011.5.05.0581 . Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 12/11/2012. Desembargadora Dalila Andrade	134

3.5. Recurso Ordinário nº 0000287-42.2011.5.05.0024. Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 06/08/2012. Desembargador Jeferson Muricy	140
3.6. Recurso Ordinário nº 0000267-93.2011.5.05.0010. Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 05/11/2012. Desembargadora Lourdes Linhares	148
3.7. Recurso Ordinário nº 0000036-39.2011.5.05.0019. Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 02/03/2012. Desembargadora Marizete Menezes	153
3.8. Recurso Ordinário nº 0000944-57.2011.5.05.0032. Acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 23/10/2012. Desembargadora Nélia Neves	156

4. SENTENÇAS

4.1. Processo 0000277-85.2012.5.05.0016. 16ª Vara do Trabalho de Salvador. Sentença publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 19/06/2012. Juíza Andréa Presas Rocha	163
4.2. Processo 0000005-40.2012.5.05.0033. 33ª Vara do Trabalho de Salvador. Sentença publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 16/05/2012. Juiz Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	171
4.3. Processo 0001162-71.2011.5.05.0651. Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa. Sentença publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 31/05/2012. Juiz Rinaldo Guedes Rapassi	179
4.4. Processo 01240-2009-651-05-00-2-RT. Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa-BA. Sentença publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição 15/07/2010. Juiz José Luiz da Costa Pava	192

5. SEMANA INSTITUCIONAL - PROPOSTAS RETIRADAS DAS OFICINAS TEMÁTICAS E APROVADAS EM PLENÁRIA

GRUPO 1 - Saúde dos Magistrados	198
GRUPO 2 - Processo Trabalhista, Boas Práticas	200
GRUPO 3 - Efetividade da Execução	202
GRUPO 4 - Ações Sociais	206
GRUPO 5 - Prerrogativas dos Magistrados	210

Apresentação

É com grande satisfação que o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região lança a 1ª Revista Eletrônica Jurídica do TRT5, uma coletânea de artigos, acórdãos e sentenças dos magistrados deste e de outros Tribunais, editados em 2010, 2011 e 2012, disponíveis agora também em meio eletrônico.

O TRT da 5ª Região, que está implantando em 2012 o Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT), apresenta também suas publicações jurídicas na web, democratizando e oferecendo para todos os internautas os seus conteúdos.

Estamos certos de que a Revista espelha a boa desenvoltura e contemporaneidade do pensamento de nossos magistrados, e apesar de ser uma pequena mostra desse trabalho, tentamos reunir algumas peças que deixam sua marca na construção de um pouco da história do TRT da Bahia, de forma eficiente, moderna e dinâmica.

Percebe-se, assim, que o TRT da 5ª Região encontra-se em constante evolução, aprimorando, a cada dia, a sua estrutura física e tecnológica, e oferecendo à Magistratura um ambiente favorável à divulgação de material jurídico relevante para o desenvolvimento da jurisprudência na Justiça do Trabalho.

Boa leitura!

VÂNIA J. T. CHAVES

Presidente do TRT 5ª Região

ARTIGOS

LIQUIDAÇÃO DO DANO À PESSOA

Sumário. 1. Introdução. 2. Das indenizações. 2.1. Indenização em caso de morte. 2.1.1. Funeral. 2.1.2. Luto. 2.1.3. Credores da pensão. 2.1.4. Idade provável. 2.1.5. Valor da pensão. 2.1.6. Vítima menor. 2.1.7. Pensão em favor do menor. 2.1.8. Morto que não exerce atividade laborativa. 2.1.9. Alimentos in natura. 2.2. Indenização em caso de lesão temporária à saúde. 2.2.1. Despesas de tratamento. 2.2.2. Lucros cessantes. 2.2.3. Outros prejuízos. 2.2.4. Dano biológico sem perda da capacidade laboral. 2.3. Indenização em caso de lesão definitiva à saúde. 2.3.1. Pensão vitalícia. 2.3.2. Indenização arbitrada e paga de uma só vez. 2.3.3. A incapacidade social. 3. Formas de reparação. 4. Liquidação do dano moral. 4.1. Dano moral na morte de outrem. 5. Liquidação dano estético. 6. Liquidação do dano material. 6.1. Indenização fixada pelo juiz criminal. 6.2. Valor da pensão. 6.3. Liquidação do dano em parcela única. 6.3.1. Método de cálculo por pontos. 6.3.2. Método multiplicador ou linear. 6.3.3. Método do capital rentável. 6.3.4. Método do capital amortizável ou matemático financeiro. 6.3.5. Método concreto. 7. Compensação do lucro com o dano. 7.1. Liberalidades ou doações em favor da vítima. 7.2. Benefícios previdenciários. 7.3. Seguros. 7.4. Heranças e legados. 8. Juros sobre a indenização por danos morais. 9. Correção monetária. 10. Extensão da indenização por atos ilícitos. 11. Indenização na culpa concorrente. 12. Conclusão. 13. Referência.

1. Introdução

A doutrina e jurisprudência vacilam muito no momento de fixação do valor do dano em decorrência de lesão causada a outrem. Neste sentido é que, procurando contribuir para o debate, neste trabalho trataremos de algumas questões práticas relacionadas especificamente à quantificação da indenização devida pelo ofensor em face do dano causado à integridade física de outrem.

São várias as situações e, ao certo, não esgotaremos todas elas. Procuraremos abordar as situações mais comuns, especialmente as mais controversas, como, por exemplo, quanto à definição do valor da indenização no caso de dano moral.

2. Das indenizações

Antes de adentrarmos nas questões diretamente relacionadas à liquidação dos danos, cabe rever algumas lições relacionadas às indenizações devidas em caso de lesão à pessoa.

2.1. Indenização em caso de morte

No caso de morte, o art. 948 do Código Civil, prevê que a indenização consiste, “sem excluir outras reparações”, “I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

A indenização, portanto, deve incluir, além de outras reparações eventualmente devidas, o ressarcimento havido com o tratamento da vítima, se for o caso delas ter ocorridos antes da morte.

O dano aqui, se houver, seria causado à própria vítima, que arca com as despesas de tratamento. Logo, ele se transmite ao Espólio e aos seus herdeiros.

2.1.1. Funeral

Deve se incluir, ainda, no valor da indenização o ressarcimento das despesas havidas com o funeral da vítima. As despesas do funeral devem ser ressarcidas a quem arcou com as mesmas. Tais despesas, pois, não necessariamente são arcadas pelo Espólio ou sucessores. Logo, a legitimidade para exigí-las recairá sobre quem arcou com tais despesas.

Nas despesas do funeral se incluem todas aquelas realizadas para o sepultamento da vítima, desde que não fujam ao razoável e sejam adequadas à posição social do falecido. Devem ser levados em conta, ainda, além da condição

EDILTON MEIRELES,
Desembargador do Trabalho
do TRT da 5ª Região (Bahia).
Doutor em Direito (PUC/SP).
Pós-doutor (Universidade de
Lisboa). Professor Adjunto
da UFBA e da UCSal.

social do morto, os usos e costumes locais relativos aos atos de enterro, bem como as exigências religiosas e a vontade de manifestação do falecido quanto aos atos pertinentes, salvo quanto ao que foge ao que normalmente se admite como razoável.

Por exemplo, se a vítima manifestou a vontade de ser cremado, razoável que se imponha ao ofensor o ônus de arcar com a despesa respectiva. Fora do razoável seria exigir o pagamento de um funeral no topo da Cordilheira dos Andes de alguém que gostava de fazer alpinismo.

Óbvio, ainda, que não se pode exigir o pagamento das despesas de funeral pomposo para uma pessoa que vivia em dificuldades financeira ou pertencente à camada de baixo escalão social. Por outro lado, é razoável a despesa com a compra de um jazigo perpétuo de pessoa (ou sua família) que tinha condições social e econômica para adquiri-lo se vivo fosse. O mesmo se diga em relação ao mausoléu.

Incluem-se, em fim, nesta categoria, todas as despesas inerentes ao funeral, desde o velório ao enterro, englobando-se a compra do esquife, a locação do espaço para o velório, as flores, espaço para o enterro (cova), anúncios, trasladação do corpo, cerimônia religiosa, etc, tudo de acordo com os usos e costumes e tradições religiosas das pessoas da classe social da família do falecido.

É muito comum, porém, da parte não fazer a prova das despesas de funeral. Mas elas são presumidas. Daí porque, o STJ, tem firme jurisprudência entendendo que, neste caso, deve ser assegurado um valor para ressarcir as despesas do funeral, ainda que arbitrada pelo juiz (vide Resp. n. 860.221, Rel. Min. Luís Felipe Salomão).

Podemos, inclusive, citar decisão no mesmo sentido, quando, então, decidiu-se, verbis:

“Desnecessidade de comprovação das despesas de funeral para a obtenção do ressarcimento dos causadores do sinistro, em face da certeza do fato, da modicidade da verba quando dentro dos parâmetros previstos pela Previdência Social e da imperiosidade de se dar proteção e respeito à dignidade humana. Precedentes do STJ” (REsp 625161/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho).

No mesmo sentido:

“Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza do fato do sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana” (REsp 210.101/PR, Rel. Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal Convocado).

O STJ, todavia, ainda hoje, tem arbitrado esse valor em quantia idêntica ao que seria devido pelo INSS a título de auxílio funeral. Tal benefício previdenciário, porém, já foi extinto desde 1997, com a revogação imposta pela Lei n. 9.528/97.

Pode-se, então, pensar em arbitrar esse valor, por analogia, tomando como parâmetro o disposto no art. 226 da Lei n. 8.112/91 (Estatuto do Servidor Público Federal), que fixa o auxílio funeral devido aos familiares do servidor falecido em quantia equivalente à remuneração percebida pelo de cujus.

Tal valor, assim, na ausência de prova efetiva das despesas de funeral, serviria para ressarcir a perda econômica sofrida com o enterro da vítima. Óbvio, porém, que tal raciocínio somente deve ser aplicado em favor dos familiares do falecido. Já em relação ao terceiro que tenha custeado as despesas do funeral, caberá ao mesmo fazer a prova respectiva.

2.1.2. Luto

Por luto da família se entende o período no qual os familiares mais próximos da vítima se resguardam, em sentimento de tristeza, devida a dor sofrida com a perda de ente querido. Tal período, pois, deve ser ressarcido, quando o enlutado deixa de produzir renda (produzir; trabalhar) ou mesmo sofre abalo moral.

Veja o exemplo de um autônomo, que somente obtém renda quando labora. Nos dias de luto o mesmo deixa de trabalhar. Logo, sofre um dano a ser reparado pelo causador da ofensa que resultou na morte de seu familiar.

O período de luto, por sua vez, é controvertido. Ao adotar os parâmetros mencionados em lei, teríamos que ele se resume há dois dias para os empregados em geral (inciso I do art. 473 da CLT), nove dias para os professores (§ 3º do art. 320 da CLT) e oito dias para o servidor federal (alínea “b” do inciso III do art. 97 da Lei n. 8.112/90).

Razoável, porém, é tomar como parâmetro a regra do inciso III do art. 217 do CPC, que veda a citação de parentes do falecido até o sétimo dia seguinte ao falecimento. Para fins de apuração dos lucros cessantes, pois, ter-se-ia como limite o luto de até sete dias.

Por “família”, por sua vez, deve se entender todos os entes queridos e mais próximos do falecido. Não só os familiares tais como assim previstos em lei, mas também o cônjuge, o companheiro, o dependente não-parente, madrasta ou padrasto, enteados, menor sob guarda ou tutela, etc.

Pode-se, de qualquer modo, estabelecer a regra de que o luto envolve, pelo menos, o cônjuge (igualando-se os

companheiros), os ascendentes, os descendentes, os irmãos e os dependentes do falecido, em aplicação analógica do art. 473 da CLT.

Óbvio, porém, que aquele que apenas é empregado ou servidor e que durante o período de luto recebe seus salários, não sofre qualquer dano material neste período. Logo, a indenização relativa à perda da renda não se aplica neste caso.

Outrossim, no conceito de luto a ser indenizado, considerando as circunstâncias, usos e costumes locais e religiosos e a posição social e econômica da família, também se inclui as despesas havidas com a aquisição de roupas fúnebres (exemplo de roupas escuras) para os familiares da vítima, bem como os gastos com cerimônias religiosas após o enterro (missa de sétimo dia, etc), tudo com respeito ao princípio da razoabilidade.

Ressalte-se, ainda, que, neste caso, a legitimidade para exigir a indenização pelo luto será da própria pessoa enojada. Diga-se, ainda, que aqui se cuida, tão somente, do dano material decorrente do luto.

Por fim, ressalte-se que há doutrinadores que sustentam que o Código Civil, ao tratar do luto da família, apenas quis se referir ao dano moral sofrido pelas pessoas próximas do falecido. Assim não entendemos, no entanto, já que ela parte de uma interpretação restritiva do dispositivo em comento. Cremos, assim, que essa regra tanto respalda a pretensão da indenização moral, como a material.

2.1.3. Credores da pensão

A lei também prevê o pagamento de uma “prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia”. Aqui o dano é gerado à pessoa a quem o morto devia alimentos. Se vivo fosse, o devedor da prestação alimentícia iria pagá-la, logo o causador da morte deve assumir tal obrigação.

Destaque-se, de logo, que como a pensão é devida a quem o morto a devia, somente tais dependentes são quem possuem legitimidade para reclamar tal pensão. Trata-se de direito próprio dos dependentes e não do falecido.

Tal pensão seria devida, assim, reciprocamente, entre cônjuges ou companheiros e pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, na falta destes, aos descendentes e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (arts. 1.694, 1.696 e 1.697 do CC).

Essa pensão, por sua vez, tem natureza alimentar indenizatória. E, conquanto guarde a natureza indenizatória, ela se rege, na sua fixação, pelas mesmas regras pertinentes aos alimentos devidos por um parente ou cônjuge a outro.

2.1.4. Idade provável

A pensão pós-morte, todavia, não é vitalícia. A lei menciona que a pensão será devida “levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

A jurisprudência é extremamente vacilante na definição dessa idade provável da vítima. Creio que, com o desenvolvimento das estatísticas, a melhor solução seja adotar o índice estabelecido pelo IBGE, divulgado por força do art. 2º do Decreto n. 3.266/99 (30/11/99), considerando a tábua de mortalidade média nacional única para ambos os sexos. Tal estatística, divulgada todo ano no mês de novembro, estabelece a data provável de vida do brasileiro de acordo com a sua idade.

A tábua de mortalidade divulgada em novembro de 2009, por exemplo, aponta a idade média do brasileiro (ambos os sexos) em 73,2 anos. Contudo, uma pessoa que contava com 50 anos, tinha uma perspectiva de vida de 29 anos, podendo, assim, chegar aos 79 anos de idade. E quem alcançava a idade de 72 anos, tinha uma perspectiva de duração provável de vida de mais 13,4 anos.

Tal tabela, pois, por ser oficial, deve ser considerada para definição da duração provável de vida da vítima na data de sua morte. Ela, inclusive, sana a dúvida de se estabelecer qual a duração razoável de vida da vítima quando ela morreu em idade superior à média nacional.

Pode-se, se for o caso, se fazer opção, ainda, de aplicação da tábua de mortalidade de acordo com cada sexo, refletindo mais a realidade de duração de vida da vítima.

2.1.5. Valor da pensão

Quanto ao valor da pensão, algumas questões devem ficar esclarecidas.

A primeira delas é que a pensão não pode jamais equivaler ao total que a vítima poderia perceber se vivo fosse. Isso porque parte de sua renda era destinada ao seu próprio sustento e somente uma parte poderia ser destinada ao pagamento da pensão alimentícia. Logo, aqueles que podem exigir a pensão alimentícia somente fazem jus ao valor que seria devido pelo morto se vivo fosse.

Cabe, assim, ao juiz, em cada caso concreto, arbitrar o valor da pensão, tal como o juiz de família no arbitramento da pensão alimentícia, tendo em vista as circunstâncias que cercam a hipótese em apreciação.

Devem ser observadas, porém, duas regras postas no Código Civil, em seu art. 1.694, quais sejam, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante” (§ 1º) e “os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia” (§ 2º).

Igualmente, não se aplica, no caso da pensão indenizatória, a regra de limitação do seu valor à capacidade da pessoa obrigada (§ 1º, in fine, do art. 1.694). Isso porque, aqui, a pensão alimentícia é devida enquanto prestação indenizatória, visando reparar o dano causado a outrem. E, em sendo assim, descabe levar em conta a capacidade econômica do devedor.

Neste caso, cabe ao autor da demanda, ainda, apontar qual seria a idade provável da vida da vítima, socorrendo-se da tábua de mortalidade divulgada pelo IBGE relacionada à época da morte.

Cumpra-se, ainda, alegar (e comprovar) os fatos que devem ser considerados pelo juiz na fixação da pensão, a exemplo do sexo do dependente, grau de parentesco, sua idade, educação, nível cultural, eventual ocupação ou ofício, eventual especificidade ou especialidade de seu trabalho, eventual aptidões ou talento para o trabalho, posição econômica e social, potencialidade a ajuda econômica perdida etc.

Cabe-lhe, igualmente, também alegar e comprovar as eventuais despesas correntes que o dependente deve suprir com a pensão devida, de modo que ela não tenha uma redução em seu status social. Contudo, para tanto, o juiz deve se valer, tanto quanto possível, de elementos objetivos. Daí porque a importância do sucessor ou dependente do falecido comprovar as despesas com a manutenção da residência (prestações de financiamento, IPTU, taxa de condomínio, energia, fornecimento de água, etc), com a educação, despesas com empregados necessários etc.

2.1.6. Vítima menor

Em caso de morte de menor, a jurisprudência (Súmula n. 491 do STF) tem entendido que a pensão é devida aos pais a partir do momento em que a vítima completaria 14 anos, pois idade na qual ele poderia firmar contrato de emprego como aprendiz (STJ, REsp 586.443, Rel. Min. Castro Meira). A partir de então, a pensão seria devida até a idade provável da vítima.

Aqui se busca reparar o dano futuro, ou seja, aqueles previsíveis. E se já determináveis, podem, desde logo, serem assegurados pelo juiz.

Contudo, a jurisprudência do STJ também é dominante no sentido de que a pensão deve ser reduzida à metade após a data em que o menor completaria 25 (vinte e cinco) anos, pois “possivelmente constituiria família própria, reduzindo sua colaboração no lar primitivo” (STJ, REsp 586.443, Rel. Min. Castro Meira).

Esse último entendimento, aliás, pode ser aplicado em caso de morte de pessoa solteira menos de 25 anos. Isso porque é certo que, provavelmente, após os 25 anos, o solteiro maior de idade também “possivelmente constituiria família própria, reduzindo sua colaboração no lar primitivo”.

Já em relação ao maior de 25 anos e solteiro seria o caso de se aplicar o mesmo raciocínio, mas considerando que num prazo de dois ou três anos ele iria constituir família.

2.1.7. Pensão em favor do menor

Há jurisprudência firmando o entendimento de que, em caso de pensão devida a sucessor menor, a mesma deve ser limitada à idade em que o mesmo completaria 25 (vinte e cinco) anos. Parte-se do pressuposto de que esta seria a idade provável da cessação da dependência financeira dos filhos em relação aos pais.

Assim não entendemos. Cremos que, em verdade, deva se aplicar a regra do direito de família quanto ao pagamento da pensão (arts. 1.694 a 1.710 do CC). Ou seja, a pensão seria devida enquanto “quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção” (art. 1.695 do CC).

Uma vez fixada a pensão, pois, caberá ao obrigado a pagá-la comprovar, na devida ação revisional, que o credor já tem bens suficientes ou pode prover pelo seu trabalho sua manutenção, de modo a se exonerar ou reduzir o valor dos alimentos. Em suma, se depois de fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os recebe, “poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo” (art. 1.699 do CC).

2.1.8. Morto que não exerce atividade laborativa

É pacífica, ainda, a jurisprudência quanto a ser devida a pensão mesmo que o morto não exercesse atividade laborativa (Súmula n. 491 do STF).

Dificuldade há na fixação da pensão neste caso. Isso porque, em regra, no caso em que o morto percebia renda, a pensão geralmente se fixa a partir de um percentual sobre o ganho da pessoa.

No caso do falecido que não trabalhava se admite, porém, que a pensão seja fixada a partir do valor do salário mínimo (Súmula n. 490 do STF). E nos casos de pessoas de baixa escolaridade e qualificação, a jurisprudência se firma para estabelecer a pensão no valor do salário mínimo.

Contudo, em caso de pessoa que possuía maior qualificação profissional (advogado desempregado, por exemplo), há de ser levada em conta à potencialidade da renda do falecido.

2.1.9. Alimentos in natura

Nada impede, ainda, que o devedor da pensão cumpra sua obrigação de forma in natura, dando hospedagem e sus-

tento ao credor, “sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor” (art. 1.701 do CC). Neste caso, caberá ao juiz, “se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação” (parágrafo único do art. 1.701 do CC).

2.2. Indenização em caso de lesão temporária à saúde

A segunda hipótese tratada especificamente no Código Civil cuida da lesão ou ofensa à saúde em caráter temporário, sem deixar seqüelas ou diminuição definitiva na capacidade laboral. Em suma, aqui estariam acobertadas as situações nas quais a pessoa é ofendida em sua saúde e necessita ser tratada.

Neste caso, dispõe o art. 949 do Código Civil que o ofendido terá direito a uma indenização equivalente às despesas do tratamento de sua saúde e dos “lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

A indenização, assim, pode ser composta de três parcelas: o ressarcimento das despesas de tratamento; os lucros cessantes; e outro prejuízo que tenha sofrido o ofendido.

2.2.1. Despesas de tratamento

Nas despesas de tratamento incluem-se todos os gastos havidos pelo ofendido para recompor sua saúde, incluindo-se neles as despesas médicas, com enfermeiros, paramédicos, hospitalares, com remédios, exames, terapia, fisioterapia, equipamentos utilizados durante o tratamento (muletas, próteses, óculos, locação de cama ortopédica), com transporte especial (nos deslocamento até ao hospital, clínica ou laboratório), etc.

Em caso de seqüela, que exija tratamento para o resto da vida, por certo que se incluem todas essas despesas enquanto elas se fizerem necessárias. Cabe, assim, a condenação nas despesas futuras, desde que, de logo, previsíveis e determináveis. Para uma pessoa que precisará usar medicamento pelo resto da vida, por certo essa despesa é previsível e determinável, ainda que seu valor somente possa se apurar em momento posterior (em liquidação articulada). Também aqui se incluem as despesas havidas com pessoas contratadas para acompanhar o lesado durante o período de tratamento, quando se faz necessário (enfermeira particular, etc).

Pode ocorrer, todavia, da pessoa ser lesada e não efetuar nenhuma despesa de tratamento, quando, por exemplo, é socorrido por médico gratuito, etc.

É preciso lembrar, ainda, que nem sempre o pedido respectivo precisa ser certo e determinado. Isso porque se pode estar diante de uma situação na qual a vítima ainda esteja em tratamento. Logo, pode formular pedido genérico, já que não é possível “determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito” (inciso II do art. 286 do CPC).

É muito comum, ainda, a parte não produzir a prova do que gastou em tratamento. Contudo, elas são presumidas, assim como são presumidas as futuras despesas de tratamento. Neste caso, então, impõe-se a condenação genérica nesta indenização (inciso II do art. 286 do CPC), a ser quantificada em artigos de liquidação (quando, então, o ofendido deverá comprovar as despesas realizadas em tratamento), seja para pagamento das despesas médicas, hospitalares, farmacêuticas já realizadas, como às futuras.

2.2.2. Lucros cessantes

Os lucros cessantes equivalem, em outras palavras, ao pagamento de uma pensão correspondente à importância do trabalho para qual o ofendido se inabilitou. Ou, em sentido mais amplo, é a importância correspondente ao que o ofendido deixou de auferir durante o período a qual se inabilitou.

Por lucros cessantes se entende o que a pessoa lesada deixa de auferir em face da lesão. Não se deve levar, todavia, ao pé da letra a acepção “cessante”, pois não se exige que necessariamente o lesado estivesse ou esteja exercendo uma atividade remunerada, que foi “cessada”. Basta, em verdade, a perda da possibilidade de deixar de auferir renda.

Outrossim, não se trata propriamente da perda dos lucros, ou seja, da diferença entre o capital empregado e aquilo que auferiu (“lucro do negócio”). A expressão lucros aqui é utilizada no sentido de “ganho”, “remuneração”, “renda”, interpretando-a de forma ampla de modo a envolver qualquer benefício, utilidade ou vantagem que se deixa de poder obter em face da lesão.

Também pode ocorrer do lesado não sofrer qualquer dano cessante. Ou seja, ainda que lesado em sua saúde não tenha deixado de auferir qualquer renda, na hipótese em que não tenha diminuído sua capacidade laboral. É o que pode ocorrer com alguém que é lesado em um olho, mas continua com sua plena capacidade laboral durante todo período de tratamento.

Óbvio, ainda, que os lucros cessantes (pensão) são devidos desde o evento que tenha inabilitado o ofendido.

O valor da pensão, por sua vez, deve equivaler monetariamente ao que o trabalhador deixou de auferir durante o período em que, eventualmente, ficou inabilitado para o trabalho, pois o que se busca recompor é o patrimônio que deixou de ser adquirido em face da perda da capacidade de laborar.

Óbvio, no entanto, que, na fixação desse valor, o juiz deve ter em conta o grau de incapacidade laboral da pessoa: se parcial ou total. Na parcial, por certo, os lucros cessantes são menores, já que a pessoa somente parcialmente tem diminuída sua capacidade laboral. Já na incapacidade total, os lucros cessantes são maiores, pois o lesado fica inabilitado para o trabalho.

É certo, ainda, que mesmo retornando à sua vida plena atividade, após o tratamento, o ofendido faz jus aos lucros cessantes do período em que se inabilitou. Pouco importa, para tanto, que o mesmo tenha readquirido sua capacidade laboral. O que importa, neste caso, é a incapacidade temporária.

É comum, outrossim, que possa variar o grau de incapacidade durante o tratamento. O ofendido, por exemplo, logo após o evento danoso, pode ficar internado num hospital e depois da alta hospitalar continuar em tratamento, mas com o retorno parcial de sua capacidade de trabalhar. Neste caso, então, teríamos um período de incapacidade total (internamento no hospital) e outro de incapacidade parcial. Lógico, então, que, para cada período, o valor da pensão (lucros cessantes) será distinto.

A esse respeito, aliás, aplicam-se, ainda, as lições postas adiante, no que couber, em relação à pensão devida em caso de lesão com seqüela.

Frise-se, porém, que se deve indenizar o que razoavelmente (art. 402 do CC) o lesado lucraria, a partir do que ordinariamente aconteceria, seguindo o curso natural da vida, tendo em vista os antecedentes ou, na sua ausência, seus parâmetros ou situações análogas. Ao julgador cabe se guiar pelo prognóstico de probabilidade, e não de meras possibilidades. Não cabe exigir a certeza absoluta, nem se contentar com a mera possibilidade.

Tudo isso, no entanto, tendo em vista a equidade, a partir do que acontece naturalmente; a congruência (coerência, conformidade) entre o critério escolhido e a medida adotada; e o equilíbrio ou equivalência, que impõe que a indenização deva, tanto quanto possível, corresponder ao valor do dano. Cabe, assim, de ordinário, tentar construir hipoteticamente o que poderia ter ocorrido.

Neste último caminho, ainda, não se pode olvidar, na fixação da indenização, de “abater” as eventuais despesas ou gastos que o lesado teria em condições normais. Em suma, deve ser descontado dos lucros cessantes o valor dos gastos que a pessoa teria para obtê-los, de modo a evitar o enriquecimento ilícito.

Tome-se como exemplo o caso do profissional liberal (um dentista, por exemplo) que fica impossibilitado de trabalhar durante determinado tempo, ficando em tratamento médico. De intuitivo, podemos afirmar que os lucros cessantes seriam correspondente à média diária do que o dentista auferia na sua atividade laboral, a partir de sua experiência pretérita. Neste caso, no entanto, é necessário que se abata o que o lesado gastaria em sua atividade (despesas de energia, produtos, água, etc), do contrário o lesado ficará numa situação melhor do que a anterior, enriquecendo-se ilicitamente.

Analogicamente, em relação ao trabalhador-empregado, cabe “descontar” o que ele “gastaria” com seu emprego, desde as despesas com vestimentas para o trabalho aos gastos com transportes (se for o caso), etc, sem se esquecer dos “descontos legais” que incidem sobre o salário (imposto de renda, contribuições previdenciárias, etc). Óbvio, ainda, que não se pode querer fixar o valor da indenização por lucros cessantes apenas a partir da experiência pretérita do lesado, já que ela pode não corresponder ao que ele deixaria de auferir no futuro. É o exemplo do recém-formado que perde a possibilidade de auferir renda a partir de sua habilitação profissional. Neste caso, por certo, tem como parâmetro pra fixação do valor dos lucros cessantes o que ele auferiu na sua profissão não irá refletir o que provavelmente ganharia no futuro.

Em situações tais, portanto, melhor seguir o critério comparativo, isto é, toma-se como parâmetro um outro profissional de maior experiência. Adota-se o critério da “comparação de mercado”.

Por fim, destaque-se que, até por analogia ao disposto nos incisos I e II do art. 210 da Lei n. 9.279/96 (que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), cabe adotar o princípio do critério mais favorável ao lesado para determinação dos lucros cessantes, ainda que optando entre “I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”.

2.2.3. Outros prejuízos

A lei menciona, ainda, que a indenização poderá ser composta por parcela equivalente a “outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Aqui a lei deixou em aberto à possibilidade de o lesado demonstrar que sofreu outros danos além daqueles relativos ao tratamento e lucros cessantes.

Pode-se, pensar, neste caso, nas situações nas quais o ofensor, ao causar lesão à saúde do ofendido, também danificou outros bens que lhe pertenciam, a exemplo de roupas, relógio, etc, os quais devem ser recomposto ao patrimônio do lesado. São situações, aliás, que ocorrem comumente em caso de lesões decorrentes de típicos acidentes.

Aqui, também, caso não se inclua no conceito de danos decorrentes do tratamento, pode-se pensar nas despesas havidas com pessoas contratadas (cuidador) para acompanhar o lesado durante o período de tratamento (ou em decorrência da seqüela), quando se faz necessário (enfermeira particular, etc), levando-se em conta a dificuldade de locomoção, cuidado de si próprio, a comunicação, o preparo da alimentação, o trato com a higiene pessoal, etc. Não à toa, a Lei n. 8.213/91 assegura ao aposentado por invalidez um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) no valor dos proventos da aposentadoria na hipótese em que o segurado necessita da assistência permanente de outra pessoa. Tal percentual, aliás, pode ser considerado na fixação dessa despesa com o terceiro cuidador, tendo como base de cálculo a pensão devida pelo ofensor durante o período de tratamento ou pelo resto da vida da vítima em caso de seqüela.

Diga-se, ainda, que, neste caso, não se pode exigir do parente ou cônjuge a assunção desse amparo, desde quando ele decorre de ato ofensor praticado por terceiro e ultrapasse os cuidados que ordinariamente seria exigido no âmbito normal do dever de assistência (especialmente entre cônjuges). Cabe, porém, a critério do parente ou cônjuge, se assim o desejar, converter o pagamento da despesa com a contratação de terceiro cuidador pela fixação de uma remuneração a ser paga à pessoa da família que passa a exercer esse papel.

É certo, ainda, que, no caso de seqüela, não se tratando mais de equipamento ou serviço utilizado durante o tratamento, cabe a reparação das despesas havidas com óculos, compra ou locação de cama ortopédica, muletas, bengalas, cadeira de rodas, próteses, aparelhos auditivos, etc, desde que elas se façam necessárias em decorrência da lesão física sofrida por ato do ofensor.

O mesmo se diga em relação às despesas permanentes com terapia, fisioterapia, etc, se não incluídos no conceito de despesas de tratamento.

Da mesma forma, incluem-se nesta categoria as despesas havidas pelo lesado com obras de adaptação ou de construção quando, por exemplo, haja necessidade de construir rampas de acesso à residência (ou ao local de trabalho, se for autônomo), colocação de elevador, adaptação de portas e instalações sanitárias, etc. Inclui-se, ainda, até a aquisição ou locação de nova habitação (ou local de trabalho) se aquela na qual reside a vítima não comporta reformas ou elas sejam de maior monta do que o necessário às adaptações. E, para tanto fixar a indenização, nestes casos, cabe ao juiz determinar a prova pericial do local de residência da vítima, de modo a se apurar o que seria necessário reformar ou construir.

Pode-se, pensar, ainda, nas despesas havidas com as adaptações necessárias para que a vítima possa continuar a usufruir de momentos de lazer. Se antes, a vítima se distraía com a prática de esporte, caso se torne um deficiente físico, pode-se pensar na reparação das despesas com a compra de utensílios ou equipamentos que lhe permitam se distrair (gozar do direito ao lazer) de outro modo, a exemplo da compra de uma televisão, etc.

Importante, aqui, pois, é considerar a reparação dos danos decorrentes da perda da qualidade de vida da vítima. Tudo o que for minimamente necessário para reparar essa perda, pois, deverá ser incluída na indenização devida. E é neste sentido, inclusive, que se pode, com bastante razão e também em prol do interesse do ofensor, incluir as despesas realizadas com a requalificação profissional do lesado. Isso porque a vítima tem todo o direito de se requalificar, buscando se reinserir no mercado de trabalho, enquanto verdadeira reparação natural da lesão sofrida (perda ou diminuição da capacidade laborativa). Tal despesa interessa, inclusive, ao ofensor, já que, à medida que o lesado readquire condições de laborar, tendo em vista seu maior ou menor grau, poderá aquele primeiro se exonerar da obrigação de pagar pensão ou pedir a diminuição do seu valor.

Diga-se, por fim, que todas as lições acima se aplicam nos casos de seqüela, isto é, quando a pessoa tem ofendida sua integridade física de forma permanente e necessita de tratamento ou cuidados por tempo indeterminado.

É certo, ainda, que a condenação da reparação desses danos pode ser para o futuro, isto é, condena-se a reparar as despesas que estão por vir, apurando-se, em liquidação articulada, se for necessário, o valor respectivo. Aqui se trata, portanto, da condenação em uma prestação de trato sucessivo.

Acrescente-se que a doutrina europeia também aceita como indenizáveis “as despesas realizadas com vista a prevenir uma ameaça de dano”, pois “são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável” (Principles of european tort law, art. 2:104. Despesas preventivas).

Em outras palavras, cuida-se de ressarcir as despesas havidas para prevenir a ocorrência de um provável dano futuro, a exemplo da realização de uma cirurgia não necessária contemporaneamente, mas que se faz premente para que, com o passar do tempo, a lesão não se agrave. E, de fato, existem situações lesivas nas quais hoje não demandam uma cirurgia reparadora, por exemplo, mas com o decorrer do tempo ou o “peso da idade”, ela se fará necessária. Daí porque, para se evitar essa lesão futura, pode-se incluir, desde já, na reparação da ofensa (“outros prejuízos”) o custo com a realização dessas despesas para prevenir uma ameaça (ou agravamento) de dano, desde que se mostre razoável a sua ocorrência, ou seja, haja uma grande probabilidade da lesão vir a ocorrer no futuro.

Desde que se mostre razoável, pois nem sempre ela será necessária, pois a depender de cada caso e das condições pessoais da vítima.

Lembre-se outrossim, que o dano futuro não se confunde com o dano potencial, pois este último se trata de uma situação possível de ocorrer, mas improvável. E porque não é certo, ela não deve ser considerado no cálculos da indenização. Óbvio, no entanto, que, se na evolução da lesão ela se mostrar negativa, caberá ao lesado pedir a revisão do valor da eventual pensão devida.

Também não se pode esquecer, ainda, da reparação do dano decorrente da privação do uso, isto é, aquele que decorre da impossibilidade de a pessoa utilizar determinado bem, ainda que do seu não-uso não decorra um prejuízo imediato. É a situação da empresa de ônibus que possui “automóveis reservas”, que substituem o veículo em uso quando danificado. Neste caso, pode-se afirmar que a empresa não sofre o prejuízo decorrente da não-exploração de seu negócio (transporte), já que tem um automóvel reserva. Contudo, em face da privação do uso, cabe a indenização decorrente da perda dos lucros (vide REsp 535979, da 3ª T. do STJ). Na pior das hipóteses, há de se admitir o ressarcimento das despesas com a manutenção da frota reserva.

2.2.4. Dano biológico sem perda da capacidade laboral

Cabe observar que o Código Civil, em seus arts. 949 e 950, cuida de estabelecer regras de indenização quando, diante da agressão à integridade física da pessoa, essa sofre limitações em sua capacidade de trabalho. Tais dispositivos, assim, regulam, a princípio, a indenização devida em caso de perda patrimonial em face da lesão à integridade física.

Contudo, pode ocorrer da lesão à integridade psíquico-física da pessoa sem que esta sofra qualquer redução ou perda na sua capacidade laborativa. Daí porque doutrina abalizada, especialmente a italiana, diferencia, no denominado dano corporal, três subdivisões que devem ser consideradas: o dano corporal em sentido restrito (dano biológico), o dano patrimonial e o dano moral.

Dano biológico (corporal em sentido restrito) é diminuição ou lesão à integridade psicofísica da pessoa em si, considerando o valor homem em toda a sua dimensão, que não se esgota na eventual aptidão para produzir renda. Aqui há lesão à integridade psicofísica, sem perda da capacidade laborativa. Há lesão à saúde.

O dano patrimonial, por sua vez, refere-se justamente à perda da capacidade de produzir riqueza a partir da lesão à integridade física da pessoa. Por conta dessa lesão, o ofendido deixa de auferir lucros, daí porque a reparação em forma de pensão.

Neste caso se busca reparar o dano sucessivo, ulterior e eventual, decorrente da lesão à integridade físico-psíquica da pessoa. Não a lesão à saúde em si, mas sim o dano em consequência, daí porque dano patrimonial (perda da possibilidade de auferir lucros; produzir riquezas; produzir renda).

A partir de tais lições, pois, pode-se concluir que tanto o dano biológico, como o dano corporal patrimonial, deve ser reparado, já que ambos ofendem direito alheio.

O dano corporal patrimonial, no entanto, rege-se pelas regras dos arts. 949 e 950 do Código Civil. Já o dano biológico se sujeita à regra geral da reparação civil (art. 927 do CC).

Na reparação do dano biológico, no entanto, há de ser incluída a despesa de tratamento até o fim da convalescença, incluindo tudo o que for necessário à recuperação do bem saúde (integridade físico-psíquica).

Aqui se pode lembrar da hipótese da eventual perda auditiva parcial, sem qualquer prejuízo para o desenvolvimento das atividades laborativas; a lesão parcial à visão, sem alteração na capacidade produtiva; a lesão à capacidade reprodutiva sem repercussão no labor, etc.

Neste caso de dano apenas biológico, porém, inexistindo dano à capacidade de produzir (dano corporal patrimonial), descaberá a fixação dos lucros cessantes. Cabe reparar a lesão em si e as despesas efetuadas em decorrência dela (medicamentos, compra de óculos, etc).

Por fim, há o dano moral (que será tratado adiante) gerado pela lesão à integridade física.

2.3. Indenização em caso de lesão definitiva à saúde

O Código Civil, outrossim, dispõe de regra específica para a hipótese em que o lesado fica com defeito pelo qual não possa exercer o seu ofício ou profissão ou lhe diminua em definitivo a capacidade de trabalho.

Vale frisar, todavia, que quando falamos em incapacidade em definitivo estamos a nos referir àquelas situações nas quais, em determinado momento, tem-se que a pessoa ficou inabilitada ou tenha diminuído de forma irreversível sua capacidade de trabalhar. Contudo, sabemos que “milagres” acontecem. O que hoje pode ser considerado um dano irreversível, amanhã, com o desenvolvimento da ciência, pode ser reversível. Se a lesão hoje, a ciência não pode curar, amanhã pode encontrar a sua solução.

Além disso, é certo que a pessoa, considerada hoje totalmente incapaz para o trabalho, pode, amanhã, adquirir novos conhecimentos (qualificação) ou habilidades que a tornam produtiva, isto é, capaz de laborar. Daí porque a

aposentadoria por invalidez ser sempre concedida a título precário, já que sempre há a possibilidade, ainda que remota, do quadro de incapacidade ser revertido.

Assim, quando se fala em incapacidade definitiva devemos ter em mente que esse conceito está diretamente vinculado à situação do trabalhador em determinado momento.

Na hipótese agora tratada, o Código Civil dispõe, em seu art. 950, que a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença (conferir comentários do item anterior), incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para qual se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu.

Óbvio, ainda, que se inclui na indenização “outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, a que se refere o art. 949 do Código Civil, remetendo o leitor aos comentários pertinentes lançados no item anterior. O mesmo se diga em relação às despesas de tratamento, que foram objeto de comentários anteriormente.

No art. 950 do CC, o legislador regulou as situações nas quais a pessoa perdeu totalmente sua capacidade laborativa ou a teve diminuída de forma definitiva. Busca-se, assim, assegurar à vítima o ressarcimento do que deixa de auferir em face de sua perda ou diminuição da capacidade laboral. Daí porque o pagamento da pensão (lucros cessantes).

2.3.1. Pensão vitalícia

Tal pensão, por sua vez, deve ser vitalícia ou enquanto mantida a incapacidade. O limite de idade provável da vítima apenas se aplica em caso de morte (art. 948 do CC). Isso porque, enquanto viva a pessoa lesada ela pode auferir renda com sua capacidade laboral. Logo, a pensão deve ser paga até o fim da vida da vítima sequelada.

Vale esclarecer, todavia, que essa indenização é devida mesmo sendo o trabalhador readaptado ao labor. Isso porque a partir da seqüela adquirida, a pessoa fica reduzida em sua capacidade laborativa. Tal, pois, implica que ela não pode mais produzir o mesmo que normalmente seria capaz de gerar com seu labor se não tivesse sofrido qualquer lesão à sua integridade física.

O que se procura reparar com essa pensão é a redução (ou perda) da capacidade laborativa da pessoa, não podendo esta (redução ou perda) ser medida apenas em relação ao trabalho desempenhado em favor do seu empregador, mas, sim, em todos os seus aspectos, haja vista a diminuição, por exemplo, da possibilidade da pessoa obter outras rendas, junto a outro empregador ou de forma autônoma, dadas às doenças ou lesões adquiridas por culpa da reclamada.

Neste sentido, cabe citar a seguinte decisão do STJ:

“CIVIL E PROCESSUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – LESÃO PARCIALMENTE INCAPACITANTE – AUSÊNCIA DE DECESSO SALARIAL – ASPECTO IRRELEVANTE PARA A CONCESSÃO DA VERBA – CC, ART. 1.539 – PENSÃO QUE SE ESTENDE AO PERÍODO DE RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO TEMPORÁRIO – I. Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. II. Destarte, ainda que não sofrendo o autor decesso remuneratório, o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória parcial, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada até o momento. III. Pensionamento devido também no período imediatamente subsequente ao acidente, até o início da pensão vitalícia, nas mesmas bases desta” (STJ – RESP 200301768997 – (596192 RJ) – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 04.09.2006 – p. 273).

Ora, como dito no julgamento do REsp n. 324.149/SP, pelo Rel. Min. Aldir Passarinho Junior,

“Ainda que o trabalho permaneça sendo remunerado no mesmo patamar que antes do acidente, a pensão objetiva suprir a perda causada pela seqüela. Tal perda não pode ser medida apenas economicamente, sob pena de se dar interpretação rigorosamente literal ao art. 1.539 do Código Civil, afastando-se do seu exato sentido. A suposição do legislador foi que, reduzida a capacidade laboral, reduzida respectivamente a remuneração. Pode até acontecer, como aqui, que isso não tenha ocorrido, e que a vítima permaneceu no emprego. Mas, a indenização civil, diferentemente da previdenciária, busca o ressarcimento da lesão física causada, não propriamente a mera compensação sob a ótica econômica. Fosse assim, bastaria ao lesionado ter um emprego razoável, até mesmo pago por outro empregador, um terceiro, para eximir o anterior, responsável pelo acidente do trabalho, por qualquer obrigação pelo ilícito cometido, o que soa incongruente, data maxima vênua”.

Ora, a situação de eventualmente não ter ocorrido, ao menos temporariamente, a perda remuneratória, não afasta a postulação indenizatória sob a forma de pensão, pois o que se ressarcir é o comprometimento da higidez física, da saúde da pessoa sinistrada, e não uma mera compensação circunstancial.

Basta imaginar a seguinte situação: uma pessoa tem seu braço amputado, mas continua a trabalhar na empresa percebendo o mesmo salário, sem qualquer perda remuneratória. A princípio pode-se afirmar, então, que o ofendido não sofreu qualquer dano remuneratório, daí porque indevida a pensão. Ocorre, porém, que essa pessoa, ao

certo, teve diminuída a sua capacidade de trabalhar diante da perda de um braço. Logo, cabe reparar essa diminuição da capacidade laboral através do pagamento de uma pensão vitalícia.

A questão, então, não será decidir se o lesado tem ou não direito à pensão, mas, sim, qual o valor dessa pensão. É certo que tal valor sempre estará sujeito à revisão em caso de mudança das circunstâncias.

Destaque-se, ainda, que em todos esses pedidos de pagamento de pensão (arts. 949 e 950 do CC), compete, ainda, ao autor apontar, ao menos, os parâmetros para quantificação do valor respectivo. É o caso, por exemplo, do autor indicar quais as parcelas devem ser consideradas na quantificação da perda de sua renda em decorrência da doença, se se preferir que ela seja quantificada a partir do que recebia a título de remuneração na empresa.

Cabe, assim, pedir que seja considerado o duodécimo do 13º salário, integrado o correspondente a 8% do FGTS mensal na base de cálculos, etc. Tudo isso para evitar, em momento posterior, quando da liquidação, a discussão dessas questões, especialmente quando a pensão é fixada em percentual da remuneração.

Cumprido, ainda, apontar todas as circunstâncias que devem ser levadas em conta pelo juiz para a quantificação dessa indenização, especialmente nas hipóteses de perda ou redução da capacidade laborativa. Isso porque, como já dito anteriormente, neste caso, o juiz deve considerar a potencialidade produtiva do lesado e não apenas o que ele, eventualmente, ganha ou ganhava na empresa.

Neste caso, então, cabe apontar as circunstâncias que podem e devem ser consideradas pelo juiz, a exemplo de sua idade, educação, nível cultural, ocupação ou ofício, especificidade ou especialidade de seu trabalho, renda percebida antes da lesão, aptidões ou talento para o trabalho, etc. Em suma, deve-se apontar tudo aquilo que deve ser considerado para se mensurar a capacidade produtiva da vítima, que foi perdida ou reduzida com o evento danoso.

2.3.2. Indenização arbitrada e paga de uma só vez

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil, porém, contém uma regra bastante controvertida. Permite tal dispositivo que a vítima, “se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Nesta hipótese, a vítima teria a opção de pedir ou o pagamento da pensão vitalícia, ou o pagamento da indenização em valor único, a ser arbitrado pelo juiz.

Parece-nos, a princípio que nada justifica a condenação em parcela única quando a empresa é sólida economicamente, dispondo de meios para constituição do capital necessário para garantia do pagamento da pensão. Isso porque, como já ressaltado acima, toda e qualquer lesão sempre é reversível. Sempre há a possibilidade, ainda que remota, de qualquer pessoa retomar sua plena ou parcial capacidade laborativa. Logo, o pagamento da indenização em parcela única pode gerar o enriquecimento ilícito da vítima.

A indenização paga em parcela única, assim, deve ser reservada para a hipótese em que a empresa não tem solidez econômica ou não possa constituir o capital necessário para a garantia da pensão.

Contudo, há quem entenda que se trata de um direito potestativo do lesado exigir pagamento da indenização de uma só vez, mas desde que observada a possibilidade econômica do ofensor (Súmula 48 das Jornadas de Direito Civil), “caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado” (Súmula 381 das Jornadas de Direito Civil).

A partir da posição topográfica desta regra (parágrafo único do art. 950 do CC), pode-se pensar que essa faculdade apenas está reservada à vítima que se inabilitou para o trabalho ou teve reduzida sua capacidade laboral. Ela, então, não socorreria os herdeiros da vítima falecida (art. 948 do CC), nem a vítima com lesão temporária (art. 950 do CC). Ocorre, porém, que o Código Civil incorreu em uma situação contraditória ao prevê essa faculdade apenas no seu art. 950. Isso porque, nesta hipótese, a pensão devida à vítima é, a princípio, vitalícia. Como, então, quantificar a pensão se, a princípio, não se tem o marco temporal final?

Diante dessa verdadeira lacuna, a jurisprudência dominante acaba por entender aplicável o parâmetro mencionado no art. 948 do CC, qual seja, o da idade provável da vítima. E, a partir daí, entende-se que essa indenização paga em única parcela também pode ser paga nas hipóteses regradas nos arts. 948 e 949 do Código Civil.

Quanto ao valor da indenização paga de uma só vez, no entanto, remetemos o leitor para o item que trata da quantificação da reparação, quando, então, abordamos os diversos métodos utilizados.

2.3.3. A incapacidade social

Comumente, entende-se que a incapacidade para o trabalho é a impossibilidade temporária ou definitiva para o desempenho de determinada atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente, para o qual a pessoa estava habilitada e em exercício.

Os tribunais, entretanto, têm reconhecido também a incapacidade para o trabalho em decorrências de aspectos sociais. É a incapacidade social.

Por incapacidade social se deve entender a situação na qual a pessoa, devida a sua condição socioeconômica, profissional e cultural, não tem como exercer uma atividade, ainda que, do ponto de vista médico, esteja apto ao

labor (STJ, AgREsp n. 1.055.886, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 09/11/09).

Em suma, na apuração da capacidade da pessoa, devem ser considerados outros aspectos relevantes que não só relacionados diretamente às condições físicas da pessoa. Devem se observar os aspectos médico e social.

Assim, por exemplo, “em face das limitações impostas pela avançada idade, bem como pelo baixo grau de escolaridade” é utópico se defender “a inserção do segurado no concorrido mercado de trabalho, para iniciar uma nova atividade profissional” (STJ, AgREsp n. 1.055.886, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 09/11/09). Em situações nas quais a pessoa está incapacitada para o ofício que desempenhava e que devido a sua condição social muito dificilmente irá retornar ao mercado de trabalho, dada à dificuldade de requalificação, preconceitos, etc, é certo que ela se torna, materialmente, absolutamente incapaz, ainda que, do ponto de vista clínico-médico, possa exercer outras funções.

Daí porque, apreciando essa questão, diante do caso concreto, o STJ decidiu que “não resta dúvidas de que, colocado nesta posição, estaria comprometida a sua própria sobrevivência, já que, sem conseguir exercer sua atividade habitual, e sem garantia de oportunidades no mercado de trabalho, não teria como prover suas necessidades vitais básicas, estando, assim, demonstrada a necessidade de amparar o segurado neste momento” (STJ, AgREsp n. 1.055.886, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 09/11/09).

A análise de incapacidade, portanto, deve levar em consideração não somente a limitação à saúde, mas também as restrições impostas em decorrência das condições e circunstâncias de vida e o universo social da pessoa. A pessoa, pois, deve ser avaliada em sua integralidade, apreciando-se sua realidade física, psíquica, social, econômica, política, afetiva, cultural, etc, isto é, em todas as suas faces.

Na análise da incapacidade da pessoa, então, devem ser considerados os fatores ligados à incapacidade física e psicológica em si, bem como a idade da pessoa, sua escolaridade, capacidade de aprendizagem, grau de instrução, dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, cultura, inserção social, etc, ainda que seja para apenas se reconhecer meramente a incapacidade social (inválido social).

Veja, por exemplo, a hipótese de uma mulher que trabalha no meio rural, maior de 50 anos, com baixo grau de instrução e que se torna incapaz para exercer a sua atividade habitualmente exercida. Terá ela, considerando a realidade do nosso meio rural, condições de ser reabilitada para exercício de outra atividade e, depois, ainda, obter inserção no mercado de trabalho? Nossa realidade demonstra que, muito, muito dificilmente, essa pessoa retornará ao mercado de trabalho. Ela, pois, é uma inválida social. É portadora de incapacidade social.

Em suma, na avaliação deve se “considerar também aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado a fim de aferir-lhe a possibilidade ou não, de retorno ao trabalho, ou de sua inserção no mercado de trabalho, mesmo porque a invalidez laborativa não é meramente o resultado de uma disfunção orgânica, mas uma somatória das condições de saúde e pessoais de cada indivíduo” (STJ, AgREsp n. 81.329, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/02/2012).

Ressalte-se, por fim, que essa incapacidade social para o trabalho não se confunde a impossibilidade temporária ou definitiva para o desempenho das atividades sociais em decorrência de lesão à integridade morfofisiológicas da pessoa. Aquela incapacidade impede o labor; já a lesão à saúde também pode impedir o exercício das atividades sociais (praticar esporte, assistir televisão, etc).

3. Formas de reparação

O dano pode ser reparado de duas formas: in natura ou mediante pagamento de uma soma em dinheiro.

Na primeira hipótese, o ofensor repara o dano restituindo o patrimônio lesado ao estado anterior. Tal ocorre no dano à coisa com a reconstrução do bem deteriorado ou destruído, com o fornecimento de um bem idêntico, bem como com a anulação do ato jurídico, etc.

Outra hipótese de reparação in natura ocorre com a publicação de declaração desmentindo eventual ofensa realizada pelo mesmo meio. Ainda que neste caso o dano não se repare por inteiro (pois a ofensa já teria sido lançada de público), seu desmentido serve para minorar seus efeitos.

A mais comum forma de reparação, no entanto, é o pagamento da soma em dinheiro, isto é, repara-se o dano pelo seu equivalente pecuniário, especialmente nas situações nas quais se torna impossível se retornar ao status quo ante.

4. Liquidação do dano moral

Uma das questões mais controvertidas é o do arbitramento da indenização por danos morais. Aqui cabe ao juiz arbitrar o valor da indenização, já que não se tem como objetivamente quantificar o dano.

Contudo, ainda que veja fixado por arbitramento, ao juiz cabe levar em consideração alguns fatores na fixação do valor da indenização por danos morais. E, neste trilhar, cabe considerar alguns critérios subjetivos (v.g., intensidade do sofrimento), outros objetivos (v.g., capacidade econômica do ofensor) e o princípio da equidade.

Discute-se a legalidade do dano moral assumir caráter punitivo (punitive damages). Isso porque, neste caso, a

indenização assumiria a natureza de verdadeira sanção (punição). O nosso ordenamento jurídico, no entanto, apenas admite a aplicação da sanção quando haja prévia cominação em lei.

Também é questionável a natureza preventiva da indenização por danos morais (natureza pedagógica). Isso porque, neste caso, ela assumiria um caráter coercitivo (cominatório), já que visa a impelir o ofensor a não mais adotar a conduta ofensiva. Não teria, assim, um caráter meramente reparador do dano já causado à vítima credora da indenização. Visaria a impedir a conduta futura.

Contudo, nas duas hipóteses anteriormente mencionadas (indenização punitiva e preventiva), poder-se-ia falar em enriquecimento ilícito do credor da indenização, já que este receberia uma quantia que não seria destinada meramente a repor o dano sofrido. Receberia uma quantia superior ao dano, enriquecendo-se indevidamente.

Desse modo, no momento de arbitrar o valor da indenização, o juiz deve se ater aos limites do dano moral, procurando, tão somente, reparar o prejuízo causado ao ofendido.

Em geral, devem ser consideradas, no arbitramento da indenização para reparação do dano moral, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política da vítima, bem como a intensidade do dolo ou grau da culpa do ofensor (parágrafo único do art. 944 do CC), sua situação econômica e sua condenação anterior por fatos idênticos ou semelhantes (que revelaria a conduta gravosa do ofensor).

Neste sentido, ao juiz cabe considerar, entre outros fatores, a idade da vítima, sua educação, nível cultural, ocupação ou ofício, especificidade ou especialidade de seu trabalho, status social, status profissional, status familiar (casado, solteiro, etc), número de filhos (suas idades e ocupações), suas atividades sociais (membro de confrarias, igreja, etc), repercussão da lesão, etc. E, para tanto, cabe a parte produzir a prova respectiva, no que couber.

Jurisprudência estrangeira, no entanto, tem considerado que, na fixação dessa indenização, devam também ser considerados outros fatores, tal como a figura do “préjudice d’agrément” (danos à vida de relação; de afeição; de afirmação pessoal) da jurisprudência francesa ou o “loss of amenities of life” (perda dos prazeres da vida) da jurisprudência anglo-americana; “gióia de vivere” (alegria de viver) dos italianos. Ou, em outras palavras, estamos tratando do dano existencial.

Neste caso, busca-se também indenizar aquele que ficou privado da possibilidade de gozar dos prazeres da vida (“perte de joie de vivre” - “perda da vontade de viver”). E eles seriam das mais diversas naturezas, tendo em conta aqueles próprios de uma determinada idade, cultura, meio social em que o ofendido vive, etc. Leva-se em conta que a pessoa comum busca satisfação estética (v.g., na música, dança, pintura, leitura, no cinema), física (prática de esporte, exercícios físicos, caminhadas), social (atividade política, associativa, sindical), familiar (convívio com parentes) ou outras realizações pessoais (v.g., através da satisfação de impulsos ou prazeres pessoais, a exemplo do gosto pela gastronomia, pela bebida, a torcida por um clube de futebol, etc).

Em outras palavras, o prejuízo do prazer (ou de afeição) se refere aos danos advindos pela impossibilidade de realizar certas atividades que dão prazer à vida, como o lazer, atividades desportivas, culturais, etc. Repara-se a perda dos gozos da vida diante da impossibilidade de se dedicar às atividades prazerosas que normalmente a vítima usufruía. Envolve tanto as atividades lúdicas desenvolvidas particularmente pela vítima, como a perda da possibilidade de continuar a praticar certas atividades sociais.

Tal dano, aliás, está expressamente mencionado na Resolução n. 75-7 do Conselho da Europa, de 14/03/1975, que, prevê que a vítima deve ser compensada pela dor da desfiguração física e sofrimento mental, incluindo nesta última categoria os vários problemas derivados da lesão, como o mal-estar, a insônia, os sentimentos de inferioridade e a perda dos prazeres de vida causada pela incapacidade de se envolver em determinadas atividades de lazer.

Nesta categoria de dano também pode se incluir o dano de projeto de vida, que, em outras palavras, é a perda ou diminuição do direito de liberdade de escolha das metas de vida, ou seja, da liberdade geral de ação.

Tal liberdade seria a “a faculdade natural que gozam os homens para atuar, de acordo com seu peculiar modo de ser, com objetivo de acrescentar, ou simplesmente levar à prática, suas qualidades diferenciais de ordem física, intelectual ou moral”. Ou ainda, “a faculdade natural de que gozam os homens para realizar, sem obstáculos, as ações ou omissões que lhe permitem expressar e aumentar progressivamente, aquelas qualidades de capacidade, disposição, virtudes e prudência que devem distinguir a pessoa”.

A doutrina, ainda, menciona o “damnum sexuelle”, que deriva da seqüela decorrente da perda ou diminuição da função sexual ou da capacidade reprodutiva. Busca-se reparar a perda ou diminuição da capacidade de manter relações sexuais ou de procriar.

Também deve ser considerado, a depender do caso, o “pretium juventutis” (prejuízo juvenil), ou seja, o dano causado à criança ou a um adolescente que, devido à lesão que sofre, fica privado de participar de brincadeiras ou divertimentos próprios da infância ou juventude.

Não se pode esquecer, ainda, do dano à paternidade, qual seja, aquele gerado pela perda da possibilidade da criança ou adolescente de se relacionar (ser educado, brincar, jogar, ir ao cinema, etc) com seus pais e vice-versa.

Certo, ainda, que, em casos de lesões corporais, deve ser levado em consideração o sofrimento psíquico implicado com a lesão (quantum doloris). É sabido que no comum das pessoas com lesão orgânica, em regra, ela é acompanhada de certa tristeza, desconforto, infelicidade, pessimismo para com a vida que acabam afetando a vida relacional (familiar, social e de lazer). Nestes casos, cabe considerar o sofrimento desde o momento da lesão até sua cura ou, ainda, envolvendo o sofrimento suportado após a consolidação da seqüela, especialmente quando presente as dores físicas crônicas, a incapacidade resultante da ofensa e os próprios sofrimentos gerados do esforço da vítima para que possa continuar a realizar as atividades que antes desenvolvia de forma natural.

Acrescente-se que, em relação ao “dote, previsto no art. 1.538, § 2º, do Código Civil revogado, destinado a indenizar a mulher lesionada com aleijão ou deformação, que, em razão da idade, seria, em tese, capaz de aspirar casamento, e que fica, pela seqüela permanente, a tanto prejudicada, é, hodiernamente, ressarcido como dano moral, assim devendo ser considerado quando da fixação do montante pelo órgão judicial” (STJ, 4ª T., REsp 681479, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 18/09/2006, p. 324).

4.1. Dano moral na morte de outrem

Já vimos que, diante da morte, um terceiro pode sofrer dano moral ante a perda do ente querido. É o dano moral por ricochete.

Neste caso, (como nas outras lesões também), sabe-se, todavia, que, no geral, os danos morais sofridos por terceiros guardam pertinência com o grau de relacionamento existente entre as pessoas (o lesado e o terceiro). Daí porque cabe ponderar, em cada situação, o valor a ser pago a título de indenização, de modo a não se tratar de forma desigual as pessoas, criando situações aparentemente contraditórias. Por exemplo, a morte de filho único certamente gera maior dano moral aos pais do que na hipótese em que possuem outro descendente direto. Da mesma forma, a perda do filho único quando os pais não estão mais na idade de procriar é mais doloroso do que quando ainda podem ter outro descendente consanguíneo.

Procurando, então, distinguir essas diversas situações, sugerimos uma tabela avaliativa dos danos morais, partindo-se de um valor base (VB) a ser definido pelo juiz para a hipótese de morte. Óbvio, porém, que se trata apenas de uma sugestão. E, em relação aos percentuais sugeridos, eles buscam muito mais apontar que há situações que devam ser para mais ou para menos valoradas a indenização, do que em querer indicar em quanto mais ou menos deva ser quantificada a indenização a partir do valor base (VB).

Diga-se, ainda, que devemos presumir, na maioria dos casos, o laço de afetividade existente entre o falecido e o lesado moralmente. Óbvio, no entanto, que, devido as circunstâncias, a ponderação sugerida deve ser alterada a depender da maior ou menor afetividade.

Cabe, destacar, ainda, que o valor base (VB) pode variar a depender do status familiar do morto em relação ao lesado moralmente. Assim, por exemplo, pode-se ter um valor base para a morte do filho (100 mil, v.g.) e outro valor base para a hipótese de morte do genitor (50 mil, v.g.).

Diga-se, ainda, que, em havendo enquadramento em duas ou mais situações, deve se preferir o mais favorável ao lesado. Assim, partindo-se de um valor base (VB) devido em caso de morte, a ser definido em cada caso concreto, teríamos a aferição do dano seguindo este esquema quantitativo:

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS PAIS (afetividade presumida)

Morte do filho = VB (valor base)

único menor de 18 anos = VB + 75%

Se a mãe não pode mais procriar = VB + 100% (para mãe)

Se o pai não pode mais procriar = VB + 100% (para o pai)

único entre 18 e 40 anos = VB + 50%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS FILHOS (afetividade presumida)

Morte do genitor = VB

filho menor de 18 anos = VB + 50%

filho menor de 18 anos (ficar) órfão = VB + 100%

filho maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB + 25%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS AVÓS (afetividade presumida)

Morte do neto = VB

neto sob guarda = situação do filho

maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB – 25% (redução de 25%)

maior de 40 anos = VB – 50%

INDENIZAÇÃO POR MORTE DE OUTROS DESCENDENTES (afetividade presumida)

sob guarda do ascendente = situação do filho

outras hipóteses = VB – 75%

INDENIZAÇÃO DEVIDA PELA MORTE DOS AVÓS (afetividade presumida)

Morte do avó/avô = VB

neto sob guarda = morte do genitor

neto maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB – 25%

se avó/avô maior de 60 anos = VB – 50%

neto maior de 40 anos = VB – 50%

se avó/avô maior de 60 anos = VB - 75%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AO IRMÃO (afetividade presumida)

Morte do irmão = VB

irmão único = VB + 75%

irmão único maior de 60 anos = VB + 25%

irmão menor de 18 anos = VB + 50%

irmão maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB + 25%

irmão maior de 60 anos = VB – 50%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS COLATERAIS MAIS DISTANTES (comprovada a afetividade)

morte do colateral (salvo irmão) = VB da morte do irmão – 50%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AO CÔNJUGE/COMPANHEIRO (afetividade presumida)

Morte do cônjuge/companheiro = VB

morto menor de 40 anos = VB + 100%

maior de 40 anos e menor de 60 anos = VB + 50%

casamento com mais de 25 anos = VB + 25%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS AFINS EM LINHA RETA (comprovada a afetividade)

Morte do parente afim em linha reta = VB da morte do cônjuge – 75%

INDENIZAÇÃO DEVIDA A OUTROS COM QUEM MANTÉM LAÇOS AFETIVOS (comprovada a afetividade)

Morte = VB da morte do irmão – 50%

5. Liquidação do dano estético

Ao lado do dano moral em si, parcela doutrinária distingue o dano estético.

Dano estético é a modificação da aparência física da pessoa em face da lesão à sua integridade física externa. Dele decorre um dano extrapatrimonial, que a jurisprudência e doutrina buscam distinguir para efeito de quantificação da indenização. Em outras palavras, teríamos, na hipótese do dano estético, duas indenizações extrapatrimoniais a serem fixadas: a moral propriamente dita e a estética.

É dano moral, pois dele resulta certa amargura ou sentimento de auto-repulsão em decorrência da modificação da aparência física.

Não é preciso, todavia, que haja o “enfeamento”. Basta a modificação da aparência. Caracteriza-se, assim, por se configurar uma modificação na integridade física externa da pessoa; certa e permanente; e que cause ao ofendido ofensa de natureza moral. Óbvio, pois, que, na reparação do dano estético, não se deve ter seu sentido como sinônimo de “belo”. Ainda que a pessoa não se enfeie com a lesão (e o que é feio ou bonito?), cabe a indenização por conta da lesão consolidada à integridade física externa.

É certo, porém, que, também se deve indenizar o dano estético temporário, levando-se em conta o período respectivo. É o caso do período em que a pessoa convive com o dano estético até a realização de uma cirurgia reparadora. Ele, por óbvio, não se confunde com o dano biológico, aqui entendido como o dano à integridade física interna da pessoa (perda de um pulmão, rim, etc). Contudo, mesmo diante do dano biológico se pode reparar o dano moral que dele deriva, além da eventual lesão material (ex.: dada a perda do pulmão, não pode exercer determinada atividade). Na fixação do valor do dano estético, também por arbitramento, cabe aplicar as mesmas lições lembradas para indenização por danos morais, no que couber. Contudo, também devemos considerar alguns fatores específicos para fixação do valor da indenização, distinguindo as situações mais graves das lesões leves.

Assim é que se impõe verificar se com o dano estético há redução da possibilidade da pessoa utilizar seu corpo e se há redução da capacidade social, inclusive em relação a maior dificuldade de encontrar um(a) namorado(a) ou cônjuge em virtude da lesão, v.g.

Certo, ainda, que o juiz deve considerar o dano ou prejuízo do lazer, dano sexual, dano juvenil e dano da paternidade se presentes enquanto derivados da lesão estética.

Aqui, porém, cabe outra ressalva. É que, em relação ao dano estético, descabe considerar a condição socioeconômica da vítima pobre para que se fixe uma indenização por dano estético em valor baixo. Tal relação não ocorre no dano estético, já que a modificação da integridade física é igual para todas as pessoas, independentemente de sua classe social. Em outras palavras, a perda de uma perna do rico tem o mesmo valor da mesma perda por parte de um pobre. Tal dano, portanto, não se confunde com o dano profissional (material).

O mesmo se diga em relação à condição econômica do ofensor. Descabe desconsiderar esse fator, sob pena de o pobre ser condenado a pagar parcela irrisória à pessoa rica a quem causou uma lesão estética ou o rico pagar elevada quantia ao pobre vítima de lesão estética.

6. Liquidação do dano material

Em relação ao dano material as dificuldades para quantificação da indenização se mostram reduzidas. Isso porque, em regra, cabe a parte comprovar o valor do dano patrimonial sofrido.

Frise-se, todavia, que se tem por dano a lesão a qualquer interesse ou bem digno de tutela jurídica. Consiste, pois, numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido.

Relembremos, ainda, que, em relação aos danos emergentes ele não se refere apenas ao que se perdeu (diminuição do patrimônio), mas, também, ao aumento do passivo, como no caso do pagamento da cláusula penal quando a pessoa descumpriu uma obrigação em face da conduta ilícita de outrem.

Em algumas situações, porém, cabe formular pedido genérico. Isso porque se pode estar diante de uma situação na qual a vítima não possa desde logo apontar o valor do dano sofrido. Logo, pode formular pedido genérico, já que não é possível “determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito” (inciso II do art. 286 do CPC).

Não se pode esquecer, ainda, dos denominados danos futuros, quais sejam, aqueles que sejam previsíveis, ainda que indetermináveis de imediato, quando, então, cabe remeter para a liquidação por artigos a fixação do valor respectivo.

É muito comum, ainda, a parte não produzir a prova do que gastou em tratamento médico ou com despesas do enterro. Contudo, essas despesas são presumidas. Assim, nestes casos, cabe a condenação genérica na indenização (inciso II do art. 286 do CPC), a ser apurada em artigos de liquidação (quando, então, o ofendido deverá comprovar as despesas realizadas em tratamento, etc), seja para reparação das despesas já realizadas, como às futuras.

Outras questões, porém, merecem maior debate.

6.1. Indenização fixada pelo juiz criminal

O inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal permite ao juiz penal, ao proferir a sentença condenatória, fixar um “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Observem que, por tal dispositivo, o juiz penal está autorizado a fixar uma indenização mínima para reparação do dano causado em decorrência da prática de um crime.

Tal valor, no entanto, não impede do lesado demandar no juízo civil-trabalhista pedindo a condenação da reparação do dano em valor superior aquele eventualmente fixado pelo juiz penal (parágrafo único do art. 63 c/c art. 64 ambos do Código de Processo Penal). Óbvio, porém, que se a sentença penal for proferida anteriormente, cabe ao juiz civil (inclusive trabalhista) levar em conta o valor já assegurado na decisão criminal.

6.2. Valor da pensão

O valor da pensão (lucros cessantes), como é sabido, deve refletir o valor do trabalho para qual a pessoa ficou inabilitada ou reduzida.

Tal valor, por sua vez, não deve levar em consideração o que a pessoa, eventualmente, ganhava quando do evento danoso, mas, sim, o que potencialmente poderia produzir obtendo renda com seu labor. Deve ficar claro que o que se procura reparar com essa pensão é a redução ou perda da capacidade laborativa da pessoa, não podendo esta (redução ou perda) ser medida apenas em relação ao trabalho eventualmente desempenhado no momento da lesão, mas, sim, em todos os seus aspectos, haja vista a diminuição, por exemplo, da possibilidade de a pessoa obter outras rendas, junto a outro empregador ou de forma autônoma.

Dois exemplos servem de modelos para fundamentar essa questão.

Na hipótese de um trabalhador de baixa qualificação e para qual cujo ofício desempenhado é exigido uma carga de trabalho de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, muito provavelmente o potencial de seu ganho com seu labor é a remuneração que percebe na empresa da qual é empregado. Logo, neste caso, é razoável se levar em conta o valor da sua remuneração como base de cálculos da pensão devida.

Mas imaginem, porém, a situação de um professor que é empregado de apenas uma faculdade, percebendo determinado salário, mas que, diante de sua condição de portador do título de mestre, tem a possibilidade de se empregar em mais uma ou duas faculdades. Imaginem, ainda, que este professor sofre acidente de trabalho e fica totalmente inabilitado para sua profissão. Neste caso, o professor tem a potencialidade de auferir renda superior ao que ele percebia quando do acidente. Seria justo, então, fixar a pensão tendo em conta apenas o valor que recebia a título de remuneração quando do acidente? Óbvio que não.

Sendo assim, em verdade, cabe ao juiz, em cada caso concreto, apreciar todas as circunstâncias, levando em conta a qualificação, status social e a potencialidade produtiva, séria, real e possível de ocorrer, conforme o que normalmente acontece, do ofendido, para definir o valor da pensão.

Tomando-se em conta, porém, a remuneração percebida pelo trabalhador na empresa para qual trabalha (ou trabalhava), parece-nos que o valor da pensão deve ser quantificado a partir da soma de todas as verbas salariais pagas ao empregado, a exemplo do salário base, gratificações, adicionais, horas extras, repouso semanal, duodécimo do 13º salário, duodécimo do adicional de férias, etc, além do correspondente a 8% do devido a título de FGTS incidentes sobre todas as verbas anteriores mencionadas.

Em suma, deve se quantificar o que, de fato, o trabalhador recebia de remuneração mensal, considerando todas as verbas que lhe foram pagas nos doze meses anteriores ao acidente ou em todos os meses anteriores caso não tenha completado um ano de labor.

É certo, ainda, que a inabilitação para o trabalho pode ser parcial ou total.

Na hipótese de inabilitação total, é mais fácil se quantificar o valor da pensão. Isso porque, neste caso, o juiz pode partir da remuneração ganha pela vítima quando do acidente, ressalvada as hipóteses de maior potencialidade produtiva.

Na inabilitação parcial, no entanto, é incerto se quantificar qual a redução da capacidade produtiva.

Para se evitar as incertezas, pode-se aplicar, por analogia, ao disposto no art. 86, § 1º, da Lei 8.213/91, que fixa em 50% do valor do salário-de-benefício o auxílio-acidente devido ao trabalhador quando este tem consolidadas as lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional.

Assim, em todas as hipóteses, pode-se pensar em fixar a pensão em valor que corresponda à metade da remuneração percebida pelo trabalhador quando do evento danoso.

Contudo, em determinadas situações, nas quais a perda da capacidade laborativa seja reduzida, não é desarrazoado se alcançar valor inferior a 50% da remuneração.

No mais, quanto a este tema, cabe ao leitor rever as lições postas acima quanto aos parâmetros a serem considerado na fixação do valor da pensão nas mais diversas situações.

6.3. Liquidação do dano em parcela única

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil prevê que a vítima, “se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Aqui a lei fala em arbitramento, o que, a princípio, daria ao juiz uma ampla liberdade para fixação do valor da indenização, arbitrando-a tal como na fixação do dano moral.

Contudo, em verdade, entende-se que esse arbitramento deve seguir critérios objetivos, fugindo de critérios subjetivos. Daí porque a doutrina menciona seis métodos de quantificação do lucro cessante a ser pago de uma só vez. Tratamos deles adiante.

6.3.1. Método de cálculo por pontos

Este método consiste em multiplicar a taxa de incapacidade por um valor que se denomina ponto de incapacidade. Ele, porém, pressupõe a existência de uma tabela legal de incapacidades para cada espécie de lesão, a qual se indica um número de pontos e um valor econômico para cada ponto. A partir, então, do total de pontos se quantifica o valor da indenização.

Tal método, no entanto, depende de lei assim prevendo sua aplicação.

Outrossim, tal sistema de quantificação é considerado demasiadamente arbitrário, por depender, exclusivamente, da vontade do legislador.

6.3.2. Método multiplicador ou linear

O segundo método mencionado pela jurisprudência já foi e ainda é muito utilizado pelo Judiciário nacional.

Tal método é bastante simples. Ele consiste em multiplicar a renda mensal da vítima anterior a ocorrência da lesão pelo número de meses de sua idade provável de vida.

Esse método, no entanto, é bastante equivocado, pois pode conduzir a fixação de um valor indenizatório que gera para a vítima uma renda superior ao que ganhava antes do evento danoso. E essa constatação se pode fazer com uma simples quantificação.

Parta-se do pressuposto de que a vítima percebia remuneração de R\$.1.000,00 e que faltavam 240 meses para

sua morte provável. Neste caso, a indenização seria devida no valor de R\$..240.000,00. Tal valor, porém, aplicado no sistema financeiro, renderá, no mínimo, juros (renda do capital) de 0,5% ao mês (da caderneta de poupança, para ficar em uma aplicação bem conservadora). Logo, a vítima receberá de juros, por mês, o equivalente a R\$..1.200,00. Ou seja, acabará por ganhar de juros mais do que percebia trabalhando. Daí porque ser mais correto a aplicação do terceiro método, a seguir comentado.

6.3.3. Método do capital rentável

Por este terceiro método, a indenização será fixada a partir da determinação matemática de uma soma de dinheiro que, devidamente aplicada no mercado financeiro, seja capaz de gerar uma renda (juros) igual àquela que a vítima auferia antes da lesão (equivalente ao valor da pensão devida pelo ofensor).

Ou seja, para que o valor da indenização seja equivalente, há de se arbitrar o seu valor em quantia única suficiente e necessária para que a vítima possa, através do capital recebido, perceber renda mensal igual ao valor da pensão que seria devida. Em outras palavras, o valor da indenização paga de uma única vez deve corresponder à quantia necessária para que a vítima, aplicando tal dinheiro, perceba renda mensal (a título de juros, já que é a renda do capital) igual ao valor da pensão mensal.

Assim, por exemplo, caso a renda mensal fosse de R\$..1.000,00, a indenização única haveria de ser fixada em R\$..200.000,00, considerando a renda mínima de 0,5% de juros por mês devida pela caderneta de poupança. Ou seja, a vítima ao receber a indenização no valor de R\$..200.000,00, aplicando esse dinheiro em caderneta de poupança, receberá, por mês, a título de renda (juros), o valor de R\$..1.000,00. Isto é, seria como tivesse recebendo a pensão que lhe seria devida mensalmente.

Parece-nos que esse seja o método mais correto para quantificação da indenização paga de uma só vez, pois ele tem o mérito de assegurar à vítima a percepção de uma renda equivalente ao que deixou de produzir após a lesão de modo vitalício.

6.3.4. Método do capital amortizável ou matemático financeiro

A doutrina menciona, ainda, um quarto método, que consiste em determinar o valor mediante uma operação matemático-financeira (fórmula Moore), fixando-se um capital que aplicado no mercado financeiro, a juros de 6% ao ano, seja amortizado em um período calculado como de provável de vida da vítima, mediante a percepção de uma renda mensal similar a que percebia antes da lesão.

Tal método se diferencia do anterior em razão de se consumir do capital a renda percebida pela vítima, de modo que ao fim do tempo (idade provável) ele se esgote. Ou seja, quantifica-se um capital que, aplicado a juros de 6% ao ano, permita que a vítima retire, mensalmente, um valor equivalente à sua renda anterior à lesão, de modo que, ao final do período quantificado (idade provável) todo capital esteja consumido.

Para tanto se utiliza da seguinte fórmula para quantificação da indenização:

$$C = a \times [1 - (1/(1+i)^n)/i]$$

Onde

C: representa o valor do capital (indenização)

a: renda mensal da vítima (pode ser proporcional à redução da capacidade)

n: o número de meses do período a considerar

i: a taxa de juros

Daí, teríamos, como exemplo, considerando a renda de R\$..1.000,00 por mês, juros de 0,5% ao mês e idade provável restante de 240 meses:

$$C = 1.000,00 [1 - (1/(1+0,005)^{240})/0,005]$$

$$C = 1.000,00 \times 139,5807717$$

$$C = R\$..139.580,77$$

Tal valor, aplicado aos juros de 0,5% ao mês, com retirada mensal de R\$..1.000,00, permite à vítima obter essa renda até completar o momento provável de sua morte, quando ao cabo desse período nada restará do capital original.

Esse método, no entanto, é criticável por não assegurar à vítima qualquer renda para a hipótese em que ele viva mais do que seria provável. E essa situação geraria uma verdadeira injustiça, pois já em idade avançada, a vítima que perdeu ou teve reduzida sua capacidade de labor, sem a renda mensal, ficará sujeito à boa vontade dos parentes ou da aposentadoria oficial.

Ele, porém, se aplicável, é mais adequado à hipótese de morte da vítima, já que a lei, aqui, menciona que deve ser considerado o parâmetro da idade provável.

Vale frisar que, se o capital for atualizado monetariamente, é certo que haverá a faculdade da retirada mensal em valor majorado na mesma proporção, de modo que ao final se consuma por inteiro o principal.

6.3.5. Método concreto

Por fim, parte da doutrina estrangeira menciona também o método denominado concreto. Por ele, em verdade, cuida-se de fixar o valor da indenização por arbitramento, devendo o juiz levar em consideração, na prática, os mesmos fatores utilizados, em geral, para a indenização por danos morais.

Assim, caberá ao juiz, neste caso, observar as circunstâncias particulares relacionados à vítima, como seu sexo, idade, tempo de vida provável, educação, nível cultural, ocupação ou ofício, especificidade ou especialidade de seu trabalho, renda percebida antes da lesão, aptidões ou talento para o trabalho, nível de vida ou posição social e posição econômica e social, para fixação do valor da indenização.

Por óbvio que esse critério deve ser evitado, pois ele, por ser bastante subjetivo, distancia-se da objetividade que se busca na fixação da indenização por danos materiais.

7. Compensação do lucro com o dano

A doutrina também identifica uma situação na qual deva ser considerado pelo juiz no momento de fixação da indenização por danos materiais, ainda que em forma de pensão. Cuida-se da compensação do lucro com o dano. É sabido que, muitas vezes, acontece da vítima, em consequência do evento danoso, obter ganhos econômicos ou incremento de seu patrimônio. Neste caso, entende-se que tais ganhos devem ser considerados e compensados no momento de fixação da indenização para se evitar que a vítima, diante do dano, tire proveito ou benefício, ficando em situação melhor a que tinha antes do evento danoso. Procura-se evitar o enriquecimento sem causa, deduzindo da indenização devida o proveito obtido pelo lesado com o evento danoso.

Lógico, no entanto, que esse proveito há de ter uma relação causal com o sucesso obtido com a lesão. Sem esse nexos causal, descaberá efetuar qualquer abatimento do valor da indenização devida. Há se existir, assim, entre a vantagem e o dano uma relação causal. Se a vantagem tem sua própria justificação, descabe, portanto, a compensação.

Ressalte-se, porém, que a jurisprudência italiana não admite a compensação entre a indenização devida ao trabalhador em face de sua invalidez permanente e a renda por ele auferida em uma eventual nova ocupação condizente com a referida invalidez.

Podemos, neste caso, como exemplo, mencionar o mundialmente famoso episódio envolvendo os mineiros chilenos que ficaram 33 (trinta e três) dias retidos numa mina de subsolo. É certo que, diante do acidente ocorrido, tais mineiros sofreram, no mínimo, fortes danos morais. Foi noticiado, porém, que diversos desses mineiros, logo após o resgate, passaram a obter ganhos com entrevistas exclusivas e até com palestras no Chile e em outros países.

Daí se tem que tais mineiros obtiveram ganhos econômicos, aumentando seus patrimônios, devido ao evento danoso em que estiveram envolvidos. Justo, então, será compensar esses ganhos com a indenização devida, evitando-se que o lesado fique numa situação melhor do que estava antes da lesão.

As situações de ganhos com entrevistas exclusivas, lançamento de livros, venda de fotos, etc, têm sido comuns entre vítimas de eventos danosos gerados por atos de outrem. São ganhos, portanto, que devem ser compensados. Cabe, no entanto, ressaltar que “a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. Destarte, ainda que eventualmente prosseguisse a empregada nas mesmas funções... o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão ressarcitória, independentemente de ter ou não havido perda financeira concretamente apurada” (STJ – RESP 588649 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 08.11.2004 – p. 00243).

A indenização civil, portanto, tem por fim, não só reparar a perda financeira, mas também compensar o dano físico causado ao empregado. E mesmo em relação ao dano financeiro, é de se lembrar que a indenização visa também a reparar os lucros cessantes devidos em face da redução da capacidade laborativa, tendo em mente que o trabalhador poderia auferir, fora da empresa, outros rendimentos com o fruto de seu labor (seja como autônomo, empresário, etc).

Desse modo, mesmo diante da ausência de perda financeira, ainda assim será devida a indenização caso haja diminuição ou eliminação da capacidade laborativa. Tal, porém, não impede algumas compensações, para se evitar o enriquecimento ilícito. Alguns desses ganhos, porém, merecem abordagem específica. É o que faremos a seguir.

7.1. Liberalidades ou doações em favor da vítima

Um dos ganhos comuns obtidos pelas vítimas é a percepção de doações dadas por terceiros, que procuram, através desse gesto de solidariedade, assistir os lesados em seus momentos difíceis.

A doutrina entende, todavia, que tais doações não se compensam do lucro cessante devido, já que elas são frutos da generosidade ou liberalidade de terceiros, não existindo, verdadeiramente, um vínculo causal com o fato que

originou o dano. Tem mais um caráter assistencial do lesado, fruto da benevolência do ser humano, sem qualquer caráter reparatório.

Outrossim, se tais doações fossem abatidas da indenização devida elas acabariam por beneficiar o ofensor; em outras palavras, a doação seria revertida em favor do ofensor, que se beneficiaria com o abatimento de sua dívida.

7.2. Benefícios previdenciários

É bastante comum, ainda, o pedido de compensação dos benefícios previdenciários percebidos pela vítima a partir da lesão.

Há muito, porém, nossa doutrina e jurisprudência já assentaram o entendimento de que o benefício previdenciário pago ao acidentado não se compensa com a indenização civil devida pelo empregador em face do acidente de trabalho. Para tanto basta à leitura do inciso XXVIII do art. 7º da CF, que assegura o seguro por acidente de trabalho sem excluir a indenização civil.

Ademais, o benefício previdenciário decorre de uma relação contratual-administrativo firmada entre o trabalhador e o instituto oficial de previdência, na qual esta se obriga a pagar um benefício em caso de invalidez daquele, que, para tanto, contribui com uma prestação mensal. É produto, pois, de seu esforço laboral e da contribuição paga à previdência social.

Aqui, inclusive, pode ser repetida a crítica formulada para situação das doações de terceiros em favor da vítima. Se se permitir a compensação do benefício previdenciário, o único beneficiado será o ofensor, às custas da vítima, já que, a partir das contribuições previdenciárias pagas por esta (vítima), aquele primeiro (ofensor) terá reduzida sua dívida para com o lesado.

Tais benefícios, portanto, não se prestam a compensar a indenização devida pelo empregador.

Mesmo raciocínio, aliás, deve se ter com os benefícios de previdência privada, já que também são devidos em face do contrato firmado pela vítima, descabendo beneficiar o ofensor com qualquer compensação.

7.3. Seguros

Uma terceira situação ocorre com a indenização percebida pela vítima da entidade seguradora em caso de lesão à sua saúde.

Três são as situações possíveis de ocorrer: o prêmio do seguro é pago exclusivamente pela vítima; o prêmio do seguro é arcado apenas pelo ofensor; e, o prêmio do seguro é pago pela vítima e pelo ofensor.

Em relação ao seguro arcado pelo ofensor, cuja indenização é paga ao terceiro vítima do evento danoso (seguro de lesão causada a terceiros), não temos dúvidas da possibilidade de compensação do valor respectivo da indenização devida, seja a título de danos materiais ou morais.

Isso porque, na prática, quem paga a indenização à vítima é o ofensor que firmou o contrato de seguro. Por este contrato apenas há uma substituição do devedor. Ao invés de ser o ofensor, passa a ser a seguradora, por força de contrato firmado com aquele primeiro. Ou, em outras palavras, é como a seguradora estivesse pagando, por ordem do ofensor, à vítima uma indenização previamente contratada.

Neste caso, portanto, é possível o abatimento.

Uma ressalva, porém, deve ser lembrada. É a hipótese na qual o prêmio do seguro é pago (arcado) pelo ofensor (empregador) como obrigação decorrente do contrato de emprego, seja por previsão constante do contrato individual, seja imposto por instrumento coletivo de trabalho. Neste caso, descabe qualquer compensação. Isso porque, em verdade, o seguro se configura como verdadeira vantagem contratual do empregado, constituindo-se obrigação da empresa apenas pagar o prêmio.

Ainda que esse benefício (valor do prêmio) não seja considerado como uma parcela de natureza salarial, para fins de integração à remuneração (inciso V do § 2º do art. 458 da CLT), o mesmo decorre do pactuado entre empregado e empregador, integrando-se ao patrimônio do trabalhador por força do pactuado em contrato. Neste caso, na realidade, quem firma o seguro é o empregado, ainda que o prêmio seja pago pela empresa.

Essa situação, pois, é diversa daquela na qual a empresa, voluntariamente, sem qualquer imposição posta no contrato de emprego, celebra o contrato de seguro em favor de outrem.

Situações diversas, ainda, ocorrem quando o seguro é arcado diretamente pela vítima. E neste caso, cabe distinguir duas hipóteses: de dano à coisa e de dano à pessoa.

Na hipótese de seguro de dano à coisa, estabelece o art. 786 do Código Civil, que, uma vez paga a indenização, “o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”.

Daí se tem que, na realidade, o valor recebido pela vítima da seguradora, no ressarcimento de danos causados à coisa segurada, deve ser abatido da indenização devida pelo ofensor ao ofendido, pois a quantia respectiva fica sub-rogada ao segurador. Mas apenas há um abatimento do que deve ser pago à vítima, já que o valor respectivo

(quantia paga a título de indenização pela seguradora) passa a ser devida à seguradora (sub-rogada). Lembre-se, todavia, que os parágrafos 1º e 2º do art. 786 do Código Civil ressaltam que “salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consangüíneos ou afins” e que é “ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo”.

Já em relação ao seguro de pessoa, o art. 800 do Código Civil dispõe que “o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro”. Neste caso, então, ao segurado ou beneficiário do seguro de pessoa resta assegurado plenamente seu direito de ressarcimento pelos danos causados por terceiros.

E, neste caso, não se deve descontar do valor devido pelo ofensor o que a vítima recebeu da seguradora, já que a indenização paga por esta não tem por objeto reparar o dano (como se fosse seguro de dano, regulado nos arts. 778 a 788 do Código Civil). Tal valor é pago, em verdade, em decorrência da fixação de um evento como fato gerador da indenização a ser paga pela seguradora, pouco importando se tal evento tenha sido causado por terceiros ou não. E tanto é assim que a seguradora não se sub-rogar nos direitos e ações nos limites do valor respectivo contra o autor da lesão.

Ademais, a se permitir a compensação, o ofensor acabaria por se aproveitar do que foi pago pela vítima à seguradora. Sairia lucrando, pois o valor da indenização devida seria diminuído em face do contrato firmado pela vítima com a seguradora.

Por fim, temos a hipótese em que o seguro é arcado pelo ofensor e ofendido. Sói ocorrer, comumente, tal situação naquelas hipóteses na qual a empresa firma um contrato de seguro coletivo em favor dos seus empregados, mas dividindo com estes o custo do prêmio. Ou seja, cada um paga uma parte do prêmio.

Neste caso, conjugando-se as lições anteriores, temos que somente será possível a compensação da indenização paga pela seguradora na proporção do valor do prêmio pago pelo ofensor. Assim, se ele arcar com a metade do prêmio, recebida a indenização pela vítima da seguradora, apenas metade do seu valor poderá ser abatido daquilo que é devido pelo ofensor.

7.4. Heranças e legados

Outra hipótese mencionada na jurisprudência estrangeira é a da compensação da herança ou legado recebido pelos sucessores da vítima morta. Neste caso, alega-se que o sucessor, com a morte do parente ou cônjuge, acaba por ser beneficiado por receber a herança ou legado deixado pelo falecido.

Tal argumento, porém, não pode ser considerado, já que inexistente a relação causal entre o ato danoso e a herança ou legado recebido. Isso porque, o benefício recebido pelos herdeiros não decorre diretamente do fato ilícito que provocou a morte, mas, sim, da vocação hereditária posta na lei. E esta vocação hereditária guarda independência total e absoluta da causa geradora da morte. Em outras palavras, os efeitos da sucessão hereditária são gerados pelo evento morte, pouco importando que este tenha decorrido de um ato ilícito ou de causa natural.

8. Juros sobre a indenização por danos morais

Em relação à incidência dos juros, cabem alguns esclarecimentos em relação à indenização por danos morais.

A tal respeito, lembramos que, conforme o Código Civil, os juros incidem:

- a) sobre a obrigação positiva e líquida, desde o termo fixado para o seu cumprimento (art. 397 do Código Civil);
- b) sobre a obrigação negativa, desde o dia em que o devedor executou o ato de que se devia abster (art. 390 do Código Civil);
- c) sobre a obrigação decorrente da prática de ato ilícito (não-contratual), desde que o praticou (art. 390 do Código Civil);
- d) sobre a obrigação positiva e líquida sem termo pré-fixado, a partir da interpelação judicial ou extrajudicial (parágrafo único do art. 397 do Código Civil); e,
- e) nas demais hipóteses (obrigação ilíquida ou obrigação positiva e líquida sem termo pré-fixado e sem prévia interpelação), a partir da citação inicial (art. 405 do Código Civil).

As situações acima, entretanto, somente se aplicam quando o valor da indenização é fixado com época-própria idêntica ao termo inicial dos juros.

Assim, por exemplo, na primeira hipótese, não pago o salário certo e líquido no termo fixado, os juros começam a incidir desde a época-própria respectiva (data do vencimento). Aqui há coincidência entre a data do valor da indenização e o da incidência dos juros.

O mesmo ocorrerá, ainda, se a indenização devida pela prática do ato ilícito for fixada considerando como época-própria a data em que o ilícito foi cometido. Ou seja, neste caso, praticado o ato ilícito em determinada data, o juiz fixa o valor da indenização tendo como parâmetro o mesmo dia (ilícito em 10/02/2010, indenização no valor X na data de 10/02/2010).

Situação diferente, no entanto, ocorrerá se o juiz fixar o valor da indenização tendo outra data como de época-própria. Por exemplo, se alguém causa dano ao veículo de outrem no dia 10/02/2010, a princípio, os juros começam a correr desde então. Contudo, se o juiz, ao fixar o valor da indenização (suficiente ao conserto do veículo), leva em conta a avaliação (orçamento) realizada em data posterior, o correto é incidir os juros a partir deste último dia. Do contrário, chegaríamos a uma situação contraditória de incidir juros a partir de uma data anterior ao da fixação do valor da indenização.

Essa última situação ocorre, ainda, em geral, para as hipóteses de arbitramento da indenização, especialmente em relação ao dano moral. Em regra, o juiz fixa a indenização por dano morais tendo em vista o valor da reparação na data da sentença. Se tal ocorre, presume-se que o juiz tem em conta o valor da reparação já devidamente “atualizada”, na data corrente. Logo, descabe a incidência retroativa de juros neste caso.

Tal situação, no entanto, difere da hipótese em que o juiz, por exemplo, fixa o valor da indenização tendo como parâmetro a data da lesão. Neste caso, então, aplicam-se as regras de incidência dos juros conforme acima delimitados. Exemplo: se o juiz, diante de uma ofensa moral (ato ilícito), resolve fixa a indenização no valor de X na data em que ocorreu a lesão, logo, os juros incidirão desde a prática do ato ilícito (art. 390 do Código Civil).

A incidência dos juros, portanto, deve respeitar as regras acima delineadas, combinadas, no que couber, com a data considerada pelo juiz para a fixação da indenização.

De qualquer forma, cabe lembrar que o TST, conforme sua Súmula n. 439, entende que “os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT”.

Vale lembrar, ainda, que, em relação à Fazenda Pública se aplicam os mesmos índices oficiais de juros aplicados à caderneta de poupança (Art. 1º. F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09).

9. Correção monetária

Em relação à correção monetária não há dúvida de que a mesma incide desde o momento em que é devida a reparação. Óbvio, ainda, que, no caso de arbitramento da indenização, a correção monetária somente começara a ser devida após a data considerada pelo juiz como de época-própria. Por exemplo, repetindo as lições ditas acima quanto aos juros, se alguém causa dano ao veículo no dia 10/02/2010, a princípio, a correção monetária incidente sobre a indenização devida começa a correr desde então. Contudo, se o juiz, ao fixar o valor da indenização (suficiente ao conserto do veículo), leva em conta a avaliação (orçamento) realizada em data posterior, o correto é incidir a correção monetária a partir deste último dia. Do contrário, chegaríamos a uma situação contraditória de incidir correção monetária a partir de uma data anterior ao da fixação do valor da indenização.

Lembre-se, ainda, que o TST, conforme sua Súmula n. 439, entende que “nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor”.

Questão mais controvertida é quanto ao índice de incidência da correção monetária na Justiça do Trabalho.

Duas são as opções: incidência do índice de atualização dos débitos trabalhistas (art. 40 da Lei n. 8.177/91) ou o índice de correção dos débitos civis.

Em relação à Fazenda Pública, atualmente cabe a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (Art. 1º. F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09).

Já em relação aos demais débitos cíveis, os tribunais têm decidido pela aplicação dos seguintes índices:

- de outubro de 1964 a fevereiro de 1986: ORTN
- março de 1986: OTN
- de abril de 1986 a fevereiro de 1987: OTN “pro-rata”
- de março de 1987 a janeiro de 1989: OTN
- fevereiro de 1989: 42,72% (conforme STJ, índice de jan/89)
- março de 1989: 10,14% (conforme STJ, índice de fev/89)
- de abril de 1989 a março de 1991: IPC do IBGE (de mar/89 a fev/91)
- de abril de 1991 a julho de 1994: INPC do IBGE (de mar/91 a jun/94)
- de agosto de 1994 a julho de 1995: IPC-r do IBGE (de jul/94 a jun/95)
- de agosto de 1995 em diante: INPC do IBGE (de jul/95 em diante)

Parece-nos que em relação ao débito trabalhista se aplica a regra da Lei n. 8.177/91. Já quanto ao débito que não tem natureza trabalhista, cabe a incidência do índice dos débitos cíveis.

Seria o caso, por exemplo, da correção monetária incidente sobre a indenização devida aos familiares da vítima morta em acidente de trabalho. Neste caso, como a indenização é devida a terceiro, não integrante de uma relação de emprego, o débito tem natureza civil e não trabalhista. Já em relação à indenização por ato ilícito devida

ao próprio empregado, numa interpretação ampliativa, pode-se concluir que o débito tem natureza trabalhista.

10. Extensão da indenização por atos ilícitos

As regras definidoras do valor da indenização devida por atos ilícitos se encontram traçadas nos arts. 944 a 954 do Código Civil.

O art. 944 do CC, por sua vez, estabelece a regra de que a “indenização mede-se pela extensão do dano”. Com isso se quer estabelecer a regra de que ninguém pode receber, a título de indenização, valor superior ao dano que sofreu, evitando-se, com isso, o enriquecimento sem causa.

Duas exceções estão postas no Código Civil, porém. A primeira delas é aquela mencionada no parágrafo único do próprio art. 944, que dispõe que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Aqui, ficou estabelecida a faculdade de o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização na hipótese de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Ou seja, neste caso, a indenização não será na medida da extensão do dano (reparação integral). O ofendido, assim, neste caso, ficará em prejuízo, pois o dano não será reparado por inteiro se houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

Tal dispositivo legal, assim, funda-se no princípio da equidade, na qual se pondera os interesses do lesado e do ofensor, em especial quando a este último não se possa impor uma maior censura em sua conduta.

Algumas questões, no entanto, devem ser esclarecidas.

A primeira é que deve haver uma desproporção excessiva, exagerada, demasiada ou desmedida entre o prejuízo da vítima e o grau de culpa do ofensor. Logo, se for leve a culpa e o dano de pequena monta, inexistindo o desequilíbrio (desproporção), será devida a indenização.

Lógico, ainda, que se a culpa for grave, mas o dano for pequeno, ainda assim deve haver a reparação integral. Isso porque, para redução da indenização, leva-se em contra o grau de culpa como fator preponderante de redução da indenização. A partir da culpa em menor grau (não grave) é que, havendo desproporção com o dano, reduz-se a indenização. Daí se tem que, necessariamente, a culpa do ofensor há de ser leve ou levíssima.

Também não se mostra autorizado por esta regra, fundada na eqüidade, a redução da indenização quando o ofensor tenha boa condição econômica, podendo arcar com a indenização integral, sem redução de sua condição sócio-econômica, ainda que tenha agido com culpa leve ou levíssima. A se pensar em sentido contrário, estar-se-ia diante de uma injustiça, em contradição ao princípio que norteia a regra redutora do parágrafo único do art. 944 do CC.

Diga-se, ainda, que a expressão “poderá o juiz reduzir” não implica em deduzir que se trata de uma faculdade do juiz. Cuida-se de direito subjetivo do ofensor, que deve ser observado quando satisfeitos os pressupostos previstos em lei. Tal redução, no entanto, há de ser pedido pelo ofensor em sua defesa, pois se trata de uma faculdade jurídica posta à sua disposição, até porque ele pode, querendo, reparar integralmente o dano, mesmo que tenha agido em culpa leve.

Ressalte-se, ainda, que “a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano” (Súmula 46 das Jornadas de Direito Civil, com redação dada pela Súmula 380).

A segunda exceção encontramos no art. 928 do Código Civil. Este dispositivo reafirma a responsabilidade do menor “pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes” (art. 928 do Código Civil). É uma regra que reafirma a responsabilidade do incapaz por seus atos quando seus responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para tanto.

Contudo, dispõe o parágrafo único do art. 928 do Código Civil que, neste caso, a indenização “deverá ser equitativa” e “não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Nesta hipótese, o legislador privilegiou o incapaz em detrimento do ofendido por seus atos, procurando estabelecer regra que evite com que a indenização se torne excessivamente onerosa para o incapaz. Também levou em conta o princípio da equidade, devendo ser considerado, ainda, a imputabilidade diminuída do incapaz.

A indenização devida, portanto, poderá ser limitada equitativamente pelo juiz, não cabendo a mesma ser cobrada se privar o menor ou quem dele depende do necessário para sua vida digna. O juiz, pois, na fixação da indenização devida pelo incapaz deve ter em conta o princípio da dignidade da pessoa humana e da equidade.

Tal regra, por sua vez, é de ordem pública, já que cuida de norma de proteção do incapaz. Logo, ao juiz, ainda que não haja pedido do ofensor, impõe considerar o disposto no art. 928 do CC, devendo, se for o caso, mandar que seja produzida a prova relativa à condição econômica do menor.

Essa regra, porém, não beneficia os representantes legais dos incapazes quando aos mesmos se atribui a responsabilidade pelo pagamento da indenização.

Acrescente-se, ainda, que as regras de redução da indenização devida se aplicam tanto aos materiais, como os morais.

11. Indenização na culpa concorrente

O art. 945 do Código Civil, igualmente, estabelece outra regra especial para fixação do valor da indenização quando a vítima concorre culposamente para o evento danoso. Neste caso, a “indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Exemplo que se pode lembrar é aquele na qual se pede indenização por danos materiais decorrentes de acusação injusta, tornada pública a injúria. Se, entretanto, conquanto injusta a acusação, restar comprovado que foi a própria vítima que lhe deu divulgação pública (através dos jornais, por exemplo) ou tornou-a mais ampla do que a inicialmente feita pelo autor, tem-se que o próprio ofendido - ao tornar pública a acusação - concorreu para o dano. Essa sua conduta, pois, deve ser considerada na fixação da indenização.

Tal regra socorre o autor do dano quando os efeitos de seus atos são aumentados pelo comportamento da vítima, seja no momento da prática do ato danoso, seja em estágio posterior.

12. Conclusão

Diversas são as situações da vida que influenciam e devem ser consideradas para a fixação do valor da indenização devida em decorrência de dano causado à integridade física de outrem.

No presente trabalho procuramos apontar algumas lições retiradas da doutrina e da jurisprudência, que auxiliam o julgador no momento tormentoso de apontar o valor da indenização, especialmente quando diante do dano moral e estético.

Esperamos, assim, ter contribuído para o estudo deste tema, sem pretensão de esgotar o debate ou o elenco de questões que devem ser consideradas.

13. Referência

CENDON, Paolo. BALDASSARI, Augusto (orgs.). Codice civile annotato con la giurisprudenza. Milão: UTET, 2007.
VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martinez. El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado. Cizur Menor (Navarra): C

A NOVA LEI 12.619/2012 QUE DISCIPLINA A PROFISSÃO DO MOTORISTA: QUESTÕES CONTROVERSAS

*“Era preciso escolher entre a realidade do discurso
e o discurso da realidade. Escolhi este último, naturalmente”
(Autobiografia de Federico Sánchez Jorgen Semprún)*

Resumo - A peculiaridade da realidade fática, em que é prestado o trabalho do motorista profissional, tem suscitado muitos debates. No que se refere à jornada, a celeuma acerca da aplicação, ou não, do disposto no inciso I, do artigo 62 da CLT, sempre se pautou por uma acesa controvérsia quanto ao significado da incompatibilidade e a possibilidade de controle e quantificação das horas efetivamente trabalhadas. A nova Lei 12.619/2012, editada para disciplinar a matéria, trouxe balizas fincadas por novos conceitos jurídicos, formatados também pela crescente preocupação com a preservação da integridade física, saúde e segurança não só dos motoristas, mas também de todos os demais que trafegam em ruas, avenidas e rodovias. O presente artigo faz algumas reflexões sobre os novos institutos, focadas sob a perspectiva da função promocional do direito contemporâneo, com o escopo de contribuir para a discussão jurídica, num momento em que o debate atinge alta temperatura

Palavras-chave- nova lei dos motoristas profissionais. Tempo de direção. Tempo de espera. Tempo de reserva. Nova configuração dos intervalos para repouso e descanso e o diálogo das fontes. A função promocional do Direito do Trabalho.

Sumário – 1 - Introdução; 2 - Do empregado ao cidadão. Assumindo a nova face do direito trabalhista brasileiro - saúde e segurança; 3 - Questões controversas quanto à jornada; 4 - A grande celeuma: local para gozar os tempos de descanso; 5 - Conclusões; 6 - Bibliografia.

1. Introdução

Apesar de possuir um território com dimensões continentais, no século XX o Brasil fez a opção preferencial pelo transporte rodoviário para locomoção de pessoas e bens, em detrimento do ferroviário, o que tem provocado ao longo do tempo consequências importantes. Motoristas autônomos trafegam ao lado de um expressivo número de empregados assalariados no mesmo ambiente, tornando imperativo assegurar a todos condições de saúde e segurança adequadas às especificidades das atividades profissionais desempenhadas, porque é o trabalho que deve estar adaptado ao homem e não o homem ao trabalho, conforme já defendemos em artigo anteriormente publicado sobre o meio-ambiente laboral.

Ademais, não se pode desconsiderar que, no caso dos motoristas profissionais, tais questões extrapolam os limites de uma relação contratual também porque o meio ambiente de trabalho se dá em vias públicas, de sorte que a questão se apresenta intrinsecamente imbricada com a preservação da integridade física e segurança de terceiros, que atuam no mesmo espaço físico.

Em razão disso, suscita questionamentos também quanto ao transporte internacional, prestado por motoristas contratados por empresas estrangeiras como ocorre, *exempli gratia*, com as sediadas nos países que integram o MERCOSUL que, ao ingressar em nosso território, passam a trabalhar no meio ambiente laboral nacional e, portanto, afetos aos mesmos desafios de garantir segurança no trânsito de nossas ruas, avenidas e estradas, o que tem mobilizado a fiscalização do Ministério do Trabalho quanto aos novos parâmetros legais e aplicação das Normas Regulamentadoras .

A linha de evolução normativa infraconstitucional, como a que ora se examina, sedimenta o perfil de uma nova identidade do direito laboral no Brasil, privilegiando a vis atrativa do conceito de trabalho *lato sensu* como valor republicano, em cumprimento a nova diretriz traçada pela EC 45.

**TERESA APARECIDA ASTA
GEMIGNANI,**
Desembargadora do TRT de
Campinas - 15ª Região. Dou-
tora com tese aprovada pela
USP - Universidade de São
Paulo - pós-graduação stric-
to sensu. Membro da Aca-
demia Nacional de Direito
do Trabalho - ANDT. Mem-
bro da REDLAJ - Rede Latino
Americana de Juízes.

DANIEL GEMIGNANI,
Bacharel em Direito pela
Pontifícia Universidade Ca-
tólica de São Paulo e Audi-
tor Fiscal do Ministério do
Trabalho.

2. Do empregado ao cidadão: assumindo a nova face do direito trabalhista brasileiro - saúde e segurança em foco

As mudanças ocorridas nos últimos anos, seja no campo doutrinário, seja no âmbito legislativo, provocadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, alargaram a competência da nossa Justiça para apreciar questões oriundas da relação de trabalho em sentido amplo.

Partindo desta premissa, as balizas postas pela nova Lei 12.619/2012 devem ser exigidas apenas dos motoristas empregados ou dos autônomos também?

Motoristas contratados por uma empresa estrangeira, em trânsito pelo Brasil, devem sujeitar-se à legislação brasileira? Ou deve haver distinção de tratamento entre motoristas profissionais que se ativam por uma empresa brasileira, por uma empresa sediada em um país membro do MERCOSUL, ou por uma empresa sediada em outro país não membro?

Além da necessidade de evitar que haja concorrência desleal, pela disparidade dos custos que serão suportados por quem cumpre a legislação, não se pode desconsiderar que o controle de jornada e do efetivo gozo dos períodos de descanso na verdade constituem normas de ordem pública destinadas a proteger não só o trabalhador, mas também terceiros que ao seu lado trafegam em ruas, avenidas e estradas, de sorte que a responsabilidade pelo cumprimento do marco legal deve ser imputada também ao motorista estrangeiro que trabalha em nosso território. E tanto isso é verdade, que a nova lei sabiamente alterou o Código Nacional de Trânsito exigindo a observância de tais parâmetros por todo e qualquer condutor.

Registre-se o constante do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 05/92- ao dispor em seu artigo 3º que: “Os cidadãos nacionais e residentes permanentes de um dos Estados Partes fruirão, nas mesmas condições que os cidadãos e residentes permanentes de outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição em tal Estado para a defesa de seus direitos e interesses.”

Ora, se é permitido ao estrangeiro acionar a jurisdição de outro país do MERCOSUL, a fortiori se conclui que, quando está em solo de país membro, ainda que a trabalho e de forma transitória, submeta-se à legislação desse país, notadamente quando se tratar de motoristas, cujas funções são executadas em território nacional e estão relacionadas com as condições de segurança no tráfego rodoviário.

A corroborar tal conclusão, tem-se a Declaração Sociolaboral do Mercosul ao dispor

Artigo 17 - Saúde e segurança no trabalho:

1. Todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho sadio e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.
2. Os Estados Partes comprometem-se a formular, aplicar e atualizar em forma permanente e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores.

Artigo 18 - Inspeção do trabalho:

1. Todo trabalhador tem direito a uma proteção adequada no que se refere às condições e ao ambiente de trabalho.
2. Os Estados Partes comprometem-se a instituir e a manter serviços de inspeção do trabalho, com o propósito de controlar em todo o seu território o cumprimento das disposições normativas que dizem respeito à proteção dos trabalhadores e às condições de segurança e saúde no trabalho.”

Nesta questão, importante registrar também o Acordo sobre Transporte Internacional Terrestre, existente entre o Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, notadamente o constante do artigo 4º, item 1, ao dispor que “aplicar-se-ão às empresas que efetuem transporte internacional, assim como a seu pessoal, veículos e serviços que prestem no território de cada país signatário, as leis e regulamentos nela vigentes”

Como anteriormente pontuado, não se pode perder de vista que, no caso do meio ambiente laboral do motorista, o foco está posto num espaço público, em que as condições de integridade física, saúde e segurança do trabalhador estão intrinsecamente imbricadas com os mesmos direitos neste sentido assegurados a terceiros.

A nova lei vem sinalizar de forma clara e expressiva que, além da natureza laboral protetiva, a limitação da jornada do motorista também está destinada a assegurar condições para o exercício da direção responsável, em benefício do entorno social em que atua, evitando que o cansaço coloque em risco a integridade física, saúde e segurança dos demais cidadãos.

Pioneiro na iniciativa de conferir formatação jurídica aos conceitos de macrolesão e interesse coletivo, entre outros que depois se espalharam pelo ordenamento nacional, a norma trabalhista contribui para exponenciar os efeitos irradiantes da função promocional do direito que, segundo Norberto Bobbio, está direcionada ao escopo

de “promover a realização de atos socialmente desejáveis”, perspectiva que no Estado contemporâneo vive movimento virtuoso de ampliação, pois é preciso utilizar os “conhecimentos cada vez mais adequados que as ciências sociais estão à altura de nos fornecer sobre as motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o tornam possível com o objetivo não de recorrer às reparações quando ele já houver sido praticado, mas de impedir que ocorra.”

3. Questões controversas quanto à jornada

A lei trabalhista sempre considerou como “serviço efetivo” todo o tempo em que o empregado estivesse à disposição do empregador, assim estabelecendo expressamente no artigo 4º da CLT como período a ser computado para todos os efeitos, o que provocava acirradas controvérsias acerca da jornada do motorista profissional, em razão de suas especificidades. Com efeito, tratando-se de trabalho que por sua própria natureza é executado fora do estabelecimento patronal, muitas vezes marcado por percursos de longas distâncias, considerando as ferramentas que a lei até então reputava válidas para aferição do tempo efetivamente trabalhado, exsurgia notória a impossibilidade de controle, levando a jurisprudência majoritária a aplicar o preceituado no artigo 62, I, da CLT, como revela a OJ 332 da SBDI-1 do C. TST ao dispor:

MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA POR TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 816/86 DO CONTRAN . O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa” (DJ 09.12.2003).

Por outro lado, necessário registrar a existência de julgados em sentido diverso, que viam no uso de rastreadores, tacógrafos, bips e telefones celulares a possibilidade de controle, passando a reconhecer extensas jornadas, via de regra fixadas das 05h00 às 23h00 todos os dias, muitas vezes sem intervalo para refeição e descanso intersemanal, o que redundava num número altíssimo e irreal de horas extras.

Em 15 de dezembro de 2011 a Lei 12.551 veio modificar o artigo 6º da CLT, estabelecendo que não há distinção entre o “trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância”, inserindo o parágrafo único que especifica as novas ferramentas válidas para tanto, ao prever que os “meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Tal se deu em decorrência do intenso desenvolvimento da tecnologia da informação no século XXI, que veio possibilitar a utilização de novas ferramentas para supervisão e comando à distância, provocando alterações legais significativas ao descolar o conceito de pessoalidade da presença física. Destarte, ao reconhecer a validade jurídica dos meios telemáticos e informatizados para medir a jornada efetivamente cumprida e o tempo à disposição nas atividades externas, em que não há relação presencial contínua, a alteração do artigo 6º da CLT veio criar novos instrumentos de compatibilidade, reduzindo o alcance do conceito anteriormente referido pelo inciso I, do artigo 62 do mesmo estatuto.

Trata-se de alteração paradigmática relevante, que certamente levará a mudanças significativas na jurisprudência anteriormente consolidada.

A Lei 12.619/2012 acentuou esta diretriz, ao disciplinar as consequências que este novo regramento trouxe aos parâmetros para aferição de jornada, criando normas especiais de tutela da atividade do motorista profissional quando inseriu artigos no Capítulo I, do Título III da CLT, entre os quais podem ser destacados os seguintes:

Tempo de direção

O artigo 235 D cria uma nova figura, que denomina tempo de direção, distinguindo-o do tempo de espera, tempo de reserva, tempo de descanso, tempo de repouso e refeição, estabelecendo expressamente, no parágrafo 2º, do artigo 235 C, que será “considerado trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso”. Fixou sua duração em 4(quatro) horas, prevendo que nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista permanece fora da base da empresa e de sua residência por 24 horas, terá direito a um intervalo mínimo de 30 minutos, podendo ser fracionados o tempo de direção e de intervalo, desde que não completado o período de 4 horas ininterruptas de direção.

Tempo de espera

O parágrafo 8º, do artigo 235 C, trata do tempo de espera, assim considerando as horas excedentes da jornada normal, em que o motorista do transporte rodoviário de cargas ficar aguardando o carregamento/descarregamento dos veículos no embarcador/destinatário ou a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais/alfandegárias.

Os parágrafos 4º e 5º, do artigo 235 E, também fazem menção a esta nova figura jurídica, estabelecendo que quando estiver fora da base da empresa, o motorista que “ficar com o veículo parado por tempo superior à jornada normal de trabalho fica dispensado do serviço, exceto se for exigida permanência junto ao veículo, hipótese em que o

tempo excedente à jornada será considerado de espera”. Também será computado tempo de espera, nas viagens de longa distância, o período que exceder a jornada normal em que o motorista estiver parado “nas operações de carga ou descarga e nas fiscalizações em barreiras fiscais ou aduaneira de fronteira.”

Um dos pontos mais polêmicos da nova lei foi inserido pelo parágrafo 9º, do artigo 235C. Ao tratar da remuneração deste período, estabelece que não serão “computadas como horas extraordinárias”, mas “indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30%”, o que certamente desencadeará intensos debates e controvérsias no meio jurídico, se ficarmos restritos a uma interpretação meramente gramatical.

Com efeito, a redação mal formulada, talvez calcada na premissa já superada em tempos passados, que considerava a contraprestação da jornada apenas sob a perspectiva da monetização, na verdade quis consolidar a distinção com que tratou do tempo efetivo de direção (tarefa que reputou como principal), criando nova figura jurídica para a atividade do motorista profissional como alternativa aos regimes já conhecidos de “prontidão” e “sobreviagem” ferroviário. Porém, andou mal em sua infeliz dicção, cujos equívocos devem ser superados pela interpretação sistemática, da qual exsurge a natureza salarial de tal pagamento, por remunerar o tempo que o trabalhador está à disposição do empregador, atuando em benefício do empreendimento econômico.

Tempo de descanso

Ao exigir, e enfatizar de forma reiterada, a importância dos tempos de descanso, a lei indicou que tal questão ultrapassava os contornos contratuais trabalhistas, visando preservar as boas condições do motorista para dirigir com responsabilidade e segurança em benefício de terceiros.

A. Intervalos intrajornada

No que se refere ao intervalo intrajornada, a nova lei 12.619/2012 inseriu na CLT o artigo 235 D, estabelecendo que nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, serão observados:

I - intervalo mínimo de 30 (trinta) minutos para descanso a cada 4 (quatro) horas de tempo ininterrupto de direção, podendo ser fracionados o tempo de direção e o de intervalo de descanso, desde que não completadas as 4 (quatro) horas ininterruptas de direção;

II - intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, podendo coincidir ou não com o intervalo de descanso do inciso I;

Interessante registrar que também inseriu o artigo 67-A, §1º, no CTB- Código de Trânsito Brasileiro- tornando obrigatório o gozo de um intervalo de 30 minutos, a cada 4 (quatro) horas ininterruptas de direção.

B. Intervalos entrejornadas

O artigo 235 C, em seu § 3º, assegurou ao motorista profissional intervalo de repouso entrejornadas com a duração de 11 (onze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas, estabelecendo no artigo 235 E, § 10, que não será “considerado como jornada de trabalho nem ensejará o pagamento de qualquer remuneração o período em que o motorista ou o ajudante ficarem espontaneamente no veículo usufruindo do intervalo de repouso diário ou durante o gozo de seus intervalos intrajornadas”.

A grande dificuldade consistirá em distinguir quando o comportamento ocorre de forma espontânea, com o devido gozo do intervalo, e quando se der de maneira travestida, em que a permanência no veículo se destina a cuidar da carga e do patrimônio do empregador, o que evidentemente dependerá da prova, não se descurando aqui da aplicação da teoria da carga probatória dinâmica, que imputa o ônus à parte que tem maior aptidão para produzi-la.

Interessante ressaltar que a exigência de gozo do intervalo entrejornada não ficou restrita ao motorista empregado. Neste sentido a recente Resolução do CONTRAN

Com efeito, apesar de adotar algumas particularidades, os parágrafos 3º, 5º e 7º, do artigo 67-A, inseridos pela nova lei no Código de Trânsito, estipulam a obrigação de “no período de 24 (vinte e quatro) horas, observar um intervalo de, no mínimo, 11 (onze) horas de descanso, podendo ser fracionado em 9 (nove) horas mais 2 (duas), no mesmo dia.”.

Ademais, o condutor só “iniciará viagem com duração maior que 1 (um) dia, isto é, 24 (vinte e quatro) horas após o cumprimento integral do intervalo de descanso previsto no § 3º”, sendo que nenhum “transportador de cargas ou de passageiros, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador de transporte multimodal de cargas ou agente de cargas permitirá ou ordenará a qualquer motorista a seu serviço, ainda que subcontratado, que conduza veículo referido no caput sem a observância do disposto no § 5º”, sob pena de aplicação das sanções previstas no inciso XXIII do artigo 230, fixando critérios que deverão balizar a interpretação do disposto no artigo 67 C, fim de eliminar a aparente contradição, matéria que certamente será submetida ao crivo da jurisprudência.

C - Intervalos semanais

A lei distinguiu a duração do intervalo semanal em conformidade com o tempo das viagens.

O § 3º do artigo 235 C assegurou descanso semanal de 35 (trinta e cinco) horas. Entretanto, quando se tratar de viagens com duração superior a uma semana, o intervalo semanal terá a duração de 36 horas, conforme dispõem os parágrafos 1º e 3º, do artigo 235-E, também inseridos pela nova lei na CLT. Neste caso, será gozado por ocasião do retorno do motorista à base ou ao seu domicílio, salvo se a empresa oferecer condições adequadas de descanso. Permite o fracionamento deste período em 30 horas, mais 6 que serão cumpridas na mesma semana em continuidade a um período de repouso diário.

A razão disso, conhecida há tempos, é possibilitar maior recuperação do trabalhador que se ativou pelos outros dias da semana, permitindo-lhe, ainda, o convívio familiar e a manutenção de suas demais relações sociais.

D – Diálogo das fontes

Na esteira do preceituado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, a nova lei reconhece o valor normativo da negociação coletiva, assim fixando parâmetros para o diálogo das fontes, que possibilita várias formas de interrelação entre as autônomas e heterônomas, criando áreas de confluência para garantir a oxigenação de um ordenamento jurídico saudável e apto a operar com funcionalidade, não só na solução das controvérsias já instaladas, mas também na prevenção de conflitos. Neste sentido inseriu o parágrafo 5º, ao artigo 71 da CLT, estabelecendo a possibilidade episódica de fracionamento dos intervalos intrajornadas

“quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.”

Nesta mesma direção aponta o caput do artigo 235 C, além de seus parágrafos 4º e 6º, ao possibilitar que seja estabelecida em “instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho” a duração e a compensação da jornada, bem como a fixação do percentual do adicional de horas extras.

Tempo de reserva

Em decorrência das peculiaridades em que o trabalho é prestado, os parágrafos 6º e 12º, do artigo 235 E, estabelecem que quando o empregador adotar revezamento de motoristas trabalhando em dupla no mesmo veículo, inclusive nos casos de transporte de longa distância de passageiros, o tempo que exceder a jornada normal de trabalho, em que o motorista estiver em repouso no veículo em movimento, dirigido por outro motorista, será considerado tempo de reserva a ser remunerado em 30% da hora normal.

Em qualquer caso, é garantido ao motorista um período de descanso de 6 horas com o veículo parado.

4 - A grande celeuma: local para gozar os tempos de descanso.

Ao reconhecer que a fixação de um limite de jornada ultrapassa as balizas meramente contratuais, ampliando sua exigência para preservar a integridade física e a segurança não só do empregado, mas de todo motorista, a nova regra promove um encontro do direito do trabalho com suas origens. Além disso, considera tal exigência imprescindível para garantir a segurança de terceiros que trafegam pelas vias públicas e estradas, assim contribuindo para reduzir o elevado número de acidentes, escopo ressaltado por Sebastião Geraldo, ao ponderar que:

“(…) a redução dos riscos inerentes ao trabalho sempre foi o norte, a preocupação central, o ponto de partida e de chegada de qualquer programa sério sobre prevenção de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. Em razão dessa constatação axiomática, a Constituição de 1988 expressamente estabeleceu como direito dos trabalhadores a ‘redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança’ (artigo 7, XXII). Estamos, portanto, diante de um princípio fundamental sobre a promoção de medidas preventivas no local de trabalho. Ocorre que, apesar de todas as evidências, a doutrina não concedeu ao mencionado princípio o devido reconhecimento e nem o mesmo enquadramento como tal. É provável que a preocupação com as consequências dos acidentes e das doenças ocupacionais tenha desviado os estudos para o campo da infortuna, restando pouca dedicação ao desenvolvimento das técnicas e das normas de prevenção. (...)”

Ademais, visando preservar as boas condições físicas do motorista para dirigir com responsabilidade e segurança, a lei exigiu que usufrísse de um repouso diário, obrigatoriamente com o veículo estacionado, em alojamento do empregador, contratante do transporte, embarcador, destinatário ou em hotel, conforme dispõe o inciso III do artigo 235 D.

Importante ressaltar ter o artigo 9º da nova lei expressamente estabelecido que:

As condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do

transportador de carga, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador intermodal de cargas ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais e secos e locais para repouso e descanso, para os motoristas de transporte de passageiros em rodoviárias, pontos de parada, de apoio, alojamentos, refeitórios das empresas ou de terceiros terão que obedecer ao disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras.

Tal preceito deve ser exigido não só para o motorista empregado, mas em benefício de todo condutor, de sorte que a possibilidade do intervalo ser gozado dentro da cabine leito do veículo deve ser considerada como a última opção e só nos casos de absoluta e comprovada impossibilidade de cumprimento das condições referidas, tendo em vista o explicitado escopo de assegurar condições de saúde e segurança não só em benefício do próprio motorista, mas também a todos os demais que trafegam pelas estradas e vias públicas.

Face às dimensões e a abrangência das alterações propostas, teria sido apropriado fixar um período de *vacatio legis* mais dilatado. Como isto não ocorreu, a entrada em vigor da nova lei desencadeou intensos movimentos de protesto com a paralisação de rodovias em São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Rio Grande do Sul. Um número elevado de caminhões ficaram parados, muitos com cargas perecíveis, o que provocou transtornos consideráveis. Entre as razões do conflito, duas se apresentaram com maior intensidade:

1) a existência de poucas áreas de descanso nas principais rodovias do país, o que comprometeria o cumprimento da regra, ante a proibição de permanecer no acostamento e a falta de segurança para estacionar em qualquer lugar.

2) o encarecimento dos custos, que viria reduzir o valor das comissões e a rentabilidade econômica da atividade explorada, despertando o descontentamento também dos empregadores e motoristas autônomos, que assim contribuíram para que houvesse uma paralisação de grande dimensão.

Apesar de intenso nos primeiros dias, o movimento logo recrudescceu quando todos perceberam que o cumprimento das novas regras visava garantir não só melhores condições de vida e trabalho aos motoristas, mas também a segurança nas estradas do país, que vinham registrando um crescente e preocupante aumento de acidentes, muitos com vítimas fatais, deixando para trás um rastro de desolação e sofrimento, que muitas vezes poderiam ser evitados.

Isso sem falar nos prejuízos econômicos, a dificuldade no escoamento de nossas safras agrícolas e bens industriais, que encarecem o produto brasileiro e acarretam sua perda de competitividade.

5 - Conclusões

Atenta às características peculiares que formatam a realidade fática da atividade do motorista, e às novas ferramentas de controle e supervisão disponibilizadas pelos meios telemáticos e informatizados de comando, a nova Lei 12.619/2012 veio conferir outro balizamento para a interpretação do conceito de incompatibilidade, previsto no inciso I, do artigo 62 da CLT, surgindo com duplo propósito. De um lado criar norma especial de tutela para o motorista profissional, estimulando o diálogo das fontes, de outro impulsionar a função promocional do direito do trabalho e seus efeitos irradiantes para o ordenamento jurídico, visando estimular conduta preventiva que possa impedir o surgimento de novas lesões e novos conflitos, assim atuando em benefício da integridade física, saúde e segurança, não só dos trabalhadores, mas de todos que trafegam pelas ruas, avenidas e estradas de nosso território, com ele dividindo o mesmo meio ambiente.

Para tanto, é preciso enfrentar o desafio de sobrepor o discurso da realidade sobre a pseudo realidade criada pelo discurso.

Conseguiremos ?

6- Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto- Da estrutura à função- novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Editora Manole, 2007.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. Revista Magister de Direito do Trabalho- vol 47- p.55-74- 2012.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta- Justiça do Trabalho- um novo rosto, à procura de uma nova identidade in Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho- questões controversas. São Paulo: LTr, 2010.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica a saúde do trabalhador. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

O SOFISMA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA O EMPREGADO

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Acesso à Justiça. - 3. O problema do acesso à justiça para o empregado. - 4. Uma luz processual no fim do túnel. - 5. Conclusões. - 6. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo elaborar o exame do acesso à justiça ao empregado, elaborando uma compilação de aspectos doutrinários sobre o tema, e, ao final, concluindo que os empregados com vínculo contemporâneo de trabalho não possuem acesso amplo à justiça.

PALAVRAS CHAVE: Acesso à justiça. Empregado. Substituição Processual.

ABSTRACT: This article objectifies to make an exam of justice access to the employee, elaborating a compilation of doctrinaire aspects about de theme.

KEYWORDS: Justice acess. Employee. Processual substitution.

**SILVIA ISABELLE RIBEIRO
TEIXEIRA DO VALE,**
Juíza do Trabalho Substituta
do TRT da 5ª Região e
Mestranda em Direito Privado
pela Universidade Federal da
Bahia.

1. Introdução

Já passados vinte e quatro anos do advento da Constituição da República Federativa do Brasil, o seu artigo 7º, inciso I ainda padece de regulamentação, nada obstante já tenha sido ratificada e posteriormente denunciada a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Com o presente artigo, almeja-se analisar como a anomia¹ e a inércia do Legislador Federal têm contribuído para a exclusão social do trabalhador, que sequer possui meios para exercitar uma das grandes garantias fundamentais, que é o acesso ao Poder Judiciário de forma livre, sendo certo que a Justiça do Trabalho é ramo do Poder Judiciário flagrante e majoritariamente frequentado por excluídos, ou seja, os trabalhadores com vínculo de emprego já dissolvidos.

2. Acesso à Justiça

O princípio do acesso amplo ao Poder Judiciário, igualmente conhecido como princípio da inafastabilidade da Jurisdição, foi contemplado no Ordenamento Jurídico pátrio, com a Constituição Federal de 1946², cuja redação do artigo 141, parágrafo 4º, estatuiu que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito individual”.

A Carta Política vigente, por seu turno, prevê em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ensina-nos Carlos Henrique Bezerra Leite: o termo ‘acesso à Justiça’ é concebido como sinônimo de justiça social, isto é, corresponde à própria concretização do ideal universal de justiça. Atribui-se ao Papa Pio XI a utilização primeira da expressão ‘justiça social’ como a ideia de que todo ser humano tem direito a sua parte nos bens materiais existentes e produzidos, e que sua repetição deve ser pautada pelas normas do bem comum, uma vez que a realidade estava a demonstrar que as riquezas eram inconvenientemente repartidas, pois um pequeno número de ricos concentravam os bens diante de uma multidão de miseráveis.³

No *sentido restrito*, a expressão é utilizada no aspecto dogmático de acesso à tutela jurisdicional, isto é, uma garantia para que todos tenham direito de ajuizar ação perante o Poder Judiciário. Sob esse prisma, o acesso à justiça insere-se no universo formalístico e específico do processo, como instrumento de composição de litígios pela via judicial. [...] No *sentido integral*, o acesso à justiça assume caráter mais consentâneo, não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas, também, com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo.

Anotam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a expressão ‘acesso à justiça’ serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.⁴

1. Este termo foi cunhado por Émile Durkheim em seu livro O Suicídio. Durkheim emprega este termo para mostrar que algo na sociedade não funciona de forma harmônica. Algo desse corpo está funcionando de forma patológica ou “anomicamente.” Em seu famoso estudo sobre o suicídio, Durkheim mostra que os fatores sociais - especialmente da sociedade moderna - exercem profunda influência sobre a vida dos indivíduos com comportamento suicida.

2. CAMPANHOLE, Adriano. Todas as Constituições do Brasil. 1971, p. 207.

3. Ação Civil Pública, na perspectiva dos Direitos Humanos, 2008, p. 80-81.

4. Acesso à Justiça, 2002, p. 8.

Sabe-se que há muito o Estado houve por bem proibir a vingança privada e em contrapartida, visando à paz social, forneceu meios de composição do litígio, tais como a autocomposição, a arbitragem, a negociação, a mediação e, o meio estatal de resolução de conflitos por excelência, a via judicial. Em atenção ao princípio isonômico, o Estado também contemplou o princípio do acesso amplo à Justiça, sendo este compreendido não tão somente como a segurança de se recorrer ao Poder Judiciário, mas algo que vai além do mero aspecto formal, como exemplificativamente, o acesso às normas ou informações necessárias para o real exercício do direito, a igualdade material de paridade de armas processuais, sempre observando a distribuição equânime do tempo do processo. É o que se convencionou chamar de acesso à ordem jurídica justa.⁵

Discorrendo sobre o tema, assevera Paulo Cesar Santos Bezerra que: quando se pensa a justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça, nem seu caráter processual. Argumenta-se com um valor que antecede a lei e o processo. O acesso à justiça, pois, nessa perspectiva, é um direito natural, um valor inerente ao homem, por sua própria natureza. A sede de justiça, que angustia o ser humano, tem raízes fincadas na teoria do direito natural. Como direito, o acesso à justiça é, sem dúvida, um direito natural. Como direito, o acesso à proteção judicial, é um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido é um direito fundamental. Aquele antecede o Estado, esse imbrica-se fundamentalmente com o surgimento do Estado. [...] Nesse sentido de direito inerente à natureza humana, o acesso à justiça é um direito natural. No sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é um direito fundamental.⁶

Ainda argumentando nesse mesmo diapasão, a lição de Cappelletti: o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.⁷

3. O problema do acesso à justiça para o empregado

O desemprego é uma das maiores chagas sociais e, ao revés do que alguns pensam, não é próprio somente dos países em desenvolvimento, mas hodiernamente, em tempos de “globalização”, amplamente estrutural⁸, acometendo também os chamados países desenvolvidos.

A Norma Consolidada, quando concebida em 1943, previa estabilidade no emprego para os empregados que estivessem laborando para o mesmo empregador há pelo menos dez anos, somente podendo-se perder a aludida garantia, quando da prática de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas; regime protetivo este parcialmente alterado em 1966, por força da Lei n. 5.107/66, que trouxe o sistema de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como sendo alternativo ou facultativo àquele sistema de estabilidade decenal.

Desde o advento da Lei n. 5.107/66 há uma grande preocupação dos juslaboristas sobre a segurança jurídica nas relações de emprego, a necessidade do tratamento do empregado com dignidade e o não-retrocesso das condições sociais já alcançadas, tanto que Cesarino Jr., à época, afirmou que: a Lei n. 5.107 não acaba apenas com a estabilidade, mas igualmente com as indenizações. Significa isto que os patrões ficam inteiramente livres para despedir, a seu inteiro talante e capricho, quem bem lhes parecer. Significa isto que, num retrocesso de todos os pontos de vista lamentável, fica restaurada a ditadura nas empresas.⁹

5 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e execução Imediata da Sentença, 1998, p. 27.

6 Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito, p. 122-123.

7. Acesso à Justiça, 2002, p. 9.

8 No dizer de Luciano Athayde Chaves (2006, p. 33-34), o fenômeno do desemprego estrutural, que hoje se destaca como um dos resultados marcantes do atual estágio do capitalismo, não é inédito na história do mundo do trabalho. O desenvolvimento da máquina a vapor de Thomas Newcomen (1712), aperfeiçoada por James Watt, na segunda metade do século XVIII, marcou um rápido processo de industrialização, acarretando, desde logo, ‘importantes consequências econômicas e profunda modificação social dos povos. [...] O desemprego estrutural se traduz no mais grave efeito das mudanças introduzidas no mundo do trabalho. Isso porque não se trata apenas da dispensa de um grande número de trabalhadores. O desemprego estrutural se revela na extinção dos postos de trabalho dos que foram dispensados, refletindo diretamente na redução do quadro de pessoal das empresas. É um fenômeno cujos componentes são estruturais, ou seja, são decorrentes das alterações nas bases técnicas da produção e nas estruturas de sua organização, especialmente no que tange à redefinição do papel do operário na atividade fabril, tudo no escopo de reduzir os custos de produção e habilitar o produto para a concorrência globalizada.

9 Estabilidade e fundo de garantia. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 65.

Da mesma forma, José Martins Catharino, pra quem bastou lembrar a sensível advertência de *Commons*: “Se uma grande empresa com uns 10.000 dependentes perde um trabalhador, perde um décimomilésimo de sua força de trabalho; o trabalhador perde 100% de seu emprego”¹⁰.

Após inúmeros debates em torno da proteção jurídica que deveria ser dada à relação de emprego, a Assembléia Nacional Constituinte, mediante fusão de emendas de vinte e três constituintes, aprovou o texto do artigo 7º, I da Nova Carta Política, que se traduz no direito fundamental referente à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Em razão do acordo, restou acertado que o ADCT adotaria as ressalvas contidas no seu artigo 10, incisos I e II.

Com a nova ordem constitucional iniciou-se o período mais democrático vivido na história do Brasil, e com ela o desejo de todos os trabalhadores manterem uma política mais participativa com os seus empregadores, almejando-se um ambiente mais democrático no interior das empresas, já que a Constituição Federal havia feito a promessa de segurança dos contratos de emprego, agora sob o manto da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Infelizmente, o artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 vem sendo interpretado pelos tribunais pátrios e pela doutrina como norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, portanto, de Lei Complementar regulamentadora para o seu total alcance e eficácia, o que tem gerado uma espécie de verdade jurídica, posto amplamente repetida, de que o empregador possui o direito potestativo de despedir sem motivação.

4. O Estado de Arte da Jurisprudência brasileira das Cortes Superiores em relação ao Direito do Trabalhador contra a despedida imotivada

No período pós-guerra, o Direito do Trabalho voltou-se à dignidade do trabalhador, não sendo mais permitido pensar que este pudesse ser tratado como mercadoria e, nesse desiderato, a nova intenção era não só fazer com que os países enriquecessem igualmente, mas também minimizassem as diferenças sociais existentes entre os mesmos, tendo como foco do discurso o custo social, passando necessariamente pela diminuição da rotatividade da mão-de-obra, já que isso, em uma análise bastante primária, gera custo social elevado, sobretudo para os sistemas previdenciários então recém-criados, que se viam adimplindo benefícios decorrentes do desemprego¹¹, ou em virtude da paralização da mão-de-obra por doenças ocasionadas no trabalho.

Nesse trilhar, em 1919, através do Tratado de Versailles, fora criada a Organização Internacional do Trabalho, que tinha como objetivo assegurar a aplicação de princípios tão caros ao Direito do Trabalho, como a dignidade humana, nesse caso específico, do trabalhador, lembrando sempre que, apesar do clamor capitalista daquele momento, a pessoa física trabalhadora não poderia ser tratada como mera mercadoria, sendo dever dos Estados a imposição de limites ao poder econômico, com foco exatamente nos indigitados princípios.

Toda a normatização da OIT é viabilizada por intermédio de recomendações ou convenções, sendo aquelas meras orientações aos Estados-membros, como se fora uma espécie de programa a ser cumprido, e estas mais impositivas, com o desiderato de criação de normas obrigacionais para os Estados-membros, desde que haja ratificação no âmbito interno.

Aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1982), a Convenção n. 158 da OIT entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985¹².

Entre nós, a referida Convenção restou aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 68, de 1992, publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 17 de setembro de 1992.

Já na Comissão de Constituição e Justiça, a Mensagem n. 261/88, proveniente do Poder Executivo, no sentido da aprovação da Convenção, recebeu parecer do então Deputado Francisco Benjamim, que opinou pela suspensão da análise do texto, pois ainda não havia sido editada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Carta Política de 1988.

Por seu turno, o relator, Deputado Hélio Bicudo, asseverou que a norma internacional deveria ser aprovada, porquanto a mesma não violava a Constituição, tendo a CCJ seguido a inteligência do relator, aprovando por unanimidade a constitucionalidade da Convenção, desprestigiando, portanto, o entendimento segundo o qual haveria necessidade de publicação de Lei Complementar tratando sobre a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Seguindo essa mesma diretriz, a Comissão de Trabalho opinou unanimemente pela aprovação do aludido texto. O depósito da carta de ratificação foi efetuado em 05 de janeiro de 1995 na Repartição Internacional do Trabalho e o Decreto de promulgação n. 1.855 publicado em 11 de abril de 1996, tendo Antônio Álvares da Silva afirmado

10 *Em defesa da estabilidade*. Despedida x estabilidade. São Paulo: LTr, 1968. p. 64

11 Perceba-se, nesse particular, que o benefício seguro-desemprego, atrelado ao FGTS, fora instituído justamente para suprir a falta do emprego, sendo mais uma “indenização”, para minimizar os efeitos da ausência da garantia de emprego para os empregados “optantes”.

12 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 2 ed, 1998. p. 563.

em sua obra sobre a Convenção n. 158 da OIT, que esta era “uma grande conquista”, sendo mais uma “ferramenta para a melhoria do relacionamento entre o empregado e o empregador”, pois, “ao exigir uma causa justificada, limita-se o direito e termina para empregador a liberdade de despedir”, “acabou a denúncia vazia do contrato de trabalho. Se há exigência de motivação, a dispensa, para ser permitida, tem que fundar-se em uma delas. Se há dúvida, confere-se o ato e sua adequação com a causa que o legitima. Se esta não existe, o ato é nulo”¹³

Ensina-nos Sússekind que “a vigência da convenção no plano nacional (subjéctiva) [...] não se confunde com a vigência do tratado no plano internacional (objéctiva), embora a primeira esteja condicionada à segunda”¹⁴, prosseguindo o autor, para explicar que a “eficácia interna decorre do ato governamental que anuncia oficialmente a ratificação da convenção e divulga o seu texto no idioma do respectivo país”¹⁵, o que entre nós foi operado pelo Decreto de promulgação n. 1.855/1996, após, portanto, o prazo de doze meses, contado a partir da data do depósito, o que não impediu que a eficácia jurídica da Convenção se desse a partir de então, já que os tratados normativos entre nós só vigoram após oficialmente publicados (art. 1º da LICC).

Durante os doze meses decorrentes entre o depósito e a entrada em vigor, a Convenção pode ser denunciada à RIT, obstando-se, assim, a sua vigência no ordenamento interno. Restando o Estado silente, a respectiva Convenção somente poderá ser denunciada após dez anos, contados a partir do início da sua vigência, e ainda assim, durante os doze meses subsequentes a cada decênio.

Extremamente influenciado pela interpretação da época, segundo a qual o artigo 7º, I da CRFB/88 necessitava de Lei Complementar para a máxima executoriedade, e que a norma internacional ratificada possuía mero caráter de Lei Ordinária, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, publicou em 23 de dezembro de 1996, o Decreto n. 2.100, tornando pública a denúncia da Convenção.

Parte da doutrina chegou a testificar que o prazo para a denúncia já havia sido ultrapassado, sendo a mesma inválida. Isso por que o dies a quo para contagem do decênio, deveria ser a data da entrada em vigor da Convenção no âmbito internacional, o que se deu em 23 de novembro de 1985.

Com tal entendimento doutrinário não concordamos, por seguir a inteligência de Sússekind, quando testifica que “o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país”¹⁶ – teoria dualista –, o que entre nós se deu através do Decreto n. 1.855, publicado em 11 de abril de 1996, tendo sido a denúncia, sob o ângulo temporal, válida.

Malgrado isso, antes de tornar pública a denúncia da Convenção n. 158 da OIT, o Poder Executivo enviou, em 20 de novembro de 1996, uma carta àquela Organização internacional, explicando que a referida norma estrangeira deixaria de ter vigência no ordenamento jurídico pátrio a partir de 20 de novembro de 1997, embora tenha se antecipado e feito publicar o já referido Decreto n. 2.100/96.

O grande problema que vislumbramos na denúncia da referida Convenção não é o prazo em que a mesma foi perpetrada, mas sim a forma escolhida.

Ora, o ato de entrada em vigor da Convenção é ato jurídico complexo¹⁷, pois depende de atividade do Congresso Nacional, que através de Decreto Legislativo, resolve definitivamente sobre tratados e acordo internacionais (CF, art. 49, I), e se do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe de competência para promulgá-los, e o faz mediante Decreto, correto é afirmar que a denúncia da norma internacional também deve se revestir de ato igualmente complexo, pois, pensar o contrário, será admitir que o Presidente da República, chefe do Poder Executivo, possa emanar Decreto autônomo apartado da previsão constitucional, tendo-se que o ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT não versava sobre “organização e funcionamento da administração federal”, como dispunha a redação do artigo 84, VI antes da Emenda Constitucional 32 de 2001.

13 SILVA, Antônio Álvares da. A Convenção 158 da OIT. Belo Horizonte: RTM, 1996, p. 63.

14 SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. Ed., São Paulo: LTr, 1998. p. 40.

15 Op. cit. p. 40.

16 SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1998. p. 41.

17 Eis o entendimento do STF: “É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjéctivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (STF – Pleno – Adin nº 1.480/DF – Rel. Min. Celso de Melo. *Informativo STF*, nº 135). Disponível em www.stf.gov.br, acessado em 31/08/2012.

Ou seja, o Decreto de denúncia da Convenção n. 158 da OIT é inconstitucional em relação à sua forma e, por tal motivo, a norma internacional ainda permanece válida no nosso Ordenamento Jurídico, sendo possível, portanto, a sua invocação para a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como prevê o artigo 7º, I da Carta Política de 1988. Todavia, a questão já restou amplamente debatida, devidamente analisada e decidida não só pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que se verificará mais adiante. No que toca à missiva endereçada à OIT, esta Organização não possui regra disposta sobre o modo de perpetrar a denúncia das Convenções pelos órgãos estatais, sendo a competência definida pelo direito público interno de cada Estado. Nada obstante, o indigitado ato igualmente não encontra respaldo na constitucionalidade, haja vista que, como já afirmado ao norte, o Brasil adota a teoria dualista, segundo a qual o ato de ratificação das normas internacionais é complexo, dependendo de atividade do chefe do Poder Executivo em conjunto com o Poder Legislativo¹⁸, razão por que a atitude unitária do então presidente não gerou o efeito desejado, qual seja, denunciar a Convenção n. 158 da OIT, o que corrobora a tese já exposta em relação à vigência da mesma no ordenamento jurídico brasileiro, diante da inconstitucionalidade formal verificada.

O debate acerca da vigência da Convenção n. 158, após a publicação do Decreto presidencial, perdeu fôlego e não findou devidamente amadurecido, mas não foi esquecido, tanto que no dia 13 de fevereiro de 2008 o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, enviou ao Congresso Nacional uma mensagem, pugnando pela ratificação da Convenção referida. Chegou tarde, já que usufruiu de dois mandados para tanto, ficando, apenas o mero pedido para parecer diligente nesse sentido.

5. O óbice estabelecido pela Jurisprudência

Desde a promulgação do Texto Constitucional de 1988, sobretudo com a promulgação do decreto-legislativo que deu vida à Convenção n. 158 da OIT no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que doutrina e jurisprudência debatem sobre o alcance do artigo 7º, I da CRFB/88, assim como se a nova Ordem quebrou o paradigma anterior, suplantando o sistema de estabilidade no emprego, ou, ao revés, o compatibilizou com o regime de indenização. A doutrina esmagadoramente majoritária já entendia no período logo posterior – e isso não se modificou significativamente com o passar dos anos – ao advento do novo Texto Constitucional, que este não assegurou a garantia no emprego, mas criou um sistema de desestímulo ao desemprego involuntário, fornecendo mecanismo de compensação financeira, tanto que o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sentencia: “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”, prevendo, ainda, hipóteses de vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa, para os “cipeiros” e gestantes.

A chegada no ordenamento jurídico interno da Convenção n. 158 da OIT trouxe fôlego e esperança para os dissidentes do entendimento em voga, mas, como reza o ditado popular, “durou pouco”.

Em decisão que já se tornou clássica, o Supremo Tribunal Federal, julgando medida cautelar na ADIn n. 1.480-DF, cujo mérito versa sobre a inconstitucionalidade dos artigos 4º a 10 da referida Convenção internacional, deu interpretação conforme à Constituição, consagrando exatamente o entendimento doutrinário majoritário, segundo o qual a Convenção n. 158 da OIT, embora ratificada, detinha o patamar de lei ordinária, não servindo para tratar da matéria constante do artigo 7º, I do Texto Constitucional de 1988, já que mencionado dispositivo requer a sua regulamentação através de lei complementar. Disse a Corte, ainda, que a Carta Política de 1988 consagrou o sistema de “garantia compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador”, e que a citada Convenção possui mero caráter “programático”¹⁹.

O Relator da indigitada decisão, Ministro Celso de Mello, após apontar que a Convenção 158 da OIT já foi ratificada por diversos Estados estrangeiros, a exemplo de Austrália, Bósnia-Herzegovina, Camarões, Chipre, Eslovênia, Espanha, Etiópia, Finlândia, França, Gabão, Iugoslávia, Letônia, Malawi, Marrocos, Nigéria, Portugal, República do Iemen, Suécia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Venezuela, Zaire e Zâmbia, votou afirmando que a norma de Direito Público “prescreve regras de fundamental importância, vocacionadas a conferir, no âmbito de sua incidência, efetiva proteção de ordem jurídica e de natureza econômica e social aos trabalhadores, outorgando-lhes prerrogativas que, substancialmente, **já lhes defere** o ordenamento positivo brasileiro” (grifo no original), adotando, nesse particular, a tese minoritária, que acredita na auto-executoriedade da primeira parte do artigo 7º, I do Texto Constitucional, doravante defendida neste trabalho.

E prosseguiu o Eminentíssimo Relator em seu voto, afirmando que a Constituição do Brasil, “ao proclamar os direitos

18 “Se as normas da Convenção ratificada se incorporam à legislação nacional, fere o bom-senso e a lógica jurídica que o Poder Executivo possa fazer cessar sua vigência no país sem a manifestação do Poder Legislativo” (SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 2 ed, 1998. p. 43).

19 Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 03/09/2012.

sociais da classe trabalhadora, instituiu um mecanismo de significativa importância, destinado a preservar o vínculo laboral [...] atento à necessidade de expandir os direitos do trabalhadores”.

São suas, ainda, as seguintes palavras naquele voto lapidar: a norma inscrita no art. 7º, I da Constituição, ao enunciar a garantia jurídico-social da proteção contra a despedida arbitrária do trabalhador, por iniciativa do empregador, contemplou, em seu texto, verdadeira fórmula de ponderação, que institucionalizou solução de caráter transacional destinada a conciliar posições contrastantes que se formaram no seio da Assembléia Nacional Constituinte: **nem** se reconheceu ao empregador o poder absoluto de despedir imotivadamente e **nem** se atribuiu ao empregado a garantia da intangibilidade do vínculo laboral. (grifos no original)

Quando analisou o artigo 4º da Convenção n. 158, concluiu que o dispositivo consagrou princípio básico, “também proclamado pelo ordenamento constitucional brasileiro, que instituiu norma destinada a proteger a relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou dispensas sem justa causa”.

Embora o insigne Relator tenha concluído que a Convenção n. 158 possui conteúdo meramente programático, devendo a matéria lá versada ser necessariamente tratada através de lei própria, tese que restou vencedora, a conclusão não retira o avanço no pensamento de então, porquanto findou consagrado no referido voto, que o empregador não possui direito potestativo de despedir o respectivo empregado sem qualquer motivação, limitação também presente na norma internacional.

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso ousou ainda mais, divergindo dos antecessores, os Ministros Celso de Mello e Moreira Alves, afirmando que a Convenção n. 158 “incorporou-se à ordem jurídica brasileira com característica autônoma”, ou seja, nem é lei ordinária, nem é lei complementar, concluindo que: além da garantia inscrita no artigo 7º, I da CF, que subordina a dispensa do empregado à existência de uma causa de justificação, não admitindo a despedida arbitrária ou sem justa causa e estabelecendo que a infringência dessa regra impõe ao empregador a obrigação de pagar ao empregado despedido indenização compensatória, dentre outros direitos, além dessa garantia, inscrita no citado artigo 7º, I, gozam os trabalhadores brasileiros dos direitos e garantias que decorrem da Convenção 158/OIT.

Infelizmente, o voto vanguardista do Ministro Velloso não findou seguido nem em relação à natureza jurídica da norma internacional ratificada, nem no tocante à auto-aplicabilidade da Convenção n. 158 da OIT.

Todavia, talvez ainda haja esperança em relação à mudança de entendimento da Corte Maior, porquanto o mérito da ADIn não restou apreciado até os dias atuais, e a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, em sua mais recente constituição, é no sentido de que as normas internacionais de Direito Público que tratam e Direitos Humanos, ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, e não aprovadas pelo quorum especial de 3/5 em procedimento bicameral, possuem natureza jurídica de supralegalidade²⁰, significando isso que as mesmas são exatamente o que já havia afirmado o Ministro Velloso, não são normas constitucionais, mas também não se igualam às leis ordinárias ou complementares. Prevalecendo essa tese, ultrapassada a inconstitucionalidade da denúncia perpetrada em 1996, força é concluir que a Convenção n. 158 da OIT, igualmente ao Pacto de São José da Costa Rica, possui a condição de supralegalidade²¹ e, como tal, serve ao artigo 7º, I do Texto Constitucional, não havendo mais a alegada necessidade de edição de lei complementar²². É evidente que, diante dessa interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina e a jurisprudência se consolidaram ainda mais no sentido de acreditar em um suposto direito potestativo de o empregador despedir sem

20 Eis trecho do voto vencido do Ministro Celso de Mello, modificando entendimento anterior: “Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos dessa Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-365 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais: (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional porque formalmente recebidas nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “*iter*” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição; e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso país aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade que é ‘a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.” Ministro CELSO DE MELLO, voto vista proferido em 12.03.2009 no HC n. 87.585-8/TO, fls. 276-277. Omitiram-se os destaques constantes do original. Acompanharam a tese de Celso de Mello os Ministros Eros Grau e Cezar Peluso (HC 87.585-8/TO, fls. 335-337, fls. 352), Ellen Gracie (fls. 355-356).

21 Muito embora não concordemos com a tese da supralegalidade, por acreditar que as normas internacionais já ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro ocupam o chamado “bloco de constitucionalidade”, como já dispunha o artigo 5º, 2º da CRFB/88.

22 Assim argumentamos por pura retórica, vez que não vislumbramos qualquer necessidade de edição de lei complementar para dizer exatamente o que a Constituição já afirma: a proteção contra a despedida arbitrária.

qualquer motivação, por puro arbítrio, quando em nenhum momento os Ministros afirmaram em seus respectivos votos tamanho benefício ao empregador. Muito ao revés, como já afirmado, no voto do Ministro Relator, lê-se exatamente o contrário, mas o desejo de que a garantia em face da despedida arbitrária não seja etivada é tamanho, que o alegado direito potestativo de despedir por simples arbítrio é um dos exemplos mais apontados pelas obras quando tratam de direito potestativo²³.

Aqui vale, com as vênias devidas, uma crítica acerca da decisão do C. Supremo Tribunal Federal, que na época ignorou o quanto disposto no artigo 5º, § 2º da CRFB/88, regra que abre o catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais, considerando as normas internacionais de Direito Público também com natureza de fundamentalidade e, interpretando sistematicamente a própria Constituição, a Convenção n. 158 da OIT serviria exatamente aos fins previstos no artigo 7º, tendo-se que o *caput* deste dispositivo constitucional prevê que além dos direitos exemplificadamente previstos na Constituição, outros poderão vir, desde que sejam para somar, exatamente porque se visa “à melhoria da condição social” dos trabalhadores.

A própria interpretação de que a Convenção da OIT possuía natureza jurídica de lei ordinária já não se justificava naquele momento, pois, elaborando interpretação sistemática e mais coerente das normas constitucionais, percebe-se claramente que o artigo 102, II, *b* da CRFB/88 prevê que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, deixando a Lei Maior bem evidente que há dois tipos de atos normativos: um é o tratado internacional, o outro é a lei federal (ordinária, complementar ou delegada), não sendo os mesmos gêmeos. A evidência textual não foi reconhecida.

Mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal decidido como visto acima, não se pode concluir com isso, que há direito potestativo de o empregador despedir sem qualquer motivação, não só porque o artigo 7º, I da Constituição da República já garante a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas, sobretudo – e atendo-se às razões dos eminentes Ministros – porque sequer se analisou a constitucionalidade do artigo 13 da Convenção n. 158 da OIT, que trata justamente da motivação do ato patronal de resilição, assegurando-se aos representantes dos trabalhadores interessados, a “informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos”, significando, por mera lógica que raciocínio, que a denúncia do contrato de emprego não poderá ser vazia, mas sim fundamentada. Não obstante tudo o quanto já alegado, arraigou-se na nossa doutrina, com a ajuda da jurisprudência, diga-se, a ideia segundo a qual o empregador detém direito potestativo de despedir sem a apresentação dos motivos que ensejam o ato resilitório, e que tal ato somente acarreta a indenização das parcelas resilitórias, não comportando reintegração, conforme já frisado ao norte, tanto que no dia 13 de janeiro de 2009, a EMBRAER, sob a alegação de reduzir os custos decorrentes da crise econômica global, resolveu despedir 20% do quadro de seus empregados (aproximadamente 4.400 trabalhadores, de um total de cerca de 22 mil), tendo a empresa alegado que a drástica decisão, embora dura, era necessária para preservar outros 17 mil postos de trabalho, o que, logicamente, ensejou a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar, pleiteando, primeiramente a cessação dos atos demissionários, bem como a reintegração dos empregados já despedidos, afirmando as agremiações que o ato perpetrado pela empresa era “antijurídico”, posto contrário ao artigo 7º, I da Constituição, antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal, atitude que se afasta do dever de informação pertinente à empresa. Alegou-se, ainda, que os ditames da Convenção n. 98 da OIT e as Recomendações n. 944 e n. 163 também foram ignorados. Os sindicatos também informaram que a estimativa da EMBRAER para o ano 2009 era de 614 milhões, não havendo pertinência nos motivos apontados pela a resilição contratual em massa.

Evidente que o presente trabalho trata especificamente da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justo motivo de forma privada, mas, se percebermos que a despedida coletiva nada mais é do que o somatório das dispensa individuais, a razão da antítese ao poder de dispensa ilimitado é exatamente o mesmo, tanto é assim, que nesse caso citado, o grande argumento empresarial foi afirmar que o direito brasileiro não possui regramento acerca da despedida coletiva e, como há um hiato legislativo, força é concluir que os atos demissionais são permitidos, somente gerando direito à indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, levantamento do valor na conta vinculada e pagamento das parcelas resilitórias já adquiridas, como férias e gratificações natalinas proporcionais, ideia também fincada quando se trata de despedida individual.

23 Até se o título “potestativo” for lançado no google, aparece no Wikipédia uma referência a esse suposto direito potestativo de o empregador despedir sem motivação.

Em sua primeira manifestação, datada de 26 de fevereiro, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas concedeu liminar suspendendo as rescisões contratuais, já feitas ou que viessem a ocorrer, até a data da audiência de conciliação e requisitou da empresa a apresentação de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios. Na oportunidade, o Relator, Desembargador Sotero da Silva, disse haver “indiscutível interesse público na preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro”. Fracassadas todas as tentativas conciliatórias, o acórdão do TRT da 15ª Região restou assim ementado:

CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua da legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de Los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº 223/91, México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

Embora entendamos que a dispensa em massa não precedida de fundamentos socialmente aceitos enseja a reintegração no emprego, exatamente por que o ato nulo por abusividade e ofensivo à boa-fé enseja o retorno das partes ao *status quo* ante, sem qualquer impedimento da indenização compensatória, reconhecemos que essa decisão do TRT de Campinas foi um grande avanço na jurisprudência, pois se reconheceu que o empregador não possui poderes ilimitados de despedir, principalmente coletivamente, devendo o ato demissional coletivo ser sempre precedido de negociação com a agremiação, parâmetro este sequer previsto em lei.

Houve interposição de Recurso Ordinário por ambas as partes litigantes. A EMBRAER insistia que havia agido conforme a lei, almejando com isso a reversão da declaração de abusividade da greve, enquanto as agremiações ratificavam o pedido de reintegração de todos os empregados despedidos.

Em sede liminar, o Ministro Moura França suspendeu os efeitos da decisão de Campinas, afirmando em sua decisão que as rescisões contratuais tiveram por base “comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica”. Quanto à consideração de que a demissão teria violado o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o citado Ministro testemunhou que “o dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego, e muito menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei complementar que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional”. No tocante à necessidade de negociação coletiva prévia, foi dito que “Não há, especificamente,

nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação”.

Na Sessão de Dissídios Coletivos, a relatoria coube ao Ministro Maurício Godinho Delgado. Em votação apertada de cinco votos a quatro, foi confirmada a decisão anterior de manter as demissões, mas com a previsão do *iter* que deve ser observado na despedida coletiva. Vejamos a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO, DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o fundamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional com a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a Direitos Humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inaceitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresas, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial²⁴.

O caso EMBRAER demonstra, de uma maneira até agressiva, que o entendimento em voga²⁵ acerca do real alcance

24. RODC-309/2009-000-15-00.4. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 06/09/2012.

25 Em reportagem publicada na Folha de São Paulo em 12/04/2009, diversos *experts* do Direito do Trabalho foram solicitados a emitir parecer sobre o caso EMBRAER, tendo lá constado que: “Segundo o advogado trabalhista, Estevão Mallet, por não haver no Brasil, lei que estabeleça requisitos ou condições para demissões coletivas, a Justiça do Trabalho estaria julgando em desacordo com a legislação vigente. De acordo com o advogado, essas decisões causam grande insegurança jurídica, pois decidem de forma distinta sobre demissões coletivas. Para o advogado Ives Gandra Silva Martins, professor emérito da Universidade Mackenzie, o artigo da Constituição, que trata deste tema, não pode ser aplicado para proibir dispensas, uma vez que não foi regulamentado por lei complementar, conforme exigência do Superior Tribunal Federal (STF). Ele acredita que o mercado e quem deve definir o nível de emprego em uma empresa. Os tribunais do Trabalho estariam preocupados em evitar que as empresas se comportem de forma abusiva ao promoverem demissões coletivas, argumentando

da proteção contra a despedida arbitrária deve ser modificado. Não se sustenta mais nos dias atuais que em um Estado Democrático de Direito se permita algo tão arbitrário e despótico quanto a despedida por puro arbítrio do empregador, sem que o empregado sequer saiba os motivos da rescisão contratual, como se fora algo descartável dentro do processo produtivo, ignorando-se todos os instrumentos internacionais já ratificados pelo Brasil, que proíbem o tratamento do ser humano como mercadoria.

É certo que houve avanço na jurisprudência, sobretudo no tocante à indicação da necessidade de se proceder à negociação coletiva como medida profilática à despedida em massa, assim como restou vazado no voto do Ministro Relator, que “a proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo”. Por outro lado, disse o Eminentíssimo Ministro, que a norma constitucional possui eficácia contida, dependendo o direito à indenização de regulamentação através de Lei Complementar (reintegração, então, nem pensar), o que é um contra-senso, já que se falou em máxima eficácia das normas constitucionais e novos paradigmas hermenêuticos, assim entendidos como o tratamento dos princípios como verdadeiras normas. Princípios estes que zelam pela dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano “e especialmente do emprego”, sem perder de vista que a propriedade deve sempre ter em vista a sua função “socioambiental”. O resultado de tudo isso foi o dizer-mas-não-dizer²⁶, exatamente como já fez o legislador constituinte há meio século de século, quando teve a oportunidade de quebrar sim com o paradigma do “bode preto” da estabilidade, sem perder de vista que o emprego deveria ser, não obstante isso, protegido por outros meios, mas no futuro, quando o legislador assim o desejar. Se a atividade do Poder Legislativo de então restou insuficiente, não mais suficiente tem sido a jurisprudência, que vem avançando, reconhecendo que os empregados perseguidos e aviltados em sua dignidade merecem indenização decorrente de dano moral, ou até assédio moral, mas permite que isso ocorra no ambiente empresarial, já que não fornece aos empregados os meios necessários para que os atos danosos e predatórios sejam evitados e prontamente proibidos, pois não oferta a máxima eficácia do texto constitucional, que é claro ao estabelecer que todos os trabalhadores urbanos e rurais possuem direito à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

O Judiciário também optou e permanece optando pela indenização, em desprezo ao trabalho; não inibe, mas indeniza; não protege, mas remedia.

Que o Legislador tenha sofrido pressão para apor no Texto Constitucional regra que garante mas não garante, ainda é compreensível, já que vivemos na “ditadura da maioria”, em um país onde supostamente os nossos representantes legislativos nos representam, em um jogo de faz de conta; mas admitir que o Poder Judiciário também tenha a mesma postura, chancelando que o empregador detém direito de despedir sem qualquer motivação, é, antes de mais nada, possuir uma visão bastante estrábica acerca do Direito ao Trabalho, previsto como direito fundamental social. É ignorar, também, que o empregado se acha até os dias atuais, mesmo após a nossa Constituição mais democrática, até “cidadã”, encurralado, sem acesso livre ao Poder Judiciário, que normalmente só é procurado quando o obreiro pugna pela dispensa indireta, por não coadunar mais com os atos patronais, ou quando o contrato de emprego já restou resiliado. Enquanto isso, o empregado moralmente assediado, discriminado, escravizado e aviltado de todas as maneiras no ambiente de trabalho, sente-se refém do paradigma dominante, pois o poder de seu sustento, e no mais das vezes, de sua própria família, está nas mãos do empregador, aquele que é também o seu algoz. E o pior, não acionando o Poder Judiciário, o empregado vê seus direitos prescreverem no curso do contrato de trabalho, pois é seu o “direito” constitucional à prescrição de cinco anos.

O Judiciário, ao diminuir o instituto da garantia de emprego ao quase nada, perde de vista que o instrumento de poder é repetido justamente no local onde ele deve ser consagrado, assim como também ignora que essa falta de proteção faz cair por terra todos os demais direitos protetivos ao obreiro, já que este normalmente não busca uma resposta estatal ao desprezo pelas normas trabalhistas no curso do contrato de trabalho, saindo vencedor, mais uma vez, o algoz, o devedor, em um cenário que contraria toda a lógica jurídica de punição ao ilícito, olvidando o Judiciário que “a lei não é a vontade do aplicador, mas a vontade geral manifestada pelas mãos do aplicador”²⁷. Não é incomum se argumentar que vivemos sob a égide do Estado pós-positivista, mas que Estado é esse que é

dificuldades com a crise econômica, comenta o presidente da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), Cláudio José Montesso. Segundo ele, diante do quadro atual, para a Justiça do Trabalho, a empresa tem como função social, gerar emprego, não podendo simplesmente demitir sem estabelecer no mínimo uma conversa com os representantes dos trabalhadores e com a sociedade. Disponível em <http://pt.shvoong.com/society-and-news/news-items/1883267-proibi%C3%A7%C3%A3o-demiss%C3%B5es-C3%A9-alvo-criticas/#ixzz25kDeQdYBv>. Acesso em 06/09/2012.

26. A expressão é de Chiarelli, como já antes aludido.

27. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção conta a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. p. 180.

incapaz de arranjar uma solução para o problema imediato dos trabalhadores, traçando metas futuras? O trabalhador precisa da atividade jurisdicional hoje, agora, pois depende do emprego para poder usufruir de direitos fundamentais que lhe são caros, como convívio com a família, educação própria e dos seus, lazer, habitação e tudo o mais que a Constituição-cidadã lhe assegura.

Lúcidas são as palavras de Valdete Souto Severo, para quem: o compromisso velado que a doutrina assume com a ideia de um Judiciário inerte, cuja função consiste em ‘descobrir a vontade da Lei’, impede que o óbvio seja percebido. Ao ingressar com uma demanda, a parte pretende modificação em seu mundo, em sua vida. Os trabalhadores dispensados sem motivo pela EMBRAER não pretendiam uma aula de direito constitucional. Queriam seus empregos preservados. Declarar a indispensabilidade de negociação coletiva como ‘parâmetro para casos futuros’ não serve à função instrumental do processo.

A decisão analisada demonstra que há uma disparidade entre o discurso pregado pela Corte Superior Trabalhista, que se diz vinculada aos Direitos Humanos apontados nas Cartas internacionais, ratificadas ou não pelo Estado brasileiro, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, dizendo-se preocupada e comprometida com as soluções dos conflitos em massa, que abalam de forma mais contundente a sociedade, mas, mesmo assim, conclui exatamente o que já era pregado, não servindo o fundamento ao fim maior, que é a distribuição da justiça. Isso porque resolveu-se elevar o valor segurança da economia em detrimento do valor segurança no emprego, em desprezo ao ser humano trabalhador.

Dallari, analisando o poder dos Juízes, nos diz que “a primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade”²⁸, prosseguindo para afirmar que, malgrado tenha o povo se habituado a associar o Poder Judiciário à justiça, “o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça”, concluindo que: ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é ‘escravo da lei’. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.

Decisão como a ora analisada também perde de vista que o processo é instrumental e comprometido com a prestação jurisdicional plena e justa, além de ignorar que a democracia deve ser observada, também, no ambiente privado empresarial.

Do caso EMBRAER também se extrai que o TST diferenciou entre a dispensa individual (tópicas, no dizer do Tribunal) e a coletiva, afirmando que somente esta deve ser, para o futuro, precedida de negociação coletiva, quando na realidade a despedida coletiva é o mero somatório das resilições individuais, sendo ambas semelhantes, distinguido tão-somente em relação ao impacto social e de consumo, tendo-se que no caso das despedidas coletivas, isso é observado de maneira mais evidente, o que não leva à conclusão de que em se tratando de dispensa individual não haja dano social, tanto que a própria Constituição já trouxe previsão de indenização, esta somente devida quando há dano moral ou patrimonial a ser reparado, como analisaremos com mais detrimto em capítulo próprio.

O que finda evidente é que nem a Corte Suprema, nem o TST estão preocupados em romper com o equivocado paradigma dominante, cristalizado em torno do direito potestativo de o empregador despedir sem qualquer motivação, exceto nas hipóteses legalmente previstas.

Recentemente outra decisão proveniente do Tribunal Superior do Trabalho nos chamou a atenção. Tratou a lide, dentre outras questões, de pedido de indenização por supostos danos morais sofridos pelo autor, antigo empregado do Sistema Brasileiro de Telecomunicação durante vinte e sete anos, e despedido sem qualquer motivação²⁹. No caso em análise, o juízo de primeira instância condenou a empresa a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00, afirmando que o ato demissionário sem qualquer motivação é abusivo e, portanto, ilícito, mas o acórdão do TRT/RS foi justamente no sentido oposto, tendo-se na oportunidade concluído que “não se pode ter como indenizável poder potestativo do empregador de dispensa do empregado, que não constitui ato ilícito”, sendo tal fundamentação também repetida nas razões do acórdão no Recurso de Revista. Vejamos: o reclamante afirma que restou devidamente reconhecida nos autos a ocorrência de ofensa à honra do reclamante pela prática de ato abusivo, destituído de boa-fé objetiva. Afirma a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito do trabalho a assegurar suas pretensões. Indica violação dos arts. 5º, V, 6º e 7º, I, da CF; 8º da CLT, 187 e 422 do Código Civil.

Infere-se do decisum o entendimento de que a dispensa sem justa causa está dentro do poder potestativo do

28 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

29 TST -RR - 71900-80.2009.5.04.0005. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Decisão por maioria. Publicado em 02/12/2011. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 06/09/2012.

empregador, não sendo passível de indenização por dano moral quando não caracterizado ato discriminatório ou realizado de forma a ofender a honra ou a imagem do empregado.

A mera dispensa por justa causa não caracteriza ato ilícito ou abuso de direito pelo empregador a ensejar reparação por dano moral, a tornar incólumes os arts. 5º, V, 6º e 7º, I, da CF, 8º da CLT, 187 e 422 do Código Civil, visto que inexistente ofensa à imagem ou honra do empregado quando o empregador exerce de forma regular o seu direito potestativo de dispensar sem motivação o empregado.

Aí vem a inevitável pergunta: o que seria um exercício regular de ato que por si é arbitrário, tendo-se que o próprio artigo 122 do Código Civil afirma que dentre as condições defesas à formação do ato jurídico estão aquelas que o sujeitam ao puro arbítrio de uma das partes? Realmente não conseguimos achar outra resposta senão aquela já afirmada à exaustão: o ato de despedir sem qualquer motivação pelo empregador é despótico, arbitrário, e contraria o Estado Democrático de Direito, que hoje compreende o Direito permeável à justiça social.

É evidente que o grande período de autoritarismo vivido pelo Estado brasileiro influenciou e ainda influencia muito a formação do pensamento jurídico, resvalando isso nas decisões judiciais, pois, como já afirmou Dallari, a “neutralidade jurídica é uma quimera”³⁰. Porém, não se pode perder de vista que o paradigma construído desde a década de sessenta, época “de chumbo” para toda a sociedade, onde se desejava a todo custo o fluxo maior de mão-de-obra e a chegada de investidores estrangeiros, sem mais preocupações com a antiga estabilidade, que pouco a pouco foi perdendo fôlego até ser trocada por “garantia de emprego”, não pode impedir a interpretação constitucional evolutiva, que tem como foco a ratio legis da norma constitucional, que visa a proteção contra a despedida arbitrária ou injusta.

Barroso aponta como duas as possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional, sendo elas a “reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou o recurso aos meios interpretativos”, testificando que a interpretação evolutiva “é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal”³¹, e não temos dúvida de que o desiderato desse trabalho é uma pretensão de evolução interpretativa.

5. O Judiciário não é mais a “boca da Lei”

O Estado moderno, fundado no direito divino da realeza, corroído pela falência do feudalismo, embora fincado no direito romano, não possuía códigos. As revoluções burguesa francesa e americana incorporaram o jusnaturalismo racionalista tão presente na época, e o seu ápice se deu em 1804, quando foi publicado no Código de Napoleão, inaugurando a era das codificações e com isso também o paradigma da legalidade e da racionalidade prevista em texto sistematizado. Era chegada a época do positivismo, quebrando a ideia de que o Direito se imiscuía à ética, à justiça e à moral. A ideia de separação de poderes, inicialmente tida como um antídoto ao absolutismo, já pregava a não preocupação com problemas outros que não o cumprimento da lei em si, tanto que cabia ao Legislador, tido como legítimo representante do povo, a missão de emitir as leis e ao Judiciário, apenas, pronunciar *les paroles de la loi*³². Novamente invocamos a doutrina de Barroso, que aponta o caráter científico, o emprego da lógica formal, a pretensão de completude, a pureza científica e a racionalidade da lei e neutralidade do intérprete³³ como as principais características o Direito na perspectiva clássica. Ou seja, ao magistrado não era destinada a missão de interpretar a norma, percebendo-a à luz da moral, da justiça e da ética, pois toda essa discussão ficara no passado, sepultada na vala do jusnaturalismo.

Embora o positivismo tenha pretendido ser apenas uma teoria do Direito, focada no racionalismo e no conhecimento, foi entendida em diversas partes do mundo como uma ode à lei e, sobretudo, ao legalismo distanciado de críticas, asséptico à moral, à justiça e à ética, sendo certo que qualquer alteração acerca de tais era prontamente decidida à luz da ordem posta, seja ela qual fosse, o que influenciou até guerras e a totalização de alguns Estados. Lembremos, por exemplo, que todas as atrocidades perpetradas na segunda guerra mundial o foram sob a égide da lei, ou melhor, da Constituição de Weimar, que, naquela época, a exemplo das demais constituições europeias, apenas era vista como um mero documento político. Basta lembrar que todos os carrascos nazistas julgados pelo Tribunal de Nuremberg, alegaram em suas defesas o estrito cumprimento da lei, o que, até o momento era extremamente aceitável.

No Brasil também tivemos o nosso pequeno holocausto, considerando-se o grande período ditatorial vivido pela nossa sociedade, que, não obstante a perseguição e até morte dos reacionários ao “sistema”, quando se buscava o Judiciário, encontrava-se, no mais das vezes, o cumprimento de normas francamente inconstitucionais, mas fundadas em atos institucionais absolutistas e singelamente legais.

O debate no período pós-guerra começou a ser modificado, pois, se até então se pregava o cumprimento da lei

30. Op. cit. p. 94.

31. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

32. MONTESQUIEU, *O espírito das Leis*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 178.

33. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 252.

(constitucional ou não), emitida pelos legítimos representantes do povo (Poder Legislativo), que não tinham o compromisso de observar a Constituição, tendo-se que o princípio da legalidade imperava e ainda se vivia a era das codificações, com o eixo liderado pela Alemanha vencido, ruindo com isso toda a racionalidade do homem como meio, tornou-se imperativa a mudança de paradigma, pois não só a população, mas também os poderes constituídos começaram a perceber que havia algo de equivocado no discurso que tratava o Direito como impermeável à justiça, à ética e à moral.

Com o advento da Constituição de Bonn, em 1949, e posteriormente a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, discussões acerca do real alcance dos princípios e valores, assim como a eficácia das normas constitucionais e a força normativa da Constituição³⁴ passaram a se fazer presentes, motivo por que com Barroso concordamos, quando este diz que a “quadra atual é assinalada pela superação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”³⁵.

Tributária do período Pós-Guerra é também a compreensão da amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo certo que o Homem foi novamente entronizado, deixando de ser um meio e passando a ser um fim em si mesmo. Fruto da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão, é também o reconhecimento dos princípios como normas, diferenciando-se das regras por serem aqueles “mandados de otimização”³⁶, normas com “grau de generalidade” relativamente alto”, comportando, por serem mais abertos que as regras, sopesamento ou ponderação entre si, quando conflitantes no caso concreto.

Nesse particular, passou-se a perceber que a colisão entre regras é sempre resolvida por critérios como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas o embate entre os princípios é solucionado de maneira diversa, tendo-se que, analisando o caso concreto, o aplicado do direito há que, argumentando juridicamente, afirmar que um princípio cede ao outro, o que não implica a derrogação do princípio cedente naquele momento, e sob aquela condição, deixado de lado, explicando Alexy que nos casos concretos “os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência”³⁷, prosseguindo para afirmar que o “conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

Para Dworkin, a principal diferença entre princípios e regras é de “natureza lógica”³⁸, sendo certo que estas são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”, “enquanto aqueles possuem uma dimensão de peso ou importância [...]. Quando os princípios se entrecruzam, [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”³⁹.

Ambos os mestres, fulcrados, sem dúvida, na modificação paradigmática ocorrida na segunda metade do século vinte, nos ensinam que a resolução da colisão firmada entre os conflitos sempre será decidida concretamente, observando-se qual princípio, sob aquela determinada condição, deverá prevalecer, utilizando-se o examinador sempre do que Alexy chamou de “máxima da proporcionalidade”⁴⁰, que consiste, em comprimida síntese, na utilização de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Estabelecido o novo paradigma segundo o qual os princípios se revestem de natureza normativa e colidem com outros princípios no caso concreto, e sendo certo que diversos princípios são corolários implícitos ou explícitos do Texto Constitucional, ao Poder Judiciário, vinculado que estava de modo objetivo aos ditames constitucionais, caberia a missão de decidir qual o peso que cada princípio teria no caso concreto.

Se é certo que essa mudança de racionalidade ocorreu na Europa na segunda metade do século passado, não menos certo é afirmar que aqui no Brasil tais discussões somente passaram a fazer parte do cotidiano jurisprudencial com o advento da Constituição de 1988, eivada de valores e princípios tão caros à Democracia e ao Estado Social de Direito. Nesse contexto, não é mais admissível que o Judiciário permaneça com a mentalidade própria de um período autoritário, quando a Constituição inaugurou o período mais longo de democracia da nossa história.

No *leading case* da EMBRAER – sim, voltamos a ele – pode-se vislumbrar claramente o conflito entre princípios constitucionalmente assegurados, a saber o princípio da livre iniciativa (art. 170), se contrapondo ao princípio da valorização do trabalho humano. As condições apontadas pela empresa para a despedida em massa de mais de 4.200 trabalhadores, naquele momento, era a crise mundial, que tinha como epicentro os Estados Unidos da América, principal consumidor, não havendo outra alternativa senão a resilição contratual. Estabelecido o conflito,

34 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

35 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 2011. p. 269.

36 Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-90.

37 Op. cit. p. 94.

38 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 39.

39 Op. cit. p. 42.

40 Op. cit. p. 117.

várias foram as propostas firmadas para a tentativa conciliatória (suspensão contratual, prolongamento do aviso prévio, garantia de emprego para os empregados não dispensados etc.), não tendo sido quaisquer delas aceitas pelo patronato, que só desejava uma coisa: se livrar dos trabalhadores. O TST em nenhum momento sopesou realmente princípios constitucionais, pois, se assim tivesse procedido, iria perceber que, mesmo sendo supostamente “necessário” o ato empresarial, o meio não era adequado, pois, como restou amplamente proposto pelo Regional, havia outras alternativas que não a pena capital da rescisão do contrato. Toda a fundamentação inicial levava a crer que a decisão não seria aquela, consagrando a “segurança jurídica” da empresa como fundamento “forte” em detrimento do valor maior que é o valor do trabalho humano.

O juiz-constitucional não pode perder de vista a sua missão, que é zelar pelas normas Constitucionais, aí compreendidas como regras e princípios, que não diferem em grau de hierarquia, e esse é justamente o motivo por que o preceito normativo contido no artigo 7º, I da CRFB/88 não pode mais ser interpretado ignorando o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, o objetivo da prevalência dos direitos humanos, a construção de uma cidade livre, justa e solidária, que vivemos sob o império de um Estado Democrático de Direito, que não mais tolera o arbítrio, e que o princípio da livre iniciativa não é posto na Constituição de forma solitária, devendo o mesmo ser conciliado com a função social da propriedade e, principalmente, a busca do pleno emprego. Ao assumir esse compromisso, o juiz-constitucional também se casará com a noção de que o processo é apenas um instrumento⁴¹ para o alcance da justiça⁴².

6. A realidade se impõe

Não obstante seja válido e atual o debate acerca do evidente abuso de direito (art. 187 do Código Civil) na despedida do empregado sem qualquer motivação, tendo-se que o empregador excede flagrantemente o seu chamado direito potestativo, causando um dano ao obreiro, que teve a sua dignidade ofendida, pelo livre exercício de uma cláusula potestativa unilateral invocada pelo seu patrão⁴³, a discussão foge aos limites estabelecidos nesse trabalho, que intenta justificar como o paradigma dominante da interpretação estabelecida em torno do artigo 7º, I da Constituição Federal impede o acesso do trabalhador com vínculo contemporâneo de emprego ao Judiciário.

Isso porque não se pode ignorar a realidade de que o trabalhador com vínculo de emprego vivo, normalmente, mesmo sabendo e vendo seus direitos trabalhistas serem ofendidos diuturnamente pelo seu empregador, não ingressa com qualquer ação perante a Justiça do Trabalho, tendo em vista que se o fizer, ajudará a engrossar a fila dos desempregados. Discorrendo sobre o tema, afirma Bezerra que: “*A Justiça do Trabalho tornou-se justiça de desempregados. Mas as causas disso desbordam de seus cancelos. O próprio ordenamento jurídico tem sido assim. O direito do trabalho é o direito do trabalhador; o direito de propriedade é o direito do proprietário; o direito contratual é o direito do já contratante. Minguados são os dispositivos e os direitos do desempregado, do não proprietário (excluído), do não contratante ou pré-contratante. O direito tem sido um mecanismo de controle social para os incluídos e não dos excluídos. A realidade econômica olvida a realidade social. Somente a vontade política poderá evitar que a difusão da racionalidade econômica transforme um tecido social diversificado num amálgama de consumidores passivos. O que resulta é o caos social*”.⁴⁴

De fato, interpretar o artigo 7º, I da Constituição Federal como dependente de norma infraconstitucional, repudia não tão-somente o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, mas também menospreza o princípio da supremacia constitucional, sendo certo que há mais de vinte e dois anos a Carta Política foi promulgada e ainda não foi confeccionada a aludida Lei Complementar, estando, segundo interpretação dominante, o Dispositivo Maior a depender de Lei Menor, contrariando a ordem legal.

Isso sem atentar para o próprio artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estatui que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere ao art. 7º, I da Constituição: I. fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”, que, como a sua própria natureza estabelece, é transitório e não permanente. A pergunta, então, é inevitável: pode uma norma transitória ser válida durante mais de vinte e dois anos, a pretexto de suprir suposta lacuna constitucional? A resposta sempre será negativa, atentando-se para uma anomia legislativa, que contribui em muito para o aumento da classe dos excluídos, que sequer podem invocar a garantia constitucional do acesso à justiça na sua acepção mais primitiva, que é o pleno exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário, posto desprovidos

41. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 4. ed. 2000.

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 9. ed. 2001. p. 159-161.

43. Código Civil, art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, **ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes**. (grifos nossos)

44. *Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*, p. 173.

de qualquer proteção jurídica que lhes garanta o emprego pelo livre exercício de uma garantia fundamental. A reflexão sobre a ponderação de interesses constitucionais também merece atenção. Se é certo que o trabalho é um direito social – o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – como este pode restar obstado pelo simples fato de o empregado exercer o seu direito de acionar o Judiciário? A resposta, tendo-se o paradigma dominante segundo o qual o empregado pode ser imotivada e arbitrariamente dispensado pelo seu empregador, devendo receber somente uma indenização de quarenta por cento, incidente sobre o valor depositado a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é algo que atenta contra a adequação, utilizada como um dos critérios para a ponderação de interesses constitucionais, ao lado da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito⁴⁵. Forma-se, então, uma aporia, pois, adotando-se a interpretação dominante, é quase que materialmente impossível o livre exercício pelo empregado do seu direito de ação durante o curso da relação de emprego, exceto se protegido por alguma garantia empregatícia. Isso é fato repetido diuturnamente nos fóruns trabalhistas e menosprezado pelos Magistrados, que resolvem se contentar com a suposta existência do direito potestativo de o empregador dispensar o seu empregado sem a apresentação de qualquer motivo, ignorando-se que o valor-princípio do trabalho é elevado e prevalece no caso concreto.⁴⁶

A interpretação constitucional dominante, além de atentar contra os princípios já aludidos, se constitui em um ilícito legal, gerando, o que convencionou chamar Montesquieu de “*corruption du droit par la loi*”.⁴⁷ Até poderíamos ir além, afirmando que o paradigma hermenêutico dominante é um grande obstáculo à transformação, ou evolução social.

O quadro relatado se torna mais grave quando prestamos atenção à regra do artigo 7º, XXIX do Texto Constitucional, segundo a qual o direito de ação do empregado prescreve em cinco anos durante a relação de emprego, sendo mais uma vez gerada uma aporia, pois se o empregado ingressa com a ação, fatalmente perde o emprego, se não ingressa, o direito prescreve.

Ainda mais interessante é perceber que a prescrição do direito de ação está justamente, topograficamente localizada no artigo que estatui em seu *caput* o princípio do não-retrocesso social, que sempre assegura a evolução legislativa aos trabalhadores. Ora, a prescrição não é direito e sim um anti-direito.

O que mais causa indignação, é que essa realidade não é ignorada por ninguém, ao revés, é assunto corriqueiro e pauta que se faz presente na imprensa, mas mesmo assim o Supremo Tribunal Federal ainda mantém o entendimento de que ao empregador é dado dispensar o empregado sem motivo, acolhendo a hipótese da dispensa arbitrária como sendo lícita, quando, na verdade, o ato deve ser tido ilícito, vez que o próprio artigo 7º, I do Texto constitucional previu hipótese de indenização e, se tal é viável, significa dizer que o ato de dispensa sem qualquer motivação é contrário à Lei, caso contrário, o empregado “agraciado” com a benesse da indenização estaria se enriquecendo ilícitamente, o que é terminantemente vedado pelo Direito.

Ademais, nunca é excessivo lembrar que o artigo 7º, I da Constituição Federal encerra norma de eficácia plena, ou auto-aplicável, não necessitando de qualquer regra infraconstitucional para o seu amplo alcance. Referido dispositivo legal já contém em si a “proteção contra a dispensa arbitrária”, sendo esta entendida a que não se pauta em qualquer motivo ou motivação (denúncia contratual vazia ou *ad nutum*). Essa interpretação sim, no nosso sentir, homenageia o princípio da supremacia constitucional e dá ampla aplicabilidade ao direito fundamental do trabalhador⁴⁸.

7. Uma luz processual no fim do túnel

Diante do quadro hermenêutico já delineado, uma solução surge para despersonalizar o empregado que deseja exercer o seu direito constitucional de ação perante o Poder Judiciário: a substituição processual, que, bem utilizada, tanto pelo Ministério Público do Trabalho, quando pelas agremiações, permite o amplo acesso do trabalhador com vínculo de emprego contemporâneo à Justiça.

O artigo 8º, inciso III da Carta Política de 1988 estatui que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Embora, no nosso sentir, seja clara a interpretação segundo a qual o referido dispositivo encerra hipótese de ampla substituição processual pelos sindicatos⁴⁹, até os dias atuais a jurisprudência ainda vacila em relação ao alcance do mesmo, ora admitindo, ora não, a substituição processual pelo sindicato no tocante a qualquer direito individual dos membros de uma determinada categoria, tanto que o Superior Tribunal do Trabalho, após o cancelamento da sua súmula 310, em 01/10/2003, ainda não confeccionou uma nova que pudesse traçar uma diretriz mais segura sobre o “entendimento da hora”.

45 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. 2004, p. 209-214.

46 Em 01/07/2001, no auditório do TRT da 5ª Região, Ministrando palestra sobre o princípio da proporcionalidade, citando Branquinho da Fonseca, disse Celso Castro que “o Direito é o último vagão do comboio social”.

47 In GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2009, p. 46.

48 CRFB/88, art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

49 Na verdade, cremos que a natureza do instituto é de legitimação autônoma para a condução do processo, todavia, como o artigo não se presta a discutir a mesma, para simplificar, e sem alterar o alcance prático do instituto, dizemos que se trata de substituição processual, enquadrando a hipótese na divisão clássica do processo.

Discorrendo sobre o tema, afirma Ben-Hur Silveira Claus, que: “a par do limite objetivo da origem comum dos interesses, a demanda deve abranger, também, um certo número de membros da categoria, de modo que a presença de um grupo de trabalhadores interessados venha a justificar a necessidade da tutela coletiva de direitos trabalhistas que a substituição processual instrumentaliza. Não se faz necessário que sejam abarcados, pela substituição processual sindical, todos os trabalhadores da empresa ou todos os empregados de um determinado setor. Basta que um grupo de trabalhadores, de certo setor da empresa, recorra ao sindicato profissional para postular um interesse trabalhista de origem comum a todos os membros daquele grupo”.⁵⁰

Com tal posicionamento não concordamos. O artigo 8º, III não prevê qualquer limitação à quantidade de membros da categoria que podem ser processualmente substituídos, sendo possível a agremiação agir na defesa de apenas um ou dois empregados, sem, no entanto, expô-los no processo de conhecimento⁵¹, pois só assim o escopo do instituto se impõe.

Na doutrina, no entanto, há posicionamentos que vão de um extremo ao outro, desde aqueles para quem o direito de substituição processual pelo sindicato está restrito tão-somente àquelas hipóteses especificamente previstas na CLT e legislação trabalhista extravagante ⁵²até aqueles que, situados no outro extremo, sustentam caber tal ação para a defesa de qualquer interesse trabalhista do trabalhador substituído⁵³, inclusive tratando-se de um único trabalhador⁵⁴. Como já afirmado ao norte, o Direito não pode virar as costas à realidade, deixando de perceber que o empregado não detentor de garantia de emprego está desprotegido para reivindicar seus créditos trabalhistas perante o Judiciário durante o curso da relação de emprego, sendo uma solução processual viável o acolhimento da tese segundo a qual o sindicato pode ser substituto processual de forma ampla, o que atende totalmente ao princípio da máxima eficácia das normas constitucionais. Nesse sentido, já afirmou Marcílio Florêncio Mota: a substituição processual opera a despersonalização do conflito pela presença do substituto processual no polo ativo do processo. A afirmação dos direitos, a partir do processo, dar-se-á sem a necessidade de que a pretensão de recomposição seja apresentada por quem é o seu titular. Assim, o pedido de reparação ou de efetivação dos direitos não deixa de ser veiculado pelo temor de represálias.⁵⁵

8. Notas conclusivas

Como arremate, conclui-se que, embora a Carta Política de 1988 tenha trazido dispositivo de vanguarda, assegurando a proteção contra a despedida arbitrária, a interpretação decorrente da redação do mesmo não o acompanhou nesse intento, tendo prevalecido tanto da doutrina quanto na jurisprudência pátrias, o paradigma dominante segundo o qual o empregador possui direito potestativo de dispensar o seu respectivo empregado sem apresentar qualquer motivação, o que é fator impeditivo de acesso à justiça de forma plena ao obreiro, que, mesmo percebendo o perecimento do seu direito no curso da relação empregatícia, se vê obrigado a aguardar o fim da vinculação, para, somente então, ingressar com ação perante o Poder Judiciário Trabalhista, que se constitui na atualidade como uma legítima justiça de excluídos.

6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPANHOLE, Adriano. **Todas as Constituições do Brasil**. São Paulo: editora Atlas, 1971.

CAPPELLETTI, Mauro. BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CATHARINO, José Martins. **Em defesa da estabilidade**. Despedida x estabilidade. São Paulo: LTr, 1968.

CESARINO JR. **Estabilidade e fundo de garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

50 *Substituição Processual Trabalhista. Uma elaboração teoria para o instituto*, 2003, p. 114.

51 Segundo o artigo 95 da Lei n. 8.078/90, a sentença a ser proferida deverá ser genérica, não sendo interessante já na fase de conhecimento a famosa lista de substituídos, pois somente quando do procedimento de liquidação, se for o caso, os mesmos serão identificados.

52 ROCHA, Osiris. Substituição processual na justiça do trabalho, *Revista LTr*, São Paulo, ago. 1991, v. 55, n. 08, p. 924.

53 VIANA, Márcio Túlio. A substituição processual e o enunciado n. 310/TST, *Repertório IOB de jurisprudência*, 1ª quinzena de junho de 1998, n. 11/98, caderno 2, p. 227.

54 DALAZEN, João Orestes. Notas sobre a substituição processual e a Lei n. 8.073/90, *Revista LTr*, São Paulo, out. 1991, v. 55, n. 10, p. 1.164.

55 *A substituição Processual por Sindicatos. O Acesso dos Trabalhadores à Ordem Jurídica Justa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2008, p. 64.

- CHAVES, Luciano Athayde. **Trabalho, Tecnologia e Ação Sindical. A condição bancária no panorama da acumulação flexível.** 1ª ed. São Paulo: ANNABLUME editora, 2006.
- DALAZEN, João Orestes. **Notas sobre a substituição processual e a Lei n. 8.073/90.** Revista LTr, São Paulo, out. 1991, v. 55, n. 10.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica.** 2ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 2009.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública, na perspectiva dos Direitos Humanos.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e execução Imediata da Sentença.** 2ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MONTESQUIEU, **O espírito das Leis.** 7. Ed., São Paulo: Saraiva. 2000.
- MOTA, Marcílio Florêncio. **A substituição Processual por Sindicatos.** O Acesso dos Trabalhadores à Ordem Jurídica Justa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.
- ROCHA, Osiris. **Substituição processual na justiça do trabalho.** Revista LTr, São Paulo, ago. 1991, v. 55, n. 08.
- SILVA, Antônio Álvares da. **A Convenção 158 da OIT.** Belo Horizonte: RTM, 1996.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** 2. Ed., São Paulo: LTr, 1998.
- VIANA, Márcio Túlio. **A substituição processual e o enunciado n. 310/TST.** Repertório IOB de jurisprudência, 1ª quinzena de junho de 1998, n. 11/98, caderno 2.

EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA: UMA CRÍTICA À VINCULAÇÃO DECISÓRIA A PARTIR DO MÉTODO DE KARL POPPER

Resumo: A súmula vinculante, bem antes de uma rota em prol da efetividade, parece tender a proporcionar o engessamento do entendimento jurisdicional em matéria constitucional, o que pode representar verdadeira asfixia do processo de atualização da Constituição, com resultados em desfavor do Estado Democrático de Direito. O presente estudo revisita o tema, objetivando a fundamentar uma crítica à súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do fenômeno da mutação constitucional, aplicando-se a visão da ciência de Karl Popper. Ao final, discute, como alternativa, a adesão a consensos dinâmicos, enquanto lugares-comuns de interpretação jurisprudencial.

Palavras-chave: princípio da eficiência – segurança jurídica – súmula vinculante – Karl Popper

Sumário: 1. Introdução. 2. A uniformização de jurisprudência e suas razões. 3. Linhas gerais do pensamento de Karl Popper e sua aplicação no direito. 4. O fenômeno da mutação constitucional. 5. Uma crítica à súmula vinculante. 6. Eficiência e adesão aos precedentes majoritários de argumentação. 7. Conclusões. 8. Referências.

1. Introdução

Por intermédio da Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004, foi acrescentada ao texto constitucional brasileiro a previsão da edição, pelo Supremo Tribunal Federal, de súmula de efeito vinculante que tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica em matéria constitucional (Art. 103-A, §1º). A medida, inserida em um conjunto de inovações decorrentes da denominada “Reforma do Judiciário”, se destinou, em tese, a imprimir maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional, na tentativa de solução da crise de efetividade vivenciada pelo Poder Judiciário.

Tal novidade constitucional, entretanto, bem antes de uma rota em prol da efetividade, parece tender a proporcionar o engessamento do entendimento jurisdicional em matéria constitucional, o que pode representar verdadeira asfixia do processo de atualização da Constituição, com resultados em desfavor do Estado Democrático de Direito. O presente estudo objetiva a fundamentar uma crítica à súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do fenômeno da mutação constitucional, aplicando-se a visão da ciência de Karl Popper.

Inicialmente será abordada a política judiciária de uniformização de jurisprudência, como uma tendência na qual se insere a súmula vinculante, destacando as diretrizes que legitimam e justificam aquela, considerando o escopo institucional do Poder Judiciário, o princípio da eficiência administrativa e o direito constitucional de ter acesso à Justiça. Em seguida, serão apresentadas aplicações possíveis no Direito do método de Karl Popper, a partir de um desenvolvimento conciso e encadeado das linhas gerais do seu pensamento. Com base em tais subsídios, será analisado o fenômeno da mutação constitucional, destacando a imprescindibilidade de sua observância no processo de interpretação da norma constitucional. Será reconhecida a inadequação da súmula vinculante às diretrizes que a legitimariam como meio idôneo e eficiente de uniformização de jurisprudência, apurando as conclusões gerais. Por fim, será proposta, como alternativa, a adesão a consensos dinâmicos, enquanto lugares-comuns de interpretação jurisprudencial.

2. A uniformização de jurisprudência e suas razões

A uniformização de jurisprudência é uma tendência presente no ordenamento jurídico brasileiro, como pode ser observada, por exemplo, no incidente previsto no Capítulo I do Título IX do Livro I do Código de Processo Civil de 1973, que não possui força vinculante e obrigatória. A atual súmula vinculante pode ser considerada como uma medida legislativa mais radical na busca por esta uniformização.

Conceitualmente, a uniformização de jurisprudência se destina a evitar que, em um mesmo momento histórico, uma

**GUILHERME GUIMARÃES
LUDWIG,**

**Juiz do Trabalho no TRT da
5ª Região/BA, Professor,
Coordenador Executivo da
Escola da Associação dos
Magistrados da Justiça do
Trabalho da 5ª Região –
EMATRA5, Ex-membro do
Conselho Consultivo da
Escola Judicial do TRT da 5ª
Região (2005-2011), Extensão
universitária em Economia
do Trabalho pelo CESIT/
UNICAMP, Mestre em Direito
Público pela Universidade
Federal da Bahia.**

mesma norma jurídica possa ser diferentemente entendida pelos diversos órgãos jurisdicionais, comprometendo a unidade do Direito¹. Tal sistemática se mostra saudável e necessária no Estado Democrático de Direito, na medida em que faz resguardar concomitantemente três diretrizes do Poder Judiciário: o seu escopo institucional em torno da pacificação da tensão social, o princípio da eficiência administrativa e o direito constitucional de ter acesso à Justiça. O escopo institucional de pacificação da tensão social se encontra fundamentalmente associado ao princípio da segurança jurídica, que é concretizado, neste contexto da uniformização de jurisprudência, ao se tornar previsível à sociedade o comportamento do Poder Judiciário em relação àquelas questões que são reiteradamente postas à sua apreciação. Não se pode esquecer que o exercício da função jurisdicional *não é* o caminho natural para a resolução dos conflitos, mas sempre uma atividade de *substituição* (Chiovenda): o Poder Judiciário substitui, por intermédio de uma atividade pública sua, a atividade das partes envolvidas no conflito², a partir do pressuposto lógico de que estas não consigam no caso concreto resolvê-lo pelo mero ajuste de vontades. A previsibilidade e a conseqüente redução da *res dubia* atuam estimulando esta possibilidade de composição entre os indivíduos, reduzindo a instauração do litígio, como ainda prevenindo a sua perpetuação pela via recursal, quando já instaurado. Dessa forma, uniformizar as decisões jurisdicionais, tornando-as relativamente previsíveis, tende a pacificar a tensão social por intermédio da valorização da segurança jurídica.

O princípio da eficiência administrativa (Constituição Federal, Art. 37, *caput*), por sua vez, condiciona a otimização do ato administrativo, sempre direcionado ao maior rendimento possível pelo menor custo. Em outras palavras, é uma exigência inerente a toda atividade pública, aqui entendida como necessariamente racional, instrumental e voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas³. Considerando o Poder Judiciário como parte da Administração Pública, é evidente que o princípio da eficiência administrativa é diretriz fundamental a orientar a sua atuação. Logo, a redução da instauração do litígio e a prevenção de sua perpetuação pela via recursal, ao tornarem o sistema mais funcional, otimizando o potencial de entrega da prestação jurisdicional pela concentração nas questões não reiteradamente discutidas, concretizam também o princípio da eficiência administrativa, proporcionando um maior rendimento do Poder Judiciário por um menor custo.

Por fim, ao otimizar o potencial de entrega da prestação jurisdicional, a uniformização de jurisprudência pode imprimir maior celeridade à tramitação dos feitos, o que favorece ao princípio da efetividade, condição necessária, em última análise, à concretização do direito de ter acesso à Justiça. Tal última garantia é a *promessa-síntese* das demais promessas instrumentais relativas às garantias processuais, sendo certo que toda a tutela constitucional do processo converge para o aprimoramento do sistema processual como meio idôneo a oferecer decisões justas e efetivas a quem delas necessite⁴. A qualificação como “*síntese*” importa em dizer que ter acesso à Justiça é ter necessariamente direito: a não ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à inadmissibilidade da prova ilícita, à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, à publicidade dos atos processuais, à fundamentação das decisões, entre outras garantias constitucionais de índole processual. Cada uma dessas garantias processuais complementares, por si só, é condição necessária, embora não suficiente, à consecução do efetivo acesso à Justiça, na medida em que este apenas se configura a partir da síntese de todos os demais.

Como se demonstrará a seguir, a súmula vinculante, tal como atualmente disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, não permite a salvaguarda destas diretrizes.

3. Linhas gerais do pensamento de Karl Popper e sua aplicação no direito

Na base de seu pensamento, Karl Popper sustentou que a lógica da descoberta científica não deveria se identificar com o método indutivo, pois a circunstância de serem observados inúmeros eventos singulares em um determinado sentido não autorizaria logicamente a se concluir que efetivamente nunca pudesse existir nenhum evento singular em sentido contrário. Disse que:

*“está longe de ser óbvio, de um ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa”*⁵.

Compreender esta tese da assimetria dos enunciados universais é uma peça-chave a desvendar toda a obra deste autor – inclusive para o que se pretende no presente estudo quanto à sua aplicação na esfera do Direito. O seu

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 4-5.

2. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10-13

3. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2010, p. 1.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. v. I, p. 109.

5. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 27-28.

raciocínio é plenamente justificável: enquanto a veracidade de um enunciado universal pressupõe, em face desta sua própria natureza, que a regra seja sempre aplicável a todas as hipóteses possíveis em seu universo, a falsidade demanda a existência de ao menos um exemplo que contrarie tal regra. Por outro lado, por maior que seja a amostragem, não é possível, diante dela, por si só, afirmar a inexistência de algum contra-exemplo. Não há, portanto, como se inferir logicamente um enunciado universal a partir do resultado da observação de enunciados singulares. Este é o problema da indução em Karl Popper, ou ainda, o problema do método indutivo como demarcação ou distinção entre ciência e não-ciência, no qual é questionada a própria verdade dos enunciados universais que pode ser obtida com base na experiência.

A partir do desenvolvimento da constatação anterior, o autor chegou à conclusão de que, uma vez que um sistema apenas é reconhecido como científico se passível de comprovação pela experiência, o seu critério de demarcação não poderia ser o da verificabilidade, mas sim o da falseabilidade. Defendeu então que: não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico⁶.

Esta perspectiva inverte a lógica da descoberta científica, na medida em que denuncia o caráter sempre provisório ou conjectural do conhecimento científico, cuja sustentação seria tão consistente quanto maior fosse a sua resistência aos testes de falseabilidade ou refutação. Em outra mão, a impossibilidade de exposição a tais testes evidenciaria o caráter não científico da teoria.

A possibilidade de se sujeitar à falseabilidade, ou seja, a própria condição mesma (de demarcação) do conhecimento científico, significaria em Karl Popper a abertura de determinada teoria à crítica. Foi por isso que sustentou que o método da ciência consistiria em tentativas experimentais para resolver os problemas por conjecturas, que, por seu turno, seriam controladas por severa crítica. Trata-se assim de um desenvolvimento crítico consciente do método de “ensaio e erro”⁷. Noutros termos, pode ser dito que é a constante tensão crítica entre o conhecimento nunca assentado, porque conjectural, e as correspondentes e infinitas refutações, que lhe são apresentadas, que confere dinamicidade à ciência. No âmbito das decisões jurisdicionais, se torna imprescindível, portanto, a abertura para a crítica e a refutação. O desenvolvimento da ciência do Direito, inclusive e principalmente no que se refere à interpretação da norma jurídica, pressupõe a discussão e a crítica constante para o seu aprimoramento. Nesta mesma linha de argumentação, afirmou que: a objetividade da ciência não é uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição⁸.

Este último raciocínio pode ser interpretado, inclusive, como parte da crítica do autor ao positivismo, quando este aponta a necessidade da neutralidade do cientista como condição de objetividade da ciência.

Pode ser ainda observada uma aplicação analógica da teoria evolutiva darwiniana no desenvolvimento científico, uma vez que, pelo raciocínio supra, apenas sobreviveriam conjecturas mais resistentes às refutações impostas pelo ambiente, não apenas cooperativo, mas também competitivo, da comunidade científica. Karl Popper, porém, não considerou tal perspectiva de forma nenhuma como algo negativo. Pelo contrário, optou por uma interpretação otimista deste processo seletivo, pela qual: os homens buscam expandir sua liberdade: buscam novas possibilidades. A competição pode, evidentemente, ser vista também como um processo que favorece a descoberta de novas possibilidades de subsistência e, portanto, novas possibilidades de vida [...]⁹.

Se os indivíduos em sociedade dispõem desse potencial de liberdade pelo desenvolvimento da ciência baseado na crítica – processo este dinâmico e contínuo, não é possível prever a expansão do conhecimento científico. Logo, passam a ser inaceitáveis as doutrinas que busquem qualquer condicionamento do homem a padrões históricos de repetição. Não há como se sustentar teoricamente, dessa maneira, uma vedação peremptória à discussão das teses em torno da interpretação do conteúdo de determinada norma jurídica pelos diversos órgãos jurisdicionais. Sendo assim e retornando à assimetria dos enunciados universais, não é possível se inferir logicamente um evento futuro como resultado da observação de eventos singulares passados. Aliás, como destacou quanto às ciências sociais, é também claro que: a consciência de existirem tendências capazes de produzir um evento futuro e, mais do que isso, a consciência de que a previsão mesma pode exercer influência sobre os acontecimentos previstos é suscetível de provocar repercussões no conteúdo da previsão¹⁰.

6. Ibid., p. 42.

7. POPPER, Karl, *A lógica das ciências sociais*. 3.ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

8. Ibid., p. 23.

9. Id., *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins, 2006b, p. 26.

10. POPPER, Karl, *A miséria do historicismo*. Tradução de Octany S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: EDUSP, 1980, p. 14.

Dessa forma, reconhecia a influência que o indivíduo proporciona na realidade histórica que lhe cerca, deixando assim de ser um sujeito passivo de um determinismo histórico. Nesse contexto, a consciência do papel fundamental da crítica para o desenvolvimento científico faria recusar a autoridade e a tradição como fontes definitivas e acabadas do conhecimento.

Para Karl Popper, embora sem a tradição o conhecimento fosse impossível, na medida em que boa parte do quanto aprendido o é justamente por intermédio de exemplos passados, todo o conhecimento tradicional estaria sempre aberto ao exame crítico¹¹. Nenhum conhecimento científico seria definitivo e não existiria uma verdade manifesta, fosse ela alcançável pelo poder de intuição intelectual, em René Descartes, fosse pelo poder de percepção dos sentidos, na concepção de Francis Bacon, porque, em uma e outra hipótese, ambos apenas estariam substituindo a antiga autoridade da Bíblia ou de Aristóteles pela nova autoridade do intelecto ou dos sentidos¹². Na realidade, a sustentação de todo o conhecimento estaria exatamente, não na autoridade de uma fonte, mas sim na resistência das teses às tentativas cada vez mais sofisticadas e complexas de refutação.

Na seara do Direito o pensamento de Karl Popper pode, por um lado, proporcionar a reflexão em relação à própria prevalência da autoridade das fontes, entre as quais especialmente se destaca aqui a jurisprudência. Por outro lado, pode convidar à rejeição do comodismo intelectual pelo intérprete do Direito, uma vez que este deve, ao invés, reconhecer o caráter sempre conjectural e provisório do saber jurídico, enquanto conhecimento científico que se apresenta. O Direito evolui justamente por uma abordagem de caráter predominantemente crítico, em que os fundamentos de novas postulações refutam os posicionamentos jurisdicionais antes sedimentados, dando ensejo a novas teses jurídicas que, por sua vez, ajustam, adequam e atualizam a interpretação da norma aos novos fatos e valores trazidos pela realidade concreta. Esta tendência ganha notável relevo no Direito Constitucional, especialmente em consideração ao fenômeno da mutação constitucional, que será a seguir estudado.

4. O fenômeno da mutação constitucional

A Constituição, como se defendia desde o Século XIX, não tem valor e nem é durável se contrariar os fatores do poder que vigem na realidade social¹³. Modernamente se tem por certo que a consolidação e a preservação da *força normativa da Constituição* estão presentes na interpretação que não apenas depende do conteúdo, mas também de sua práxis. Sendo a eficácia da Constituição condicionada pelos fatos concretos da vida, tais não podem ser desprezados no processo de interpretação. Pelo contrário, as condicionantes reais devem ser correlacionadas com os enunciados normativos da Constituição, se buscando a interpretação adequada que concretize, de forma excelente, o sentido do enunciado dentro das condições reais dominantes numa determinada situação¹⁴. A interpretação constitucional deve ser efetivamente evolutiva, porque a Constituição, sempre em movimento como a própria vida, está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas¹⁵.

É importante identificar aqui uma postura metodológica de ruptura com o dogma positivista da identificação entre Direito e norma jurídica e a rígida separação entre este primeiro e o contexto fático-valorativo. Apenas em uma perspectiva pós-positivista de superação e quebra de paradigmas, é possível interpretar o sentido para o enunciado de uma determinada norma constitucional no interior das condições fáticas e reais de um determinado momento histórico e social.

Trata-se assim de um processo contínuo de retro-alimentação, pelo qual a Constituição, como texto político maior, molda e disciplina a sociedade, enquanto esta fornece os elementos de fato e de valor necessários ao preenchimento das normas constitucionais de textura aberta, atualizando o seu sentido e alcance. Em uma via de mão dupla, pode-se concluir que a Constituição conforma e é conformada pela realidade concreta a cada momento histórico, circunstância dinâmica que se traduz no fenômeno da mutação constitucional.

Buscando-se uma delimitação conceitual, é possível adotar que a mutação constitucional significa uma alteração do significado da norma constitucional, sem a observância do mecanismo previsto de emenda e sem que tenha havido modificação em seu texto. Os novos sentido ou alcance podem ser decorrência, tanto de uma mudança da realidade, quanto de nova percepção do Direito, sempre, contudo, devendo estar respaldados por uma efetiva demanda social por parte da coletividade¹⁶.

Aliás, essa é exatamente a concepção teórica que justifica e legitima a discussão contemporânea em torno da mudança de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e

11. Id., *Conjecturas e refutações*. Tradução de Benedita Bettencourt. Lisboa: Almedina, 2006a, p. 49.

12. Ibid., p. 33-34.

13. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9ª ed. Tradução original de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 47.

14. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22-23.

15. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 395.

16. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125-126.

para uma sociedade aberta, na qual indivíduo, grupos e órgãos estatais, dentro de uma concepção pluralista, se convertem todos eles em intérpretes do direito estatal¹⁷. Não é assim recomendável o cerceamento da participação dos diferentes atores sociais que promovam ou possam promover o processo interpretativo e atualizador da Constituição.

É preciso deixar claro, todavia, que a legitimidade da mutação constitucional se encontra na tensão e no equilíbrio entre a plasticidade das normas constitucionais, sempre adaptáveis aos novos tempos e às novas demandas, e a rigidez da Constituição, enquanto meio de preservação da estabilidade da ordem constitucional e da segurança jurídica¹⁸. A predominância das cláusulas abertas, embora demonstrativa da possível provisoriedade interpretativa, não induz à conclusão da instabilidade do texto constitucional; pelo contrário, lhe assegura justamente a perenidade pela sua efetiva correspondência com a realidade.

Em favor exatamente deste valor da estabilidade da ordem normativa vale ressaltar que os limites da mutação constitucional se encontram no texto da Constituição, pois é o programa normativo (o enunciado da norma) a instância que decide se a alteração fática é ou não relevante, vale dizer, se pertence ao âmbito normativo (a realidade em suas circunstâncias)¹⁹. A adequação dialética entre programa e âmbito normativos não devem contrariar ainda os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição²⁰. Tal garantia não representa um limite da capacidade de adaptação da Constituição ao ponto de impedir a assimilação da mudança histórica e a preservação de sua continuidade. Em verdade, as dificuldades derivadas de tal limite poderiam impor a reforma constitucional, proporcionando a clareza da Constituição e intensificando a sua força normativa²¹.

Retornando e se apropriando da perspectiva de Karl Popper, é possível concluir que este processo de verdadeira e constante atualização do texto constitucional pode ser reconhecido como uma faceta da própria dinâmica contínua do desenvolvimento do conhecimento científico. As normas de direito constitucional, em função desta maior capacidade de absorção da influência da realidade social, vale dizer, pelo seu caráter aberto, são suscetíveis a uma maleabilidade interpretativa diferenciada, o que deve ser observado pelo intérprete como uma nota de um saber jurídico nunca definitivo, mas sim com potencial de constante e necessária atualização.

5. Uma crítica à súmula vinculante

A partir de fundamentos declinados até aqui, é possível compreender que a impossibilidade de proferir decisões jurisdicionais em sentido contrário ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à interpretação de determinada norma constitucional, impede quanto a esta a incidência do fenômeno da mutação constitucional pela via natural e legítima do amadurecimento das teses jurídicas entre os diversos demais órgãos do Poder Judiciário, que inclusive se encontram tão mais próximos da realidade dos jurisdicionados quanto mais distantes do próprio Tribunal de cúpula. Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal já declarou a impossibilidade de impugnação do conteúdo da súmula vinculante mediante recurso extraordinário²².

Além da atuação de ofício do próprio Supremo Tribunal Federal, para provocar o procedimento de revisão ou cancelamento da súmula vinculante está legitimado basicamente o estrito rol daqueles que possam propor a ação direta de inconstitucionalidade (Constituição Federal, Art. 103-A, §2º). É de se ressaltar, entretanto, que a Lei Federal 11.417, de 19 de dezembro de 2006, ao regulamentar este novo dispositivo constitucional, acrescentou ainda aos legitimados, diante da expressa permissão constitucional, o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (Art. 3º). Ocorre que esta participação dos demais Tribunais possui uma eficácia prática muito mais restrita do que aparenta, na medida em que o próprio texto constitucional também prevê a reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal, que proporciona a cassação das decisões judiciais em contrariedade à súmula vinculante (Art. 103-A, §3º), cerceando completamente a discussão e o amadurecimento jurisprudencial de qualquer tese alternativa e, conseqüentemente, as possíveis provocações oriundas destes mesmos Tribunais. Logo, pouco mais adiante, uma vez cerceado definitivamente o surgimento destas teses alternativas no âmbito dos órgãos jurisdicionais, não parece plausível algum fato ou

17 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12-18.

18 BARROSO, op. cit., p. 127-128.

19 HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166-169.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Alameda, 2003, p. 1229.

21 HESSE, op. cit., p. 170.

22 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental na petição nº 4.556-4/DF*. Relator Ministro Eros Grau. 21 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

ambiente que venha a desencadear a provocação dos demais legitimados não integrantes ou vinculados aos Poderes Executivo e Legislativo²³.

Ao se reconhecer o já referido processo contínuo de retro-alimentação da Constituição, é evidente que o estabelecimento de uma interpretação definitiva (ou com remotíssima possibilidade de revisão ou cancelamento) do texto constitucional em muito dificulta ou simplesmente impede os refluxos fáticos e valorativos proporcionados pela sociedade – por intermédio da postulação das partes nos processos judiciais – e necessários à atualização das normas diante do fenômeno da mutação constitucional. Em consequência, é evidente a perspectiva de descompasso entre o programa normativo e o âmbito normativo, o que, paradoxalmente em contrariedade às diretrizes da uniformização de jurisprudência, enfraquecem a estabilidade da ordem constitucional, em prejuízo direto da pacificação da tensão social e do princípio da segurança jurídica. Como já visto, é a constante tensão crítica entre o conhecimento nunca assentado, porque conjectural, e as correspondentes e infinitas refutações, que lhe são apresentadas, que confere dinamicidade à ciência. Não há como, portanto, especificamente por se tratar aqui de matéria constitucional, pensar no engessamento da jurisprudência sem que se ponha em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

Quanto ao princípio da eficiência, por via de consequência, com o enfraquecimento da estabilidade da ordem constitucional e da pacificação da tensão social, a tendência é uma necessidade maior da instauração de litígios judiciais e de sua perpetuação pela via recursal, o que torna o sistema menos funcional, reduzindo o potencial de entrega da prestação jurisdicional e, em decorrência, a eficiência do Poder Judiciário. Ademais, quando se exige que as decisões jurisdicionais, enquanto atos administrativos, tenham o seu maior rendimento possível, isto não significa unicamente um ganho de produtividade em termos numérico-quantitativos, mas sim e de forma preponderante que qualitativamente elas devem atender aos efetivos anseios da sociedade na justa proporção das necessidades coletivas. Em outras palavras, a solução de cada litígio deve estar em absoluto compasso com os valores e a realidade concreta que preenchem de sentido cada norma, pois, do contrário, a própria realização do Direito passa a carecer de legitimidade, o que ameaça o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, cercear o fenômeno da mutação constitucional e conseqüentemente a própria exposição conhecimento científico à crítica, por intermédio de obstáculos normativos para revisão e cancelamento das súmulas, prejudica a concretização do princípio da eficiência quando aplicado ao exercício da jurisdição.

Por último, as menores funcionalidade e eficiência do sistema, a partir da redução do potencial de entrega da prestação jurisdicional, proporcionam logicamente uma também menor celeridade na tramitação dos feitos, em prejuízo do princípio da efetividade e, conseqüentemente, da concretização do direito de ter acesso à Justiça. Observe-se que a própria incapacidade de absorção, pelo Supremo Tribunal Federal, das novas demandas geradas em função das reclamações diretas pelo descumprimento das súmulas vinculantes pode acarretar, paradoxalmente, a suspensão de processos.

Diante destas razões, é de concluir que a súmula vinculante não atende ao conjunto de diretrizes que norteiam a necessidade de uniformização de jurisprudência, não se prestando, portanto, a resolver a crise de efetividade do Poder Judiciário.

6. Eficiência e adesão aos precedentes majoritários de argumentação

Diferentemente de vinculação a entendimento cristalizado no Supremo Tribunal Federal, a segurança jurídica por previsibilidade é alcançada na medida em que o juiz, ao concretizar o princípio da eficiência na atividade jurisdicional do Poder Judiciário, reconheça e adira aos precedentes majoritários de argumentação, que se mostrem adequados às circunstâncias específicas do caso concreto que esteja sob apreciação.

Por outro lado, é escopo do Direito a pacificação social, ideal este cujo fomento pressupõe um grau razoável de consenso de expectativas nutrido pelos indivíduos de uma comunidade quanto ao alcance e ao cumprimento das normas jurídicas. Assim, ao assumir o monopólio de dizer o Direito e vedar a autotutela privada, o Estado chamou a si o dever de promover a segurança jurídica, o que pode ser alcançado pelo estímulo aos consensos de argumentação em torno da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, estabilizando da forma mais homogênea possível aquelas expectativas da sociedade.

Sob uma perspectiva de eficiência e considerando que a divisão de competências judiciais tem caráter meramente orgânico-funcional, não é produtor de entender que diversos órgãos de um mesmo Poder Judiciário possam apresentar entendimentos totalmente díspares no que se refere à *ratio decidendi* que motiva a interpretação ou a aplicação de uma determinada norma jurídica em um mesmo contexto fático-valorativo.

No espaço em que estejam estabilizadas as expectativas, se reduz logicamente a necessidade de demanda ao Poder

²³ Vale dizer: o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Defensor Público-Geral da União e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Judiciário ou podem ainda ser simplificadas ou encurtadas etapas processuais, aumentando em ambos os casos o desempenho das diversas instâncias do Poder Judiciário. A eficiência aplicada à atividade jurisdicional do Poder Judiciário reclama, portanto, a observância destes lugares-comuns de interpretação.

A solução de cada litígio deve estar em absoluto compasso com os valores e a realidade concreta que preenchem de sentido cada norma, pois, do contrário, a própria realização do Direito passa a carecer de legitimidade, o que ameaça de grave lesão os alicerces do Estado Democrático de Direito. O julgar eficiente é, em última análise, o instrumento de realização do Direito justo. Não pode logicamente se alicerçar no cerceamento da evolução natural do Direito e, conseqüentemente, da própria exposição contínua do conhecimento científico à crítica.

O que a eficiência pressupõe é justamente o ajuste a consensos dinâmicos, lugares-comuns de interpretação jurisprudencial, conformadores e conformados pela realidade concreta a cada momento histórico, para que haja realmente uma afinação precisa entre as normas jurídicas, de um lado, e os anseios da sociedade, de outro, especialmente no que se refere à concretização de direitos fundamentais e dos valores constitucionalmente garantidos.

7. Conclusões

7.1. O escopo institucional de pacificação da tensão social se encontra fundamentalmente associado ao princípio da segurança jurídica, que é concretizado neste contexto da uniformização de jurisprudência ao se tornar previsível à sociedade o comportamento do Poder Judiciário em relação àquelas questões que são reiteradamente postas à sua apreciação.

7.2. A redução da instauração do litígio e a prevenção de sua perpetuação pela via recursal, ao tornarem o sistema mais funcional, otimizando o potencial de entrega da prestação jurisdicional pela concentração nas questões não reiteradamente discutidas, concretizam também o princípio da eficiência administrativa, proporcionando um maior rendimento do Poder Judiciário por um menor custo.

7.3. A uniformização de jurisprudência pode imprimir maior celeridade à tramitação dos feitos, o que favorece ao princípio da efetividade, condição necessária, em última análise, à concretização do direito de ter acesso à Justiça.

7.4. É a constante tensão crítica entre o conhecimento nunca assentado, porque conjectural, e as correspondentes e infinitas refutações, que lhe são apresentadas, que confere dinamicidade à ciência. No âmbito das decisões jurisdicionais, se torna imprescindível, portanto, a abertura para a crítica e a refutação.

7.5. Na seara do Direito o pensamento de Karl Popper pode, por um lado, proporcionar a reflexão em relação à própria prevalência da autoridade das fontes, entre as quais especialmente se destaca aqui a jurisprudência. Por outro lado, pode convidar à rejeição do comodismo intelectual pelo intérprete do Direito, uma vez que este deve, ao invés, reconhecer o caráter sempre conjectural e provisório do saber jurídico, enquanto conhecimento científico que se apresenta.

7.6. Em uma via de mão dupla, pode se concluir que a Constituição conforma e é conformada pela realidade concreta a cada momento histórico, circunstância dinâmica que se traduz no fenômeno da mutação constitucional.

7.7. As normas de direito constitucional, em função desta maior capacidade de absorção da influência da realidade social, vale dizer, pelo seu caráter aberto, são suscetíveis a uma maleabilidade interpretativa diferenciada, o que deve ser reconhecido pelo intérprete como uma nota de um saber jurídico nunca definitivo, mas sim com potencial de constante e necessária atualização.

7.8. O estabelecimento de uma interpretação definitiva (ou com remotíssima possibilidade de revisão ou cancelamento) do texto constitucional em muito dificulta ou simplesmente impede os reflexos fáticos e valorativos proporcionados pela sociedade – por intermédio da postulação das partes nos processos judiciais – e necessários à atualização das normas diante do fenômeno da mutação constitucional. Em consequência, é evidente a perspectiva de descompasso entre o programa normativo e o âmbito normativo, o que, paradoxalmente em contrariedade às diretrizes da uniformização de jurisprudência, enfraquecem a estabilidade da ordem constitucional, em prejuízo direto da pacificação da tensão social e do princípio da segurança jurídica.

7.9. Cercear o fenômeno da mutação constitucional e conseqüentemente a própria exposição conhecimento científico à crítica, por intermédio de obstáculos normativos para revisão e cancelamento das súmulas, prejudica a concretização do princípio da eficiência quando aplicado ao exercício da jurisdição.

7.10. A própria incapacidade de absorção, pelo Supremo Tribunal Federal, das novas demandas geradas em função das reclamações diretas pelo descumprimento das súmulas vinculantes pode acarretar, paradoxalmente, a suspensão de processos, o que não atende ao conjunto de diretrizes que norteiam a necessidade de uniformização de jurisprudência.

7.11. A eficiência pressupõe o ajuste a consensos dinâmicos, lugares-comuns de interpretação jurisprudencial, conformadores e conformados pela realidade concreta a cada momento histórico, para que haja realmente uma afinação precisa entre as normas jurídicas, de um lado, e os anseios da sociedade, de outro, especialmente no que se refere à concretização de direitos fundamentais e dos valores constitucionalmente garantidos.

8. Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Vademecum**. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na petição nº 4.556-4/DF**. Relator Ministro Eros Grau. 21 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Alamedina, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. v. I.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- _____. **Limites da mutação constitucional**. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9.ed. Tradução original de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.
- _____. **A lógica das ciências sociais**. 3.ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- _____. **A miséria do historicismo**. Tradução de Octany S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: EDUSP, 1980.
- _____. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Benedita Bettencourt. Lisboa: Almedina, 2006a.
- _____. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins, 2006b.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade o estudo da teoria dos direitos fundamentais e sua aplicação ao contrato de emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relação de emprego.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Teoria dos Direitos Fundamentais - 2.1. Premissa básica: o que são direitos fundamentais? - 2.2. O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais - 2.3. O problema da colisão - 2.4. A ponderação - 3. Os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego - 3.1. A titularidade dos direitos fundamentais - 3.2. Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais - 3.3. A eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais - 3.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego - 4. A violação concreta de direitos fundamentais do empregado pelo empregador: casuística - 5. Conclusão

**PRISCILA CUNHA LIMA DE
MENEZES,
Juíza do Trabalho Substituta
do TRT da 5ª Região e
Mestranda em Direito pela
Universidade Federal da
Bahia.**

1. Introdução

Atualmente, está-se diante de um fenômeno caracterizado pelo soerguimento da Constituição enquanto centro da ordem jurídica, irradiador de efeitos sobre todos os demais ramos; há, hoje, uma nova forma de entender e concretizar o texto constitucional. São mais do que atuais as lições de Konrad Hesse para quem é preciso reconhecer e assegurar a força normativa da Constituição, que deve se converter em uma força ativa.¹

Nesse sentido, os direitos fundamentais como valores constitucionalmente assegurados tem ocupado papel relevante dentro do Direito, passando por uma valorização crescente em importância e autoridade. O presente artigo tem essa noção como ponto de partida e está dividido em duas partes.

Na primeira, analisa-se a teoria dos direitos fundamentais, a estrutura das normas, a questão da colisão e a técnica da ponderação.

Num segundo momento, partindo da fixação da titularidade dos direitos fundamentais, sua dimensão objetiva e subjetiva, com o estudo da eficácia vertical e horizontal de tais valores, passa-se a avaliar a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais na relação de emprego, para, por fim, apresentar algumas situações que podem ser solucionadas a partir de tal perspectiva.

2. Teoria dos Direitos Fundamentais

O tema relacionado aos direitos fundamentais tem despertado grande interesse da comunidade jurídica ensejando ampla produção intelectual acerca de tal assunto. Entretanto, em razão da necessária e indispensável preocupação com o rigor metodológico, qualquer estudo dessa temática deve ser iniciado a partir da apresentação da noção de direito fundamental, ou seja, a partir de um estudo sobre o que vem a ser considerado um direito enquadrado em tal categoria.

Nesse objetivo, considerando também o dissenso acerca da terminologia a ser empregada ao tratar de tais direitos, comumente intitulados liberdades públicas e direitos humanos, por exemplo, com diferentes acepções e significados, fixa-se, de logo, que o presente estudo parte da análise dos direitos fundamentais, sendo esta a terminologia a ser utilizada no tratamento da matéria.

2.1. Premissa básica: o que são direitos fundamentais?

Inicialmente se justifica a opção pela terminologia direitos fundamentais e não direitos humanos no presente trabalho, na esteira do constituinte brasileiro. Isso porque se adota aqui o critério do plano ou esfera de positividade para distinguir essas duas figuras, segundo o qual: direitos fundamentais são considerados como aquelas posições jurídicas expressamente positivadas ou reconhecidas no âmbito de uma ordem jurídica constitucional, ao contrário dos direitos humanos que possuem reconhecimento e positividade no âmbito internacional. Desta forma, opta-se pelo enfrentamento da questão dos direitos fundamentais no âmbito da ordem jurídica constitucional brasileira. Entretanto, a ordem constitucional pátria ao consagrar direitos fundamentais no texto constitucional o faz junto com a enumeração de diversos outros direitos cuja fundamentalidade não se evidencia. Assim, há de se identificar, dentro de uma realidade constitucional complexa, quais direitos podem ser considerados fundamentais.

Nesse passo, os direitos fundamentais devem ser entendidos como aqueles cujo conteúdo se mostra relevante e

1 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, *passim*.

essencial em uma dada realidade constitucional. Isso quer dizer que a qualidade de fundamental é estabelecida primordialmente pelo próprio constituinte, que elege valores considerados essenciais e cuja proteção diferenciada se mostra necessária. A esses bens jurídicos relevantes e essenciais o constituinte atribui uma força jurídica especial em relação às demais normas, prevendo-os de forma implícita ou explícita.

Todavia, há direitos fundamentais que não se encontram expressamente positivados no texto da Constituição brasileira, mas, nem por isso, por sua essencialidade, deixam de ser considerados fundamentais. São os direitos fundamentais positivados em tratados internacionais que passam a integrar na ordem jurídica brasileira como normas constitucionais, a teor do artigo 5º, parágrafo terceiro da CF/88.

Como se vê, a qualidade de fundamental atribuída a um dado direito não goza de uma perspectiva universal e atemporal; os direitos fundamentais enquanto valores essenciais do homem desenvolvem-se ao longo do tempo e em conjunto com a própria noção de Estado, não sendo possível seu estudo a não ser a partir de um sistema jurídico específico e considerando ainda a sua evolução histórica. Portanto, os bens jurídicos essenciais necessários à sobrevivência do homem são culturalmente construídos.

Comenta tal circunstância Daniel Sarmento, salientando que “os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepassam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana”².

Dessa forma, a construção dos direitos fundamentais está intimamente relacionada às noções do Estado Liberal e Estado Social, no mundo ocidental. Isso porque a evolução do conteúdo, eficácia e efetivação dos direitos fundamentais tem sofrido transformações que, regra geral, acabam por coincidir com as alterações ocorridas na forma de tratamento do próprio poder estatal nas sociedades.

Essa perspectiva histórica é comentada por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual “há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder”³, ou seja, os direitos fundamentais guardam íntima relação com a evolução histórica da delimitação da soberania estatal.

A partir deste aspecto histórico, tem-se que no Estado Liberal a lógica que imperava era a da limitação do Poder Estatal ao qual cabia assegurar o desenvolvimento livre da sociedade, a partir de uma intervenção mínima. Vigorava a premissa de que o Estado deveria ausentar-se de interferir nas relações entre particulares; havia uma preocupação intensa em limitar rigorosamente a ação estatal cuja intervenção era considerada negativa. É a fase de reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos de defesa, oponíveis ao Estado, e que impõem uma conduta omissiva, ou de não intervenção estatal na esfera de autonomia individual. Nesta fase inicial surgem os direitos fundamentais de liberdade, vida e igualdade.

Já no Estado Social, construído a partir da falência do modelo anterior, o Poder Estatal passa a ocupar um espaço maior de intervenção na sociedade, adotando uma postura comissiva com o objetivo de alcançar o buscado bem-estar social. As prestações estatais, portanto, são então valorizadas. Dá-se, assim, o surgimento dos direitos fundamentais a prestações, ou positivos.

Toda essa construção histórica demonstra que os direitos fundamentais possuem, regra geral, assento formal no texto constitucional e acabam por ser caracterizados como direitos humanos expressamente positivados na Constituição de um determinado Estado, além de resgatarem o valor da pessoa humana.

Dessa forma, ao lado desse aspecto histórico que grande influência possui na construção de um conceito acerca dos direitos fundamentais, acopla-se a noção de que é preciso se reconhecer a essência de tais direitos como relacionados à própria noção de dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais são valores que se relacionam com as noções de liberdade, igualdade e solidariedade e, portanto, não só o aspecto formal da previsão constitucional informa a sua conceituação, mas também o seu conteúdo material.

Flávia Piovesan, ao analisar os precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, conceitua:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.⁴

Isso significa que além do assento constitucional, os direitos fundamentais se relacionam com um padrão justo e digno de vida, reconhecidos a todos os homens.

2. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 18/19.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

4. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009, p.112-113

Conjugando os diferentes aspectos da conceituação dos direitos fundamentais, Dirley da Cunha Junior esclarece: [...] os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). Esse conceito, entretanto, ainda fica a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez que, o que é fundamental para certo Estado, pode não ser para outro.⁵

Nesse passo, inspirado na doutrina de Robert Alexy, para Ingo Wolfgang Sarlet, tratando da circunstância de que os direitos fundamentais representam um rol em constante transformação, com novas inclusões de direitos, explana: Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento da Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁶

A clássica doutrina de José Afonso da Silva, também contribui com a conceituação, ao optar pela expressão direitos fundamentais do homem que seriam “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.⁷

De tais noções, portanto, se podem extrair os aspectos material e formal dos direitos fundamentais, uma vez que essa categoria de direitos representam um catálogo aberto, não se restringindo somente àqueles expressamente previstos no texto constitucional.

Por fim, destaca-se a contribuição de Arion Sayão Romita para quem:

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.⁸

Os direitos fundamentais, portanto, são destinados à proteção do ser humano, à promoção da vida digna, impondo-se a todos, não só a Estado, mas também aos particulares o dever de realizar tais valores. Revelam uma construção histórica e, portanto, não representam um conjunto de posições jurídicas estanque, mas sim em constante evolução.

2.2. O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais como valores a serem buscados, como visto, encontram-se previstos na ordem jurídica, apesar do seu catálogo estar em constante enriquecimento. Por outro lado, tais direitos, face às suas peculiaridades imanentes, exigem uma previsão normativa e aplicação especial, particular, característica.

Nesse passo, é necessário investigar se é possível determinar se os direitos fundamentais possuem caráter de normas princípios ou de regras, afinal, a depender de tais aspectos, será possível fixar a forma de efetivá-los, especialmente quando diante de eventuais colisões.

No particular, valem os esclarecimentos de Robert Alexy para quem “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁹, pois essa diferenciação seria a “chave para a solução de problemas centrais da dogmática”¹⁰ de tais direitos já que sem tal diferenciação, não seria possível se tratar de eventuais ocorrências de colisões. É necessário, portanto, investigar a distinção entre essas duas estruturas de normas, como premissa para fixação do caráter das normas de direitos fundamentais.

É também a doutrina de Robert Alexy que esclarece que as normas podem ser princípios e regras, ou seja, ambas expressam um dever-ser¹¹, mas não se confundem:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja

5 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 155.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. re. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77

7. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178.

8. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009, p. 51

9. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trd. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

10. Idem, p. 85.

11. Idem, p. 87.

realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹²

Isso significa que regras determinam uma conduta específica a ser obedecida, possuem um comando, revelam orientações definidas. Por outro lado, os princípios definem uma circunstância a ser alcançada, um objetivo a ser cumprido, um escopo, pois “os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido”¹³; “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”¹⁴

Dessa forma, tem-se que no caso das regras, sua aplicação resulta no cumprimento integral do quanto estatuído na mesma, ou seja, precisamente no quanto descrito na norma legal. Por outro lado, os princípios não atuam da mesma maneira, mas são impostos em graus distintos, sempre, entretanto, com a preocupação da maior eficácia possível. Comenta Virgílio Afonso da Silva:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. [...]

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.¹⁵

Diante de tais diferenciações é possível afirmar que, em geral, os direitos fundamentais são considerados normas princípios, exigindo sua máxima efetividade. Diz-se regra geral, pois de uma disposição de direito fundamental pode ser construída tanto uma regra, ainda que incompleta, quanto um princípio, ou até mesmo resultar num caráter duplo, reunindo ambos os níveis em uma mesma norma:

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início, elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos¹⁶.

Este modelo duplo, portanto, é “obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo”¹⁷.

Entretanto, para os fins do presente trabalho, ressalta-se primariamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais enquanto normas princípio.

Posto isso, tem-se que os direitos fundamentais enquanto normas princípio que são devem ser concretizados no maior grau possível. Um eventual conflito entre os mesmos, em razão disso, jamais resultará na declaração da sua invalidade, ao contrário do que se dá com as regras, cujo conflito pode ser resolvido com o reconhecimento da ineficácia de uma delas frente a outra.

O conflito entre regras, leva em consideração o plano de sua validez, posto que geralmente são aplicáveis através da subsunção, sendo indispensável a análise da hierarquia entre elas. Desta forma, o conflito entre regras se resolve introduzindo-se uma cláusula de exceção em uma delas, ou declarando-se uma delas inválida, afinal a regra aplica-se na modalidade tudo-ou-nada.

O conflito entre princípios, por outro lado, não se dá da mesma maneira.

12. Idem, p. 90/91

13. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

14. Idem, p. 80.

15. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros, 2010, p.45.

16. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

17. Idem, p. 144.

2.3. O problema da colisão

Como visto, os direitos fundamentais enquanto primariamente normas princípio devem ser concretizados em grau máximo. Todavia, esta concretização em seu grau mais elevado nem sempre será possível, pois ao ser efetivado diante do caso concreto, um direito fundamental poderá entrar em conflito com outros da mesma espécie. Esse conflito ocorrerá quando ambos, apesar de aplicáveis concomitantemente ao caso concreto, conduzam a soluções completamente opostas ou excludentes.

Esse conflito entre princípios, todavia, não se resolve da mesma maneira que o conflito entre regras, afinal para categorias distintas há de se reconhecer diferentes formas de interação. Como visto o conflito entre regras se resolve pela introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma delas. Isso, todavia, não ocorre com os princípios em conflito. Esclarece mais uma vez Robert Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.¹⁸

Essa cedência de um princípio diante de outro se dá, ainda segundo o mesmo autor, que apresenta a lei de colisão, mediante a aplicação de um sopesamento entre eles, o qual resultará na definição de qual valor irá ter maior peso naquele caso concreto¹⁹.

Neste mesmo passo, o resultado de um conflito não se resolve para todos os demais embates futuros que podem vir a ocorrer. Isso quer dizer que os direitos fundamentais, enquanto normas-princípios que geralmente são, não possuem uma hierarquização interna. Dessa forma, diante de um conflito, não se pode falar em absoluta prioridade de um deles sobre outro. O caso concreto é quem determinará qual valor irá se sobrepor ao outro, sendo aquela solução, aquele resultado, válido somente perante aquela determinada situação fática, sendo indispensável a argumentação para alcance daquela conclusão. É em razão dessa realização ótima dos valores estabelecidos nos princípios que pode vir a ser relativizada diante de um caso concreto, que se diz que os princípios não possuem um mandamento definitivo, mas apenas um caráter *prima facie* que pode vir a ser afastado; já as regras, ao contrário, são razões definitivas salvo se houver o estabelecimento de alguma exceção.

Esclarece Alexy: “[...] o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária”²⁰.

Aqui se reconhece, portanto, que os direitos fundamentais são concretizados em diferentes graus; reconhecendo-se também a possibilidade de relativização de todo e qualquer direito fundamental.

2.4. A ponderação

Considerando a abertura do catálogo dos direitos fundamentais, sua construção histórica e o conseqüente aumento do reconhecimento de tais posições jurídicas é possível afirmar que a máxima concretização de tais direitos resultam frequentemente em embates e conflitos entre tais direitos, o que acaba por impor uma limitação recíproca entre eles. Em regra, nem todo conflito é difícil de ser solucionado, pois, considerando ser o sistema composto de regras e princípios, na maior parte das vezes, será possível solucionar questões e litígios mediante o uso da técnica da subsunção. A ponderação somente cumprirá o seu papel naqueles casos considerados difíceis, nos quais a subsunção se mostrar insuficiente ou inadequada. Nesses casos, tais embates podem ser solucionados a partir da ponderação, resultando em uma precedência diante de um caso concreto de um direito fundamental sobre outro.

Assim, ao intérprete cabe, portanto, diante de um conflito, identificar de início se é o caso ou não de utilização da técnica da ponderação, o que não ocorre em todo e qualquer conflito que surge, mas somente em casos concretos nos quais o próprio sistema seja insuficiente na demonstração de soluções.

Nesse passo, há um procedimento, um método, uma forma de chegar a tal resultado, que conduz à solução por meio do uso da ponderação, que nada mais representa além de uma metodologia para solucionar tais conflitos difíceis. Este procedimento liga-se à argumentação, à demonstração motivada das razões que levaram a tal solução para um embate concreto, determinado; sua utilização, portanto, conduzirá a respostas apenas relativamente corretas, não absolutamente corretas.

Pois bem, a ponderação é composta de três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Nos dois primeiros planos, analisa-se a questão fática, passando-se ao plano jurídico somente no último deles. No exame da adequação, o intérprete se liga à noção da idoneidade, buscando a conformação da restrição com a

18. Idem, p. 93.

19. Idem, p. 95.

20. Idem, p. 96.

finalidade perseguida pelo direito fundamental. Importa na indagação se o meio de restrição utilizado é adequado para alcançar o fim pretendido; o foco permanece na concretização completa do fim perseguido com eliminação dos meios inadequados.

No estágio da necessidade, se investiga os meios de restrição adequados e hipoteticamente disponíveis e também eficazes, impondo a opção por aquele que menos gravame importar para alcançar o fim pretendido. Analisam-se outras formas de restrição adequadas que poderiam ter sido escolhidas, optando por aquela que importar em uma menor restrição do direito fundamental sob exame, implica numa opção pela medida menos gravosa, menos intensamente interventiva; é um juízo comparativo.

Como se nota, há uma tensão entre a adequação e a necessidade, pois o meio pode ser ao mesmo tempo idôneo, mas não ser necessário. Além disso, apesar de parecer simples, o juízo de comparação entre o meio e fim pode conduzir a complexos problemas e soluções difícilíssimas, diante do caso concreto, sem entretanto, desprezar-se aqui a utilidade de tais exames.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito importa uma análise jurídica, uma valoração. Importa no exame do princípio enquanto mandado de otimização, num estudo sobre a razoabilidade entre os meios eleitos e o correspondente resultado alcançado considerando a realização mais ampla possível dos valores; é um juízo de equilíbrio. Para Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito é igual à lei do sopesamento que seria: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²¹.

Comenta Ricardo Maurício Freire Soares:

A proporcionalidade em sentido estrito de um processo decisório é examinada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. O julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado como desvantagem depende do exame axiológico do decisor, em face das circunstâncias da lide e da apuração do binômio utilitário do custo-benefício²².

Aqui a questão do peso de cada um dos princípios será fixada, será avaliada, impondo do intérprete uma valoração. Isso porque, dado que um conflito entre princípios resultará na precedência de um sobre o outro, a avaliação acerca da importância da satisfação de um deles há de encontrar fundamento na correspondente restrição do outro.

3. Os direitos fundamentais do trabalhador na relação de emprego

Até aqui se tratou inicialmente do conceito de direitos fundamentais, seu caráter principiológico, o problema da colisão entre tais direitos e a estrutura da ponderação. Estes são os referenciais teóricos para o estudo de tais direitos fundamentais como categorias inseridas no contrato de trabalho.

Assim, passa-se a analisar a possibilidade de reconhecer-se ao empregado, enquanto particular vinculado a um contrato com outro particular, a titularidade de direitos fundamentais. Faz-se necessário, portanto, o exame da possibilidade de vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais; é a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3.1. A titularidade dos direitos fundamentais

Ao ser abordada a temática da conceituação dos direitos fundamentais logo no início do presente trabalho, deu-se ênfase ao resgate do valor da dignidade da pessoa humana enquanto objetivo buscado por tal categoria de direitos. Desta forma, a titularidade dos direitos fundamentais é inspirada no valor da universalidade, sendo reconhecida a todas as pessoas.

Assim, a própria Constituição Federal, em seu artigo 1º coloca como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, é inegável reconhecer-se que toda pessoa humana é titular de direitos fundamentais, na ordem jurídica brasileira, inclusive os estrangeiros residentes no país, a teor do artigo 5º da CF/88, não havendo dificuldades neste particular.

Todavia, além das pessoas humanas, existem também as pessoas jurídicas, às quais também se reconhece a titularidade de direitos fundamentais. Não se trata de reconhecer às pessoas jurídicas os mesmos direitos das pessoas naturais, dadas as limitações decorrentes da condição dos entes coletivos. Desta forma, os direitos fundamentais reconhecidos a tais pessoas jurídicas se restringem àqueles que se mostrem compatíveis com sua natureza particular e objetivos precípuos.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece, ainda, que o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas jurídicas representa, em realidade, um aspecto de proteção dos mesmos direitos às pessoas naturais:

Convém não esquecer, nesta perspectiva, que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às

21 Idem, p. 593.

22 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 90.

peças jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma melhor proteção dos indivíduos.²³ Nessa perspectiva, portanto, tem-se que além dos direitos fundamentais reconhecidos sem maiores dificuldades a todos os homens e mulheres, também se abre a possibilidade de reconhecer-se às diferentes pessoas jurídicas, enquanto entes empresariais que desenvolvem atividades econômicas, direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, desde que ligados à sua finalidade e desde que guardem relação com as limitações imanentes da condição de entes coletivos.

Trazendo tais noções para o âmbito privado, é possível reconhecer-se, por exemplo, o direito fundamental às empresas de pequeno porte de obter um tratamento favorecido, nos termos do artigo 170, IX da CF/88, bem como a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial de que gozam as universidades, nos termos do artigo 207 também da Constituição Federal. Além disso, também são reconhecidos os direitos fundamentais de propriedade, e seus desdobramentos.

3.2. Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais tem sido reconhecidos em sua dupla dimensão, enquanto direitos subjetivos e como valores objetivos. Isso quer dizer que além de criarem posições jurídicas subjetivas para as pessoas, assegurando o direito de defesa pelo cidadão em face do Poder Estatal, também atuam como valores objetivos que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito, sintetizando os ideais de uma comunidade.

Esclarece André Ramos Tavares:

Os direitos fundamentais foram originalmente concebidos em uma exclusiva dimensão subjetiva. A qualidade objetiva somente veio a somar-se a partir do segundo pós-guerra, em decorrência do reconhecimento de que os direitos fundamentais além de assegurarem aos indivíduos pretensões, exigíveis perante o Estado, consagram os “valores” mais fundamentais da comunidade política (cf. SARMENTO, 2004: 134) É a idéia de que toda Constituição assume posturas valorativas e não se pode conceber como axiologicamente neutra.²⁴

É também a doutrina de Ernst-Wolfgang Böckenförde:

*La teoría de los derechos fundamentales del Estado social pretende superar este desdoblamiento entre la libertad jurídica y libertad real. Para ello los derechos fundamentales ya no tienen solo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. Como contenido de la garantía no se presenta solo la libertad jurídicamente abstracta, sino la real. Aquí subyacen dos cosas: de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la implantación de la libertad en la realidad constitucional, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derecho fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales.*²⁵

Acerca desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também comenta Daniel Sarmento:

Reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva.²⁶

A dimensão subjetiva consagra posições subjetivas de vantagens, faculdades e poderes aos seus titulares, enquanto a objetiva sagra os direitos fundamentais enquanto valores da ordem jurídica, pelo que seus efeitos se irradiam, se ampliam sobre toda esta ordem jurídica.

Desta dupla dimensão dos direitos fundamentais enquanto posições jurídicas para a proteção do homem e enquanto valores constitucionalmente assegurados e que devem ser observados, implica principalmente a irradiação e expansão da eficácia direta e imediata desses direitos sobre toda a ordem jurídica, inclusive na relação entre particulares.

3.3. A eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais

Uma vez fixados os titulares de direitos fundamentais, bem como as suas dimensões objetiva e subjetiva, impõe-se

23 SARLET, Ingo Wolfgang. . *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 223

24 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 106.

25 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 64.

26 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 135

o estudo da eficácia de tais direitos; há de se examinar em face de quem os titulares de tais direitos podem exigir sua observação imediata, plena e direta.

Vigora, em favor das normas que asseguram direitos fundamentais, a teor do artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal, a presunção de sua eficácia imediata. Isso quer dizer que o texto constitucional ao dispor de tal maneira, exigiu do intérprete a máxima eficácia dos direitos fundamentais dentro de toda a ordem jurídica brasileira. Desta forma, considerando o próprio âmbito de surgimento dos direitos fundamentais, não suscita maiores dúvidas ou questionamentos a possibilidade de seu reconhecimento e exigibilidade frente ao poder estatal, uma vez que inicialmente concebidos como forma de defesa contra ingerências do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, em sua dimensão vertical, oponíveis ao Estado, devendo por ele ser observados e respeitados, bem como assegurados. Trata-se, portanto, do reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais na relação cidadãoxEstado.

Ao lado deste aspecto vertical, os direitos fundamentais também estão aptos a gerar efeitos nas relações privadas, entre particulares: é o aspecto horizontal. Aqui a relação permeada pelos direitos fundamentais se dá entre cidadão x cidadão, no que a doutrina alemã denominou *Drittwirkung*.

Não se trata, por óbvia incompatibilidade, de aplicação nas relações entre particulares dos direitos fundamentais nos mesmos moldes como isso se dá na relação com o Estado. No caso das relações entre particulares, ambos são titulares de direitos fundamentais e da liberdade constitucionalmente assegurada, o que exige adaptações e limitações. Comenta Arion Sayão Romita:

A despeito das críticas que a tese da *Drittwirkung* sofreu e apesar da resistência que ela enfrentou inicialmente assim na doutrina como na jurisprudência, aos poucos, progressivamente, impôs-se a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, como limite negativo à autonomia privada. Reconheceu-se que os direitos fundamentais ostentam uma força conformadora potencialmente expansiva a todo ordenamento jurídico, não se restringindo ao âmbito das relações Estado/indivíduo.²⁷

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais se baseia na noção de que não somente o Estado pode, em sua relação com particulares, violar direitos fundamentais, mas também os próprios indivíduos ao se relacionarem cometerem tais abusos. Esta possibilidade de violação aos direitos fundamentais mostra-se ainda mais evidente naquelas relações entre particulares que revelam uma situação de desigualdade entre as pessoas, que estabelecem uma hierarquia entre elas, especialmente a relação de trabalho.

Essa também é a opinião de Daniel Sarmento, para quem “a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis”²⁸.

Nesse passo, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas assume especial relevo e importância diante daquelas relações em que há uma predominância de uma das partes frente a outra.

3.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego

A relação de emprego é uma relação entre particulares, essencialmente desigual, pois importa em uma subordinação do empregado ao empregador, por isso se considera que a autonomia privada não mostra todas as suas potencialidades.

O próprio Direito do Trabalho é construído como um sistema de tutela ao empregado, a partir de normas de ordem pública cuja derrogação pela autonomia privada se mostra impossível. Este ramo especial do Direito mantém sua própria existência fundada nessa necessidade de equilíbrio, segundo ensina Jose Luiz Menereo Peres:

Del Derecho del Trabajo se há podido decir que cumple una función política fundamental, a saber: equilibrar el juego de las fuerzas en oposición, asignando un papel propio a cada uno de los protagonistas a agentes sociales.²⁹

No mesmo sentido, comenta Luciano Martinez:

As limitações ao exercício da autonomia privada constituíram as medidas pioneiras na busca do equilíbrio contratual entre os desiguais. Soluções como esta, aliás, tornaram-se evidentes a partir do século XIX, e assim se procedeu por forças das lutas de classes, porque na relação de trabalho, essencial ao desenvolvimento da sociedade capitalista, não se identificava no polo operário o mínimo vestígio de qualquer liberdade contratual.³⁰

Isso significa que se reconhece que no contrato individual de emprego o trabalhador hipossuficiente não opta

27 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo, LTr, 2009, p. 196-197

28 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 304.

29 PEREZ, Jose Luis Monereo. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Espanha: CES Consejo Economico e Social, Colección Estudios, 1996, p.139

30 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

livremente, não debate e negocia suas cláusulas em pé de igualdade com a outra parte, ou seja, basicamente não tem autonomia negocial. Aqui, à autonomia da vontade do trabalhador, sobrepõe-se o domínio do empregador, especialmente por conta da dependência do obreiro. Comentam Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

Afirma-se que é da essência do contrato de trabalho a existência de um estado de dependência em que permanece uma das partes, o qual não se verifica, pelo menos tão incisivamente, nos demais contratos de atividade. Essa dependência seria uma peculiaridade do contrato de trabalho, e, por conseguinte, seu traço característico, seu elemento fisionômico [...] ³¹

O vínculo empregatício, a teor do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – tem como elemento principal a subordinação de uma pessoa física, o empregado, ao empregador, ao lado dos elementos da personalidade, onerosidade e não eventualidade. Assim, o empregado, vinculado a um contrato de emprego, em razão da subordinação, vende a sua força de trabalho, submetendo-se a ordens do empregador, cabendo a este dirigir a prestação de serviço e assumir os riscos da atividade econômica.

Esta subordinação característica do contrato de trabalho é um fenômeno jurídico, ou seja, deriva do vínculo de emprego como o “pólo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica” ³².

Este poder do empregador, resultante da situação de desequilíbrio entre as partes no contrato de trabalho, previsto no artigo 2º da CLT, representa um risco potencial à violação de direitos fundamentais. Isso porque a própria posição de assimetria pode favorecer abusos por parte do empregador que, em nome do seu poder de dirigir a prestação do obreiro, ultrapasse os limites razoáveis de tal posição jurídica violando direitos fundamentais do trabalhador. Especialmente no momento atual do mercado de trabalho potencializa esse risco:

Há de se salientar ainda, que as violações a esses direitos e ao princípio da dignidade da pessoa humana são mais frequentes na atualidade, ante a globalização e a mecanização, que tem gerado a escassez de trabalho. O estado de subordinação do empregado, que resta acirrado no mundo globalizado pela escassez de trabalho e pelo excesso de mão de obra, enseja uma maior possibilidade de violação dos direitos fundamentais do trabalhador e a disseminação do assédio moral, questões que devem ser rigorosamente controladas. ³³

A perspectiva de garantia aos direitos fundamentais na realização do trabalho humano também encontra fundamento na circunstância de que o trabalhador para exercer os demais direitos fundamentais, necessita laborar. Comenta Antonio Baylos:

Dessa forma, o trabalho é a base para o exercício dos direitos do cidadão, e reconhecê-lo implica, conseqüentemente, interligar o sujeito à sua dignidade como pessoa e ao seu projeto igualitário fixado, em nível coletivo, no esboço do art. 9.2 CE. Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulnerabilidade do direito ao trabalho, mas a dificuldade de exercício de outros importantes direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente ao trabalhador. ³⁴

O poder diretivo do empregador decorre dos valores constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como no artigo 170 da CF/88. Ele é decorrente do próprio direito de propriedade e de liberdade do empregador. O empregador, seja ele uma pessoa jurídica ou física ou mesmo ente despersonalizado, ao assumir os riscos da sua atividade econômica também passa a titularizar a posição de administrador dos elementos de seu negócio, especialmente os recursos humanos à sua disposição.

Ao contrário dos demais contratos entre particulares, o contrato de emprego, sofre pouca ou quase nenhuma influência da autonomia privada, face à mencionada desigualdade entre os contratantes, como visto. O empregado, presume-se, encontra-se em posição de sujeição, vulnerabilidade e fraqueza, não tendo o poder de ditar ou mesmo negociar individualmente as condições de seu contrato de emprego; lhe falta liberdade para disciplinar, regular e autolimitar o contrato no qual figura. É em razão do reconhecimento da situação de hipossuficiência do empregado que o contrato de emprego sofre limitações em suas cláusulas, cumprindo o Direito do Trabalho esse papel de normatização na busca de equilibrar as desigualdades.

Por outro lado, muito embora se reconheça o direito do empregador de dirigir a prestação do obreiro, como faceta do seu direito de liberdade e propriedade, a vulnerabilidade e sujeição do empregado não importa em despi-lo dos seus direitos fundamentais enquanto pessoa e enquanto trabalhador. Isso significa que o trabalhador continua a ser titular de todos os direitos fundamentais mesmo diante da sua situação de dependência.

31 GOMES, Orlando; ÉLSON, GOTTSCHALK. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 132.

32 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004, p.304.

33 PEGO, Rafael Foresti, MARCANTONIO, Denise Jaques. Direitos fundamentais, direitos da personalidade e o Direito do Trabalho. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, fevereiro de 2011, p.200.

34 BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social: “o direito ao trabalho como direito constitucional”. *Revista Trabalhista Direito e Processo*. São Paulo: Forense, v. 10, p. 31.

Oscar Zas, juiz do trabalho na Argentina, comenta:

El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. Esta obligación estatal encuentra asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es.³⁵

O empregado, obviamente, não se despe, não se desnuda de seus direitos fundamentais de cidadão ao sujeitar-se ao poder diretivo do empregador, ao ajustar um contrato de emprego. Junto com o empregado, ao entrar na empresa, entram também os seus direitos fundamentais de liberdade, igualdade e principalmente de dignidade que possuem assento constitucional no artigo 5º da CF/88.

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações desiguais entre particulares também é defendido por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] é possível constatar – a exemplo do a sustenta Vieira de Andrade – uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdades geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos.³⁶

Acerca do problema específico de aplicação ao contrato de trabalho dos direitos fundamentais, comenta Júlio Ricardo de Paula Amaral:

Aliás, a própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito desse tipo de pacto, tendo em vista que, ao celebrar um pacto dessa natureza, o trabalhador cede ao empregador a sua força de trabalho, pelo que resta evidente que a relação que se origina não pode deixar de ser qualificada como uma relação de dependência.³⁷

Os direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego, portanto, geram deveres recíprocos às partes, com especial ênfase nos deveres do empregador:

O dever que tem o empregador de dispensar tratamento digno ao empregado está na raiz da obrigação de respeitar os direitos fundamentais do obreiro. Esta obrigação tem por conteúdo o respeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa, que se relacionam com os direitos fundamentais, considerados de maneira genérica. O eixo ideológico desta construção doutrinária não é outro senão o reconhecimento da *Drittwirkung*, ou seja, da eficácia em face do empregador dos direitos fundamentais do empregado na execução do contrato de trabalho.³⁸

Desta forma, tem-se que no âmbito do contrato de trabalho, a ambos, tanto ao empregado quanto ao empregador são reconhecidos direitos fundamentais, sendo que o próprio desenvolvimento do contrato pode vir a revelar conflitos e tensões entre tais direitos. Essa tensão caracteriza-se como um verdadeiro conflito entre princípios, entre direitos fundamentais, cuja colisão não se soluciona de maneira simples.

4. A violação concreta de direitos fundamentais do empregado pelo empregador: casuística.

A tensão entre um direito fundamental do empregado, qual seja o valor da liberdade, e o poder diretivo do empregador dentro da relação de emprego, revela um campo fértil para o abuso, o excesso. No particular, a noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem justamente contribuir para solucionar tais conflitos, limitando o poder diretivo, com ênfase na preservação de valores essenciais, caros ao ordenamento jurídico brasileiro.

Aos direitos fundamentais deve ser dada máxima eficácia, limitando os poderes do empregador, portanto, sendo esta a regra geral. A função social do contrato de trabalho tem aqui papel relevante. É a opinião de José João Abrantes: Desse entendimento decorre, em nossa opinião, uma *presunção de liberdade* (“*Freiheitsvermutung*”), na qual assentará o critério que deve reger as relações entre contrato de trabalho e direitos fundamentais, critério que julgamos ser conforme à função última do Direito do Trabalho, que é subordinar os poderes empresariais à *cidadania*, isto é, impedir que a liberdade do cidadão-trabalhador seja reduzida ou aniquilada por tais poderes.

35 ZAS, Oscar. La interpretación y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia laboral, con especial referencia al ordenamiento jurídico argentino. *Cadernos da AMATRA IV*, Ano V, nº13, junho/2010, p. 116.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 379

37 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho. In: MONTESSO, Cláudio José.; FREITAS, Marco Antônio de.; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008, p. 260-261

38 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo, LTr, 2009, p. 216.

Significa a mesma que, na empresa, a liberdade civil do trabalhador se encontra protegida contra limitações desnecessária e que qualquer limitação imposta a essa liberdade deverá revestir uma natureza absolutamente excepcional, só podendo encontrar justificação na necessidade de salvaguardar um outro valor (a correta execução do contrato) que, no caso concreto, se deva considerar superior.³⁹

Dessa forma, inúmeros casos práticos podem ser equacionados a partir desta nova perspectiva.

Tome-se como exemplo o caso de o empregador que emitindo regulamento neste sentido objetiva controlar a imagem do obreiro atuando diretamente em sua aparência e higiene, determinando o uso de cabelo curto, unhas curtas e proibindo o uso da barba em homens. Ao mesmo tempo em que se argumenta que tais exigências revelam o exercício do poder diretivo pelo empregador, podem vir essas medidas a se chocarem com o direito fundamental de liberdade do empregado, se mostrarem-se desnecessárias e excessivas. Aqui, vale a aplicação da perspectiva de que a limitação será justificável somente se houver justificativa razoável para tais exigências, como indispensáveis à execução do contrato de trabalho. Um exemplo da exigência de unhas curtas pode ser considerada legal para as enfermeiras de unidades de tratamento de recém nascidos, que possuem a pele frágil que pode vir a ser machucada por unhas longas.

Da mesma forma, os direitos fundamentais exercerão papel fundamental em questões de limites às revistas pessoais de empregados, considerando os valores da intimidade e da dignidade da pessoa, passíveis de serem violados diante de tais condutas.

O direito fundamental à igualdade quer também influenciar a nova concepção da relação de emprego, a partir de um reexame de eventuais práticas discriminatórias, relacionadas à ascensão profissional na empresa, que pode mostrar-se refratária a determinados grupos, a exemplo das mulheres e da existência dos chamados “tetos de vidro” que impedem as suas promoções.

A teor desta horizontalização dos direitos fundamentais trazendo-os para dentro da empresa, cabem também novas reflexões acerca do estudo do próprio meio ambiente do trabalho, enquanto âmbito equilibrado, tolerante, seguro e saudável, resguardado contra condutas que exponham o empregado a situações vexatórias, prejudiciais à saúde e até mesmo excessivamente perigosas .

Aponta-se também a questão da liberdade religiosa do empregado, bem como a sua objeção de consciência em relação à prestação de serviços em dias considerados como destinados ao descanso.

As violações e excessos também podem se mostrar na realização de testes psicológicos e grafotécnicos que, em exames de seleções, acabem por revelar aspectos da personalidade do obreiro, cuja intimidade este pretendia preservar.

O próprio uso obrigatório de detector de mentiras pelo empregado acusado por alguma falta grave dentro do estabelecimento do empregador, quando a este encontram-se disponíveis outras formas de investigação, também pode vir a configurar grave violação à direito fundamental do obreiro.

A obrigação de submissão ao novo teste laboratorial em mechas de cabelo, capaz de determinar o uso de substancias ilícitas até mesmo antes do início da prestação de serviços pode se revelar como intromissão abusiva na intimidade do obreiro, violando a sua dignidade. Por outro lado, haverá justificativa plausível em situações em que exige-se do trabalhador atenção e concentração redobradas no exercício do seu labor, funções cognitivas prejudicadas com o uso de entorpecentes. É o caso, por exemplo, dos pilotos de aviões.

Por fim, questões envolvendo a fiscalização eletrônica do ambiente de trabalho do obreiro, com instalação de câmeras de vídeo em todos os locais de prestação de serviços, inclusive em áreas para descanso, refeitório e vestiários também exigem do intérprete a noção de que tais conflitos jamais podem ser solucionados sem levar em conta a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como a própria ponderação e a regra de que os empregados somente poderão ter seus direitos fundamentais restringidos a partir de interesses relevantes da empresa.

Como exposto pela própria teoria dos direitos fundamentais, estes, enquanto direitos essenciais representam valores a serem efetivados em grau máximo, mas quando em conflito com outros valores de igual hierarquia exigem um necessário sopesamento. Claro está que não é somente por conta da posição de inferioridade do obreiro que se pode simplesmente reconhecer-se serem os seus direitos fundamentais absolutos e irrestringíveis.

Essa restrição a direitos fundamentais, todavia, como exposto pela própria teoria dos direitos fundamentais há de levar em consideração os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito:

Desse modo, a limitação dos direitos fundamentais dos trabalhadores pelo poder de direção do empregador exige a satisfação concomitante dos seguintes critérios: a restrição deve ser absolutamente necessária para a consecução de determinada finalidade, sendo infundadas as limitações que estejam além da necessidade inerente à correta execução do contrato; deve haver adequação entre o objetivo a atingir e a limitação imposta, razão por que deve ocorrer a menor restrição possível em função desse objetivo; e a admissão da restrição condiciona-se à observância de interesse relevante do empregador, vinculado ao seu bom funcionamento e ao correto desenvolvimento do

39. ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Portugal: Coimbra Editora, 2005, p. 190.

contrato, respeitando sempre o conteúdo essencial do direito fundamental.⁴⁰

Isso significa que para solucionar os conflitos mencionados, o intérprete deve fazer valer as lições apreendidas pela técnica da ponderação, que é composta de três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como visto. Não há uma solução pronta, acabada; exige-se do intérprete um juízo valorativo e uma grande argumentação, diante de cada caso concreto.

5. Conclusão

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica, bem como a essencialidade dos valores assegurados em tais direitos exigem o seu reconhecimento também no âmbito da relação de emprego.

Isso se dá principalmente também porque no campo laboral, a possibilidade de ocorrerem violações a direitos fundamentais, com excessos e abusos é grande, em razão da situação de desigualdade entre os contratante.

Assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exige do intérprete na análise de casos difíceis de conflitos entre diferentes valores constitucionalmente assegurados do uso da ponderação, com ênfase na maior eficácia possível dos direitos fundamentais do trabalhador envolvido. Cada caso concreto irá ditar a precedência de valores, alcançado-se, com isso, uma solução particular, única diante da qual se busca a máxima eficácia possível para os direitos em conflito.

A atual conjuntura de desregulamentação e precarização das relações de trabalho reclamam ainda mais a eficácia imediata e direta dos valores fundamentais, especialmente no Brasil, um país essencialmente desigual cujo mercado de trabalho também se mostra igualmente desigual.

6. Referências

ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Portugal: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho**. In: MONTESSO, Cláudio José.; FREITAS, Marco Antônio de.; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coord.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008, p. 249-273.

BAYLOS, Antonio. **Proteção de direitos fundamentais na ordem social: “o direito ao trabalho como direito constitucional”**. *Revista Trabalhista Direito e Processo*. São Paulo: Forense, v. 10, p. 22-51.

BRASIL. **Vade Mecum**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando; Elson, GOTTSCHALK. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAES, Arnaldo Boson. **A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador**. In: BRANDÃO, Cláudio. (Org). **Os direitos fundamentais, o direito e o processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 41-55.

PEGO, Rafael Foresti, MARCANTONIO; Denise Jaques. **Direitos fundamentais, direitos da personalidade e o Direito do Trabalho**. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, fevereiro de 2011, p.197-211.

PÉREZ, Jose Luis Monereo. **Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral**. Espanha: CES Consejo Economico e Social, Colección Estudios, 1996, p.139

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

40 PAES, Arnaldo Boson. A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador. In: BRANDÃO, Cláudio (Org). *Os direitos fundamentais, o direito e o processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 53-54

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo, Malheiros, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

ZAS, Oscar. **La interpretación y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en matéria laboral, con especial referencia al ordenamiento jurídico argentino**. *Cadernos da AMATRA IV*, Ano V, nº13, junho/2010, p. 107-130.

A AUTONOMIA CONCEITUAL DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA NO SISTEMA BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Noções Gerais sobre o Direito das Obrigações. 3. Classificação Positivada das Obrigações no Código Civil brasileiro. 3.1. Obrigação de Dar. 3.1.1. Obrigação de Dar Coisa Certa. 3.1.2. Inadimplemento da Obrigação da Dar Coisa Certa. 3.2. Obrigação de Fazer. 3.3. Inadimplemento da Obrigação de Fazer. 3.4. Obrigação de Não Fazer. 3.5. Inadimplemento da Obrigação de Não Fazer. 4. Tutelas Jurisdicionais. 5. Obrigação por Quantia Certa. 6. Manifestações Doutrinárias sobre a Classificação das Obrigações por Quantia Certa. 7. A Autonomia Conceitual das Obrigações de Pagar Quantia Certa no Sistema Brasileiro. 8. Considerações Finais. 9. Referências.

RESUMO: Tomando como ponto de partida a classificação básica das obrigações no Código Civil brasileiro, analisa-se a natureza da dívida pecuniária, procedendo-se a sua classificação, para reconhecer a sua autonomia conceitual diante das demais modalidades classificatórias.

Palavras-chave: direito das obrigações; classificação das obrigações; obrigações pecuniárias.

SUMMARY: Taking as its starting point the basic classification of obligations at the Brazilian Civil Code, it explores the nature of the debt payment, carrying out their classification, to recognize their autonomy conceptual view of the other qualifying modalities.

Key-words: law of obligations; classification of obligations, financial obligations.

1. Intróito

Uma interessante questão que tem sido objeto de reflexões em sala de aula diz respeito à classificação, na teoria geral das obrigações, da *dívida pecuniária*.

Sabe-se que o Código Civil de 2002 não afirma expressamente em qual modalidade obrigacional básica (dar, fazer ou não fazer, oriunda da classificação romana), tal dívida se encontra.

Desta forma, percebe-se uma certa imprecisão dogmática no que diz respeito à aplicação das regras processuais para resolver muitos dos casos que envolvem prestação de pagar quantia certa. Assim, em alguns casos, quando se depara com uma situação concreta, a solução parece evidente, mas sem uma aplicação direta de dispositivo da lei civil.

Imagine-se um exemplo típico de aula de graduação: João empresta R\$ 20,00 a Paulo. Este se torna devedor daquele, já que figuram em pólos distintos de uma obrigação de dar. No dia estipulado para o pagamento, Paulo, caminhando para se encontrar com João, é surpreendido por forte chuva, que esfarelou o dinheiro que estava no bolso do devedor. Daí pergunta-se: Paulo estaria exonerado na obrigação, conforme o art. 238 do Código Civil, arcando João com o prejuízo? Em qual modalidade obrigacional se enquadraria a dívida pecuniária? Pode-se afirmar que dinheiro é coisa certa? Ou seria uma coisa incerta, cujo gênero não pereceria?

Este artigo tem como objetivos responder a estas aparentemente simples indagações, demonstrando os entendimentos da doutrina sobre o tema e analisando o que dispõe o Código de Processo Civil sobre as dívidas pecuniárias, para, ao final, sugerir uma alternativa que poderá colmatar tal lacuna jurídica do Código Civil.

Far-se-á, primeiramente, uma breve análise das noções gerais do Direito das Obrigações. As três modalidades obrigacionais básicas serão devidamente tratadas, a fim de situar o leitor. Como as tutelas executivas específicas do CPC representam grande relevância para esse tema, também receberão especial atenção nesta pesquisa.

Por fim, serão trazidos os entendimentos da doutrina para, posteriormente, apresentar a proposta conclusiva do tema.

RODOLFO PAMPLONA FILHO,
Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região.
Professor Titular de Direito Civil e
Direito Processual do Trabalho da
Universidade Salvador - UNIFACS.
Professor Adjunto da Faculdade
de Direito da UFBA. Professor
do Mestrado e Doutorado em
Direito da UFBA. Coordenador
do Curso de Especialização em
Direito e Processo do Trabalho do
JusPodivm/BA. Mestre e Doutor
em Direito do Trabalho pela PUC/
SP. Especialista em Direito Civil
pela Fundação Faculdade de
Direito da Bahia. Membro da
Academia Nacional de Direito
do Trabalho e da Academia de
Letras Jurídicas da Bahia. Autor de
diversas Obras Jurídicas.

LAÍS DURVAL LEITE,
Acadêmica de Direito da FDV -
Faculdade de Direito de Vitória.

2. Noções Gerais sobre o Direito das Obrigações

Obrigação   "a o de obrigar ou fato de se estar obrigado a fazer uma a o". Esta   a defini o dada pelo *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*¹.

Para o Direito, obriga o ganha um sentido mais técnico, limitando-se às rela oes estabelecidas entre duas, ou mais, pessoas que figuram em dois pólos opostos, uma como *credora* e outra como *devedora* da obriga o. Além dos sujeitos, são também elementos da rela o obrigacional: o objeto (tanto o direto, quanto o indireto) e o vínculo obrigacional.

O objeto direto (imediatos)   a presta o em si, que vai consistir na a o (*positiva*) ou omissão (*negativa*) do devedor. A presta o positiva   classificada como obriga o de dar ou de fazer enquanto a negativa se refere   obriga o de não fazer. Tal distin o será tratada especificamente mais adiante. E, para ser considerada válida, a presta o deverá ser lícita, possível e determinável.

Quanto ao objeto indireto (mediato), esse   o bem da vida que se deseja obter por meio da obriga o – uma casa, um carro, um quadro etc. E esta só será também válida se o objeto mediato for lícito, determinável e possível, física e juridicamente (artigo 103, CC).

A **presta o**, por si só, nem sempre terá cunho patrimonial, como por exemplo, na obriga o de não construir muro – "A" se compromete com "B" a não construir muro perto da casa deste. Entretanto, não se pode dizer que tal **obriga o** não tem cunho patrimonial, pois, se violado o acordo,   possível "B" exigir em juízo a repara o, a ser adimplido com o patrimônio de "A" (inadimplente). Veja-se: a presta o   diferente de obriga o.

Por último, tem-se o vínculo jurídico, que   também denominado de elemento ideal, imaterial ou espiritual e que   o responsável pela fixa o de laços entre credor e devedor –   ele quem torna exigível o cumprimento da obriga o. O vínculo nasce de diversas fontes, que são a lei (fonte imediata), os contratos, as declara oes unilaterais da vontade, os atos jurídicos *stricto sensu* e os atos ilícitos (fontes mediatas). Em outras palavras, há fatos jurídicos que precedem a rela o obrigacional e que serão as fontes destas, pois serão responsáveis pela forma o do lhiame entre as partes.

O vínculo jurídico compõe-se, em regra, de dois elementos, que são o débito – o próprio vínculo espiritual, que consiste no dever de cumprimento da obriga o – e a responsabilidade civil – direito de exigir em juízo o cumprimento da obriga o.

3. Classifica o Positivada das Obriga oes no Código Civil brasileiro

O Código Civil de 2002, seguindo a diretriz anterior (inspirada em tradicional classifica o romana), estabeleceu três modalidades básicas do Direito das Obriga oes: obriga o de dar, de fazer e de não fazer. No ordenamento, tal classifica o   de suma importância, já que haverá tutela diferenciada para o cumprimento de cada obriga o de acordo com o que estipula o Código de Processo Civil, como será analisado mais adiante.

Revise-se, porém, ainda que em rápidas linhas, cada uma destas modalidades essenciais.

3.1. Obriga o de Dar

A obriga o de dar consiste naquela que tem por objeto presta o referente   coisa e abrange as atividade de dar propriamente dita (transferir a titularidade), entregar (transferir a posse) e restituir (devolver a posse).

No vigente Código Civil, a obriga o de dar   tratada no Título I da Parte Especial, do artigo 233 ao 248, sendo dividida em presta o de dar coisa certa e de dar coisa incerta.

3.1.1. Obriga o de Dar Coisa Certa

O Código Civil de 2002 não especifica o que seria a obriga o de dar coisa certa e nem o que seria a coisa certa. Isso, por si só, não   um problema, uma vez que a tarefa de conceituar institutos jurídicos   da doutrina, e não necessariamente da legisla o.

Segundo Washington de Barros Monteiro, a obriga o de dar coisa certa:

Consiste no vínculo jurídico pelo qual o devedor fica adstrito a fornecer ao credor determinado bem, perfeitamente individuado, que tanto pode ser móvel como imóvel. A coisa certa há de se constar em objeto preciso, que possa distinguir, por característicos próprios, de outros da mesma espécie, a ser entregue pelo devedor ao devedor, no tempo e pelo motivo devidos².

Desse modo, compreende-se a coisa certa como aquela que   *individualizada*, infungível. Desde o momento da ratifica o do contrato, credor e devedor já possuem em mente a imagem exata do objeto da obriga o, ou seja, o bem   completamente especificado quando as partes celebram o acordo. Desta forma, compreende-se como certa aquela coisa que, se destruída,   impossível de ser substituída, o que tornaria a presta o impossível se ser

1. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2043.

2. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obriga oes*. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, p. .

realizada. Assim, exemplifica Carlos Roberto Gonçalves:

Coisa certa é *individualizada* que se distingue das demais por características próprias, móvel ou imóvel. A venda de determinado automóvel, por exemplo, é negócio que gera obrigação de dar coisa certa, pois um veículo distingue-se de outros pelo número do chassi, do motor, da placa etc.³

É importante mencionar que, pelo art. 313, “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

A obrigação de dar coisa certa referente à atividade de entregar, porém, não gera direito real, mas sim pessoal, pois o que existe é um ônus do devedor para com o credor.

O simples contrato não é capaz de transferir a propriedade, pois, pelo ordenamento jurídico brasileiro, está só é alienada para outro indivíduo por meio da tradição, que é o ato solene destinado à simples *entrega* do bem.

E assim confirma o art. 1.226: “os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”.

Essa regra vale para os bens móveis, pois, quando o bem for imóvel, a tradição se dará por meio de registro público, como dispõe o art. 1.227 do CC: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (artigos 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Desta forma, quando não for adimplida a obrigação, o credor não poderá ajuizar ação reivindicatória, mas, sim, pedir o equivalente mais perdas e danos ou a tutela específica *stricto sensu*, em conformidade com o que dispõe o Código de Processo Civil, o que será analisado detalhadamente mais adiante.

Em relação à obrigação de dar coisa certa referente à atividade de restituir, tem-se sempre uma relação na qual há apenas o objetivo de se transferir posse de um bem por um tempo determinado ou determinável e que necessariamente deverá ser restituído (devolvido) ao credor (proprietário do bem). Neste caso, tem-se, como exemplo, o comodato, o mútuo, o aluguel etc.

3.1.2. Inadimplemento da Obrigação da Dar Coisa Certa

O inadimplemento decorre da perda do bem, que pode ser parcial ou total.

A primeira corresponde à deterioração e a segunda ao perecimento. Há casos nos quais a perda decorrerá de culpa do devedor – e aqui se compreende culpa *lato sensu*: dolo e culpa *stricto sensu* –, ou de caso fortuito e força maior (sem culpa do devedor).

Sobre o tema, o art. 234 do Código Civil brasileiro pode ser assim destrinchado:

a) Perda sem culpa do devedor: “Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes” (CC, art. 234., primeira parte).

b) Perda com culpa: “Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos” (CC, art. 234, segunda parte).

Segundo Álvaro Vilaça Azevedo⁴ quando a lei usa o termo equivalente, quer mencionar o equivalente em dinheiro, de maneira que, havendo perecimento com culpa do devedor, deve este entregar o equivalente em dinheiro, correspondente ao valor do objeto perdido, mais indenização referente ao prejuízo sofrido.

A expressão “perdas e danos” compreende a indenização pelos danos emergentes e lucros cessantes. O primeiro termo se refere ao que o credor perdeu e o segundo ao que ele deixou de ganhar devido ao inadimplemento do devedor.

Sobre a questão da culpa na deterioração da coisa, os arts. 235 e 236 estabelecem verdadeiro sistema, de clareza imediata:

a) Deteriorada a coisa sem culpa: “Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu” (CC, art. 235).

b) Deteriorada a coisa com culpa: “Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos” (CC, art. 236).

Assim, quando o devedor não for culpado, poderá o credor resolver a obrigação ou aceitar a coisa por um valor menor, proporcional à desvalorização do bem. Mas quando houver culpa, o credor poderá exigir o equivalente mais perdas e danos, ou aceitar a coisa, também com o direito de exigir indenização.

Quando há perda na atividade de restituir, o sistema está nos arts. 238 a 240 do Código Civil brasileiro:

a) Perda sem culpa: “Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda” (CC, art. 238);

b) Perda com culpa: “Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43

⁴ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 59

danos” (CC, art. 239).

c) Deterioração sem culpa: “Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização (CC, art. 240, primeira parte).

d) Deterioração com culpa do devedor: “Observar-se-á o disposto no art. 239” (CC, art. 240, segunda parte). Quando a deterioração decorre de ação ou omissão culposa do devedor, entende-se que é mais adequado seguir o Código Civil de 1916, segundo o qual dever-se-ia empregar o disposto sobre deterioração culposa da coisa na obrigação de entregar, o que seria, no atual Código, o art. 236. Para Gonçalves:

o novo código omitiu-se a esse respeito, entendendo o legislador ser dispensável a menção expressa a essa possibilidade, porque o proprietário sempre tem o direito de exigir a restituição, em face do que a recebeu por força de um contrato, da coisa que lhe pertence, esteja em perfeito estado ou danificada (CC, art. 1228). E, neste último caso, também lhe assiste o direito de pleitear perdas e danos (art. 389)⁵. Parece ser esta, realmente, a melhor diretriz.

3.1.3. Obrigação de Dar Coisa Incerta

Pelo art. 243 do Código Civil, “A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade”. Em outras palavras, o objeto a ser entregue não é determinado nem individualizado no momento em que as partes pactuam o acordo.

Entretanto, para Álvaro Vilaça, não se deve usar a expressão gênero, mas sim espécie, por aquele ser muito abrangente. A espécie é um direcionamento mais específico, mas que não é capaz de dar qualidade ao objeto da obrigação. Neste sentido, entende que:

Considerando a terminologia do Código, por exemplo, cereal é gênero e feijão é espécie. Se, entretanto, alguém se obrigasse a entregar uma saca de cereal, essa obrigação seria impossível de cumprir-se, pois não se poderia saber qual dos cereais deveria ser objeto da prestação jurídica⁶.

A obrigação de dar coisa incerta corresponde à prestação de dar coisa não especificada no momento do contrato. Assim, quando as partes estabelecem a obrigação a ser executada, não há uma idéia (imagem) comum, pré-fixada, na cabeça das partes sobre o objeto, pois este não fora ainda determinado.

Todavia, para que haja uma relação obrigacional, é preciso determinação quanto ao objeto. Nas obrigações genéricas, tal individualização vai ocorrer em momento posterior ao do dia da firmação do acordo, por isso é que essa modalidade também é conhecida por ter *prestações futuras*.

Desta forma, há um momento em que será feita a escolha do objeto (a determinação do bem a ser entregue) e que recebe o nome de *concentração de debito*. A primeira parte do art. 244 dispõe que nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação. Vale ressaltar que, segundo Gonçalves⁷,

para que a obrigação se concentre, não basta a escolha. É necessário que ela se exteriorize pela entrega, pelo depósito em pagamento, pela constituição em mora ou por outro ato jurídico que importe a cientificação do credor. Em relação à segunda parte do art 244, que diz que “o devedor não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”. Tem-se, então, como referência o *meio-termo* entre os congêneres da melhor e da pior qualidade. Se só houver duas qualidades, pode o devedor entregar a pior.

Assim, feita a *concentração*, converter-se-á a obrigação de dar coisa incerta na de dar coisa certa, na atividade de entregar, sendo regida, portanto, do art. 233 ao art. 237, pois assim estabelece o art. 245 ao dizer que “cientificado da escolha o credor, vigorará o disposto na Seção antecedente”.

Leciona Gonçalves que “podem as partes estipular que a *concentração* será feita por terceiro (pessoa alheia à obrigação), aplicando-se, analogicamente, o art. 1.930”⁸ que diz que quando a escolha for deixada a arbítrio de terceiro e este não a quiser ou não a puder exercer, ao juiz competirá fazê-la, guardado o disposto na última parte do artigo 1929.

Existe também a hipótese de se limitar o gênero na obrigação de dar coisa incerta, como, por exemplo, na obrigação de dar animais de uma determinada fazenda, biscoito de determinada marca, roupa de determinada loja etc.

Quanto à perda da coisa, tem-se como regra que “antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito” (art. 246). Isso porque a prestação de dar coisa incerta jamais se torna impossível, já que sempre haverá, no mercado, espécies disponíveis e que se adequam ao objeto da obrigação.

Porém, se a obrigação genérica (de dar coisa incerta) for limitada, poderá o credor anuir à perda, aplicando-se o que dispõe o Código sobre a obrigação de dar coisa certa, adequando para os casos em que houver culpa ou não do devedor.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

6 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

8 GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 66.

3.2. Obrigação de Fazer

Segundo Washington de Barros Monteiro:

Nas obrigações de fazer, a prestação consiste num ato do devedor, ou num serviço deste. Qualquer forma de atividade humana, lícita e possível, pode constituir objeto da obrigação (...) Mas não são apenas os serviços que se objetivam nas obrigações de fazer. O mesmo ocorre com certos atos que traduzam alguma vantagem para, posto não encarem a execução de qualquer pelo devedor, ou não se classifiquem como trabalho, tais como a promessa de recompensa, a obrigação de quitar, a de locar um imóvel, a de prestar fiança, a de reforçar uma garantia, a de formar sociedade, a de renunciar certa herança, a de sujeitar-se ao juízo arbitral, a de obter fato de terceiro e muitas outras mais⁹. Desta forma, compreende-se a obrigação de fazer como aquela que consiste em ato ou prestação de serviço a ser executado pelo devedor.

Entretanto, as obrigações de dar também consistem em obrigação de fazer, já que tanto a atividade de entregar e de restituir consiste em *fazer alguma coisa*. Porém, Gonçalves afirma que se o devedor tem de dar ou entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual será mero colorário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer¹⁰.

Há duas espécies de obrigação de fazer, a infungível e a fungível.

A primeira se refere aquelas nas quais as partes concordam que apenas o devedor poderá executar a obrigação, ou seja, para que este seja exonerado ele deverá *fazer com as próprias mãos*. A *infugibilidade* pode decorrer também da própria natureza da prestação, que são os casos nos quais é evidente que o credor quer que o *solvens* seja determinada pessoa, pois dependem do talentos e qualidades destas, como nos contratos feitos com artistas, pintores, cantores, professores etc.

As obrigações fungíveis são aquelas que podem ser realizadas por terceiros. Mas é preciso ficar claro que o credor precisa aceitar que o fato seja prestado por terceiro, pois ele não é obrigado a aceitar de outrem a prestação se pactou com o devedor.

As declarações de vontade são também consideradas obrigações de fazer, como, por exemplo, a outorga de escritura definitiva em cumprimento a compromisso de compra e venda. Do ponto de vista prático, tais obrigações são infungíveis. No entanto, juridicamente, são elas fungíveis, pois, pelo art. 466-A do CPC, a sentença que condenar o devedor a emitir a declaração de vontade, desde que transitado em julgado, produzirá os efeitos da sentença não emitida. A execução será feita, assim, pelo juiz, já que a sentença substituirá a declaração não emitida. Devido a tal possibilidade de substituição que classificamos tal obrigação como fungível.

3.3. Inadimplemento da Obrigação de Fazer

Para as obrigações de fazer infungíveis, os arts. 247 e 248 do Código Civil dispõem:

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Explicitando, o art. 247 trata dos casos nos quais o devedor se recusa a cumprir a obrigação sem mostrar motivo relevante, ou seja, é o caso de *deixar o credor na mão*. Por tal razão, como não há outra alternativa para o credor, só lhe resta pleitear indenização por perdas e danos.

Poderá a prestação se tornar impossível, como, por exemplo, o cantor que perde a voz no dia anterior ao do show. Neste caso, é preciso analisar se a perda da voz decorreu de culpa ou não do devedor. Se ele agiu com culpa *lato sensu*, como, por exemplo, foi a um jogo de futebol e lá gritou exageradamente até ficar sem voz, deve ele responder por perdas e danos (CC, art. 248, segunda parte).

Porém, se a perda da voz decorreu de uma forte gripe ou de uma infecção na garganta, sem que o cantor tenha contribuído para este resultado patológico, verifica-se que o devedor não agiu por culpa e, por isso, não deve ser responsabilizado. Neste caso, a obrigação se resolverá, arcando o credor com o prejuízo. Caso o devedor já tivesse recebido, deverá devolver o dinheiro. Mas aqui não cabe indenização (CC, art. 248, primeira parte).

Em relação às obrigações fungíveis, o art. 249 do CC afirma que “se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar a custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”. Em outras palavras, quando a prestação puder ser substituída, e o devedor não cumpri-la, é facultado ao credor pedir, via judicial, que outra pessoa a execute e que o devedor inadimplente arque com as custas e ainda indenize o autor da ação.

9 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 6. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

Pelo parágrafo único do art. 249, “em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”. Assim, quando for urgente, o credor poderá fazer ou mandar fazer aquilo que era obrigação do devedor, sem precisar de autorização judicial, tendo ainda o direito de pleitear indenização por perdas e danos.

3.4. Obrigação de Não Fazer

A obrigação de não fazer consiste numa abstenção. O devedor se obriga a não praticar determinado ato, recebendo ou não alguma contraprestação para isso. Tal modalidade consiste em uma prestação negativa e, por isso, a realização do ato proibido em contrato é que gera o inadimplemento.

Em tal obrigação, estão também inseridas as situações nas quais o devedor se obriga a tolerar ou permitir que o credor ou terceiros pratiquem certos atos. Em relação a tais obrigações, menciona o CPC, atr. 287 que “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela”.

3.5. Inadimplemento de Obrigação de Não Fazer

Segundo o art. 250 do CC, “extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar”.

É o caso, por exemplo, do devedor que havia se obrigado a não construir um muro ao redor de sua casa, mas que fora obrigado a construí-lo por ordem estatal. Neste caso, o credor não poderá exigir indenização, pois a obrigação fica extinta.

Entretanto, quando não houver motivo que justifique a prática do ato proibido em contrato, nasce para o credor o direito subjetivo de exigir, por vias judiciais, que o devedor desfaça o ato (quando possível) e ainda o indenize. Cabe também ao credor mandar que um terceiro desfaça o ato à custa do devedor, sem prejuízo do ressarcimento por perdas e danos.

Assim, dispõe o art. 251 do CC, *in verbis*:

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único - Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

Como na obrigação de fazer, em caso de urgência, permite-se ao credor desfazer ou mandar terceiro desfazer o ato, sem precisar de autorização judicial, sem prejuízo do seu direito de pleitear perdas e danos.

4. Tutelas Jurisdicionais

O Direito moderno vem procurando interagir direito processual e direito material. Entende-se, então, que o primeiro deve se mostrar rápido e eficiente para que o segundo possa produzir seus efeitos. Assim, o processo não é visto como um fim em si mesmo, mas apenas como um meio capaz de garantir o exercício do direito substancial. O excesso de formalismos apenas prejudica tal interação, ainda mais quando há uma superavaliação do processo em detrimento do direito material.

Esse pensamento é fundamental quando se fala em acesso à Justiça, partindo da concepção de que esta decorre do direito material. Isso porque de nada adianta abrir as portas do Judiciário, se há uma série de empecilhos que dificultam a efetivação das sentenças judiciais. Para o cidadão leigo, a sentença é um mero papel contendo a decisão do magistrado e sem nenhuma outra utilidade, já que o título judicial, sozinho, não é capaz de dar-lhe o que deseja (no caso das tutelas condenatórias).

Muitas vezes, a pessoa se encaminha ao fórum com a certeza de que seus pedidos serão providos, sendo o julgamento uma mera confirmação daquilo que o autor há muito já sabia. Desta forma, deve-se entender que o acesso à Justiça, na perspectiva do art. 5º, XXXV, CR/88, também deve abarcar a idéia de correspondência entre direito material e processual, e não somente se restringir ao protocolo de uma petição inicial.

Esta interação é demonstrada por meio das tutelas específicas, trazidas recentemente para o ordenamento jurídico brasileiro, pois traduzem claramente essa idéia de que devem haver instrumentos mais rápidos e eficientes, capazes de possibilitar o pleno exercício do direito material. As tutelas específicas permitem a execução imediata das sentenças judiciais condenatórias referentes as obrigações civis, ou seja, não há mais necessidade de se abrir uma ação de execução para que o indivíduo desfrute daquilo a que tem direito.

Seguindo o mesmo raciocínio, Delosmar Mendonça Júnior afirma que “o princípio constitucional da efetividade do processo, base dogmática na natureza e função da jurisdição, deve servir para sistematização e normogênese em torno das construções teóricas e jurisprudenciais voltadas para os arts. 461 e 461-A do CPC”¹¹.

11. MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. A tutela mandamental como manifestação do princípio constitucional da efetividade do processo. In:

O Código de Processo Civil, a partir da Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994, passou a contar com um novo tipo de tutela jurisdicional, pela qual são reunidas, em um mesmo processo, as fases de conhecimento e de execução. Tal lei se manifestou no art. 461 do CPC, que agora passa a dispor que: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Assim, não terá mais o credor que se contentar somente com a possibilidade de pedir o equivalente mais perdas e danos – afinal, o credor deseja a realização da prestação, caso contrário, não haveria contratado –, pois poderá pedir em juízo que a obrigação seja feita pelo devedor. Caso este se recuse, serão estipuladas multas processuais (*astreinte*), até que o réu cumpra com a obrigação. É uma forma de compelir o devedor a fazer o que está no contrato, por meio de um mandamento do juiz. Por isso se trata de uma *tutela mandamental*.

Quanto às obrigações de dar coisa, a Lei 10.444 de 5 de maio de 2002 incluiu o art. 461-A no CPC, que afirma: “na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”. Logo, sempre que o autor pleitear com o fim de obter a prestação de entregar ou restituir coisa, caso o réu não a dê, haverá execução forçada, como dispõe o parágrafo segundo: “não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”.

A partir da Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, que alterou o CPC, foi inserido o art. 475-I, que dispõe: “o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

Com isso, conclui-se que o CPC distingue a execução da obrigação por quantia certa das outras modalidades obrigacionais. O art. 475-J complementa dispondo que “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. Quanto a tal dispositivo, dispõe Marinoni (450):

A multa que incide automaticamente quando a conduta descrita na norma é praticada, não é utilizada pelo Estado (pelo juiz) para evitar a sua prática, sendo apenas o resultado do desejo punitivo concretizado na norma. A punição advém única e exclusivamente da tarefa do legislador (...) a lei, neste caso, não fixa multa para a hipótese da conduta, mas dá ao juiz o poder de fixá-la para evitar a sua prática¹².

Quanto à penhora, o parágrafo terceiro do 475-J dispõe que “o exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados”. Assim, o executado não existe mais previsão de que o executado deve ser intimado a pagar ou nomear seus bens a penhora. Em outras palavras, ao executado só resta pagar aquilo que deve. Em relação à penhora, Marinoni também se manifesta:

A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito (...) porém, o que realmente impedia a penhora do dinheiro, até bem pouco tempo atrás, era equivocada a interpretação d art. 655, I, do CPC. Supunha-se que o devedor era obrigado a indicar à penhora apenas dinheiro em espécie e não dinheiro que estivesse situado em instituição financeira¹³.

Contudo, a partir da Lei 11.382/06, o inciso I do art. 655 do CPC passou a dispor que “a penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”. Eliminou-se o problema do exequente não saber se o executado tem dinheiro depositado e onde esta quantia se encontra, quando o CPC passou a contar com o art. 655-A:

para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

As considerações feitas, até este momento, demonstram que as dívidas pecuniárias, para o CPC, não são enquadradas como obrigação de dar coisa certa nem incerta, pois são regidas por dispositivo específico quanto aos modos de execução, penhora e multa processual. Por fim, para ficar ainda mais clara a distinção, segundo a Lei Processual: Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou **pagar quantia. (grifo nosso)**

Segundo o professor José Roberto dos Santos Bedaque:

embora criticada pela doutrina, que prefere classificação fundada em critérios processuais, com terminologia

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos do direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 122.

12. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 450.

13. MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 467.

baseada nos meios executivos (execução por expropriação, por desapossamento, por transformação), opção pelo critério material é bem mais expressiva da natureza instrumental do processo. Os meios executivos são moldados às necessidades do direito substancial e em função deste classificados¹⁴.

Porém, conforme anteriormente analisado, a classificação dada para as tutelas executivas não são fidedignas ao direito material, já que em nenhum momento o Código Civil mencionou a obrigação de pagar quantia certa como modalidade específica do Direito das Obrigações.

Em outros termos, o CPC estabelece claramente uma distinção entre obrigação de fazer, de não fazer, de entregar coisa e de pagar quantia. Conclui-se, portanto, que esta última é encarada, no campo processual, como modalidade autônoma, recebendo tratamento diverso das demais obrigações previstas no Código Civil.

5. Obrigação por Quantia Certa

Analisaram-se, neste artigo, as três modalidades obrigacionais básicas (dar, fazer e não fazer) e as novas tutelas do Código de Processo Civil. Diante do que foi até aqui exposto, indaga-se: em qual modalidade obrigacional está enquadrado o dinheiro? Pode-se dizer que dinheiro é coisa?

Primeiramente, deve-se observar o dinheiro em si, classificando-o quanto a sua natureza.

Na concepção dicionarizada, “dinheiro é meio de troca convencional, na forma de moedas ou cédulas, usado na compra de bens, serviços, força de trabalho, divisas estrangeiras, emitido e controlado pelo governo de cada país, que é o único que pode emití-lo e fixar seu valor”¹⁵. Desta forma, fica claro que dinheiro não é coisa. O pagamento em notas também não constitui em obrigação de fazer, a não ser nas referentes à reparação de dano, por sua excênica ser diversa.

Dinheiro é, na realidade, uma forma que a sociedade capitalista convencionou para facilitar a trocas comerciais, fixando um valor-padrão capaz de qualificar quase todos os objetos dispostos no mercado. O dinheiro corresponde ao preço das coisas certas e das prestações nas obrigações de fazer e de não fazer. Dentro de um país, ninguém compra uma nota de R\$1,00 por R\$ 2,00, pois não há um interesse na nota, especificamente, mas, sim no crédito que ela representa – capacidade que ela dá ao seu possuidor de adquirir outros bens, móveis ou imóveis, contratar pessoas para que façam algo, ou pagar alguém para deixar de fazer algum ato.

Orlando Gomes classifica as dívidas em dinheiro como prestações especiais referentes à obrigação de dar, constituindo objeto de dívida pecuniária, de indenização e de interesses. Para o autor, “as obrigações que têm como objeto prestação de dinheiro são as mais comuns e de maior interesse para vida econômica. A seu conteúdo falta, porém, uniformidade”¹⁶. Em relação ao objeto da prestação pecuniária, há grande divergência na doutrina, sendo que uns classificam esta como obrigação de fazer e outros como de dar coisa incerta. Para Orlando Gomes “sendo o dinheiro bem fungível por excelência, constituiria objeto de prestação de dar coisa incerta, mas, na verdade, a dívida pecuniária não possui tal natureza”¹⁷.

Realmente não há como enquadrar a dívida em dinheiro em tal modalidade, pelo fato de não haver concentração nesta situação, já que a seleção das moedas que serão entregues ao credor não tem a menor relevância para este e mais, tal escolha não é capaz de converter tal obrigação na de dar coisa certa, como aduz o art. 245 do CC-02: “cientificado da escolha o credor, vigorará o disposto na Seção antecedente”. Completando o raciocínio, Orlando Gomes afirma que:

A dívida pecuniária caracteriza-se pelo valor quantitativo, isto é, medida obtida por meio de cálculo, sendo indiferente a moeda ou papel empregado. É, em síntese, obrigação de soma de valor. Na prestação pecuniária a dívida não é de coisas, ainda que tenha por objeto determinada espécie monetária¹⁸.

Já que se está tratando de obrigação que tem por objeto mediato o *dinheiro*, é importante definir quais seriam o valor nominal, o valor intrínseco, o valor de troca e o valor corrente da moeda.

O valor nominal é aquele que se acha impresso na cédula ou moeda, ou seja, o atribuído pelo Banco Central. Assim, se na nota está impresso o número 10, por exemplo, é porque esta tem o valor nominal correspondente à 10 (no Brasil seriam R\$10,00). Assim, para a teoria do nominalismo, o devedor libera-se da obrigação ao efetuar o pagamento de determinada quantia em dinheiro correspondente ao valor nominal estipulado em contrato, não importando se, ao tempo da celebração do contrato, tal quantia representava um valor aquisitivo maior.

Valor intrínseco corresponde ao peso e à qualidade do metal no qual a moeda é cunhada, podendo ser superior ou inferior ao valor que está impresso na moeda.

14 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 134.

15. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1044.

16 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 55.

17 GOMES, Orlando, op. cit., p. 57.

18 Ibid, p. 57.

Diz-se valor de troca aquele referente ao poder aquisitivo da moeda, ou seja, a disponibilidade de bens que se pode obter ao pagar determinada quantia em dinheiro. Isso porque o dinheiro em si não tem qualquer utilidade para o indivíduo, pois o que interessa é o poder que ele dá para adquirir coisas, contratar pessoas etc.

O valor corrente é aquele relativo a outra moeda. Assim, estipula-se o valor de uma quantia em dinheiro a partir do valor de outra moeda. Este valor é imprescindível para as relações internacionais, quando há pagamento em espécies diferentes de dinheiro e é necessário estipular uma moeda padrão, capaz de facilitar as trocas comerciais. Vê-se, então, que dinheiro, como valor, não é coisa. Reforçando tal idéia, podemos comprovar que a própria sociedade não considera dinheiro como coisa certa através da situação já apresentada: um empréstimo. Imaginemos que João empreste R\$ 20,00 a Paulo. Este, por sua vez, se torna devedor daquele, já que figuram em pólos distintos de uma obrigação de dar referente à atividade de restituir. O dia estipulado para o pagamento era 11 de abril de 2009. Entretanto, Paulo, no dia firmado para o pagamento, quando caminhava para se encontrar com João, foi surpreendido por forte chuva, que esfarelou o dinheiro que estava no bolso do devedor. Daí pergunta-se: Paulo está exonerado na obrigação, conforme o art. 238 do Código Civil, arcando João com o prejuízo?

Sabe-se que na prática isso não acontece. Apesar de não ter agido com culpa, Paulo terá de pagar a João a quantia. Isso acontece diariamente, quando, por exemplo, uma pessoa junta por meses uma quantia para adimplir uma dívida e é assaltada – terá ela que juntar tudo novamente e ainda responder pelos juros moratórios. Assim, como ensina Orlando Gomes, quando a obrigação for de pagar quantia em dinheiro, o risco da perda do objeto não se transmite ao credor quando o devedor emite o dinheiro e, mesmo que a espécie monetária desapareça de circulação, o devedor não se libera, ficando obrigado a em outra espécie em que seja convertida – como também no caso de haver invalidação da emissão da moeda¹⁹.

Mas, então, qual dispositivo do Código Civil vai dizer em qual modalidade enquadrar o dinheiro e qual vai tratar do seu inadimplemento por perda da moeda?

Infelizmente, o Código Civil não cuidou de classificar o dinheiro. Assim, o que ocorre, na prática, é uma aplicação automática das regras processuais, sem observar que o direito material ainda não cuidou de tal matéria. O CPC trata a obrigação de pagar quantia certa diferente das demais, enquanto a Lei Civil nem ao menos menciona tal modalidade. Há, na verdade, uma falta de sintonia entre o CC e o CPC, em vistas da reformas posteriores à 2002. Aprende-se a classificar o dinheiro como coisa certa ou incerta para, posteriormente, descobrir que, no direito processual, há um dispositivo independente tratando o dinheiro como obrigação autônoma, no qual a execução se dá de forma completamente diversa.

6. A Classificação dada pela Doutrina

É interessante observar que não é unânime a doutrina quanto à classificação da prestação referente ao pagamento de quantia certa.

Maria Helena Diniz e Orlando Gomes dizem que prestação pecuniária é objeto da *obrigação de soma de valor*, modalidade especial referente a atividade de dar, pois dinheiro não é coisa²⁰.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²¹, assim como Álvaro Vilaça, acreditam se tratar de obrigação autônoma, simplesmente de dar dinheiro (obrigação pecuniária). Segundo Vilaça:

o pagamento em dinheiro consiste, assim, na modalidade de execução obrigacional que importa a entrega de dinheiro pelo devedor ao credor, com liberação daquele. É um modo de pagamento que deve realizar-se, em princípio, em moeda corrente, no lugar do cumprimento da obrigação.

Carlos Roberto Gonçalves também acredita se tratar de obrigação pecuniária, ou de entregar dinheiro. Segundo o autor, “é, portanto, espécie particular de obrigação de dar. Tem por objeto uma prestação em dinheiro e não um coisa”²².

Washington de Barros Monteiro²³ diz se tratar de obrigação de solver dívida em dinheiro e que constitui em obrigação de dar, e não de fazer.

Para Sílvio Venosa²⁴, a obrigação pecuniária é uma obrigação genérica, de coisas fungíveis, sendo, portanto, modalidade de obrigação de dar, que tem por objeto o dinheiro, denominador comum da Economia. Porém, só será pecuniária a obrigações que tenha por objeto moeda corrente, pois, caso contrário, serão consideradas obrigação de dar coisa certa (moedas raras, por exemplo).

19 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59.

20 Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 23. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53; GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 57.

21 Nesse sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 10. ed. 2.v. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45; AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 132.

22 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

23 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavez da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 73.

24 VENOSA, Sílvio. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162.

Caio Mário afirma que não existe uma obrigação que se classifique e qualifique em especial como de dinheiro, já que toda obrigação tem um cunho patrimonial. As vezes é pecuniária desde o nascimento, ou se converte neste em momento futuro, como no mútuo, no inadimplemento das obrigações de dar e de fazer e na reparação de dano decorrente de um ilícito²⁵.

Percebe-se, portanto, que, para a maior parte da doutrina, as dívidas em dinheiro correspondem à atividade de dar – entregar. Porém, nenhum dos autores se baseou em dispositivo legal para classificar as obrigações pecuniárias, até porque tal dispositivo inexistia no Código Civil.

Desta forma, tem-se que o objeto presente na maioria das relações obrigacionais, pelo qual milhares de pessoas disputam todos os dias no Judiciário e na vida comum, embora destinatário de previsão normativa específica na seara processual, acaba por ser pouco trabalhado na classificação sistemática da doutrina e pela jurisprudência.

O maior caso de inadimplência decorre do não pagamento de quantia em dinheiro e, infelizmente, o Código Civil deixou de cuidar especificamente deste assunto. Não havia direito material que dissesse que quem perde o dinheiro sem culpa ainda é obrigado a pagar.

Os costumes de uma sociedade capitalista como a brasileira acabam por guiar os intérpretes e legisladores para tratar das dívidas pecuniárias. A doutrina, a jurisprudência e a legislação processual fornecem, então, a solução para tais casos, que deveriam estar disciplinados expressamente no Código Civil. Este desfalque no ordenamento jurídico acaba gerando insegurança jurídica.

Credores exigem de devedores insolventes o cumprimento de dívidas, mas sem respaldo na Lei Material. Se fosse enquadrado o dinheiro como coisa, os devedores que entrarem em insolvência sem culpa não poderiam ser compelidos a pagar a dívida. O CPC trata, então, da execução de obrigações de pagar quantia em dinheiro sem verificar o que diz a Lei Civil, pois, se o fizesse e seguisse, jamais executaria o devedor insolvente ou o que perdeu o dinheiro sem culpa, conforme aqueles que classificam as notas e moedas como coisa certa.

7. A Autonomia Conceitual das Obrigações de Pagar Quantia Certa no Sistema Brasileiro.

Assim sendo, chega-se a uma conclusão inarredável: as obrigações de pagar quantia certa devem ser tratadas de forma autônoma, não se confundindo com as tradicionais modalidades obrigacionais oriundas do Direito Romano (dar, fazer ou não fazer).

Não se trata, portanto, de dar coisa certa ou incerta, nem sequer de fazer algo, mas, sim, uma modalidade autônoma de relação jurídica obrigacional, fato que já se pode dizer afirmado pela legislação processual²⁶, como visto, e que encontra farto reconhecimento jurisprudencial²⁷.

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 2. v. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 131.

26 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REGIME DO ART. 461 DO CPC. INADIMPLEMENTO. MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. AUTORIZAÇÃO DO § 4º DO ART. 461 DO CPC. PRECEDENTES DA 1ª TURMA. 1. Historiam os autos que os ora recorrentes ajuizaram ação de execução visando a satisfação de multa fixada em razão do atraso no cumprimento de ordem judicial que determinava a recomposição das contas vinculadas do FGTS. Acórdão que entendeu incabível a fixação de astreintes em razão do atraso no cumprimento da obrigação de creditar dinheiro em conta vinculada do FGTS, porque incompatível com o objeto de obrigação de dar dinheiro, cuja única sanção legalmente prevista é o pagamento de juros moratórios. Recurso especial no qual se alega violação dos arts. 461, §§ 4º e 6º, e 645, parágrafo único, todos do CPC. Argumenta-se que inexistia autorização legal para supressão da astreinte, mas tão-somente para a sua modificação. Suscita-se dissídio jurisprudencial com julgado advindo do TRF/2ª Região que considerou cabível a imposição de multa diária, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC, em razão da demora da CEF no cumprimento da obrigação de creditar nas contas do FGTS as diferenças apuradas nos meses de janeiro/89 e abril/90. 2. A jurisprudência da 1ª Turma deste Sodalício firmou posicionamento no sentido de que “decorrendo da sentença, não a obrigação de pagar quantia, mas sim a de efetuar crédito em conta vinculada do FGTS, o seu cumprimento se dá sob o regime do art. 461 do CPC” (REsp nº 789.287/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 03/04/2006). Conseqüência lógica da adoção dessa premissa é a possibilidade da imposição de multa diária (art. 461, § 5º, do CPC) como meio de compelir o devedor recalcitrante ao cumprimento da obrigação que lhe foi imposta. 3. Caberá ao juízo de primeiro grau precisar a quantidade de dias em que incorreu em mora a recorrida, além do quantum devido a título de astreintes, jamais perdendo de vista a regra de proporcionalidade estampada no § 6º do art. 461 do CPC. 4. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, 836349 / MG RECURSO ESPECIAL 2006/0077242-3, Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105), Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 17/10/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 09/11/2006 p. 263)

27 “RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DETERMINAÇÃO EX-OFFICIO DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PARTE MANDAMENTAL. POSSIBILIDADE. - Não se conhece da tese de violação às disposições do art. 535 do CPC quando o recorrente se limita a tecer alegações genéricas, sem especificar de que forma houve a mencionada ofensa no acórdão recorrido. Incidência da Súmula 284/STF. - A concessão de benefício previdenciário alcança tanto um dever de fazer (implementação do benefício), quanto uma obrigação de pagar quantia certa (valores devidos em razão do reconhecimento do direito, acrescidos da correção monetária e dos juros de mora). - Em havendo o acórdão apelado reconhecido o direito do autor à aposentadoria proporcional, torna-se devida a determinação ex-officio do cumprimento imediato da parte mandamental do julgado, assim como previsto no art. 461 do CPC, o que não se confunde com a execução das parcelas vencidas, esta sim – na forma do art. 475-O do CPC – por iniciativa do exequente. Recurso especial desprovido.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1063296 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0121922-6, Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139), Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 09/12/2008, Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008)

Note-se, inclusive, que os tribunais pátrios não hesitam em utilizar o termo “obrigação de pagar”²⁸, ainda que a

28 “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXCEÇÃO DE PRÉ. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM CONCEDIDA. ANISTIADOS. ANULAÇÃO DA PORTARIA QUE ANULOU A ANISTIA ANTERIORMENTE CONCEDIDA. DIREITO À REINTEGRAÇÃO RECONHECIDO EM DECISÃO TRÂNSITA. EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR CONDICIONADA AO INTEGRAL CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER RECONHECIDO POR DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A sentença proferida em sede de Mandado de Segurança, em regra, possui caráter mandamental, e, por conseguinte, tem como característica sua executoriedade imediata, motivo pelo qual, em princípio, dispensa execução *ex intervallo*. 2. Os embargos à execução de sentença concessiva de Mandado de Segurança, da mesma forma e, em princípio, revelam-se inadmissíveis, uma vez que raciocínio inverso conspiraria contra a *ratio essendi* do referido remédio constitucional. 3. Os incidentes processuais que visem de forma direta ou indireta, obstruir o cumprimento de sentença concessiva de mandado de segurança devem ter o seu seguimento obstado sob pena de contrariar norma constitucional garantidora da efetiva entrega da prestação jurisdicional referente a direito líquido e certo reconhecido por decisão transitada em julgado. 4. A execução de sentença concessiva da segurança, não obstante, tem sido admitida, muito embora imprópria, quando da ordem mandamental exsurge obrigação de pagar, que suscita embargos correspondentes. Neste sentido, pronunciou-se a Primeira Seção, “(...)1. O mandado de segurança, assim como as ações com força executória, não ensejam execução, tendo o título sentencial o condão de fazer prevalecer a ordem judicial de imediato. 2. Há hipóteses em que contém a ordem mandamental obrigação de pagar, nascendo daí a idéia de uma imprópria execução.(...)” (Edcl nos Edcl na PET n.º 2.604/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 04.06.2007). 5. *In casu*, a executada apresentou exceção de pré-executividade aduzindo a nulidade do processo executório pela ausência de citação, o cumprimento da obrigação de fazer, a ausência de título executivo judicial; a incidência do art. 15, da Lei n.º 1.533/51 e da Súmula n.º 271/STF e a sua ilegitimidade para cumprir a obrigação de pagar, objetivando infirmar decisão concessiva de segurança transitada em julgado que reconheceu decretou a nulidade da Portaria n.º 116/2000, que havia revogado a anistia dos impetrantes/exeqüentes, restabelecendo, portanto, o direito de serem readmitidos na classe/padrão que deveriam ocupar acaso não editada referida Portaria, por inadequação da via procedimental. 6. O implemento da obrigação de pagar restou condicionada ao total cumprimento da obrigação de fazer, consistente na readmissão de todos impetrantes nos cargos/classe que deveriam estar ocupando, consoante decisão da Presidência da Primeira Seção transitada em julgado, *verbis*: A complexidade no cumprimento da decisão judicial deve-se não apenas pela procrastinação da PETROBRÁS, mas também em razão do grande número de impetrantes, 332 (trezentos e trinta e dois), e das peculiaridades de cada um: alguns já falecidos, outros aposentados, por invalidez ou voluntariamente. Acrescente-se a tudo isso o fato de nunca terem pertencido aos quadros da PETROBRÁS, empresa na qual deverão se enquadrar. De todas as determinações contidas no acórdão, temos como certo que a maioria dos impetrantes já foi readmitida, tendo a PETROBRÁS cumprido a obrigação de fazer mais urgente, estando os admitidos com contrato assinado por tempo indeterminado. Dos 332 impetrantes, restam sem readmissão apenas 16, dos quais temos: quatro aposentados por invalidez, dois aposentados por tempo de serviço e dez falecidos, sendo sucedidos pelos herdeiros. Em relação aos aposentados e falecidos, embora garantidos pelo mandado de segurança, entendo que, no âmbito destes autos, dificilmente poder-se-á atender aos seus direitos que se apresentam peculiares. Assim determino: EM RELAÇÃO AOS APOSENTADOS a) extração das peças principais deste processo para, em autos suplementares, procederem individualmente à execução do julgado; b) apresentarem a este Tribunal, após a formação dos autos suplementares, documentos comprovando a data da aposentadoria e o motivo da inatividade; c) a prova do cargo ocupado na empresa extinta, o valor do último salário auferido e a data do recebimento da última remuneração. EM RELAÇÃO AOS FALECIDOS a) apresentem-se os herdeiros, com os documentos próprios para se habilitarem individualmente em autos suplementares, formados a partir da extração de peças deste processo. EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE PAGAR: A obrigação de pagar atrasados só poderá ser aqui questionada depois de inteiramente cumprida a obrigação de fazer, o que, por certo, ainda demandará algum tempo, diante da impugnação das admissões por parte dos impetrantes. Certo também que esta obrigação, pelo grande número de impetrantes e pela diversidade de situações, demandará execução individualizada ou por grupos, a critério dos senhores advogados. EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE FAZER a) nestes autos não foram discutidas questões como: percepção de adicional por tempo de serviço, progressão periódica e participação nos lucros da empresa, extinta em 1995 mas incluída como vantagem pessoal. Tais vantagens, para serem auferidas, necessitam de prova quanto à percepção na relação de trabalho de origem e mais uma série de questões pessoais, só possíveis de aferição em processo em separado, a partir da certificação do direito concedido neste mandamus, sendo inteiramente impossível a discussão no âmbito deste mandado de segurança; b) de imediato, para que se cumpra com perfeição a obrigação de fazer, diante do decidido no acórdão, que desfez o cancelamento do ato de anistia, deve-se retornar ao status quo ante, ou seja, janeiro de 1995, o que implica em se fazer as admissões como procedeu a PETROBRÁS, mas com a outorga dos direitos e garantias de uma retroação a janeiro de 1995, de forma a poderem os impetrantes auferirem as vantagens de tempo de serviço para todos os efeitos, inclusive para efeito de aposentação, bem assim as vantagens financeiras, por força do tempo de serviço. Assim ordenado o processo, determino que a PETROBRÁS, no prazo de trinta dias, apresente um cronograma de cumprimento da obrigação a seu cargo. A fim de evitar a interposição de agravo regimental, submeto esta decisão ao referendo da Seção. Intimem-se. 7. A Petrobrás é sucessora da Interbrás para os fins do recentíssimo parecer do Advogado Geral da União acima citado, bem como legítima as pretensões deduzidas no que se refere à readmissão nas classes/padrão que deveriam estar ocupando acaso não tivesse sido revogada a anistia anteriormente concedida. 8. O art. 42, § 3º, do CPC, coloca uma pá de cal na suposta ilegitimatio ad causam da Petrobrás, por isso que a decisão mandamental deve ser cumprida, tanto mais que assente em manifestação judicial transitada em julgado. 9. Hipótese em que, os exeqüentes desde o início da execução informaram o descumprimento da decisão judicial no que se refere à readmissão dos impetrantes na classe/padrão que deveriam ocupar acaso não editada a Portaria n.º 116/2000, cuja anulação foi decretada no writ, revelando-se incontroverso o fato de que a Petrobrás limitou-se em afirmar, em seus inúmeros petítórios, que teria cumprido integralmente o decisum porquanto já admitidos todos os anistiados, sem nada mencionar acerca da classe/padrão dos cargos em questão. 10. Consectariamente, e nos termos do voto-vista da Ministra Eliana Calmon, proceda-se à obrigação de fazer nos termos daquela manifestação sufragada à maioria assim sintetizada: a) a obrigação de fazer ainda não foi inteiramente cumprida, conforme noticiam os exeqüentes e o Contador, permissa venia não terá a mínima condição de cumprir a determinação contida no julgado. Ora, se os impetrantes ingressaram em uma nova empresa, para serem reintegrados nas mesmas condições dos cargos que exerciam na empresa extinta, será necessário fazer-se um cotejo do antigo quadro da INTERBRÁS com os quadros da PETROBRÁS, verificando-se, a partir daí, os índices salariais, o que me parece só possível por arbitramento, se as partes não chegarem a um denominador comum; b) está explicitado que os efeitos

legislação material civil insista em não explicitar tal modalidade classificatória.

Faz-se imprescindível esclarecer que, no caso de inadimplemento na prestação pecuniária, quando este decorrer da perda do dinheiro, seja por desaparecimento ou perecimento das notas, por sair a moeda de circulação, como também por insolvência ou falência do devedor, continuará o devedor obrigado a adimplir a obrigação. Ela não se resolve, independente de ter havido culpa ou não do devedor.

Já que o CPC está mais técnico na matéria, pois trata especificamente a Obrigação de Pagar Quantia Certa, seria bastante razoável que se incorporasse formalmente tal classificação na legislação material positivada.

Desta forma, CC e CPC estariam em harmonia e a tutela específica do art. 475 encontraria respaldo na lei material, como ocorre com as obrigações de dar e de fazer.

8. Considerações Finais

Conclui-se, diante do que fora aqui estudado e analisado, que a modalidade obrigacional referente à entrega de dinheiro deve ser explicitada, em modalidade autônoma, no CC, classificando, assim, definitivamente, as dívidas pecuniárias (incluindo as de valor, remuneratórias e de interesse), sendo preciso também disciplinar expressamente cada uma de suas peculiaridades.

Com a classificação expressa da prestação pecuniária, o livro do Direito das Obrigações finalmente disporá sobre uma matéria imprescindível para a sociedade brasileira, que tem o dinheiro como principal meio de troca.

Posto isto, reafirma-se que se deve sempre buscar a correspondência entre lei processual e substancial.

Assim, inserindo dispositivos específicos no Código Civil brasileiro sobre as prestações pecuniárias, pode-se elencar cinco conseqüências lógicas:

- a) reconhecer-se-ia a autonomia conceitual das obrigações de pagar;
- b) o dinheiro finalmente seria classificado expressamente na legislação;
- c) far-se-ia a distinção entre as diversas dívidas em dinheiro;
- d) o CPC e o CC estariam em harmonia quanto a tal matéria;
- e) a questão do inadimplemento nas obrigações de pagar quantia seria definido em lei material, como ocorre nas obrigações de dar, de fazer e de não fazer.

São essas as conclusões deste artigo.

9. Referências

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 23. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. 2.v. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista

financeiros da reintegração pela Lei da Anistia só se faz pertinente a partir da data da reintegração. Assim sendo, a PETROBRÁS só se obriga ao pagamento dos salários a partir da reintegração; c) a obrigação de fazer é inteiramente da PETROBRÁS, porque assim aceitou a empresa ao ser oficiada pela UNIÃO, por intermédio da Ministra das Minas e Energia; d) de referência à obrigação de pagar as importâncias retroativas, concordo com o relator. Embora sejam verbas devidas há tempo, como conseqüência de um ato desfeito por via mandamental, é possível a certificação pelo writ e a sua execução como título judicial, mas seguindo-se as normas do CPC; e) a execução de pagar em decorrência do desfazimento do ato administrativo que anulou a anistia erroneamente não pode ser imputada à PETROBRÁS, só responsável pela reintegração e pelos pagamentos salariais a partir do reingresso, correndo por conta da UNIÃO a obrigação de recomposição de valores. Nesse ponto, portanto, certa a exceção de pré-executividade; f) para que se faça a obrigação de pagar é necessário que sejam os valores apresentados pelos exeqüentes mediante memória discriminada de cálculo, considerando o tempo decorrido da data do ato de cancelamento das anistias à data da reintegração, tomando-se como parâmetro os valores salariais obtidos quando houve a reintegração. Daí porque determinei que só se fizesse a execução de pagar após solucionada a obrigação de fazer. A simples remessa dos autos ao Contador não solucionará a questão porque até agora se desconhece a base; g) embora a UNIÃO tenha integrado a lide e nela figurado como executada, iniciando-se a execução da obrigação de fazer, é imprescindível que ela seja citada para manifestar-se sobre os cálculos apresentados. 11. Decisão rejeitando a exceção de pré-executividade parcialmente mantida. 12. Agravo regimental parcialmente provido." (Superior Tribunal de Justiça, AgRg na ExeMS 7200 / DF, AGRAVO REGIMENTAL NA EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0168840-1, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114), Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 26/11/2008, Data da Publicação/Fonte DJe 11/03/2009)

dos Tribunais, 2008.

MENDONÇA Junior, Delosmar. **A tutela mandamental como manifestação do princípio constitucional da efetividade do processo. Em Estudos do direito processual civil.** Coordenado por Luiz guilherme marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações.** 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavearez da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações.** 2. v. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

VENOSA, Sílvio. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TERCEIRIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RESUMO: A responsabilidade trabalhista da administração pública no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador tem ensejado ampla discussão, abrangendo, inclusive, a interpretação acerca do artigo setenta e um, parágrafo primeiro, da chamada Lei de Licitações (Lei n.8.666, de vinte e um de junho de 1993). No âmbito jurisprudencial, O Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n.331, tratando o inciso IV acerca da responsabilidade do tomador público. Juristas posicionam-se diferentemente, existindo, pois fundamentos diversos acerca da matéria. Em recente decisão, datada de 24 de novembro de 2010, o excelso Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em ação declaratória de constitucionalidade nº16, declarando a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei nº8.666, de 1993, o que ocasionou, em conseqüência, a alteração da redação da supracitada Súmula nº331 do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho modificou o inciso IV e acrescentou outros dois incisos, sendo que o inciso V trata da responsabilidade do ente público, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Ali consta que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. O elemento culpa passou a ser, portanto, condição para a caracterização da responsabilidade da administração pública, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, existindo divergência sobre o tema acerca do ônus da prova. Pela ressalva do presidente do STF, no julgamento da ADC n.16, caberá ao juiz do trabalho decidir, em cada caso concreto, levando em consideração os elementos fáticos-probatórios existentes nos autos sobre a culpa da Administração pública no cumprimento dos deveres impostos pela Lei de Licitações.

Palavras chaves: Terceirização. Responsabilidade da Administração Pública. Lei n.8.666/93. Decisão do Supremo Tribunal Federal - ADC n.16. Súmula n.331, do C.TST.

Sumário: 1.Introdução; 2.Conceito e Classificação de Terceirização; 3.Discussão. Entendimentos; 4. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.16; 5.Súmula n.331, inciso V, do TST; 6.Considerações Finais; 7.Referências.

1. Introdução

Este artigo jurídico trata da responsabilidade trabalhista da administração pública no caso de terceirização lícita, abordando seus diversos entendimentos. A escolha do tema visa contribuir para uma melhor compreensão do atual posicionamento de nossos Tribunais sobre a matéria no âmbito dos operadores do direito do trabalho. Pretende este trabalho demonstrar a interpretação da aludida responsabilidade do tomador público em face de recente decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face da Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, em vinte e quatro de novembro de 2010.

O primeiro capítulo tem como objetivo conceituar e classificar a terceirização, surgindo a partir daí a prevista na Súmula n.331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

No segundo capítulo apresenta as diversas interpretações seguidas por doutrinadores sobre a responsabilidade trabalhista do ente público nos casos de terceirizações lícitas.

No terceiro capítulo analisa a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei de Licitações.

ANA LUISA AGUIAR DE SOUSA,
Juíza Titular de Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.
Pós-graduada lato sensu em Direito do Trabalho pelo JUS-PODIUM/BA.

No quarto capítulo revela a principal consequência da supramencionada decisão do excelso STF consubstanciada na alteração da redação da Súmula n.331 do Egrégio TST.

O último capítulo discorre sobre a interpretação atual da responsabilidade trabalhista da administração pública no caso de terceirização lícita, inclusive na parte processual de ônus da prova.

2. Conceito e classificação de terceirização

O tema tem como centro a terceirização. Segundo leciona o jurista Maurício Godinho¹ a terceirização é o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador, resultando esta expressão de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário e interveniente.

Os autores Alice Monteiro de Barros² e Maurício Godinho classificam as terceirizações como lícitas e ilícitas. Aquelas são as previstas na Súmula n.331 do Tribunal Superior do Trabalho, ressaltando que as das Leis nºs 6.019/70 e 7.102/83 já constam no entendimento jurisprudencial. Maurício Godinho Delgado esclarece, ainda, que no caso do inciso III da citada Súmula, a terceirização somente será lícita se houver ausência de pessoalidade e subordinação. Ilícitas são todas as terceirizações sem o amparo da Súmula n.331 do TST.

3. Discussão doutrinária. Entendimentos

Sobre a responsabilidade da administração pública nas hipóteses de inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho consubstanciou seu entendimento através da Súmula n.331, no inciso IV “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art.71 da Lei n.8.666/93). A despeito da edição desta Súmula, a matéria continua suscitando ampla discussão, existindo, ainda, entendimentos diversos.

Bianca Lobato³ posiciona-se no sentido que não há dispositivo na Lei de Licitações (Lei n.8.666/93) e Contratos Administrativos que confira ao Poder Público, na celebração de contrato de prestação de serviços, o dever de acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada.

Há os defensores do não reconhecimento da responsabilidade do tomador público, com fulcro no artigo 71, parágrafo primeiro da Lei de Licitações sob o fundamento que a mesma prevê expressamente a exclusão da responsabilidade da administração pública nos casos de inadimplemento da empresa prestadora de serviços contratada por licitação pública. Tem, ainda, uma corrente que entende que a Lei n.8.666/93 é inconstitucional, nos termos do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal de 1988.

Maria Sylvia Di Pietro⁴, por sua vez, vislumbra que o artigo 37, parágrafo sexto, da Lei Maior não colide com o disposto no artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei de Licitações e, em consequência, a Administração Pública não responde pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, já que a regra especial revoga a regra geral. Alice Monteiro de Barros⁵ entende que a responsabilidade do ente público decorre da teoria da culpa *in eligendo* e *in vigilando* quando da não fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, com base nos artigos 186, 927, 932, inciso III e 942 do Código Civil.

Ilse Marcelina Bernadini Lora⁶ sustenta que o artigo 71 parágrafo primeiro, da Lei n.8.666/93 ofende ao princípio da dignidade e da valorização do trabalho e do trabalhador insculpidos na Constituição Federal de 1988, comprometendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O tema, contudo, atualmente, ganha novo contexto com recente decisão do excelso Supremo Tribunal Federal.

4. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.16:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666, de 1993. Sublinhe-se que o mencionado dispositivo estatui que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Naquela ocasião, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso⁷ destacou que o resultado do julgamento “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade

1. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr.2004, p.438-442.

2. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr.2005, p.432-429.

3. LOBATO, Bianca. *A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos para terceirização de serviços*. In: Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - Belo Horizonte, ano 9, n.98.

4. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*.10.ed. São Paulo: Atlas, p.424-425.

5. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr.2005, p.427-428.

6. LORA, Ilse Marcelina Bernardini. *Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços*. In: Trabalho em Revista- Encarte Curitiba: Decisório trabalhista, n.137, p.4.530-4.547.

7. “Notícias”. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 03 ago.2012.

com base nos fatos de cada causa”, “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”, observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o Ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União. Assim com decisão da ADC n.16-DF os entes públicos não estão completamente isentos de responsabilidade pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviço. Em cada caso concreto, caberá ficar provado nos autos que houve culpa no cumprimento dos deveres impostos à Administração pública pela Lei de Licitações.

Esta decisão do STF trouxe conseqüências no âmbito jurisprudencial trabalhista e, como reflexo, nas decisões dos Tribunais.

5. Súmula n.331, inciso V, do C.TST:

Com base no recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho modificou o inciso quarto e acrescentou outros dois incisos, encontrando-se assim redigido o inciso V “Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item quarto, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

Na interpretação da aplicação da mencionada Súmula, ensina o professor Sérgio Pinto Martins⁸ que não há como se fazer qualquer menção à possível culpa objetiva da Administração Pública, pois incabível no caso, e dessarte o ônus da prova incumbe àquele que fizer alegações em juízo, a respeito da existência ou inexistência de determinado fato, de acordo com o regramento previsto no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, sendo que essa orientação deve ser complementada pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, por não ofender o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, a jurisprudência⁹ acompanha o entendimento acima, como exemplificado a seguir :

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. O excelso STF concluiu, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cujo acórdão ainda pende de publicação, que os artigos 1º, IV, e 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não contrariam a diretriz traçada pelo artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao menos no que tange à completa irresponsabilidade civil da Administração Pública pelos danos causados pelas empresas unidas em licitações contra seus próprios empregados. **Para adequar sua jurisprudência ao entendimento do excelso STF, o TST, em sessão plenária de 25/05/2011 acrescentou o item V à Súmula 331 do TST, assentando que os entes da administração pública direta e indireta serão subsidiariamente responsáveis caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93. No caso, o quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional não permite concluir pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.** Nesse contexto, não há como atribuir responsabilidade subsidiária à PETROBRAS impondo-se a sua exclusão da lide. Recurso de revista conhecido e provido.

Constata-se, pois que acima foi consolidado o entendimento no sentido que compete a parte autora o ônus da prova da existência de culpa da administração pública, nos termos do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (fato constitutivo do direito do autor).

Há, todavia, entendimento diverso quanto à questão do ônus da prova, no sentido que compete à Administração pública comprovar nos autos que agiu conforme a Lei de Licitações na medida em que lhe é imposto o dever de fiscalizar os contratos administrativos.

6. Considerações finais

Ao longo do presente artigo jurídico verificou-se que o tema da responsabilidade da Administração pública nos contratos terceirizados relativos às dívidas trabalhistas que a empresa interposta possua com seus empregados apresenta entendimentos diversos, principalmente na interpretação do artigo 71, parágrafo primeiro da Lei de Licitações, embora no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho a matéria tenha sido sumulada através do entendimento consubstanciado na Súmula n. 331, inciso IV. Com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.16 e conseqüente alteração da Súmula nº331 do C. TST, que acrescentou o inciso V, conclui-se que o elemento culpa mostra-se como condição para a caracterização da responsabilidade da administração pública, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, existindo, no campo processual divergência quanto ao ônus da prova

8. MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 13ªed. São Paulo: Atlas: 2005, p.84.

9. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*.RR-82500-08.5.21.0011.Relator:Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires. Publicado no DOU de 10 de junho de 2011.

da conduta culposa do tomador público.

7. Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed.São Paulo: Ltr, 2005.

BOMFIM, Benedito Calheiros; SANTOS, Silvério dos. **Dicionário de Decisões Trabalhistas**. 35.ed.Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 23 ago.2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 04 set.2012.

BRASIL. **Lei n.8.663**, de 21de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 02 set.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-82500-08.2008.5.21.0011**. Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires. Publicado no DOU de 10 de junho de 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.[

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 13 ed. São Paulo: Atlas: 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed.São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**, 2ªed., RT.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**.10.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: Ltr, 1995.

COMO COMPATIBILIZAR A ATIVIDADE LABORAL DESPORTIVA DO MENOR COM O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de reconhecer a atividade do menor no futebol como uma manifestação artística, além de demonstrar que essa relação não se insere na vedação constitucional ao trabalho do menor, sendo, portanto, admitida pelo ordenamento jurídico. Ele se propõe a demonstrar os inúmeros benefícios advindos dessa atividade desportiva quando desempenhada pelos menores, tanto sob a égide do desenvolvimento físico, quanto o moral. A relevância desse trabalho está embasada na necessidade de fomentar a discussão jurídica em torno da atividade do menor exercida no futebol e no reconhecimento desta como uma relação eminentemente laboral. Apenas com o fomento desse debate e o reconhecimento da comunidade moderna da existência dessa atividade trabalhista é que o ordenamento jurídico pode organizar mecanismos para coibir a exploração dos jovens e regular os vínculos desses menores com as entidades de prática desportiva, de modo a, efetivamente, tutelar os direitos fundamentais dessas crianças e adolescentes. Compatibilizar o labor desportivo do menor com a proteção integral do desenvolvimento desses menores não é difícil. Basta que sejam seguidas as exigências já previstas nas disposições legais e que sejam regulamentadas as atividades desenvolvidas pelos jovens nas entidades de prática desportiva.

Palavras-chave: Tutela jurídica ao trabalho do menor. Trabalho artístico do menor no futebol. Exceção à vedação constitucional.

1. Introdução

Nos últimos anos a sociedade tem presenciado a intensificação de debates jurídicos e sociais no que tange à temática do trabalho infantil artístico. Nesse ínterim, a atividade laboral desportiva de menores tem também ganhado notoriedade na comunidade jurídica, pois, ao invés de fechar os olhos à essa realidade, como se vinha fazendo até então, os juristas resolveram admitir a existência desse labor e buscar a regularização dessa atividade com a finalidade de efetivar a tutela dos direitos das crianças e adolescentes que estão envolvidos nesse conflito. A sociedade não poderia, por muito mais tempo, ignorar a existência dessa atividade laboral que já está há muito arraigada nas comunidades modernas. A história demonstra que ignorar essa realidade social proporcionou aos menores apenas a falta de respeito a todos os direitos que ordenamento jurídico lhes assegura.

Rotular essa atividade dos menores como puramente benéfica ou maléfica se mostrou impossível; generalizar o tratamento despendido pelos clubes aos menores é comprovadamente um erro; ponderar os elementos negativos e positivos que podem advir desse labor se afigura como sendo o avanço que se espera da comunidade jurídica.

2. Da previsão do trabalho desportivo do menor

Hodiernamente, diversas legislações dispõem acerca da proteção ao trabalho do menor em seus ordenamentos. A percepção da importância do pleno desenvolvimento desses jovens culminou em uma mudança na mentalidade do legislador que passou a demonstrar a necessidade premente de tutelar os direitos desses cidadãos do futuro em suas Cartas.

No plano interno, a edição da Constituição Federal de 1988, da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e com o advento da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que alterou o art. 7º, XXXIII da CF ora vigente, o ordenamento jurídico pátrio passou a ter instrumentos contundentes para combater o trabalho precoce prejudicial ao pleno desenvolvimento dos menores.

No entanto, a legislação brasileira é reflexo das normas editadas nas convenções da Organização Internacional do Trabalho, mundialmente reconhecidas, que traduzem a perspectiva internacional de abolir o trabalho infantil prejudicial ao pleno desenvolvimento dos jovens. Essas normas demonstram, em verdade, o objetivo desse organismo em obstar o trabalho com fins em possibilitar o amadurecimento adequado aos jovens.

A Convenção n. 138 da OIT, em especial, traduz expressamente a autorização para a atividade laboral do menor quando o jovem estiver buscando sua profissionalização e, concomitantemente, não houver malefícios ao pleno desenvolvimento dos menores. Essa norma também prevê expressamente a autorização ao desempenho de atividades artísticas por crianças e adolescentes.

**Renata Tavares
de Alcântara,**

**Bacharela em Direito pela
Faculdade de Direito da
Universidade Federal da
Bahia em 2012; Advogada
do Escritório Poli e Carvalho
Advocacia Associada.
Monitora do Curso de Pós-
graduação em Direito do
Trabalho e Processo do
Trabalho do JusPodivm.**

2.1 A Convenção n. 138 da OIT

A Convenção n.138 de 1973, considerando todas as convenções anteriores que disciplinavam idades mínimas para admissão no trabalho, dispôs que os países que a ratificassem deveriam especificar uma idade mínima para admissão de jovens em qualquer atividade laboral.

Como cada uma das convenções anteriores estabeleciam idades mínimas de labor para os jovens em cada grupo econômico específico, a 138 objetivava concentrar, em um único instrumento, limites gerais de idade mínima para o trabalho que pudessem ser adotados de modo uniforme pelos estados-membros.

Ficou perceptível com a edição dessa Convenção a frequente preocupação da OIT em resguardar a escolaridade do adolescente. A escola deve ser sempre priorizada, mesmo quando houver exercício de alguma atividade laboral por parte do menor¹.

A OIT exigiu que os signatários se comprometessem a criar políticas que assegurassem a efetiva abolição do trabalho infantil e elevasse, progressivamente, a idade mínima para a admissão no trabalho.

Dentre outras diretrizes, a OIT determinou que, no que tange às formas intoleráveis de labor infanto-juvenil, elas precisavam efetivamente ser abolidas. Caso a atividade pudesse ser prejudicial à saúde, segurança ou moral do jovem, a idade mínima para o labor não poderia ser inferior aos dezoito anos.

Admitiu até que leis ou regulamentos do país signatário pudessem autorizar o trabalho a partir dos dezesseis anos, desde que estivessem asseguradas a saúde, segurança e moral dos jovens. Para que fosse admitido esse labor, seria necessário também que a esse adolescente fosse proporcionada instrução ou formação adequada e específica àquela atividade.

O que a OIT objetivou foi permitir que os jovens pudessem se profissionalizar naquele labor de modo que, ao chegar à vida adulta, eles já tivessem um ofício a cumprir, capaz de permitir-lhes o sustento.

Essa Convenção determinou que a aplicação de seus dispositivos poderia ser excetuada nos casos em que o labor restasse direcionado para a educação ou formação do jovem, segundo inteligência do seu art. 6º, *in verbis*:

Artigo 6º

Esta Convenção não se aplica a trabalho feito por crianças e jovens em escolas de educação profissional ou técnica ou em outras instituições de treinamento em geral ou a trabalho feito por pessoas de no mínimo 14 anos de idade em empresas em que esse trabalho é executado dentro das condições prescritas pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, onde as houver, e é parte integrante de:

- a) curso de educação ou treinamento pelo qual é principal responsável escola ou instituição de formação;
- b) programa de treinamento principalmente ou inteiramente numa empresa, que tenha sido aprovado pela autoridade competente, ou
- c) programa de orientação para facilitar a escolha de uma profissão ou de uma linha de formação.

Deste modo, a compreensão de que a Organização Internacional do Trabalho, ao determinar a limitação aos Estados para o trabalho dos seus menores, objetivava permitir o desenvolvimento saudável desses indivíduos e evitar os malefícios advindos de uma relação laboral precoce é evidente.

No momento em que a atividade dos jovens se propõe a oferecer a eles uma profissionalização, a própria OIT admite que essa atividade pode trazer benefícios aos jovens e, por isso, não deve ser vedada pelo poder público. Baseado em estudos da própria Organização Internacional do Trabalho, segundo entendimento de Ligia Maio Gagliardi Curley², a experiência da OIT mostra que em algumas atividades, desde que devidamente regulamentadas, a sua prática pode até mesmo ensejar efeitos benéficos para as crianças, particularmente quando possibilitam uma formação profissional ao jovem.

O art. 7º da mesma norma dispõe que, em alguns casos, o próprio ordenamento jurídico interno do país signatário pode permitir que crianças com idade inferior a quatorze anos possam realizar atividade laboral, desde que preencha certos requisitos, segundo exposto abaixo:

Artigo 7º:

1. As leis ou regulamentos nacionais podem permitir o emprego ou trabalho de jovens entre 13 e 15 anos em serviços leves que:
 - a) não prejudiquem sua saúde ou desenvolvimento e
 - b) não prejudiquem sua frequência escolar, sua participação em programas de orientação profissional ou de formação aprovados pela autoridade competente ou sua capacidade de se beneficiar da instrução recebida.
2. As leis ou regulamentos nacionais podem permitir também o emprego ou trabalho de pessoas de, no

1. OLIVEIRA, Oris de. **Trabalho e Profissionalização de Adolescente**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 128-129.

2. CURLEY, Ligia Maio Gagliardi. **A proteção internacional dos direitos humanos e o trabalho infantil**. Revista do Ministério Público do Trabalho, n. 29. Brasília: Ltr, 2005.

mínimo, 15 anos de idade e que não tenham ainda concluído a escolarização compulsória, em trabalho que preencha os requisitos estabelecidos nas alíneas a) e b) do parágrafo 1º deste artigo.

3. A autoridade competente definirá as atividades em que o emprego ou trabalho pode ser permitido nos termos dos parágrafos 1º e 2º deste artigo e estabelecerá o número de horas e as condições em que esse emprego ou trabalho pode ser exercido.

4. Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Estado-membro que se tiver servido das disposições do parágrafo 4º do artigo 2º poderá, enquanto continuar assim procedendo, substituir as idades de 13 e 15 anos no parágrafo 1º pelas idades de 12 e 14 anos e a idade de 15 anos do parágrafo 2º deste artigo pela idade de 14 anos.

Hélio Mário de Arruda³ também concorda que a OIT considera que a participação dos menores na atividade econômica pode ser benéfica senão for prejudicial à sua saúde, ao seu desenvolvimento ou aos seus estudos. O trabalho em serviços leves que também não prejudique a frequência escolar é autorizado pela Convenção n. 138, na faixa entre 13 e 15 anos de idade desde que concluindo o ensino obrigatório (art.7º).

Houve ainda uma exceção expressa do trabalho do menor, disposta no art. 8º da Convenção n. 138, consignada na exceção à proibição do trabalho infantil quando sua atividade estiver relacionada à participação em representações artísticas. Nesse caso, quando o jovem estiver vinculado a realização de trabalho infantil artístico há o permissivo constante no art. 8º, item 1, que prevê que, *in verbis*:

“A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, podem, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções à proibição de emprego ou trabalho disposto no artigo 2º desta Convenção, para fins tais como participação em representações artísticas.”

O dispositivo citado permite que, após a devida autorização, a criança ou o adolescente possa realizar o trabalho artístico. Com efeito, a disposição do art. 8, item 2 da Convenção OIT n. 138 assim está vazada:

“As permissões assim concedidas limitarão o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado.”

É evidente, portanto, que a OIT permitiu o trabalho artístico realizado por crianças e adolescentes desde que nessas atividades sejam observadas garantias mínimas referentes à jornada de trabalho (inclusive o tempo para ensaio); horário de desenvolvimento da atividade (de forma a não prejudicar o aproveitamento escolar), remuneração, meio-ambiente de trabalho, entre outros elementos que deverão ser fixados na licença a ser fornecida pela autoridade competente.

A doutrina⁴ reconhece também a interpretação de que diante de atividades artísticas, dentre elas a desportiva, a OIT permite o labor do menor fora dos parâmetros etários determinados genericamente na legislação, e é diante desta realidade que crianças e adolescentes desenvolvem suas atividades laborais artísticas.

É perceptível, portanto, que o ordenamento jurídico não intentou obstar a atividade desportiva do menor. Em muitos casos a prática dessa atividade traz muitos benefícios aos jovens que a praticam.

3. Benefícios da prática desportiva para os menores

O futebol encanta multidões, fascina seus fãs e movimenta vultosas massas de dinheiro. Sustentáculo da imagem do país no exterior e alicerce da autoestima do povo brasileiro, o futebol, seja como mobilizador de grande parte da população, seja como modelador de comportamentos, fomenta orgulho e patriotismo sem igual em nenhuma outra modalidade desportiva.

Além dos salários elevados, o crescente foco midiático atribuído a esse esporte fez com que seus atletas passassem a ser vistos como celebridades em todo o mundo e, em sendo ídolos, crianças e adolescentes começaram a buscar seguir seus mesmos caminhos.

O futebol é uma atividade extremamente completa, tendo características desportivas, profissionais, artísticas e de entretenimento. Independentemente de ser sob o aspecto profissional, educativo, recreativo ou qualquer outro, o futebol interfere na formação do cidadão, figura como atividade física proveitosa e ainda proporciona o lazer aos seus praticantes.

Ele tem um incrível caráter disciplinador, sendo indispensável para ensinar valores morais e éticos a todos àqueles que o praticam. Esse caráter disciplinador, no entanto, é muito mais latente quando os focos são as crianças carentes, pois estas, na maioria dos casos, não têm uma estrutura familiar sólida que possa lhes proporcionar a educação adequada. Nesses casos, por mais que esses jovens tenham tido educação deficitária, o futebol figura como complemento da

3 ARRUDA, Hélio Mário. **A idade mínima do trabalhador adolescente no Brasil nas diversas modalidades de trabalho.** Suplemento especial “O Trabalho” de Doutrina em Fascículos, Curitiba, n. 165, novembro 2010, p. 5868- 5875.

4 MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho Infantil Artístico: proibições, possibilidades e limites.** In: Revista do Ministério Público/ Procuradoria-Geral do Trabalho, Ano XIX, n. 38. Brasília: Ltr, 2009.

educação desses meninos, pois é inerente da sua prática a atribuição de responsabilidade, disciplina e tranquilidade de seus jogadores.

O futebol é também um esporte passível de resguardar a criança e o adolescente da população pobre das perversidades das ruas, pois, praticando o futebol, os jovens têm menos tempo para a ociosidade. Muitas vezes o futebol é um forte mecanismo para retirar os jovens da marginalidade, dando um direcionamento e uma oportunidade aos milhares de jovens do Brasil.

Para as famílias menos abastadas, onde a educação de qualidade sempre se mostrou inacessível, o futebol abre portas a que os menores e seus genitores acreditem que ele é uma das melhores opções de conquistar espaço e fama. Jogar futebol se tornou uma possibilidade de mudar a sua realidade social e a de sua família, além de se distanciar do mundo das drogas e do crime, muitas vezes o destino de inúmeras crianças pobres.

É um enorme ganho para a sociedade quando o esporte consegue concretizar essa política pública que o Estado não tem interesse em fazê-lo. O que realmente importa é que, cada vez mais, o futebol proporciona uma redução drástica dessa triste realidade que abate milhares de jovens do país.

Malgrado os atletas mirins treinem objetivando, primeiramente, alcançar um espaço de destaque na mídia e no mundo do futebol, é sabido que apenas em um número de casos restritos o menino conseguirá a fama. No entanto, não se pode querer criar óbice à prática desse esporte aos menores tão somente sob alegação de que muitos deles ficam frustrados em não conseguir alcançar o objetivo precípuo.

As decepções não são conseqüências inerentes apenas do não êxito no futebol. O fracasso é um sentimento presente em qualquer atividade que possa ser desempenhada por um ser vivo, seja criança ou não. Não é incomum que um animal fracasse na sua caça e nem por isso ele desenvolve em razão disso um processo depressivo.

Com em qualquer outra profissão do mundo pode acontecer de o trabalhador não conseguir alcançar seus objetivos do jeito que planejou. Diversos jovens procuram profissionalização em cursos do sistema S e não conseguem um emprego. Diversos jovens buscam fazer um curso superior e não conseguem encontrar uma atividade prazerosa na sua área, sendo obrigado a aceitar outras oportunidades que a vida lhes apresenta.

Nas mais diversas áreas profissionais há a competitividade e a derrota. E mais, em qualquer atividade da vida as pessoas precisam aprender a perder a estar integralmente competindo com outras, independentemente da idade de cada um.

É uma imaturidade idealizar que há a possibilidade de proteger as crianças e os adolescentes dessas suas situações. Pior ainda é acreditar que certos aprendizados não são positivos para uma criança em formação. Não se pode querer ensinar aos menores um mundo irreal, afinal, nem sempre a vida se apresenta sorrindo.

A competição e o sentimento da perda estão em todos os lugares e isso faz com que qualquer ser humano aprenda a buscar os seus objetivos com força e determinação, reconhecendo que o resultado pode não ser o esperado.

A competição começa desde a gestação, quando os menores ainda nem são nascituros e os espermatozoides lutam para fecundar o óvulo. É uma pena, mas apenas um destes fecundará o óvulo e os demais são indiferentemente expulsados pelo organismo.

Os jovens e suas famílias devem reconhecer que pode ser que ele não consiga um contrato milionário, e muitos deles não conseguem, mas há chances de ele conseguir ganhar mais do que um salário mínimo e sustentar sua família. É possível também que nem isso ele consiga, mas o só fato de ele ter tentado e buscado melhorias de vida e de ter tido uma oportunidade de conseguir realizar esse sonho não pode ser abandonado.

Não se pode retirar essa oportunidade na vida de milhões de jovens apenas pelo fato de, percentualmente, um número diminuto de menores obterem êxito profissionalmente.

4. Fenômenos do futebol: a vida de atletas mirins que deram certo em cotejo com o exército de menores que são diariamente relegados pelos clubes

O futebol é uma paixão mundial que está atrelada a muitos outros sentimentos dispares. O futebol motiva sensações extremamente antagônicas, possibilitando um forte debate acerca do seu produto final: e ele é positivo ou negativo? Num país onde a educação sempre foi uma realidade muito distante das crianças mais carentes e as escolas públicas são quase sempre precárias, não é incomum que meninos ainda com pouca idade sejam empurrados para o mercado de trabalho para ajudar no sustento de suas famílias.

O futebol, então, é uma realidade para esses jovens da periferia, além de ser também uma das poucas opções de lazer das crianças. A facilidade de praticar o esporte, a falta de oportunidade na vida, tanto de lazer quanto de profissão, o apelo midiático, dentre outros aspectos acabou por empurrar muitos jovens para os gramados. Crianças e adolescentes que, como muitos brasileiros, amam o futebol, começaram a fazer daquele desporto o sonho para conquistar ascensão social. Ocorre que, como em todo esporte, a dedicação do atleta precisa se dar desde a infância. Em regra, com aproximadamente 10 anos de idade as crianças já estão realizando testes em clubes, restringindo sua alimentação

e vida pessoal em prol de um bom desempenho nos campos. Alguns jovens abandonam suas atividades escolares ou as cumprem de modo negligente, privilegiando apenas sua atividade desportiva.

A realidade da vida no futebol, no entanto, é muito diferente daquela que é retratada diariamente pela mídia. Infelizmente, a maioria dos meninos que realiza os testes nos clubes e treinam duro por uma melhor qualidade técnica não conseguem alcançar o futebol profissional. Menor ainda é parcela daqueles que chegam a ficar milionários nesse esporte.

Muitos jovens permanecem tentando uma oportunidade por muitos anos, formando um exercito de reserva para o capital futebolístico. Há muito mais procura do que oferta de trabalho nesse ramo. As chances vão se afunilando cada vez mais e a tendência de êxito, com o aumento da idade desses meninos, vai diminuindo vertiginosamente. São milhares de meninos em cada novo teste em busca de serem descobertos por algum empresário ou olheiro de clubes. Todos eles ali querem conseguir um novo destino para as suas vidas e as de suas famílias. Pobres e com poucas perspectivas para seus futuros, eles têm o futebol como esperança de uma vida melhor.

Histórica e culturalmente os estudos não são uma possibilidade para o menino brasileiro! E não são por diversos motivos: seja porque eles não tiveram estímulo para isso, seja porque a educação é um benefício que além de custoso, somente se alcança a longo prazo. A vida difícil dessas crianças faz com que o futebol seja a única esperança. Muitos desses meninos são bons jogadores, mas no futebol é preciso muito mais do que isso. É preciso ser diferenciado, ter habilidade, jogar com graça e ainda ter sorte de ser descoberto por algum clube ou empresário. É preciso determinação, disciplina e responsabilidade. Poucos chegam à consagração do futebol.

Em uma reportagem⁵ do Esporte Espetacular, exibida no dia 30 de janeiro de 2011, o repórter Tino Marcos entrevistou diversos meninos que estavam participando de uma peneira em São Paulo. Era perceptível a vontade daqueles jovens de conseguir um espaço no futebol para ganhar dinheiro e poder ajudar suas famílias.

Na reportagem os meninos se emocionam, oram e pedem que tenham a sorte de serem notados por algum empresário para que a realidade de seus pais e irmãos mude. Reconhecem que há um longo caminho a se percorrer até que eles consigam chegar aonde eles tanto sonham. O pior é que eles também sabem que muitos deles jamais chegarão.

A reportagem mostrou também o cenário dos alojamentos desses menores. Enquanto nos grandes clubes se encontra uma boa infraestrutura, no interior é comum que os meninos improvisem camas no chão e guardem seus pertences dentro de caixas ao invés de terem armários. Algumas prefeituras disponibilizam as refeições, mas as carências são muitas.

A história desses meninos começa cedo, como a do menino Jean Carlos Chera⁶ que foi descoberto aos seis e reconhecido aos nove anos de idade. Jean, com apenas doze anos, já era um ídolo do Santos Futebol Clube. Cursando a oitava série, ele já dava autógrafos e era conhecido como a nova aposta do clube.

A vida de Jean é um exemplo. Sua família ainda hoje vive em função da carreira profissional do menino. Eles se transferiram para Santos por conta, inclusive, dos treinos de Jean. O irmão, ainda uma criança, já sonha em seguir os seus mesmos caminhos.

Jean, com apenas doze anos, já tinha uma vida cheia de responsabilidades e disciplina. Acordava cedo, ia para a escola e de lá o ônibus do clube o pegava para levá-lo ao treino.

Desde essa idade ele já tinha uma vida diferente da dos demais meninos de sua faixa etária. Dava entrevistas, pousava para fotos de uma revista e ainda recebia cerca de vinte mil reais por mês do Santos, entre salário e patrocínio. O clube também custeava a vida de sua família na cidade, pois pagava o aluguel da casa e pagava a escola particular de Jean. O menino já fazia planos até para a Copa do Mundo de 2014! Até lá serão anos de treino e dedicação ao futebol. O Santos tinha grandes planos para o jovem atleta, mas outros clubes, inclusive estrangeiros, costumavam fazer convites aos pais de Jean para levá-lo para a Europa.

O que nem a família, nem Jean se atentaram é que toda essa expectativa pode ser frustrada, pois Jean ainda é muito novo. Com essa idade, ninguém pode ainda dar certeza de que ele será um atleta profissional de sucesso. Muitos meninos que são estrelas enquanto estão nas divisões de base, por diversos motivos, nem chegam a fazer um contrato profissional.

Mesmo um garoto como Jean, que é tido como promessa pode não conseguir espaço no futebol. Pode ser que ele desista, ou que não consiga um bom desempenho físico ou técnico ou alguma outra adversidade da vida pode abatê-lo. Mesmo ganhando vinte mil reais, aos doze anos de idade, Jean ainda tem um longo caminho para tentar chegar ao futebol profissional.

5 MARCOS, Tino. **Conheça a história do olheiro Betinho e de meninos que sonham em serem descobertos**. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/videos/esporte-espetacular/v/conheca-a-historia-do-olheiro-betinho-e-de-meninos-que-sonham-em-serem-descobertos/1423002/#/edicoes/20110130/page/1> Acessado em 01 fev. 2011.

6 Informações retiradas de uma reportagem do programa Profissão Repórter da Rede Globo em 10 de jun. **JEAN CARLOS CHERA - O menino prodígio do Santos FC** 2008. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=n6-GZDmhtfg&feature=related> Acessado em 20 de out. 2012.

Não é muito difícil encontrar exemplos de meninos que desde criança treinam nos clubes do país. Outro exemplo visível é o de Phelippe Coutinho⁷, que desde os seis anos ele jogava futsal e, aos treze anos de idade conseguiu uma transferência para uma das categorias de base do Vasco da Gama.

Hoje ele já tem dezoito anos e, no ano passado, foi levado para o *Internationale de Milão*, um dos principais clubes europeus. Seu passe foi adquirido pela bagatela de 3,8 milhões de Euros em 2008, quando tinha apenas 16 anos de idade! O estímulo das famílias a esses garotos é notório. Mesmo as menos carentes, ao perceberem a habilidade de seus filhos, acabam por incentivar os treinos e procurar o bom desempenho do menino na carreira.

O exemplo do atleta Robinho⁸ é outro dentre aqueles que deram certo. Também descoberto nas quadras de futsal, Robson de Souza é filho de uma família humilde. Sua mãe era empregada doméstica e eles moravam num pequeno apartamento alugado, sofriam as limitações financeiras da contemporaneidade e contavam apenas com a solidariedade dos vizinhos.

Aos quinze anos ele começou a jogar futebol no Santos, na categoria de base do juvenil. Sempre teve muita habilidade, por isso, Robinho, durante toda a sua história, só não esteve jogando quando estava lesionado, pois sempre era titular.

Hoje Robinho já alcançou seu espaço no futebol; um espaço milionário. Ajudou a sua família, seus amigos daquele tempo em que ele era o mais necessitado. Ganha muito dinheiro, tem muitas facilidades. Constituiu família, tem mulher e filho e consegue ganhar a vida dignamente. É idolatrado por pessoas do mundo inteiro. Conheceu muitos países, morou em cidades de primeiro mundo e é internacionalmente conhecido apenas por fazer aquilo que ele sempre amou: jogar futebol!

E esse é o sonho de muitos outros meninos que tentam regularmente passar numa das peneiras dos clubes brasileiros. Vencer no futebol, ficar rico e realizar sonhos que apenas uma conta bancária recheada pode proporcionar. Muitos não conseguem realizá-lo, mas os que conseguem são crianças que saem das estatísticas cruéis da violência e da criminalidade. Foi assim com Nilmar⁹ também. Filho de um garçom que, sozinho, pagava as contas da casa, ele era a esperança de um futuro melhor para toda a sua família. Aos quinze anos de idade ele já tinha uma carreira no futebol brasileiro e dava os primeiros passos para o futebol Internacional.

A história de Luis Fabiano¹⁰ também é relevante para o estudo proposto. Era um menino levado, brigão na escola, agitado. A única atividade que dava prazer e tranqüilidade a ele era o futebol.

Ele não gostava de estudar, foi reprovado duas vezes na escola. Segundo a sua professora da época, Luis Fabiano era mal-educado, indisciplinado, agressivo. Apenas o futebol conseguia impor limites a ele.

Infância difícil, pais separados e sem perspectiva de futuro, Luis Fabiano treinava num campinho de barro perto de casa. Aos treze anos foi aprovado no time do Guarani, mas aos quatorze anos o clube o dispensou por desempenho insuficiente no clube.

Ao ser dispensado aos quatorze anos, Luis Fabiano ficou desestimulado e chegou a desistir do futebol. Começou a trabalhar numa oficina mecânica perto de casa, mas também não teve sucesso. Foi, então, também dispensado do trabalho. Uma nova oportunidade Luis Fabiano teve na Ponte Preta, de onde se fixou como atleta profissional de futebol. Não é nenhuma novidade, portanto, que o futebol na mesma medida em que beneficia na educação e amadurecimento de muitos jovens, é também causador de sensações como abandono, tristeza e frustração a tantos outros. O maior dos seus malefícios é criar em milhares de jovens no país expectativas de se tornar um jogador de sucesso e esse depois tornar-se apenas um sonho distante.

De qualquer modo, apesar de não darem certo como atletas de futebol, muitos meninos que tentam exercer profissionalmente essa atividade recebem uma educação de qualidade, noções de ética, disciplina e respeito que jamais conseguiriam ter no seio de suas famílias. A base educativa que o esporte pode proporcionar aos jovens, mesmo aqueles que têm suas expectativas frustradas, não pode ter sua importância minorada apenas em razão dos baixos índices do sucesso absoluto.

Quando não ocorre a profissionalização, o futebol perde um atleta profissional, mas a sociedade ganha mais um cidadão capaz e humano. Não vale a pena vedar essa atividade tão somente pelo receio do fracasso.

Deste modo, é impossível não identificar benefícios nessa atividade realizada pelo menor nos clubes de futebol.

7 Informações retiradas da reportagem do Globo Esporte. **Phelippe Coutinho, a promessa vascaína**. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=QwFZ09MpM4Q&feature=related> Acessado em 20 de out. 2012.

8 Informações retiradas de uma reportagem do Jornal Nacional da Rede Globo. **ROBINHO A História do Craque do SANTOS JN 24 05 2010**. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=RPelndFzfHo&feature=related> Acessado em 22 de set. 2012.

9 Informações retiradas de uma reportagem do Jornal Nacional da Rede Globo. **Jornal Nacional - Histórias dos Jogadores da Seleção Brasileira Nilmar**. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=pPxx4rxud08&feature=related> Acessado em 20 de jan. 2012.

10 Informações retiradas de uma reportagem do Jornal Nacional da Rede Globo. **Jornal Nacional - Histórias dos Jogadores da Seleção Brasileira - Luis Fabiano**. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=oJAlfIUkMRA&feature=related> Acessado em 20 de jan. 2012.

5. Como compatibilizar a relação de trabalho do menor no futebol com a tutela jurídica assegurada a esses jovens

O trabalho do menor, tendo em vista toda a tutela assegurada pelo ordenamento jurídico, precisa ser diuturnamente vigiado pelo Estado. Essa atenção especial objetiva que seja permitido a esses jovens o desenvolvimento saudável que eles merecem e precisam para se tornarem cidadãos de sucesso.

Por expressa determinação da OIT, a proibição contida no art. 7º, XXXIII da Constituição deve ser relevada quando se tratar de trabalho artístico infanto-juvenil devidamente autorizado pela autoridade judiciária. O Brasil, como já visto, é signatário da Convenção 138 que autoriza o desenvolvimento dessa atividade por qualquer cidadão, independentemente de limite etário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também permite. Por meio dessa lei o legislador assumiu seu interesse em admitir o labor artístico do menor, desde que haja controle por uma autoridade judicial que determine os limites desse trabalho, resguardando os interesses das crianças e adolescentes do país.

Desse modo, é perceptível que a Constituição Federal de 1988 não quis vedar o trabalho do menor em toda e qualquer atividade. O que o legislador quis foi evitar que aos menores fosse cerceado o direito ao desenvolvimento adequado, com educação, alimentação e saúde.

O que ele quis foi demonstrar que algumas atividades são absolutamente prejudiciais ao menor, seja por atrapalhar seu tempo de estudo, seja por obstar seu período de lazer, seja por prejudicar seu desenvolvimento físico, intelectual e moral. Ocorre que o futebol, como em toda atividade artística, se apresenta na antípoda desse pensamento. Basta fazer um estudo mais acurado acerca dessa atividade desenvolvida por menores para comprovar que são diversos os benefícios que crianças e adolescentes têm com esse treino.

Na maioria das vezes, são jovens que não tiveram acesso à escola enquanto moravam com seus pais e que, pelo fato de estar morando num clube, tem até sua frequência escolar exigida pela empresa. E mais, muitos clubes já têm um setor de assistência social que, além da frequência, exige que os meninos apresentem bom rendimento, sob pena de perderem os benefícios e a vaga na entidade de prática desportiva.

São, em sua grande parte, jovens pobres, que têm no futebol a única chance para alcançar um futuro profissional. Mesmo que as oportunidades sejam poucas, no universo onde a educação não é amplamente estimulada nem pelo Estado e nem pelo país, o futebol figura como esperança por um futuro melhor, longe das drogas e da marginalidade. Compatibilizar o labor desportivo do menor com a proteção integral do desenvolvimento desses menores não é difícil. Basta que sejam seguidas as exigências já previstas nas disposições legais e que sejam exaustivamente regulamentadas as atividades desenvolvidas pelos jovens nas entidades de prática desportiva.

O cumprimento da determinação constitucional de edição de autorização judicial, prevista no art. 227 da Constituição Federal, e na Convenção Coletiva da OIT, e o acompanhamento do Estado com relação a essas atividades realizadas pelos menores seriam suficientes para alcançar o objetivo do legislador, qual seja, evitar a exploração da mão-de-obra do menor.

Obviamente, não se pode confundir permissão do trabalho com a permissão à exploração do trabalho do menor, conforme afirma Rafael Dias Marques,

(...) deve-se fazer uma composição entre a Convenção da OIT e o Texto Constitucional, de forma que não se confunda a permissão com exploração (no sentido de uso abusivo do trabalho infantil). Não é à toa que a própria Convenção lança possibilidade de permissão em casos excepcionais, e ainda sujeito ao crivo da autoridade competente¹¹.

Ocorre, no entanto, que as garantias mínimas determinadas não estão sendo respeitadas. Não é incomum que os juízos que detém a competência de analisar as condições em que essa atividade será desenvolvida não tem se preocupado com os direitos dos menores antes de editar o alvará permissivo.

A maioria das autorizações para o trabalho artístico infantil desrespeita o que prevê o artigo 227 da Constituição Federal e a Convenção 138 da OIT. Malgrado elas devam seguir os critérios elencados na legislação, têm sido editadas de modo simplório sem respeitar os critérios trazidos na lei e assegurado a proteção para o exercício da atividade. Ao juízo competente cabe observar os requisitos legais na expedição do alvará, assegurando que o trabalho do menor possa ser desenvolvido sem causar prejuízo ao desenvolvimento biopsicossocial da criança, podendo as condições ser aferidas em laudo médico, psiquiátrico e psicólogo.

Deve ser analisado o caso concreto do requerimento formulado e os efeitos que podem advir ao menor, positivos e negativos. Caso reste evidenciado que à formação do jovem advirão benefícios da prática do labor desportivo, deverá ser autorizado o labor do menor, observando horário de trabalho, rendimento escolar, repouso, alimentação, frequência escolar, dentre outros elementos.

Não se pode admitir tão somente o desempenho dessas atividades como benéfica ou maléfica. Os malefícios gerados

11 MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho Infantil Artístico: proibições, possibilidades e limites**. In: Revista do Ministério Público/Procuradoria-Geral do Trabalho, Ano XIX, n. 38. Brasília: Ltr Editora, 2009.

no desempenho da atividade desportiva pelos menores decorrem da total falta de regulamentação do trabalho artístico da criança e do adolescente.

Caso houvesse regulamentação satisfatória, os clubes teriam que cumprir as determinações legais voltadas a assegurar o Princípio Constitucional da Proteção Integral das crianças e adolescentes. Assim os malefícios que são hoje questionados quando se quer vedar em absoluto o labor dos menores deixariam de existir ou, na pior das hipóteses, seriam minorados.

Os clubes não seriam negligentes com as condições em que os garotos são expostos. Teriam que proporcionar alojamentos dignos, alimentação, escolas de qualidade, horários curtos de treinos, remuneração condizente com a jornada dos menores, dentre outros elementos essenciais à proteção da atividade laboral dos jovens.

É necessária também a efetiva fiscalização dessas atividades. Fiscalização do cumprimento das autorizações judiciais concedidas individualmente e a fiscalização das condições em que os menores prestam suas atividades nas entidades de prática desportiva.

Faz-se necessária também efetivação de atividades simultâneas. A escola precisa participar desse processo, impedindo excessos por parte dos clubes e das famílias, comunicando as faltas da criança, a eventual queda de desempenho do menor e as melhorias que possam ter sido percebidas no desenvolvimento do jovem.

Diante da realidade advinda da prática do esporte pelos jovens, resta evidente a experiência desses menores no futebol tem sido positiva, e pode trazer muito mais benefícios do que já traz caso haja o respeito efetivo das determinações legais.

A depender das características individuais de cada jovem, idade, tempo de duração da atividade, o tipo de exposição e principalmente a forma ela for conduzida pela família e pelos profissionais envolvidos com a criança, a pressão exercida sobre ela pode não existir. A competitividade entre os atletas pode ser natural, como em qualquer outra relação a que qualquer criança pode ser exposta.

É evidente que o labor desportivo do menor pode trazer diversos riscos aos jovens, no entanto, as situações de exploração são evidentes em razão da falta de regulamentação e de fiscalização pelos órgãos competentes.

6. Conclusões

Ante o exposto, é possível sistematizar as seguintes conclusões:

1. A Organização Internacional do Trabalho, ao determinar a limitação aos Estados para o trabalho do menor, objetivava permitir o desenvolvimento saudável desses indivíduos e evitar os malefícios advindos de uma relação laboral precoce. No entanto, no momento em que a atividade dos jovens oferece a eles a possibilidade de se profissionalizar, a própria OIT admite que essa atividade possa trazer benefícios aos jovens.
2. A OIT mostra que algumas atividades, desde que devidamente regulamentadas, podem até mesmo ensejar efeitos benéficos para as crianças, particularmente quando possibilitam uma formação profissional ao jovem.
3. A OIT permite o trabalho artístico realizado por crianças e adolescentes desde que sejam observadas garantias mínimas referentes à jornada de trabalho (inclusive o tempo para ensaio); horário de desenvolvimento da atividade (de forma a não prejudicar o aproveitamento escolar), remuneração, meio-ambiente de trabalho, entre outros que deverão ser fixada na licença a ser fornecida pela autoridade competente.
4. O futebol é um esporte passível de resguardar a criança e o adolescente da população pobre das perversidades das ruas, pois, praticando o futebol, os jovens têm menos tempo para a ociosidade. Muitas vezes o futebol é um forte mecanismo para retirar os jovens da marginalidade e da falta de atividades comuns a vida de crianças carentes, dando um direcionamento e uma oportunidade aos milhares de jovens do Brasil.
5. Para as famílias menos abastadas, onde a educação de qualidade sempre se mostrou inacessível, o futebol abre portas a que os menores e seus genitores acreditem que aquele é um modo de conquistar espaço e fama. Jogar futebol se tornou uma possibilidade de mudar a sua realidade social e a de sua família, além de se distanciar do mundo das drogas e do crime, muitas vezes o destino de inúmeras crianças pobres. É um enorme ganho para a sociedade quando o esporte consegue concretizar essa política pública que o Estado não tem interesse em fazê-lo.
6. Malgrado os atletas mirins treinem objetivando, primeiramente, alcançar um espaço de destaque na mídia e no mundo do futebol, a regra é que isso apenas aconteça em casos restritos. No entanto, esse não é o fim para eles e essa não é uma desilusão sentida apenas pelo não êxito no futebol. O fracasso é um sentimento presente em qualquer atividade que possa ser desempenhada por um ser vivo.
7. Nas mais diversas áreas profissionais há a competitividade e a derrota. Em qualquer atividade da vida as pessoas precisam aprender a perder a estar integralmente competindo com outras, independentemente da idade de cada um. É uma imaturidade idealizar que há a possibilidade de proteger as crianças e os adolescentes dessas suas situações. Pior ainda é acreditar que certos aprendizados não são positivos para uma criança em formação, afinal nem sempre a vida se apresenta sorrindo.

8. A competição e o sentimento da perda estão presentes em qualquer atividade desenvolvida pelas crianças e ela faz com que qualquer ser humano aprenda a buscar os seus objetivos.

9. Compatibilizar o labor desportivo do menor com a proteção integral do desenvolvimento desses menores não é difícil. Basta que sejam seguidas as exigências já previstas nas disposições legais e que sejam exaustivamente regulamentadas as atividades desenvolvidas pelos jovens nas entidades de prática desportiva.

10. Ocorre, no entanto, que as garantias mínimas determinadas não estão sendo respeitadas. Não é incomum que os juízos que detêm a competência de analisar as condições em que essa atividade será desenvolvida não tem se preocupado com os direitos dos menores antes de editar o alvará permissivo. A maioria das autorizações para o trabalho artístico infantil desrespeita o que prevê o artigo 227 da Constituição Federal e a Convenção 138 da OIT. Malgrado elas devam seguir os critérios elencados na legislação, têm sido editadas de modo simplório sem respeitar os critérios trazidos na lei e assegurado a proteção para o exercício da atividade.

11. Ao juízo competente cabe observar os requisitos legais na expedição do alvará, assegurando que o trabalho do menor possa ser desenvolvido sem causar prejuízo ao desenvolvimento biopsicossocial da criança, podendo as condições ser aferidas em laudo médico, psiquiátrico e psicólogo.

12. Não se pode admitir tão somente o desempenho dessas atividades como benéfica ou maléfica. Os malefícios gerados no desempenho da atividade desportiva pelos menores decorrem da total falta de regulamentação do trabalho artístico da criança e do adolescente.

Caso houvesse regulamentação satisfatória, os clubes teriam que cumprir as determinações legais voltadas a assegurar o Princípio Constitucional da Proteção Integral das crianças e adolescentes. Assim os malefícios que são hoje questionados quando se quer vedar em absoluto o labor dos menores deixariam de existir ou, na pior das hipóteses, seriam minorados.

Referências

Livros e Periódicos

ARRUDA, Hélio Mário. **A idade mínima do trabalhador adolescente no Brasil nas diversas modalidades de trabalho.** Suplemento especial “O Trabalho” de Doutrina em Fascículos, Curitiba, n. 165, novembro 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **As Relações de Trabalho no Espetáculo.** São Paulo: Ltr, 2003.

CURLEY, Ligia Maio Gagliardi. **A proteção internacional dos direito humanos e o trabalho infantil.** Revista do Ministério Público do Trabalho, n. 29. Brasília: Ltr, 2005.

MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho Infantil Artístico: proibições, possibilidades e limites.** In: Revista do Ministério Público/ Procuradoria-Geral do Trabalho, Ano XIX, n. 38. Brasília: Ltr, 2009.

OLIVEIRA, Oris de. **Trabalho e Profissionalização de Adolescente.** São Paulo: Ltr, 2009.

Acessos à Internet

JORNAL da Gazeta. **Meninos de Paraisópolis sonham com a fama no futebol.** São Paulo, 9 de out. 2007. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=DAq2mwsBsc0&feature=fvsr> Acessado em: 20 jan. 2011.

MARCOS, Tino. **Conheça a história do olheiro Betinho e de meninos que sonham em serem descobertos.** Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/videos/esporte-espetacular/v/conheca-a-historia-do-olheiro-betinho-e-de-meninos-que-sonham-em-serem-descobertos/1423002/#/edições/20110130/page/1> Acessado em 01 fev. 2011.

_____. **JEAN CARLOS CHERA - O menino prodígio do Santos FC 2008.** Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=n6-GZDmhtfg&feature=related> Acessado em 20 de out. 2012.

_____. **Phelippe Coutinho, a promessa vascaína.** Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=QwFZ09MpM4Q&feature=related> Acessado em 20 de out. 2012.

_____. **ROBINHO A História do Craque do Santos JN 24 05 2010.** Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=RPelndFzfHo&feature=related> Acessado em 20 de jan. 2012.

_____. **Jornal Nacional - Histórias dos Jogadores da Seleção Brasileira – Nilmar.** Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=pPxxk4rxud08&feature=related> Acessado em 20 de jan. 2012.

_____. **Jornal Nacional - Histórias dos Jogadores da Seleção Brasileira - Luis Fabiano.** Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=oJALfIUkMRA&feature=related> Acessado em 20 de jan. 2012.

O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Resumo: Este artigo tem como objetivo fazer uma abordagem acerca do direito ao mínimo existencial, desde o seu advento, no pós-guerra alemão, e seu posterior desenvolvimento, sendo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Traz uma análise acerca da efetivação desse direito e como ele pode contribuir para a reflexão sobre a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

Palavras-chave: Mínimo existencial; direitos fundamentais; reserva do possível.

1. Introdução

A guinada no panorama jurídico mundial no pós-guerra permitiu a ascensão de um novo constitucionalismo, voltado não apenas para questões de soberania e fronteira, mas para a descrição e garantia de direitos fundamentais, entre os quais, o direito ao mínimo existencial.

O conceito de direito ao mínimo existencial, a despeito de ser trabalhado por alguns pesquisadores ou, incidentalmente, aparecer em alguma decisão judicial, não se constitui com uma definição consolidada no Brasil. Surge aqui, em vista disso, uma primeira limitação a esse trabalho, pois muitos poucos pesquisadores se debruçam sobre assunto tão essencial para a teoria dos direitos fundamentais.

Entre esses pioneiros e desbravadores, merece destaque Ricardo Lobo Torres, professor Titular de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro(UERJ), que, desde 1989 vem publicando trabalhos de pesquisa acerca do direito ao mínimo existencial; ao lado dele, vêm os pesquisadores da Escola de Direito da UERJ, que problematizaram algumas questões em torno a esse tema, como Ana Paula de Barcellos(2011) e Flávio Galdino(2010), não podendo esquecer de mencionar o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, que muito tem contribuindo para a difusão e aprofundamento dessa temática no Brasil.

Este artigo, porquanto, traz uma discussão acerca do direito ao mínimo existencial, a partir de seu advento no contexto alemão, sua recepção e aplicação no Brasil, a fim de contribuir para uma discussão cada vez mais consolidada acerca dos direitos e garantias fundamentais.

A metodologia desse trabalho é a bibliográfica, haja vista que tem como fundamento referenciais sistematizados e escritos, tendo como método de trabalho o dedutivo, por meio do qual se parte de uma premissa mais abrangente e ampla para constatações mais específicas.

2. A afirmação do direito ao mínimo existencial

A discussão sobre o mínimo existencial surgiu na Alemanha, no pós-guerra, com a elaboração e promulgação da Lei Fundamental de 1949, desenvolvendo-se, a partir desse marco, nos âmbitos administrativo, legislativo e jurisprudencial. Ingo Sarlet(2010) afirma que o primeiro jurista de renome a sustentar o direito a condições mínimas de existência foi o publicista Otto Bachof(1954), o qual defendia que a dignidade da pessoa humana não implica apenas em garantir os direitos da liberdade, mas um mínimo de segurança social, pois sem os recursos materiais mínimos, a própria dignidade humana ficaria prejudicada.

Nessa mesma linha, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, no primeiro ano de seu advento, reconheceu o direito subjetivo de um auxílio material por parte do Estado, trazendo a lume o princípio da dignidade humana, o direito de liberdade e à vida. (BVerwGE 1, 159, decisão proferida em 24/06/1954). Apenas um ano depois foi a vez do legislador elaborar um dispositivo legal garantindo as prestações no âmbito da assistência social.(art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social).

Após duas décadas depois da supracitada decisão do Tribunal Administrativo Alemão, o Tribunal Constitucional Federal também reconheceu o direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Segue trecho dessa decisão, extraído da obra de Sarlet(2010: 20):

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas de uma existência digna e envidar esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.(BVerfGE 40, 121(133)).

**JORGE RICARDO DA SILVA
VALOIS,**
Graduado em Direito, pela
Universidade do Estado da
Bahia. É empregado da área
jurídica da Caixa Econômica
Federal, desde 2010.

Uma discussão muito pertinente nesse contexto alemão foi a referente à quantificação do mínimo existencial. Se intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, não se pode fazer um cálculo matemático e orçamentário e dizer o que é mínimo e o que não é mínimo, bem como contextualizar o que é mínimo. Em contrapartida, não se pode dar aqui, como parece tender o pensamento alemão exposto, um caráter relativo a esse conceito, tão caro para a teoria dos direitos fundamentais, devendo-se sustentar a afirmação de que existe, com caráter universal, um núcleo sólido do que seja o mínimo, deixando as outras benesses sociais como parte da conjuntura dos direitos sociais.

Ainda no contexto da discussão alemã, uma outra questão que se apresenta é a relativa à efetivação do mínimo existencial. É consenso que ele deve ser garantido pelo Estado. Mas, em qual das suas esferas? Em seus estudos, Ingo Sarlet(2010) traz os posicionamentos alemães, asseverando que a esfera ordinária estatal para assegurar esse direito é a legislativa, que deve dispor sobre a forma, montante e condições para fruição, só cabendo a intervenção da esfera jurisdicional, quando houver omissão ou desvio de finalidade por parte do Legislativo.

Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém dessa fronteira. (SARLET, 2010: 23).

Esse é um ponto nevrálgico na discussão acerca do mínimo existencial. Pois, se no âmbito do dever ser a discussão não está superada, pense-se na dimensão do ser. Porquanto, o pensamento de Sarlet mostra-se arrazoado, pois, se esse direito essencial não se mostra adequada e satisfatoriamente contemplado pelas esferas ordinárias(entenda-se órgão legiferante), deve o outro braço estatal, pelo sistema de complementação recíproca, cuidar para que essa satisfação fundamental da pessoa humana seja garantida. Além disso, como objetam alguns, não se trata de cair no judicialismo, no qual, em contexto nocivamente identificado, as decisões jurisdicionais governam o Estado, desestabilizando a democracia; mas se trata de uma salutar intervenção, por meio da qual se compensa o posicionamento insatisfatório do Poder Legislativo.

Esse entendimento, consoante o mencionado autor, vem sendo adotado pelos Tribunais Europeus e também por expressiva jurisprudência sul-americana, a exemplo das cortes da Argentina e Colômbia. No Brasil, é crescente o número de publicações e jurisprudências nessa mesma esteira, como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário(RE) nº 271.286-8/RS, por meio do qual foi admitida a hipótese de fornecimento de medicamentos pelo Estado ao paciente portador do vírus da imunodeficiência adquirida(HIV), bem como o RE nº 436996/SP, que reconheceu o direito subjetivo de acesso à rede pública de crianças de até seis anos de idade em creches e pré-escolas.

Outrossim, no âmbito filosófico, John Rawls representa o marco teórico para a construção da teoria do mínimo existencial. Defensor do liberalismo, nas suas obras de maior destaque *Liberalismo Político*(1992) e *Uma Teoria da Justiça*(1993) traça os contornos teóricos de uma teoria da justiça como equidade, partindo de uma concepção individualista e liberal.

Segundo este autor, o homem está só em essência e possui as suas concepções sobre sociedade, a justiça e o bem, assim como é dotado de objetivos pessoais que deseja alcançar. Em meio a esse contexto, que se aproxima muito do estado de natureza de Hobbes, Rawls pensa um novo contrato social. De fato, colocados em uma situação original hipotética na qual cada um desconhece em que estrato estará na sociedade(pobre ou rico, talentoso ou não), assim como qual o seu projeto de vida individual, a este desconhecimento, ele chama de “véu da ignorância”, os homens estabelecem um consenso acerca da distribuição dos bens e dos princípios basilares de funcionamento da sociedade.

Esse consenso inicial não trata, pelo menos na sua maior parte, de princípios materiais compartilhados pelos homens, os quais, após retirados o véu da ignorância, podem assumir posições até mesmo contrárias ao pacto inicial. Porquanto, o acordo inicial não produz um resultado justo e pré-estabelecido entre os homens. Segundo Ana Paula de Barcellos(2011), o que almeja Rawls é que se chegue a um resultado, se não justo, pelo menos que não seja injusto. A tese rawlsiniana é a de que, partindo do marco zero equânime, em que a racionalidade e a imparcialidade sejam as premissas, cada indivíduo consentirá com um conjunto básico de princípios que ordenem a sociedade, de forma a lhe garantir uma inviolabilidade pessoal mínima, tornando possível o livre desenvolvimento de sua personalidade e o máximo de bem estar possível.

Os dois princípios fundamentais de justiça rawlsiniana do estado de original, trazidos por Ana Barcellos são:

(i)cada pessoa deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras; e (ii) as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, a) proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades.(BARCELLOS, 2011: 147).

O primeiro princípio é o garantidor da liberdade para todos, configurando status constitucional à liberdade, representada como o espaço individual inviolável à ação do Estado. O primeiro princípio tem primazia sobre o segundo, também chamado de princípio da diferença, o qual abrange a justiça distributiva, que seria efetivada pelo Poder Legislativo. Partindo-se do pressuposto de que, para Rawls, a desigualdade econômico-social é possível, temos que o princípio da diferença, consoante Barcellos(2011), é composto de três elementos, a saber: a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem estar dos menos favorecidos, ou seja, o aumento da desigualdade só se legitima se representar em uma maior expectativa de benefício para o indivíduo mais pobre. É interessante como esse pensamento está presente nas políticas assistencialistas do Estado brasileiro, é preciso apenas verificar as políticas de distribuição de renda ou o imposto sobre grande fortunas e a sistemática de tributação do imposto de renda, pois se utilizam da desigualdade e até mesmo a impulsionam, a fim de que os mais pobres sejam, pelo menos em tese, favorecidos através da correta aplicação do montante arrecadado, para a realização de políticas públicas que promovam a pessoa humana.

O segundo elemento do princípio da diferença, por sua vez, exige que as posições e funções na sociedade tem de estar acessíveis a todos sem acepção. Está aqui outro ponto essencial, a rotatividade e legitimidade do Poder, a qual implica em processo democrático para a escolha dos representantes que governam, legislam e julgam(como no caso dos Estados Unidos), ou na primazia do mérito na escolha daqueles que julgam, sistemática brasileira para a composição do Poder Judiciário. Nas palavras de Rawls, todos os indivíduos devem estar em uma posição inicial equitativa de oportunidades.

A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura.(BARCELLOS, 2011: 148).

Porquanto, o mínimo existencial é colocado como um pressuposto lógico da construção teórica de Rawls. Isto é a garantia de que cada indivíduo possua um conjunto mínimo de condições materiais é pressuposto para um status original verdadeiramente equânime.

Em primeiro lugar, parto do princípio de que a estrutura básica é regulada por uma Constituição justa(...) Assumo também que existe uma liberdade de oportunidades que é equitativa(por oposição a uma igualdade meramente formal). Isto significa que, além de manter as formas usuais de capital social, o governo tenta garantir possibilidades iguais de educação e de cultura às pessoas(...) Por último, o governo garante um mínimo social, quer através de subsídios especiais em caso de doença e desemprego ou, mais sistematicamente, pela utilização de mecanismos como o suplemento gradual de rendimento(o chamado imposto de rendimento negativo). (RAWLS,1993: 221).

Para Rawls, portanto, o mínimo existencial, chamado no texto de mínimo social, integra a denominada estrutura básica regulada por uma Constituição justa. Dessa forma, esse direito está na ordem pré-constitucional, sendo elemento originário de um pacto social, assim como as tradicionais garantias do direito da liberdade.

Depois de apresentadas as bases introdutórias da discussão do mínimo existencial, analisamos como aparece esse direito nos marcos regulatórios. Não se pode deixar de mencionar a sua presença nas declarações internacionais de direitos humanos. Diz o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. XXV. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para alimentação, vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Art. XXVI. Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. Percebe-se que o mínimo existencial é conceituado como nível de vida suficiente para se ter saúde e bem-estar, chegando a declaração a elencar categorias concretas de como esse nível suficiente deve ser alcançado. Em outro artigo também inclui, como direito essencial, o ensino educacional, que é indispensável para o desenvolvimento da pessoa humana, a fim de promover a sua dignidade.

Por sua vez, a Constituição brasileira não se apresenta, no seu texto, nenhuma referência expressa ao mínimo existencial. Entretanto, existem diversos dispositivos que, de forma indireta, se relacionam com esse direito.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constitui em “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais(art. 3º, III), além de prever imunização de tributos nos casos previstos no art. 5º, XXXIV(direito de petição e obtenção de certidões em repartições públicas), LXXII(habeas data), LXXIII(ação popular), LXXIV(assistência jurídica gratuita) e art. 153, §4º(isenção do Imposto Territorial Rural para pequenas glebas).

O artigo 6º da Constituição, que elenca os direitos sociais, também é importante dispositivo para alicerçar as bases jurídicas do mínimo existencial. Entretanto, não se deve confundir, pois, de acordo com Ricardo Lobo Torres(2009), este constitui o caráter jusfundamental daqueles, como será analisado adiante.

Ademais, as emendas constitucionais promulgadas a partir do ano de 1996, que vinculam as receitas públicas às despesas com educação, saúde e para combater a pobreza, fazem parte do quadro positivado do mínimo existencial, presente na Carta Política de 1988.(EC 14/1996, 29/2000, 31/2000, 41/2003, 42/2003, 45/ 2003 e 53/2007).

Quanto ao fundamento da proteção ao mínimo existencial, assim se expressa Torres:

[...] sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva.(TORRES, 2009: 13)

O autor coloca esse importante direito como pré-constitucional, colocando-o na categoria de direito humano e universal, com viés jusnaturalista, defendendo que toda organização social, independente do regime econômico-político, deve promover o mínimo existencial. Para tanto, Torres o associa à ética e fundamenta-o na ideia de liberdade e felicidade, conceitos comuns ao patrimônio humanístico das sociedades humanas. Ademais, relaciona-o aos direitos humanos e às ideias de igualdade e dignidade humana, menos universais que os primeiros alicerces, mas fundamentais na maioria dos países ditos democráticos. Em outras palavras, o mínimo existencial, a partir desses fundamentos, foi colocado como um direito absoluto, ínsito à condição de ser humano.

2. A concretude do direito ao mínimo existencial

O direito só ganha sentido se sai das páginas das leis e ganha concretude no mundo realidade. Cabe, portanto, aos Poderes do Estado gerir a produção e aplicação das leis, com vistas à saúde da ordem jurídica.

No caso do mínimo existencial, a sua eficácia é extremamente ligada ao mínimo funcionamento da máquina estatal, pois, se nem mesmo as políticas que asseguram a mínima existência da pessoa humana não obtiverem êxito, constata-se a falência deste Estado, de modo que ele perdeu o sentido para aquela sociedade, sendo urgente sua reformulação. Ana Paula de Barcellos(2011), quando aborda o problema da eficácia do mínimo existencial, afirma que, como uma fração nuclear da dignidade humana, deve reconhecer a esse direito eficácia positiva ou simétrica, que é aquela na qual se tem prerrogativa de exigir judicialmente o cumprimento das prestações, em outras palavras, é tornar simétrica os efeitos desejados pela norma com a sua eficácia jurídica. Segundo a autora, é o grau mais elevado na escala de efetividade das normas.

Mas, a eficácia do mínimo existencial representa o quê? O que pode, concretamente falando, ser considerado mínimo existencial? Para responder a essa pergunta, trago as respostas de dois autores que tem contribuído enormemente para a discussão brasileira do direito ao mínimo existencial: Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos.

Ricardo Lobo Torres(2009), utilizando-se de uma categorização teórica de *status* proposta por Jellinek, que sistematizou os direitos públicos subjetivos e as suas relações com o Estado, entende que a efetivação do mínimo existencial se dá por duas frentes: *status negativus*, *status positivus libertatis*.

Na categoria de *status negativus*, figuram os direitos da liberdade, que constituem fundamentalmente o poder de autodeterminação do indivíduo e a possibilidade de ação ou omissão sem a interferência da esfera estatal.

Basicamente, esse *status* é verificado no campo tributário, por meio das imunidades fiscais. A liberdade é aqui sentida pelo direito à subsistência. A cesta básica de alimentos, por exemplo, está isenta de ICMS(Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços) e de IPI(Imposto sobre Produtos Industrializados). Além disso, o Imposto de Renda não incide sobre o chamado mínimo existencial familiar, que é aquela parcela financeira tida como mínima para a garantia das necessidades básicas familiares. Assim como, conforme expresso no art. 153, § 4º, II, o Imposto Territorial Rural não incide sobre pequenas glebas rurais, que sejam a única propriedade do indivíduo.

Há ainda outras imunidades claramente expressas no texto constitucional, como a presente no art. 5º, XXIV, que garante, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos e a obtenção de certidões. Também pode ser verificado no art. 5º, LXXIII e LXXII a gratuidade da ação popular, do habeas corpus e do habeas data, instrumentos importantes no acesso à justiça e na defesa dos interesses difusos. Nessa esteira, o art. 5º, LXXIV reza que caberá ao Estado a assistência jurídica integral e gratuita para os desprovidos comprovadamente de recursos. Por fim, encontra-se estampado no citado elenco dos direitos fundamentais, em seu inciso LXXVI, a gratuidade, para os reconhecidamente pobres, do registro civil e da certidão de óbito.

Quanto ao *status positivus libertatis*, é representado pelas prestações ou ações do Estado com vistas às garantias do mínimo existencial. No estudo de Ricardo Lobo Torres(2009), aparece nesse âmbito: os direitos da liberdade irredutíveis e os direitos sociais, os quais, na medida dos interesses fundamentais, se transformam em direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial.

Ressalte-se que o autor traça uma clara distinção entre mínimo existencial e direitos sociais. De fato, no âmbito desses direitos, o mínimo constituiria o seu núcleo fundamental, devendo apenas este possuir eficácia positiva e simétrica, sendo, assim, exigível, ao constatar o seu não cumprimento, do Poder Judiciário que supra a lacuna. Daí não se segue, que a obrigação estatal se esgote na garantia do mínimo existencial, mas que este gera a pretensão às prestações positivas obrigatórias do Estado independentes da vontade da maioria, e, por isso mesmo, suscetíveis de adjudicação até mesmo pela jurisdição constitucional, que deverão ser complementadas pelas prestações de direitos sociais sujeitas a reserva do possível. (TORRES, 2009: 244).

Observa-se que a pretensão positiva do mínimo existencial foi colocada como acima da vontade da maioria, ou seja, a algo que escapa das instâncias do democrático. Pois que, sempre que houver não garantia do mínimo existencial, poderá haver sujeitos em situação de miserabilidade que precisem do socorro estatal, mesmo em meio a uma sociedade de maioria rica, como os países do norte da Europa. Nesse caso, a maioria tenderia a não optar pelas políticas públicas mínimas, deixando desassistida a minoria que vive miseravelmente. Reforçado, portanto, o argumento do autor de que o direito ao mínimo existências é pré-constitucional.

Além disso, a absorção dos mínimos fundamentais sociais pelos direitos sociais geraria um enfraquecimento da capacidade reivindicatória e da cidadania, transformando os direitos humanos em meros inibidores da capacidade repressiva dos Estados. Outrossim, o mínimo existencial não enfraquece o discurso de afirmação dos direitos sociais, mas, pelo contrário, fortalece a sua dimensão fundamental, que possui eficácia plena, e os deixa intocáveis ou até mesmo os maximiza, ganhando contornos fora dos limites fundamentais, os quais ficam sujeitos à reserva de lei, a fim de que não se caia no maximalismo social, situação que geraria tensão social e fiscal.

De acordo com Torres(2009), os direitos que compõem positivamente o mínimo existencial são: o direito à seguridade social, direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica.

O direito à seguridade social foi citado na Declaração Universal dos Direitos do Homem(art. XXV) e está expresso na Constituição de 1988, e abrange a saúde, a previdência e a assistência social.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O direito à saúde possui duas facetas, uma fundamental, que se confunde com o mínimo, e outra, social. Estabelece o Constituição:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

No pensamento de Torres(2009), pode-se verificar aqui as duas facetas do direito à saúde. No art. 196, que prevê a garantia de políticas para a promoção da saúde, há a presença da faceta fundamental, constituindo o mínimo existencial as atividades preventivas de atendimento universal e gratuito, como as campanhas de vacinação e a erradicação das doenças endêmicas. Esse atendimento beneficiaria ricos e pobres, pois é direito ínsito à condição humana, sem exigir nenhuma prestação financeira.

Como exposto no art. 6º, tem-se a faceta social do direito à saúde, que abrangeria o âmbito da medicina curativa e ao atendimento hospitalar. A exceção apresentada pelo autor está no caso dos indigentes e pobres que deveriam ter atendimento dessa espécie gratuito. Em outra direção, porém, a Lei nº 6980/1990 coloca o painel da saúde no Brasil, com a criação do Sistema único de Saúde(SUS), que tornou gratuitos todos os atendimentos no âmbito curativo e priorizando o atendimento à população.

Consequentemente, conforme expresso no art. 2º da citada lei, a saúde é direito fundamental, criando, assim, uma indefinição entre a jusfundamentalidade desse direito ou a sua otimização no âmbito social. De fato, o Supremo Tribunal Federal, apropriando-se do maximalismo, proclamou que a saúde representa a consequência constitucional do direito à vida:

RE 271. 286-RS, Ac. De 12.09.2000, da 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000: Emenda: Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever Constitucional do Poder Público(CF. art. 5º, caput e 196). Precedentes(STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Agravo no Recurso Extraordinário nº 273.834-4, do Rio Grande do Sul, Ac, da 2ª T., de 31.10.2000, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 02.02.2001: Ementa. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República(art. 196). Tra-

duz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive aqueles portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceito fundamental da Constituição da República(art. 5º, *caput* e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto de reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daqueles que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

A saúde foi intrinsecamente ligada ao direito à vida, assumindo um caráter fundamental em todos os aspectos, contrariando a posição de Torres(2009), que, como já exposto, não confere caráter fundamental à medicina curativa. Segundo o autor, essa decisão abriu portas para que o Judiciário brasileiro concedesse, sem estabelecer nenhum tipo de critério, várias prestações na área da saúde à classe média e rica, distorcendo, assim a discussão do mínimo existencial. Muitos abusos foram cometidos, por meio dessa predação da renda pública, especialmente no Rio Grande do Sul, onde um indivíduo, ao invés de comprar o medicamento, comprou um carro, na posse do dinheiro que lhe fora concedido e outro ainda que recebeu milhares de reais do governo gaúcho, foi embora para a Europa e não mais retornou ao Brasil.

Além disso, no âmbito do direito à seguridade social, temos o direito à previdência social, que deve ser assegurado pelo Estado em sua concepção mínima, no sentido de garantir que nenhum benefício terá valor mensal inferior ao salário mínimo e também na não incidência da contribuição previdenciária sobre as aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social.

Nessa mesma esteira, há ainda o direito à assistência social, regulado pela Lei 8.742/93, e que possui a sua faceta fundamental na medida em que essa assistência se torna necessária à sobrevivência. Nesse âmbito, surgem, entre outras ações, os programas de renda mínima e as políticas ligadas à segurança alimentar.

O fundamento das políticas de renda mínima encontra-se no dever do Estado de reservar aos miseráveis e desempregados um rendimento mínimo que seja a garantia de sua subsistência, observado os parâmetros colocados pelo princípio da dignidade humana. Esses programas tiveram suas primeiras formulações no contexto do liberalismo clássico e até hoje mantêm sua atualidade.

O filósofo do Direito Philippe Van Parijs(1996) aparece nos estudos de Torres(2009), quando aborda a questão da alocação universal dos recursos. De acordo com o moralista francês, esse conceito

Compreende a renda incondicionalmente garantida a cada cidadão, independentemente, de ter ou não um emprego, de desejar trabalhar ou não, de ser casado ou solteiro, de possuir ou não outros recursos. [...] como a alocação universal é assimilável a uma dotação garantida para toda a vida, integra a dimensão da riqueza fundada no princípio da diferença, bem como o aspecto da oportunidade de acesso às diferentes posições sociais ligadas à fortuna. A alocação universal deve ter o financiamento mais vasto que seja politicamente possível, fixado no nível mais elevado que seja economicamente sustentável.(TORRES, 2009: 262-263)

Surge, então, o conceito de renda básica universal, que seria uma importância paga a todas as pessoas residentes no país, sejam elas pobres ou não, tenham trabalho ou não, tendo como fundamento a justiça social e a liberdade real. Dessa forma, todos teriam o necessário para sobreviver e não se reduziram a um igualitarismo, pois o que os diferencia é a posição social que cada indivíduo ocupa, mas partindo de uma plataforma comum, a de que todos tenham o mínimo existencial. posicionando-se sobre a questão, Torres(2009) defende que o caráter utópico dessa proposta prejudica a ética do trabalho estimula o ócio, assim como cria a contradição entre o direito à renda básica universal e o dever de pagar tributos.

No Brasil, a ideia da renda mínima foi tema da Lei 10.835/2004, de iniciativa do senador petista Eduardo Suplicy, que influenciado pelas ideias de Van Parijs, fez aprovar no Congresso essa lei que instituiu a chamada “renda básica da cidadania”, gerando direito a todos os brasileiros e residentes e estrangeiros há mais de 5 anos no país, não importando sua condição econômica, de receberem anualmente um benefício monetário, dando-se preferência aos mais pobres.

Não se tem conhecimento da efetividade dessa lei, mas o programa de transferência de renda que obteve êxito em sua operacionalização no Brasil foi o programa Bolsa Família, fruto da unificação de outras benesses assistenciais como auxílio-gás e bolsa-escola, que tem efetivamente feito chegar renda para a população mais pobre. Apesar de seus pontos negativos, como o incentivo ao ócio, o desvio de benefícios e o seu caráter populista, é um programa que atende as exigências do direito ao mínimo existencial.

Temática intrinsecamente ligada ao Bolsa Família é a da segurança alimentar, que foi positivada pela Lei 11.346/2006,

que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar, o qual visa à implementação de políticas públicas, com a colaboração da sociedade, para assegurar o direito à alimentação adequada, proclamado como direito fundamental, corolário da dignidade da pessoa humana.

Ainda na esfera do *status positivus libertatis*, aparece o direito à educação, que amparado no art. 205 e 206, IV da Constituição Federal, garante o acesso ao ensino e à cultura formal, que são pedras fundamentais no desenvolvimento integral da pessoa humana. Ressalte-se que esse direito também se manifesta na *status negativus*, quando estabelece a gratuidade do ensino.

A moradia é outro direito essencial que entra nesse importante núcleo dos direitos fundamentais. De acordo com Torres(2009), aos sem-teto e indigentes é obrigatória a prestação positiva do Estado em garantir as adequadas condições de moradia. Esse direito também manifesta o seu *status negativus socialis*, quando garante a imunidade tributária de IPTU para pessoas de baixa renda. Ressalte-se que, na visão do autor, o mínimo existencial restringe-se à garantia do teto, sendo que as moradias populares ou a habitação para a classe média são direitos sociais, ficando ao sabor das políticas orçamentárias e da reserva do possível

O mínimo existencial, no que tange ao direito à moradia, só será contemplado se a moradia estiver de acordo com as exigências da dignidade humana. Pois, poderia cair no absurdo de simplesmente permitir a ocupação de espaços, como prédios abandonados, simplesmente pelo fato de haver um teto, mas não possuir o mínimo que uma moradia digna requer, como espaço para a devida higienização pessoal, para repouso tranquilo e que garanta a preservação da intimidade das pessoas.

Um outro direito importantíssimo é o acesso à assistência jurídica, conforme previsão no art. 5º, LXXIV, que prevê que o Estado deve garantir assistência integral e gratuita aos que comprovadamente tiverem insuficiência de recursos. No âmbito do *status positivus*, esse direito aparece na estruturação e efetivação dos órgãos de Defensoria Pública, que exercem esse mister de advocacia pública e gratuita. No âmbito do *status negativus*, aparece no direito de petição aos Poderes Públicos e na obtenção de certidões, independentemente de pagamento de taxas, bem como na gratuidade da ação popular, do *habeas corpus* e do *habeas data*.(CF, art. 5º, LXXIII e LXXII).

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos(2011), quando aborda a questão da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, traz junto a eficácia do mínimo existencial, tido como fração nuclear da dignidade humana. A autora é clara em afirmar que esse conteúdo essencial não é passível de nenhuma forma de ponderação, pois assume natureza jurídica de regra.

A natureza da regra atribuída ao mínimo existencial tem exatamente o propósito de retirar os bens que o compõem da ponderação frequente, própria aos princípios. Na realidade, o mínimo existencial proposto é o resultado de uma ponderação já realizada, prévia, e não deve sujeitar-se a novo processo ponderativo. (BARCELLOS, 2011: 301) Essa natureza jurídica do mínimo existencial encontra seus efeitos práticos na questão da eficácia. De fato, se for considerado princípio, ficaria no campo filosófico e não conseguiria avançar muito em termos práticos. Entretanto, se ele assume essa natureza de regra, então sua viabilidade prática é muito ampla, pois não se admite qualquer espécie de sopesamento que venha a mitigar os seus efeitos.

Quanto à ponderação, o mínimo existencial já é fruto de um processo ponderativo, por meio do qual se chegou à conclusão de quais seriam essas garantias mínimas para a existência digna. Resta, assim, que essas garantias sejam apenas efetivadas.

Diferente de Ricardo Lobo Torres(2009), Ana Paula de Barcellos(2011) pontua quatro elementos que comporiam o mínimo existencial, três materiais e um instrumental: a educação básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Segundo a autora, essa escolha não foi feita ao acaso, mas, a partir do referencial jurídico da Constituição de 1988, integrando uma estrutura lógica, cuja demonstração segue:

[...] educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se que, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e juventude. [...] a assistência aos desamparados, por sua vez, identifica um conjunto de prestações cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo.[...] o acesso à justiça, por fim, é o elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva e simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial. (BARCELLOS, 2011: 302-303).

No que compete à educação, é direito fundamental de toda pessoa humana, pois contribui para o seu desenvolvimento, além de ser um instrumento de ampliação e aperfeiçoamento da atuação cidadã do indivíduo na sociedade, também é essencial para a inserção no mercado de trabalho. Barcellos pontua que o mínimo existencial na dimensão educacional compreende a educação básica obrigatória, a qual abrange pré-escola, o ensino fundamental e o médio.

Caso esse direito não seja garantido, o indivíduo pode ingressar em Juízo e exigir que essa prestação lhe seja garantida, seja criando mais uma vaga escolar ou até mesmo custeando o ensino em uma instituição particular de padrão e custos similares ao da pública, para que não sofra prejuízo diante da deficiência do Poder Público, que deve ser sanada o quanto antes.

Quanto à dimensão da saúde, é dramática a conceituação do que esteja abrangido pelo mínimo existencial, pois o bem da vida final, que é a saúde, não admite gradações, e não há como definir um nível mínimo de saúde. De fato, se o critério para se definir o que é exigível do Estado estiver baseado na necessidade de evitar a morte, a dor ou sofrimento físico não se chegará a nenhuma conclusão, pois toda prestação de saúde tem esses fins.

Porquanto, para Ana Barcellos(2011), a determinação do que seja mínimo existencial em matéria de saúde deve estar relacionada com as prestações de saúde disponíveis e não ao estado de saúde das pessoas. A autora aponta dois parâmetros que podem ajudar na diferenciação dessas prestações. O primeiro está relacionado com os custos das prestações e os benefícios que elas irão proporcionar para o maior número de pessoas. Ilustra-se aqui o exemplo da distribuição de vacinas em massa com objetivos profiláticos.

Esse parâmetro, contudo, na opinião da autora, merece uma série de críticas, pois seria um critério meramente utilitarista, que leva em consideração a questão majoritária, pois preconiza o sacrifício de alguns tendo em vista o benefício da maioria, não se harmonizando, assim, com a ideia de igualdade de todos.

O segundo parâmetro, mais coerente do que o primeiro, traz como contorno a inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam, como o atendimento no parto e o acompanhamento do recém-nascido; necessitam, cite-se o saneamento básico e o atendimento preventivo; ou com muita probabilidade necessitarão, a exemplo da atenção e controle das doenças da terceira idade, como hipertensão e diabetes.

Ressalte-se que, como no caso da educação, se o Poder Público se mantiver inerte como relação a essas demandas existenciais, deve ser exigido da jurisdição que ordene a sua implementação, mesmo que seja em instituições privadas que terão direito a reembolso.

A opção de recorrer ao Judiciário possui razoáveis possibilidades de obter êxito. No entanto, nos estudos de Ana Barcellos(2011), aparecem alguns inconvenientes de se buscar essa via. Com efeito, se toda e qualquer prestação de saúde, haja vista que os contornos do mínimo existencial na saúde são muito tênues, passar a ser exigida judicialmente, cria-se um círculo vicioso por meio do qual o Poder Público não executará as políticas públicas de saúde inerentes ao mínimo a pretexto de aguardar o posicionamento das decisões judiciais ou mesmo afirmando que não há orçamento para a sua execução, visto que o recurso teria sido tragado pela força da decisão judicial que concedeu a prestação de saúde.

Além disso, poucas pessoas recorrem ao Judiciário para garantir a prestação de saúde básica, como os tratamentos para hipertensão, desnutrição, doenças tropicais, parasitológicas e oftalmológicas, de modo que o poder jurisdicional, pela sua inércia e desconhecimento das demandas reais, não se manifesta, e a Administração, por fatores de ordem política, orçamentária e falta de planejamento não concede ao indivíduo a prestação mínima, deixando-o desamparado dos parâmetros da existência com dignidade.

Dessa forma, há um escamoteamento do mínimo existencial nas prestações de saúde quando se recorre ao Judiciário, visto que apenas uma elite goza dessa prerrogativa e geralmente vai exigir procedimentos que estão além de sua capacidade financeira de custeio e apresentam-se para além do mínimo, demanda que será atendida no pensamento do magistrado de pelo menos assegurar em nível individual aquilo que ele não pode atribuir para a coletividade. Assim, há uma distribuição de renda desigual nesse contexto, pois todos custeiam o sistema de saúde, mas poucos, aqueles que se dirigem às instâncias judiciais, têm acesso a essas prestações. Dessa forma, o judicialismo na garantia dessa espécie de demanda não contribui para a generalização da saúde básica no Brasil.

No que tange à assistência aos desamparados, Barcellos(2011) a caracteriza como o último recurso na preservação da dignidade humana, garantindo as condições mais elementares para a sobrevivência, alimentação, vestuário e abrigo. De acordo com a autora, a dificuldade na questão da assistência não está no seu conteúdo, mas na forma de prestá-la, bem como nas suas repercussões sociais.

Nessa medida, apresenta algumas maneiras pela qual a assistência pode ser prestada. Uma delas é o repasse de recurso diretamente ao necessitado, que apresenta como dificuldade inicial o fato de se quantificar o valor necessário para garantir a sobrevivência. Uma outra questão que merece atenção é o desestímulo ao trabalho que esse tipo de assistência pode produzir, ou até mesmo que destinação será dada a esse numerário recebido do Estado. Dessa forma, caberá ao Estado decidir qual forma de prestação será a mais conveniente a fim de se atingir o resultado almejado. Judicialmente, pode o necessitado, enquanto perdurar sua situação de penúria, exigir do Poder Público as prestações sociais necessárias para a sua sobrevivência. Como dificilmente alguém nesse estado terá o

conhecimento dessa alternativa, cabe ao Ministério Público a tutela coletiva de pessoas nessa situação de miserabilidade, através de mecanismos judiciais, como a ação civil pública.

Como última dimensão da concretude do mínimo existencial para Barcellos(2011) aparece o acesso à Justiça, que é o instrumento essencial para a efetividade dos outros elementos fundamentais do mínimo. Metaforicamente, seria como um “sino sem badalo”, pois de nada adiantaria normativamente garantir o direito à saúde, educação e assistência aos desamparados se não houver mecanismos coercitivos a efetivação desses direitos. O acesso à Justiça é entendido, portanto, como núcleo essencial da pessoa humana e no sentido de garantir que todas as pessoas tenham acesso ao Judiciário.

A autora traz os âmbitos em que aparece o acesso à Justiça, o âmbito jurídico e o físico. No primeiro âmbito, sua pretensão é satisfeita quando o indivíduo se dirige ao órgão jurisdicional e peticiona. A questão problemática naquele grupo de indivíduos que não recorrem em momento algum ao Judiciário, sem mesmo optar por uma outra solução alternativa para a resolução do conflito, como a mediação e arbitragem. Um outro ponto desse âmbito se refere à eficácia interpretativa das normas processuais, que sempre devem levar ao incremento de sua instrumentalidade, e não ao afastamento. Dessa maneira, a interpretação dada, dentre as possíveis, deve ser sempre a que viabilize o acesso ao Judiciário, e não a que afaste desse órgão.

Quanto ao acesso físico, os dois maiores obstáculos são os custos e a desinformação. A Constituição de 1988 trouxe alguns instrumentos que ajudam a superar esses entraves, como a institucionalização da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que são instrumentos que barateiam os custos processuais, além de tornar mais céleres os desenlaces processuais.

Uma outra ferramenta importante nesse sentido é a assistência judiciária gratuita, que só depende da declaração do indivíduo de que ele não tem condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do seu sustento para ser-lhe garantido esse direito. Observe-se que, além disso, a assistência jurídica integral também engloba outras necessidades jurídicas instituídas pelo Estado, como os emolumentos relativos aos atos praticados no âmbito dos Registros Gerais de Imóveis, que também compõem o mínimo existencial do acesso à Justiça.

No campo da desinformação, a ignorância só é combatida por meios educativos que levam às pessoas a entender a dimensão da cidadania e do acesso aos direitos, seja pela crescente generalização do ensino fundamental no Brasil, incluindo nos currículos escolares uma reflexão sobre o papel do Judiciário, seja pela atuação dos operadores do Direito na disseminação das informações acerca das atividades de cada um, como magistrados, Ministério Público e advogados, bem como da estrutura do acesso à Justiça existente no país.

Considerações Finais

Em vista dos argumentos apresentados, pode-se afirmar que o direito ao mínimo existencial possui sua gênese no contexto do pós-guerra, na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal começou a discutir o direito às exigências mínimas para a existência humana, com vistas a garantir à dignidade e integridade da pessoa humana, em meio a um passado recente de terrível genocídio.

Dentro do constitucionalismo brasileiro, é tido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a despeito de sua indicação implícita no texto constitucional, possui efetividade plena, visto que representa a síntese dos direitos e garantias elencados explicitamente, na sua forma mais elementar.

No que tange à sua efetividade, a discussão ainda é inconclusa, mas caminha para uma distinção cada vez mais delineada entre os direitos jusfundamentais, que consistiriam o núcleo do mínimo existencial, devendo ser exigidos judicialmente, e os direitos sociais, os quais, por meio da via legislativa e orçamentária, ganhariam efetividade.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Vrigílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Renovar: Rio de Janeiro, 2011.
- KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- LOPES, José Reinaldo. Considerações sobre a reserva do possível. IN: SARLET E TIMM, (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo E TIMM, Luciano Benetti(Org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZANITELLI, Leandro. Limites econômicos à efetivação dos direitos fundamentais. IN: SARLET E TIMM, (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

GARANTIA DE AMPARO AO TRABALHADOR DIANTE DA IRRESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES

RESUMO: O instrumento da terceirização, essencialmente utilizada pelas empresas privadas, é permitido também no setor público, em decorrência do fenômeno da privatização dos serviços públicos, desde que seja observada a exigência de procedimento licitatório, sendo ainda necessário que a prestação de serviços públicos não ocorra naquelas atividades tidas como essenciais ou permanentes. Neste contexto, necessário se faz analisar a responsabilidade da Administração Pública quanto aos créditos dos trabalhadores terceirizados, não adimplidos pela empresa contratada. Em torno deste tema, surgiram duas correntes, uma defendendo a responsabilização patrimonial do ente público tomador dos serviços com fulcro na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e a outra defendendo a isenção de responsabilidade com fundamento no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93. Em que pese a força da primeira corrente, na qual os Tribunais Trabalhistas costumavam fundamentar suas decisões, recente julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, forçando a alteração da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Com a nova redação, o ente público passou a ser responsabilizado somente por falhas trabalhistas cometidas pela empresa contratada para terceirização de serviço se ficar comprovado que agiu com culpa omissiva, especialmente na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas. Neste diapasão, resta necessário estudar a partir de que momento configura-se a culpa da Administração Pública e, à luz dos direitos constitucionais, a quem cabe o ônus de prová-la. Por fim, considerando as repercussões do julgamento da ADC n.16 pelo Supremo Tribunal Federal, é imperioso analisar as possíveis soluções nos casos em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, por aplicação da Súmula 331, item V, do TST.

Palavras-Chave: **Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade.**

ADC 16.

1. Intróito

Pretende-se neste trabalho avaliar criticamente a terceirização de serviços no setor público, abordando a divergência doutrinária e a evolução jurisprudencial sobre a responsabilidade da Administração Pública, especialmente em razão da interpretação dada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n. 16, e as possíveis soluções que podem ser criadas como medida de proteção ao trabalhador desamparado com a inadimplência da empresa prestadora de serviços e eventual declaração judicial de irresponsabilidade do tomador público.

Nesta senda, necessário tecer certas ponderações sobre a terceirização na Administração Pública, para depois verificar as repercussões do julgamento da referida ADC, especialmente quanto às peculiaridades que envolvem a imputação da responsabilidade subsidiária ao tomador público.

Feitas tais considerações, parte-se para à tentativa de solucionar as situações em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, em face da insolvência da empresa prestadora de serviços, cumulada com irresponsabilidade patrimonial do ente público tomador dos serviços, declarada judicialmente por aplicação da Súmula 331, item V, do TST.

2. Breves notas sobre o fenômeno da terceirização de mão de obra

Sob o pretexto da globalização e com o advento das políticas neoliberais, formas anômalas de relação de trabalho passaram a ser admitidas, dentre as quais está a terceirização.

Esta, por sua vez, trata-se de uma forma de intermediação de mão-de-obra, de grande utilização na sociedade

**ADRIANO BARRETO
VIEIRA,**

**Pós-graduando, lato sensu,
em Direito e Processo do
Trabalho (JusPodivm/Facul-
dade Baiana de Direito).**

contemporânea, consistente na contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para as suas atividades meio (sem embargo da divergência quanto o sentido desta limitação), visando a redução dos custos e a especialização em sua atividade essencial.

A escolha pela terceirização de determinadas atividades da empresa se dá devido à redução de custos e maior produtividade que este instrumento proporciona, o que resulta na oferta de preços mais acessíveis ao mercado globalizado. Nesse sentido, a principal finalidade desta estratégia administrativa é justamente a otimização da produção, proporcionando uma maior qualidade do produto final, lucro às receitas da empresa e facilidade na competitividade no mercado, através de um procedimento de horizontalização das atividades tidas como secundárias, com o espoco de que a empresa possa concentrar seus esforços no desempenho da sua atividade-fim para obtenção do melhoramento do produto ou serviço comercializado.¹

Em que pese os inúmeros benefícios que a terceirização pode proporcionar, ela deve ser planejada e acompanhada com os devidos cuidados, pois envolve não só interesses empresariais e comerciais, mas também a efetivação de direitos fundamentais e irrenunciáveis.

Nesse sentido, faz-se necessária a elaboração de norma jurídica versando sobre a terceirização e a prestação de serviços em geral, a fim de garantir segurança jurídica não só as empresas contratantes, mas principalmente, aos trabalhadores hipossuficientes.

3. Terceirização na Administração Pública

O instrumento da terceirização é permitido também no setor público, onde é comumente utilizado.

Matéria de grande divergência e interesse jurídico no que toca à terceirização no âmbito público é a questão da responsabilidade da Administração Pública. Não é recente a discussão doutrinária e a evolução jurisprudencial que norteia o tema.

Inicialmente, a questão tomou proporções significativas após a alteração do item IV da Súmula 331, por intermédio da Resolução nº 96, de 11.09.2000, por meio do qual o enunciado passou a prever expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, nos casos em que houver o inadimplemento do real empregador.

Tal mudança trouxe uma importante e ousada inovação à época, como forma de combater os abusos cometidos na prática. Todavia, parte da doutrina resistia à jurisprudência cristalizada na citada Súmula, apoiando-se no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 (*a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis*) para defender a irresponsabilidade do Estado pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas não adimplidos pela prestadora de serviços.

Inconformados com tal situação, o governo do Distrito Federal ajuizou, em março de 2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Na decisão, a maioria dos Ministros entendeu pela constitucionalidade do mencionado dispositivo, salientando que a Administração não poderia ser responsabilizada na generalidade dos casos, vez que deveria ser investigado se a inadimplência se deu por falha ou falta de fiscalização do tomador público.

Nesse sentido, vale analisar os principais questionamentos que surgiram após o julgamento da ADC n. 16.

4. Repercussões do julgamento da adc n. 16 quanto à responsabilidade do tomador público

Pode-se afirmar que a principal repercussão do julgamento da ADC n. 16 foi a mudança da Súmula 331 do TST, com a nova redação do item IV e a inserção dos itens V e VI, por meio da Resolução 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

De início, percebe-se que o item IV foi modificado para prever a regra geral de responsabilização patrimonial do tomador de serviços, retirando a previsão extensiva à Administração, transferindo-a para o item subsequente.

Consta expressamente no inédito item V a vedação de automática transmissão da responsabilidade para a Administração Pública, prevendo a necessária comprovação da conduta omissiva do Poder Público, especialmente no que diz respeito à fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas.

Inicialmente, no que diz respeito ao ônus da prova, a matéria não é favorável à Administração Pública. Esclarece José Roberto Freire Pimenta que cabe ao ente público contratante o ônus de alegar e de comprovar que agiu dentro das regras e procedimentos previstos na Lei de Licitações para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados por parte da empresa prestadora de serviços, já que se assim não fosse, estaria

1 CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996, p. 75.

atribuindo ao trabalhador o pesado encargo de provar fato puramente negativo e de natureza “diabólica”.² Assim, deve permanecer com a Administração o ônus de provar que tomou todas as medidas necessárias para evitar o inadimplemento da empresa prestadora de serviços, especialmente no que tange à comprovação de sua conduta fiscalizadora, a fim de que possa se eximir de qualquer responsabilidade pelo cumprimento de tais parcelas não cumpridas. **É sabido que todo contrato administrativo possui determinadas prerrogativas voltadas ao ente público, denominadas de cláusulas exorbitantes, dentre as quais está o poder-dever de fiscalização. A fiscalização faz-se necessária para que a Administração possa acompanhar o fiel cumprimento do contrato firmado com o particular, como prevê os arts. 58 e 67 da Lei de Licitações.**

Ademais, vale ressaltar a existência do art. 34 da Instrução Normativa (IN) n. 2/2008 do MPOG que, regulamentando o retrocitado art. 67 da Lei 8.666/93, determina uma série de exigências ao ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais dos empregados da empresa contratada, dentre os quais estão:

- a) regularidade para com o INSS e FGTS;
- b) pagamentos de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior;
- c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível;
- d) pagamento do 13º salário;
- e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional;
- f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso;
- g) fornecimentos de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei;
- h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral.

Muito embora a IN n. 2/2008 do MPOG diga respeito à Administração Pública Federal, suas diretrizes devem nortear os demais entes federativos, especialmente em relação a uma eficaz fiscalização em matéria trabalhista sobre os contratos de terceirização, “em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa”.³

Verifica-se, portanto, que a fiscalização exigida não corresponde somente ao acompanhamento do cumprimento do objeto do contrato firmado com a empresa contratada, mas também à todos os aspectos que sejam imprescindíveis à satisfação deste objeto contratual, inclusive o cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços. Tem-se, portanto, que a fiscalização corresponde não somente à um poder da Administração, mas também a uma responsabilidade de suma importância, já que através dela os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados serão resguardados, dando maior efetividade à valorização do trabalho humano.

Tereza Aparecida Asta Gemignani lembra, nesse sentido, que o interesse público primário (justiça, segurança e bem-estar social), nunca poderá ser sacrificado em prol do interesse público secundário (interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica), razão pela qual a fiscalização dos contratos é atividade imprescindível para proteger um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, os valores sociais do trabalho, efetivando o interesse público primário.⁴

Outra questão que ganha relevância após o julgamento da ADC n. 16, foi a inserção do item VI na Súmula 331, prevendo a abrangência total da responsabilidade subsidiária do tomador público em relação à condenação imposta à prestadora de serviços.

Todavia, vale ressaltar que o inédito item VI da Súmula 331 deve ser valorado com cautela. Isto porque, poderá haver situações onde a Administração Pública não possui o controle necessário para evitar o dano, nem mesmo através da mais eficiente conduta fiscalizatória.

Somente nos casos onde restar evidente a ausência denexo causal entre a conduta da Administração e o fato, é que se poderia admitir a não transferência de responsabilidade.

Entretanto, permanece o entendimento de que, quanto à inadimplência das verbas trabalhistas remuneratórias e rescisórias, resta sempre possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração quando agir omisivamente, em especial na fiscalização dos contratos.

5. Possíveis formas de garantir a intangibilidade salarial ao trabalhador terceirizado

Com o julgamento da ADC n. 16, e a conseqüente alteração da Súmula 331 do TST, surge um questionamento que

2 PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo, 07, jul. 2011, p. 788.

3 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 293.

4 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente? **Revista Síntese de Direito Administrativo**, n° 61, jan. 2011, p. 42-43.

merece maior atenção: quando a Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, não agir omisivamente na fiscalização do contrato, quem pagará as contas do trabalhador, empregado da empresa prestadora de serviços inadimplente?

Inicialmente, vale lembrar que o referido entendimento jurisprudencial não deixa margem de dúvida quando se trata de terceirização no setor privado, onde a tomadora de serviços sempre responderá subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do real empregador, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Entretanto, no âmbito público a garantia da responsabilidade subsidiária não se repete, pois, segundo o novo entendimento consolidado do TST, a tomadora pública somente responde “caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

Neste diapasão, insta salientar que a responsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, tem efeitos diversos no que diz respeito à licitude (ou não) da terceirização.

5.1. Terceirização Ilícita

De acordo com a jurisprudência trabalhista, a terceirização pode ser lícita ou ilícita. Esta divisão é feita porque toda vez que a terceirização de serviços não esteja prevista (entenda-se, permitida) na Súmula 331 do TST, restará configurado o vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador dos serviços, ou seja, a terceirização será ilegal ou ilícita. Sérgio Pinto Martins define terceirização lícita como aquela “que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego”.⁵

Sendo assim, haverá ilicitude na terceirização quando esta ocorrer fora das hipóteses previstas na Súmula 331, item III, do TST, bem como quando ocorrer fraude na licitação. Por óbvio, se a contratação se deu em desobediência às regras e procedimentos estabelecidos na Lei 8.666/93, especialmente quanto à fase de habilitação, restará configurada a fraude no processo licitatório.

O procedimento licitatório, exigido para a formalização de contratos com o Ente Público, não é capaz de assegurar os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, assim como faz (ou deveria fazer) o concurso público. Por este motivo, a licitação recebe ferrenhas críticas da doutrina, uma vez que este procedimento, por si só, não evita as ingerências dos administradores na eleição dos trabalhadores terceirizados, como explica Dora Maria de Oliveira Ramos:

Uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoa por ele indicadas.⁶

Tal ilicitude agrava-se em razão da impossibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador terceirizado com a Administração Pública por expressa vedação legal do art. 37, inciso II, da Constituição da República, que exige aprovação em concurso público para tanto.

Embora a Súmula 331 do TST tenha definido a vedação ao reconhecimento da relação de emprego do trabalhador que presta serviços à Administração Pública, o inciso II desta consolidada jurisprudência não define todos os efeitos decorrentes da terceirização ilícita no setor público, especialmente no que tange aos direitos assegurados pelo trabalhador.

Neste ponto, existem três correntes interpretativas.

A primeira corrente sustenta que, em não havendo vínculo de emprego, em razão da vedação constitucional à obrigatoriedade de concurso público, nenhum direito justralhista é devido ao trabalhador. Este é, inclusive, o entendimento de Sérgio Pinto Martins, que enfatiza que “a falta de concurso público tanto é ilegal para a Administração como para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, pois não pode ignorar a lei (art. 3º da LICC)”.⁷

A segunda vertente é extremamente oposta à primeira, pois, admite a convalidação dos atos, reconhecendo o vínculo diretamente com o ente público tomador dos serviços, fundamentando que a ilicitude da terceirização não poderia beneficiar a Administração em dobro às custas do trabalhador prejudicado.

Por sua vez, a terceira corrente posiciona-se entre estas duas vertentes extremadas anteriormente descritas. Nesse sentido, entendem que não se poderia negar eficácia ao comando constitucional do art. 37, inciso II, da Magna Carta (como o faz a segunda corrente ao permitir o reconhecimento de vínculo com o ente público), nem tampouco conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito, deixando o trabalhador hipossuficiente à própria sorte (como pensa a primeira corrente ao entender que nenhum direito ao trabalhador lhe é devido). Faz-se necessário garantir a observância da isonomia (art. 5º, caput e inciso I, e art. 7º, XXXII, ambos da Constituição) na relação trabalhista

5 MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160.

6 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001, p. 160.

7 MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

travada entre as partes, afastando-se os efeitos discriminatórios provocados pela terceirização ilícita.⁸ Este última linha de pensamento parece, inclusive, ter sido aquela adotada pela jurisprudência trabalhista, conforme previsão na Orientação Jurisprudencial (OJ) 383 da Seção de Dissídios Individuais 1 (SDI-1) do TST, *in verbis*: OJ nº 383. Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, a, da Lei no 6.019, de 3-1-1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei no 6.019, de 3-1-1974

Ademais, não obstante o reconhecimento do direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas asseguradas àqueles contratados diretamente pelo tomador, a intermediação de mão de obra de forma fraudulenta causa dano moral coletivo, devendo a reparação ser direcionada ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

5.2. Terceirização Lícita

Por sua vez, na terceirização lícita, o inadimplemento da prestadora de serviços acarreta na responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Com o julgamento da ADC n. 16, e a consequente alteração da Súmula 331 do TST, a tomadora pública somente responderá se agir culposamente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço.

Com efeito, o inédito item V analisado alhures passou a ser aplicado pelo Tribunal Superior do Trabalho que, ao reconhecer a ausência de comprovação da conduta omissiva do tomador público em fiscalizar os contratos de trabalho da empresa contratada, isenta a Administração de responsabilidade, não transferindo os encargos trabalhistas não adimplidos pela prestadora de serviços ao ente público.

Ora, nessas situações cabe novamente questionar: como fica o trabalhador que despendeu sua força de trabalho, diante do inadimplemento da prestadora e a impossibilidade de transferência da responsabilidade ao tomador público? Em não sendo possível evitar o inadimplemento da prestadora, decerto que o trabalhador não deve arcar com este ônus, razão pela qual é necessário criar mecanismos de amparo ao trabalhador, garantindo-lhe as verbas remuneratórias (e rescisórias, se for o caso) a que tem direito.

Recentemente, foi incluído o art. 642-A na CLT, acrescentado pela Lei n. 12.440/2011, instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas com a finalidade específica de comprovação da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, devendo o interessado deverá comprovar a quitação das obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei, bem como o devido cumprimento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

Com efeito, a CNDT corresponde a um documento obrigatório na fase de habilitação em procedimentos licitatórios (art. 29, inciso V, da Lei n. 8.666/90), consistindo em uma ferramenta auxiliar na redução do risco de contratação de empresas potencialmente insolventes, permitindo ainda um maior controle durante a execução do contrato. Todavia, a exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas não é suficiente, por si só, para inibir eventual inadimplemento das prestadoras de serviço.

Necessário se faz a criação de outras medidas protetivas ao trabalhador, que lhe garanta o efetivo recebimento da contraprestação pactuada e de todos os outros direitos trabalhistas que faz jus.

Considerando que o poder-dever de fiscalização exigida à Administração Pública não corresponde somente ao acompanhamento do cumprimento do objeto do contrato firmado com a empresa contratada, mas também a todos os aspectos que sejam imprescindíveis à satisfação deste objeto contratual, inclusive o cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, deve o ente público atuar com mais vigor na supervisão dos contratos de trabalho firmados pela prestadora, especialmente quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Todavia, em face do princípio da legalidade, não pode a Administração interferir na relação de emprego entre o trabalhador e a prestadora de serviços, conferindo o número de horas extras prestadas, sua escala de férias, a frequência, os atestados médicos apresentados, pois tal procedimento não é previsto em lei.

Somando-se a isto, a própria jurisprudência é no sentido de não admitir que o ente público condicione o pagamento à empresa prestadora de serviços se esta não fornecer mensalmente os recibos de pagamento de salários e de outros direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados. Este foi o entendimento adotado pela jurisprudência

8 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 443-445.

a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EDITAL. EXIGÊNCIAS: FUNDO DE RESERVA E QUITAÇÃO ANTECIPADA DA FOLHA DE PAGAMENTO. ITENS 18.1 E 21.4.1. ILEGALIDADE. 1. A exigência de formação de Fundo de Reserva “com a finalidade de quitação de possíveis direitos e/ou verbas rescisórias trabalhistas”, e a condicionante de que “o pagamento da fatura somente será efetuado se a Contratada comprovar a completa quitação da folha de pagamento, inclusive do valor referente às férias, caso existam”, constantes do edital de licitação, para a contratação de empresa prestadora de serviços de apoio técnico-administrativo, parecem não encontrar respaldo na Lei n. 8.666/1993, a qual, ao autorizar a exigência de garantia, objetiva aferir a qualificação econômico-financeira da contratada para o cumprimento do contrato, não, como no caso, para a satisfação de encargos trabalhistas. 2. Decisão suspensiva do Pregão Eletrônico, que se confirma (por maioria). 3. Agravo desprovido. (Ag. Inst. n. 2007.01.00.032697-3/DF, TRF 1ª Região, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 6ª Turma, DJ 21.01.2008).

Sendo assim, resta necessário haver previsão legal, com a modificação da Lei 8.666/93 estabelecendo os critérios e os meios para permitir o condicionamento do pagamento da fatura (ou de um determinado percentual), somente após a comprovação de quitação da folha de pagamento dos trabalhadores pela empresa contratada.

Isto porque, a possibilidade de retenção do pagamento à prestadora de serviços poderia reduzir os riscos de inadimplemento das obrigações contratuais, combatendo a falta de pagamento da contraprestação pactuada com os trabalhadores.

Outras soluções devem ser analisadas e debatidas a fim de solucionar este problema surgido após o julgamento da ADC n. 16, dando maior efetividade aos princípios mais comezinhos do Direito do Trabalho, a exemplo do princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente e da intangibilidade salarial, bem como aos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho.

6. Considerações Finais

Muito embora o STF tenha declarado a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, isto não resultou na isenção de responsabilidade patrimonial nos casos em que o Poder Público terceiriza serviços.

De fato, a mera inadimplência das verbas trabalhistas pela prestadora de serviços não transfere a responsabilidade para o tomador, ente público da administração direta ou indireta, para fazer a apologia do teor do art. 71, acima referido. Contudo, é certo que há vários outros fundamentos jurídicos para responsabilizar o tomador público pelos créditos trabalhistas inadimplidos.

Neste contexto, resta necessário solucionar as situações em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, por aplicação da Súmula 331, item V, do TST, seja através modificação da Lei 8.666/93 estabelecendo os critérios e os meios para garantir os direitos trabalhistas que faz jus, ou de outras soluções inéditas capazes de evitar o inadimplemento da prestadora de serviços.

Desse modo, nada obstante a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, resta perfeitamente possível a manutenção da responsabilização patrimonial da Administração, garantindo a eficácia de valores e princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, função social do contrato e valorização do trabalho humano.

7. Referências

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente? **Revista Síntese de Direito Administrativo**, nº 61, jan. 2011, p. 39-58.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho**. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, 07, jul. 2011, p. 775 - 791.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 54-84.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Sustenta a recorrente a ilegitimidade do sindicato autor, alegando inexistir interesse coletivo a ser tutelado por meio de ação de cumprimento. Afirma tratar-se o caso de interesse individual não homogêneo. Por fim, assevera que eventual lesão apenas poderia ser reparada por ação individual.

Pois bem; da leitura da inicial de fls. 1/36, especialmente do objeto da demanda (causa de pedir e pedido), parece-me que a ação proposta pelo sindicato objetiva tutelar direitos coletivos, *stricto sensu*, e direitos individuais homogêneos, ainda que de parte da categoria profissional – empregados de categoria específica que trabalham na empresa reclamada.

Esclareça-se, a priori, que os direitos coletivos, *stricto sensu*, correspondem àqueles de natureza indivisível, dos quais são titulares grupo de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si por uma relação jurídica base, consoante art. 81, par. único, II, do CDC; enquanto os individuais homogêneos são os que decorrem de origem comum, segundo o art. 81, III, do mesmo diploma legal.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário 193-503-1/SP, cita os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover para melhor esclarecer a questão dos direitos individuais homogêneos:

“(...) é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso de queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; remota, ou mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos.

Sobre homogeneidade, pouco se tem dito. Talvez a própria redação do dispositivo legal induza a pensar que a ‘homogeneidade pela origem comum’ seja um único requisito. Os direitos seriam homogêneos sempre que tivessem origem comum.

Parece evidente, no entanto, que a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um produto potencialmente nocivo, não haverá homogeneidade de direitos entre um titular que foi vitimado exclusivamente por esse consumo e outro cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto ou que fez deste uso inadequado. Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente”.

Na espécie, a causa (origem comum) remota é o contrato de trabalho e a causa próxima é o não fornecimento de benefícios previstos em norma coletiva, quais sejam, o respeito aos limites diário e semanal da jornada de trabalho, correspondente compensação do trabalho exercido em domingos e feriados, concessão plena do intervalo intrajornada, fornecimento de lanche, instituição da CIPA etc. Há, portanto, interesse de agir do sindicato em pleitear, via ação coletiva, na qualidade de substituto processual, indenização compensatória, bem como a multa normativa pelo descumprimento da cláusula.

Registre-se, ademais, que a ação de cumprimento prevista no art. 872 da CLT, quando intentada pelo sindicato na qualidade de substituto processual, é caracterizada como ação coletiva, sendo-lhe plenamente aplicáveis as disposições do que a doutrina denomina de microsistema processual coletivo, composto pelo CDC, pela Lei da Ação Civil Pública e demais diplomas normativos inerentes ao processo coletivo. Neste particular, esclarece Antônio Gidi que “a parte processual coletiva do CDC, fica sendo a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil de caráter geral, devendo ser apli-

cado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo, como ordenamento processual geral” (GIDI, Antônio. Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77).

Nada obstante, como nos lembram Hermes Zanetti Jr. e Leonardo Garcia, a máxima amplitude ou atipicidade da tutela jurisdicional é princípio basilar do Processo Coletivo: “(...) o princípio da atipicidade insiste em que o nome da ação não é relevante, podendo ser ajuizada qualquer espécie de ação e pleiteada qualquer forma de tutela jurisdicional, declaratória, constitutiva, condenatória, executiva lato sensu e mandamental, desde que adequada para a efetiva proteção do direito coletivo (art. 83 do CDC)”. (ZANETTI JR, Hermes e GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direitos Difusos e Coletivos. 3ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 24).

Dito isto, ainda segundo a sistemática do CDC, nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Com efeito, nas precisas palavras de Élisson Miessa dos Santos, amparado na lição de Teori Albino Zavaski:

“(...) haverá, num primeiro momento, uma condenação genérica em que o juiz fixará o an debeat (existência da obrigação do devedor, exemplo, setor X possui agentes insalubres), do quis debeat (identidade do sujeito passivo da obrigação, por exemplo, pagamento de adicional de 20% sobre o salário), ou seja, define-se o núcleo da homogeneidade dos direitos afirmados na inicial. Na segunda fase, por estar na margem da heterogeneidade, identificam-se o cui debeat (quem é o titular do direito, pe. Empregado João, Pedro, Paulo etc) e o quantum debeat (qual o valor da prestação a que especificamente faz jus, por exemplo, João, R\$600,00, Pedro, R\$950,00 e Paulo, R\$1.100,00). Por fim, adentra-se na execução propriamente dita, que também tutela interesse heterogêneos.

Verifica-se, portanto, que na primeira fase não há identificação dos trabalhadores, afastando-se, inclusive a exigência de rol de substituídos. Dessa forma, a relação processual estará formada entre sindicato e empresa”. (SANTOS, Élisson Messias dos e CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 1176 - sic).

Assim que, não procede o argumento de que a sentença não observou o levantamento da jornada de trabalho, intervalo, domingos e feriados nos cartões de ponto, nem os requerimentos cautelares. Ao contrário, cuidou o título executivo de pormenorizar os detalhes da condenação, estipulando que a liquidação se daria por artigos, observando-se os valores a ser deduzidos, tudo de acordo com os documentos juntados aos autos. Esses direitos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, quando ocorrerá a identificação dos indivíduos lesados.

No tocante à distribuição do ônus da prova, agiu com acerto o juízo de primeiro grau, porquanto alegada, pelo sindicato, a violação a direitos dos trabalhadores, toca à recorrente a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, a teor do que preconizam os arts. 333, II, do CPC e art. 818 da CLT.

Observa-se dos cartões de ponto a ausência de pré-assinalação dos intervalos intrajornadas, estando muitos dos registros sem, sequer, a correta marcação dos horários de entrada no trabalho. Acrescente-se, ainda, inexistir nos aludidos controles de jornada informação acerca dos feriados ou folga compensatória, não se podendo inferir que a CCT vinha sendo cumprida.

Faz-se oportuno destacar que, pelo princípio da concentração da defesa, deveria a empregadora suscitar toda a matéria apta à sua defesa no momento

da contestação, apresentando os documentos indispensáveis à prova dos fatos que alega, de modo que, ultrapassado esse prazo, está precluso o direito de juntar documentos novos referentes a todo período imprescrito.

Discorrendo ainda acerca do princípio da aptidão para a prova e, diferentemente do que alega a recorrente, o juízo a quo não julgou com base em presunções. A condenação em que incorreu a parte recorrente é apenas reflexo da distribuição do ônus da prova, uma vez que não logrou desincumbir-se a contento da veracidade de suas impugnações.

Como já mencionado no corpo desse voto, a condenação nas ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos são, de todo, genéricas, apenas se procedendo à responsabilização do réu em momento posterior, quando apurada em liquidação as peculiaridades que envolvem cada substituído, razão pela qual não há falar-se em sentença ultra petita.

Insta reconhecer que a ação coletiva por direito individual homogêneo se caracteriza exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que podem aproveitar a muitas pessoas, o que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos titulares. Esclarecida essa especificidade, que é própria da ação em comento, perceptível ter o magistrado, atuando nos limites impostos pela lide, respeitado o pedido e a causa de pedir, em obediência ao princípio da congruência.

Relativamente à obrigatoriedade de pagamento através de conta-salário, não se pode olvidar que vige nessa Especializada os princípios da proteção e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, não subsistindo o argumento de que a empresa não cumpria a lei a pedido dos empregados. Até mesmo porque a abertura de conta-salário não gera ônus nem para o empregado nem para o empregador. Do comportamento perpetrado pela empregadora resta patente a violação a direito individual homogêneo, facilitador de fraudes, além de desrespeito à legislação laboral, que são normas cogentes de ordem pública.

Quanto à cláusula determinante da criação da CIPA tem-se, pois, autêntico direito coletivo stricto sensu, de prestação indivisível. Sobre o assunto, a NR-15 do MTE determina a obrigatoriedade de instituição da CIPA quando a empresa conte determinado número de empregados, não havendo qualquer previsão de que esses empregados trabalhem simultaneamente. Nesse sentido, bem pontuou o juízo a quo:

“Analisando os Anexos I e II da NR-15 do MTE, constata-se que a Ré se enquadra no Grupo C-22(Comércio de Produtos Perigosos), pelo que somente estava obrigada a instituir a CIPA se contasse com mais de 19 empregados. Nos anos 2005 e 2006, esse número não foi alcançado, conforme se depreende das RAIS juntadas aos autos (fls. 256/261). Entretanto, no ano 2007 esse número foi atingido, já que a respectiva RAIS acusa 21 empregados registrados (fls. 268/278). Quanto ao exercício de 2008, a própria Reclamada reconhece que os documentos de fls. 279/282 não lhe dizem respeito. Como era seu o ônus da prova, presume-se ter sonegado a informação, postura que resulta em confissão ficta. A RAIS de 2009 acusa a existência de 28 empregados (fls. 283/297). Quanto ao exercício de 2010, a ausência de prova a cargo da empregadora gera a presunção de que o número de empregados fosse, pelo menos, o mesmo do ano anterior.

É o quanto basta para configurar a violação da cláusula normativa, pelo menos no que diz respeito aos anos 2007, 2008 e 2009.” (fl. 319v)

No concernente às multas, o comando sentencial está de acordo com a cláusula coletiva que prevê a sua aplicação em caso de descumprimento das cláu-

sulas contidas nas CCTs firmadas pelos sindicatos econômico e patronal. Nada a reparar, nesse particular.

Por derradeiro, insurge-se a recorrente contra o deferimento de honorários advocatícios. Entretanto, como restará demonstrado, a pretensão não merece prosperar.

Na atualidade, a defesa da categoria profissional ou de grupo de trabalhadores por parte dos sindicatos tem sido o meio mais eficaz de pacificar as controvérsias e de reduzir o número de demandas individuais na Justiça do Trabalho, seria contrassenso negar a essas mesmas entidades o direito aos honorários de advogado quando agem como substituto processual, sem dúvida com o mesmo zelo e empenho de quando figuram como meros assistentes judiciais, mas, neste caso, ao contrário daquele outro, em inúmeras demandas em que se desdobram um só objeto litigioso, emperando, via de consequência, a máquina judiciária.

Tal entendimento encontra-se cristalizado na Súmula 219, item III, do TST, in verbis:

“São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.” (grifo não é do original).

Assim, mantenho os honorários de 15% sobre o valor da condenação.

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Isto posto, acordam os Desembargadores do Trabalho da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, à unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.//

Salvador, 14 de novembro de 2012 (quarta-feira).

emprego pleiteado pelo Recorrente.

Fundamenta sua defesa afirmando que o falecido na condição de pastor não pode ser considerado empregado, porquanto a legislação trabalhista não confere aos pastores ou ministros de instituições religiosas nenhum direito. Pois bem.

Inicialmente, importa destacar que é pacífica a jurisprudência, no sentido de que, uma vez admitida à prestação de serviços, cabe ao contratante provar que não se encontravam presentes os elementos constantes no art. 3º da CLT, senão vejamos o posicionamento desse Tribunal Regional do Trabalho:

“RELAÇÃO DE EMPREGO - ÔNUS DA PROVA. Negada a própria existência de vínculo empregatício, mas admitida a prestação de serviços, incumbe à empresa o ônus da prova da natureza autônoma ou eventual da relação de trabalho. (Processo 0195200-23.2008.5.05.0511 RecOrd, ac. nº 043092/2010, Relatora Desembargadora IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI, 1ª. TURMA, DJ 17/12/2010). (Negritos aditados)

No caso em tela, a Reclamada negou a existência de relação de emprego, sustentando que o falecido prestava serviços religiosos à comunidade, cabendo-lhe, desta forma, o encargo de provar o fato impeditivo do direito postulado, em consonância com os artigos 818 da CLT e 333, II do Código de Processo Civil. Afirma-se que admitiu a prestação de serviços, pois os recibos de pagamentos acostados às fls. 17/19 não impugnados demonstram a retenção de verba previdenciária na condição de prestador de serviços.

Em que pese ter havido a inversão do ônus probandi, a Recorrida não se desincumbiu de prová-lo, importando assim na constatação de veracidade das alegações feitas pelo Reclamante.

Ademais, embora, em regra, o trabalho prestado pelo pastor não caracterize a relação de emprego com a Igreja, porquanto seu objetivo é a propagação do evangelho, da fé, sem a busca de finalidade lucrativa, verifico que não se trata da hipótese em tela.

Isso porque, constatei da análise dos autos que os elementos caracterizadores da relação de emprego encontram-se presentes na relação entre o falecido e a Igreja Reclamada, visto que comprovado o exercício da função administrativa pelo de cujus.

De acordo com o depoimento da testemunha da Reclamada Jailton Machado (fl. 1676), o falecido exercia de fato a função de pastor, mas atuava também no exercício da atividade administrativa, uma vez que era o único funcionário da Igreja até o ingresso desse testigo nos quadros funcionais da Reclamada, senão vejamos:

“ [...] que é funcionário da Igreja há cerca de dois anos; que antes não havia nenhum outro funcionário na Igreja; que foi contratado para fazer a parte burocrática da Igreja, documentação, a exemplo da emissão do alvará anual perante a Prefeitura, recibos para o pastor assinar, pois era ele quem era o administrador.”

Com efeito, se até o momento relativo a contratação do depoente a Recorrida não contava com nenhum outro empregado encarregado da execução das atividades administrativas da Igreja, comprovada está a afirmação realizada pelo Recorrente falecido de que cumulava a função de pastor e o cargo de administrador da Reclamada.

A testemunha da Reclamada afirmou também que acompanhou o falecido em algumas viagens à Salvador, ocasiões essas em que eram transportados o dinheiro arrecadado pela Igreja de Santo Amaro/BA para a Igreja de Salvador/BA, destaco:

“ [...] que o depoente já acompanhou o de cujus nas vindas a Salvador/BA, oportunidade em que levava apenas o 5% em dinheiro que deveria ser entre-

gue para a Reclamada, pois todo restante era pago através de boleto bancário.” Declarou ainda que o de cujus ficava a disposição da Reclamada tanto no período matutino, turno em que eram realizados atendimentos tanto aos membros da Igreja como àqueles que não eram, como no período noturno, horário em que eram realizados os cultos.

Não fosse só isso, o próprio preposto da Reclamada, através do seu depoimento, confessou a existência da subordinação jurídica a qual estava submetido o falecido.

Isso porque, o preposto da Reclamada deixou claro que o de cujus estava obrigado a apresentar mensalmente ao Superintendente Regional da Igreja Recorrida relatórios que comprovavam o quanto havia sido arrecadado pela Igreja Reclamada, bem como a entregar nessas mesmas oportunidades, os comprovantes do depósito do montante equivalente a 5% dos valores recebidos pela Igreja.

Vejamos o trecho do depoimento do preposto da Reclamada que comprova a subordinação a qual estava submetido o falecido:

“[...] que todos os pastores já na época do de cujus participavam de reunião mensal com o superintendente regional, com elaboração de relatório mensal da arrecadação mensal da igreja com cultos e comprovantes de depósito do valor de 5% do que foi arrecadado para a Superintendência da Igreja com a finalidade de ajudar aos pastores com a manutenção das Igrejas.”

Calha ressaltar que ainda em seu depoimento, o preposto da Reclamada reconheceu os relatórios feitos pelo falecido referentes à arrecadação de valores realizada pela Igreja, vejamos:

“[...] que o depoente reconhece os documentos de fls. 59/60 como relatórios diários elaborados pelo tesoureiro, onde fica registrado o arrecadado no culto. Importa destacar também a ausência de impugnação por parte da Recorrida no tocante aos documentos de fls. 17/19, que dizem respeito ao recibo de pagamento do salário do falecido, bem como o desconto referente ao recolhimento das contribuições previdenciárias.

Desse fato duas importantes informações foram extraídas, quais sejam o reconhecimento de pagamento de salário ao de cujus, restando, portanto, caracterizada a onerosidade e a retenção indevida da contribuição previdenciária efetuada diretamente pela Igreja Recorrida.

Os descontos realizados no salário do falecido à título de recolhimento de contribuição previdenciária para o INSS deveriam ter sido efetuados pelo próprio falecido, porquanto a Lei 8.212/91, em seu art. 12, V, “c”, estabelece que os membros de instituições religiosas são contribuintes autônomos, cabendo portanto, a eles a realização do recolhimento de acordo com a capacidade contributiva. Não caberia, assim, ao Recorrido qualquer retenção de verba previdenciária, no particular, mormente na condição de prestador de serviços, quando a lei confere aos ministros de fé a condição de autônomos.

Não bastassem todos os fatos já esposados, constatei da análise dos autos a confissão do preposto da Reclamada e da própria Recorrida, conforme comprovam as fls. 76 e 1674, no tocante ao pleito relativo às férias, uma vez que restou comprovado não só o gozo de férias pelo falecido, mas também a percepção de remuneração correspondente.

A contradição é patente.

Se o falecido não era empregado da Recorrida, não fazia ele jus ao gozo de férias, porquanto esse é um direito concedido a empregados e não a prestadores de serviços.

Acrescente-se ainda, que a própria Recorrida acostou aos autos documentos autorizando o de cujus a realização de negócio jurídico em seu nome. E mais, juntou seu estatuto sem o capítulo que especifica as atribuições do ministro

local, o que demonstra a vã tentativa de omitir as demais atividades administrativas não correlatas com a propagação da fé.

Assim, verifico a presença de todos os elementos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam subordinação jurídica, onerosidade, pessoalidade e habitualidade.

Diante de tais fundamentos **DOU PROVIMENTO** ao recurso do Reclamante para reconhecer o vínculo empregatício, devendo os autos retornarem ao Juízo originário para avançar no julgamento a fim de evitar supressão de instância. Isto posto, acordam os Desembargadores da 4ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade **DAR PROVIMENTO** ao recurso do Reclamante para reconhecer o vínculo empregatício, devendo os autos retornarem ao Juízo originário para avançar no julgamento a fim de evitar supressão de instância.//

Salvador, 29 de outubro de 2012 (segunda-feira).

Sustenta que o Autor prestou seus serviços em terras e arrendamentos situados no município de Icém/SP e circunscrições, local onde a empresa tem sede, não tendo sido contratado em Guanambi/BA. Entende que o foro competente para apreciação e julgamento da presente demanda é uma das Varas do Trabalho de São José do Rio Preto - SP.

O Reclamante/Excepto, por sua vez, asseverou que foi contratado no município de Guanambi/BA, tendo sido conduzido deste município para o local da prestação de serviços no Estado de São Paulo e retornando após o término da safra de cana-de-açúcar.

Trata-se de empregado rural contratado para laborar no corte de cana-de-açúcar no Estado de São Paulo, que ingressou com reclamação trabalhista na jurisdição de seu domicílio, qual seja, a Vara do Trabalho de Guanambi.

A tese da defesa da exceção de incompetência se pautou em dois aspectos, a saber, na arregimentação do autor em Estado distinto do da prestação de serviços e na sua condição de hipossuficiente econômico. Embora o primeiro deles não haja sido demonstrado no decorrer da instrução processual, diante da confissão do obreiro, em depoimento pessoal, de que foi “contatado por um colega que por sua vez foi chamado por um empreiteiro de São Paulo, tudo no Estado de São Paulo, para prestar serviços na reclamada” e, ainda, “que foi o próprio depoente quem pagou sua passagem para São Paulo” (fl. 174 verso), o fato de o obreiro residir no município de Guanambi, que dista aproximadamente 1.300 Km do Estado de São Paulo, local da prestação de serviços, demandaria despesa considerável com o deslocamento e dificultaria sobremaneira o seu acesso ao Judiciário, dado o seu estado de miserabilidade econômica, declarado desde a exordial (fl. 02).

Diversamente do quanto sustentado, a hipótese não é de aplicação da regra contida no caput do art. 651, mas, sim, da contida no seu § 3º, ainda que interpretada conforme art. 5º, XXXV, da CF, exatamente por não constituir situação típica em que o empregador desenvolve atividades fora do local da contratação, isto é, em que a mobilidade é ínsita à sua própria natureza.

Refiro-me a interpretação conforme a Constituição, porque a atribuição da competência ao foro da prestação dos serviços ou da contratação inviabilizaria o exercício do direito de ação, garantia nela assegurada. E nesse sentido faz-se necessário interpretar a regra não de forma literal, mas sistematicamente, de modo a concretizar os demais direitos e garantias fundamentais ali insculpidos. Com efeito, a aplicação, ao caso em apreço, da regra disposta no art. 651 da CLT, importa seja fixado como competente local de difícil acesso ao Reclamante, o que inviabiliza o seu acesso à Justiça, direito assegurado na Constituição Federal. Se reside no município de Guanambi, Estado da Bahia, e, como alega, não tem condições de arcar com as custas judiciais sem prejuízo do próprio sustento, é óbvio que também não teria recursos financeiros para ajuizar e acompanhar sua reclamação trabalhista em localidade distinta, no caso concreto, em outro Estado da Federação.

Assim, em se tratando de empresa que arregimenta empregados em locais diversos da prestação de serviços, deve prevalecer a competência a que alude o § 3º do art. 651 Consolidado, de forma ampliativa, facultando-se, pois, ao empregado, a opção de ajuizar a Reclamação Trabalhista no local do seu domicílio. Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência, inclusive desta Corte:

ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA TURMA. COMPETÊNCIA PARA O AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO QUANDO A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS OCORRE EM LOCAL DIVERSO DAQUELE ONDE SE DEU A CONTRATAÇÃO. INCIDÊNCIA DA REGRA CONTIDA NO §3º DO ART. 651 DA CLT. O c. Tribunal Superior do Trabalho, cômulo das dificuldades enfrentadas pelo trabalhador em ajuizar reclamação trabalhista no local da prestação dos serviços quando

a localidade não coincide com o seu domicílio, vem ampliando as hipóteses de incidência da regra contida no §3º do art. 651 da CLT que permite, em casos tais, que o empregado opte por uma das duas localidades. Trata-se, sem sombra de dúvida, da solução mais acertada. Justamente porque exigir do reclamante que ele ingresse com reclamação em outro Estado da Federação e que para lá se desloque para comparecer às audiências, significa impedir o seu acesso à Justiça, em manifesta ofensa à regra contida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. (Processo 0014400-32.2008.5.05.0371 RO, ac. nº 021145/2008, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª. TURMA, DJ 02/09/2008. Processo 0000486-90.2010.5.05.0641 RecOrd, ac. nº 062384/2011, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 31/05/2011).

RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. LOCAL DA CONTRATAÇÃO X LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 1. Não obstante o – *caput* - do art. 651 da CLT estabelecer como regra geral de competência territorial o local da prestação de serviços, ainda que o trabalhador tenha sido contratado em outro lugar, a interpretação do dispositivo legal não se deve limitar ao método gramatical, mas, ao contrário, reclama exegese à luz da Carta Magna. 2. Conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, -a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito-. 3. No presente caso, a aplicação da regra geral do local da prestação de serviços inviabilizaria o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 128000-81.2008.5.05.0031 Data de Julgamento: 17/03/2010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 09/04/2010.).

Também o Enunciado nº 7, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pelo TST e pela ANAMATRA:

7. ACESSO À JUSTIÇA. CLT, ART. 651, § 3º. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Em se tratando de empregador que arregimente empregado domiciliado em outro município ou outro Estado da federação, poderá o trabalhador optar por ingressar com a reclamatória na Vara do Trabalho de seu domicílio, na do local da contratação ou na do local da prestação dos serviços.

É a concretização do princípio do acesso à Justiça, diante da hipossuficiência econômica do Autor e da distância entre seu domicílio e o local da prestação dos serviços ou da contratação, circunstâncias peculiares que autorizam o deslocamento da competência para a Vara do Trabalho de Guanambi, local de seu domicílio. Nego provimento.

RECURSO PRINCIPAL DO RECLAMANTE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO RELATIVO AO ACRÉSCIMO DE 50% PREVISTO NO ART. 467 DA CLT POR INOVAÇÃO A LIDE

Suscito de ofício a prefacial supra e deixo de conhecer do pleito de incidência do acréscimo de 50% previsto no art. 467 da CLT, em razão de somente haver sido deduzido em sede recursal, o que implica violação aos limites da lide, em manifesta afronta às garantias do contraditório e do devido processo legal. Não conheço do pedido mencionado por representar inovação à lide.

JUÍZO DE MÉRITO

HORAS EXTRAS

Afirma que a prova oral colhida nos autos jamais poderia servir de base para afastar o pleito de horas extras, pois a testemunha arrolada pela reclamada sequer deixou claro se laborou juntamente com o reclamante.

Aduz, em sequência, que, no período de safra, são recrutados milhares de trabalhadores, os quais são divididos em turmas, o que impossibilita a aferição exata dos horários de entrada e saída de cada um deles por parte dos fiscais

da empresa, geralmente arrolados como testemunhas.
Examino.

Narra a inicial que o reclamante desempenhava o seu labor das 06h30 às 17h, com 30 minutos de intervalo intrajornada, em regime de cinco dias de trabalho para um de folga.

Em contrapartida, a defesa sustenta que a sua jornada era compreendida das 07h às 15h20, com uma hora para repouso e alimentação e o gozo de repouso semanal remunerado após cinco dias de labor, tudo nos moldes previstos em norma coletiva.

Pois bem. Por se tratar de empresa com mais de 10 empregados, conforme se depreende dos elementos dos autos, é obrigatório o controle da jornada, nos termos do entendimento revelado pela Súmula nº 338 do TST.

Nessa linha, diante da ausência injustificada de tais documentos, a empresa atraiu para si o ônus de provar a regularidade da jornada, nos termos do item I da súmula acima mencionada:

Nº 338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

[...]

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

O M.M Juízo sentenciante, com base no depoimento prestado pela testemunha trazida ao feito pela ré, acolheu a tese defensiva e indeferiu o pleito de horas extras.

A meu ver, contudo, a análise detida de seu depoimento prestado às fls. 193 e o seu cotejo com os demais elementos probatórios colhidos nos autos, impedem seja utilizado como meio hábil para elidir a carga horária descrita na petição inicial.

Isso porque, embora haja declarado a inexistência de labor em feriados, os recibos de pagamento acostados com a contestação revelam o contrário, pois consignam o pagamento correspondente ao labor nesses dias em diversos meses, a exemplo das fls. 92, 95, 101, o que revela a sua ausência de ânimo para depor.

Declarou, ademais, ser o responsável pela fiscalização de quatro ou cinco turmas de empregados, em média, sem precisar se o reclamante se encontrava lotado em alguma delas, contudo.

Há que prevalecer, com isso, aquela declinada na exordial, devidamente sopesada com o interrogatório pessoal do autor, quando admitiu que iniciava o seu labor às 07 horas (fl. 133).

Quanto à forma de remuneração, é certo que o trabalhador que recebe por produção, apenas, e trabalha em sobrejornada já tem as horas excedentes remuneradas, fazendo jus, tão somente, ao adicional mínimo de 50%.

Contudo, ao analisar o caso concreto, deve o julgador estar atento aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, de acordo com a regra contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O cortador de cana labuta com grande desgaste físico e, em geral, sob precárias condições de trabalho. A remuneração por produção o incentiva a trabalhar até a exaustão, com o fim de obter melhor salário, em razão do baixo valor pago por unidade.

Segundo Relatório do 1º Encontro Nacional do Setor Sucroalcooleiro em São Paulo, realizado entre os dias 08 e 10 de agosto de 2007, apresentado pelo

Dieese - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômico – que, juntamente com a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, organizou o evento,

“o preço da cana paga ao trabalhador é em média R\$2,50 por tonelada, e um trabalhador chega a cortar cerca de 15 ton/dia. A produtividade, no corte da cana, cresceu 236,8% enquanto o salário caiu 5,5%. Em 2006, segundo dados do MTE, 450 trabalhadores morreram na atividade canavieira”.¹

Em 2010, segundo artigo publicado no sítio “Brasil@gro”, o valor pago a esses trabalhadores na região de Ribeirão foi o maior em seis anos e correspondeu a uma média de R\$ 3,24,² por tonelada, o que ainda é muito pouco.

Há que se ressaltar, também, a forma de cálculo dessa produção, que impede os trabalhadores de saber previamente o resultado do seu trabalho, como explica Francisco Alves³, professor da Universidade Federal de São Carlos, em artigo publicado sobre o tema. Segundo ele,

Diferentemente das situações analisadas por Smith e Marx, os cortadores de cana sabem apenas quantos metros de cana cortaram em um dia, mas não sabem o valor do metro de cana cortado. Esse desconhecimento é decorrente do metro linear de cana não ter um valor fixado previamente. O valor do metro só é fixado depois que a cana foi pesada; portanto, embora um metro seja igual a um metro, o valor do metro de cana é diferente do valor de outro metro de cana, na medida em que seus pesos são diferentes.

O valor do metro de cana para cada talhão é atribuído pela usina depois que a cana é pesada em suas balanças, localizadas distantes do eito. As usinas já definiram previamente, com os sindicatos, o valor da tonelada de cana, para 24 meses e para o ano. Sabendo o peso da cana, a quantidade de metros de cada talhão e o valor da tonelada, através de regra de três, chega-se ao valor do metro de cana cortado. O peso da cana varia em função da qualidade da cana naquele espaço, e a qualidade da cana naquele espaço depende, por sua vez, de uma série de variáveis (variedade da cana, fertilidade do solo, sombreamento etc.). Nas usinas, onde estão localizadas as balanças, é feita a conversão do valor da tonelada para o valor do metro. Como é feito nas usinas, pelo seu departamento técnico, esse cálculo é feito sem o controle do trabalhador; portanto, entre aquelas situações de trabalho analisadas pelos dois pensadores, nos séculos XVIII e XIX, e as praticadas no corte de cana, no século XXI, há uma enorme distância. No século XVIII e XIX, os trabalhadores recebiam por produção e tinham o controle da sua produção, hoje os trabalhadores não controlam nem a medida do seu trabalho nem o valor do seu trabalho. Eles não controlam a medida porque, ao final do dia, o encarregado, munido de um compasso com ponta de ferro, faz a medição do seu trabalho. Algumas vezes não é permitido ao trabalhador acompanhar a medição, outras vezes a medição só é realizada depois que os trabalhadores se retiraram do eito.

Muitas vezes, os trabalhadores sabem que cortaram uma quantidade de metros elevada, mas como a cana pode ser de pouco peso, cana de 5ª soca², eles acabam tendo um ganho pequeno. Desta forma,

1 Disponível em: www.dieese.org.br/projetos/BNDES/relatorioEncontroSucroalcooleiro.pdf Acesso em 04/04/2011.

2 Disponível em: www.brasilagro.com.br/index.php?noticias/detalhes/3/32137 Acesso em 07/04/2011.

3 ALVES, Francisco. *Por que morrem os cortadores de cana?* Disponível em: <www.scielo.br/pdf/sausoc/v15n3/08.pdf>. Acesso em 04/04/2011.

fica claro que o pagamento por produção, além de ser uma forma de pagamento arcaica, perversa e desgastante.

No caso da cana é mais perverso ainda, pois o ganho não depende apenas dos trabalhadores, mas de uma conversão feita pelo departamento técnico das usinas.

Todas essas circunstâncias contribuem para que o trabalhador despenda toda a sua energia para garantir a sua subsistência e à de sua família. Trata-se, sem dúvida, de trabalho penoso e desgastante. Não reconhecer essa realidade social e entender como já remunerada a hora extra realizada em tais circunstâncias é fazer letra morta dos fundamentos da República calcados na dignidade da pessoa humana, ao lado do valor social do trabalho e da livre iniciativa, os quais devem ser o fiel da balança na busca por uma “sociedade livre, justa e solidária” (arts. 1º, III e IV e 3º da Constituição Federal).

O exercício da atividade econômica, premissa legitimada em um sistema capitalista de produção, está condicionado pelo art. 170 da Constituição à observância dos princípios nele enumerados, entre os quais se incluem a valorização do trabalho humano, a existência digna, de acordo com a justiça social (*caput*) e a função social da propriedade (inciso III), este último perfeitamente lido como função social da empresa.

Ademais, estabelece vínculo direto e indissociável com os princípios contidos no art. 1º da Constituição, que fundamentam o Estado Democrático de Direito, entre os quais se incluem os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), sem se falar na dignidade da pessoa humana (inciso III).

Denominados princípios políticos constitucionalmente conformadores⁴ ou princípios constitucionais fundamentais,⁵ caracterizam-se por explicitarem as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensarem as opções políticas nucleares e refletirem a ideologia dominante da constituição.⁶

Significa afirmar, com base nesses princípios, a possibilidade de limitação da forma de remuneração pactuada quando a ela se sobrepõe um bem jurídico relevante, protegido pela ordem jurídica, especialmente constitucional.

Sobre a importância da função social do contrato de trabalho, destaco trecho lapidar de voto do e. Des. Edilton Meireles, nos autos do Mandado de Segurança Nº. 00152-2009-000-05-00-1-MS, que assinala:

[...] a função social, seja do trabalho, seja da iniciativa privada, é fundamento constitucional (art. 1º, IV) e a justiça social funda a nossa ordem econômica (art. 170 da CF). Todos esses princípios, conjugados, conduzem à solução dada pela Autoridade coatora, qual seja, de que a empresa deve arcar com os salários do empregado que não se encontra apto para o labor enquanto a entidade de previdência social não concede o benefício previdenciário.

Cumprido, porém, ressaltar que o princípio da função social, por si só, já conduz à essa conclusão.

Neste sentido, cabe lembrar que todo instituto jurídico é criado, não só “para o movimento das riquezas do mercado”⁷ ou para fins meramente egoísticos, mas, principalmente, para servir à coletividade. Através da noção de função social impõe-se conceber que o ato ou a relação jurídica não interessa apenas às pessoas diretamente envolvidas,

4 Assim pensa Eros Roberto Grau que se vale da classificação proposta por José Joaquim Gomes Canotilho. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 240.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 93

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 2002. p. 1.152.

7 Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 979.

mas a todos que o cercam (o ato ou a relação jurídica) e que são por ele afetados. Interessa à coletividade. Isso porque, todo e qualquer instituto jurídico tem uma destinação social.

Seu substrato constitucional está no art. 2º, inciso I, da Carta Magna de 1988, que impõe como objetivo fundamental da República brasileira a construção de uma *“sociedade livre, justa e solidária”*. Encontra fundamento, portanto, no princípio da solidariedade⁸.

A função social encontra respaldo, ainda, na Carta da República quando esta impõe o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos I e IV), estabelecendo que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, *“conforme os ditames da justiça social”* (art. 170, *caput*). Vale frisar: conforme art. 1º inciso IV, da CF, o Brasil deve se fundar nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, isto é, no valor social do trabalho e no valor social da livre iniciativa. A livre iniciativa, portanto, só pode ser entendida enquanto valor social e em conjunto com o valor social do trabalho.

Além disso, vale lembrar que a *“ordem econômica se realiza mediante contratos, uma vez que a atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição de bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais”*⁹.

Pode-se, assim, afirmar-se que *“o epicentro do direito contratual, diante da Constituição, não pode ser mais a autonomia da vontade, mas a dignidade da pessoa humana. Os contratos assumem uma função social, enquanto instrumentos de circulação de riquezas, para promoção de uma sociedade livre, justa e solidária”*¹⁰.

É preciso ter em mente, sobretudo, a saúde do trabalhador, fundamento adotado na construção do posicionamento jurisprudencial contido na OJ n. 307 da SDI-1 do c. TST, ao interpretar o § 4º do art. 71 da CLT. Ou seja, segundo a mais alta Corte Laboral, ainda que tenha usufruído parte do tempo destinado ao repouso, o trabalhador tem direito ao pagamento **total** do período, com o acréscimo de, no mínimo, 50%, sem que se configure enriquecimento sem causa para o trabalhador:

OJ-SDI1-307 INTERVALO INTRAJORNADA (PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO). NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL. LEI Nº 8.923/1994. DJ 11.08.03

Após a edição da Lei nº 8.923/1994, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).

O mesmo raciocínio se impõe. Não se pode presumir que o valor recebido por produção já remunere a hora extraordinária desses trabalhadores. Entendimento contrário estimula a precarização das condições de trabalho e viola as garantias de dignidade da pessoa do trabalhador e o seu direito à saúde e à integridade física.

Não se pode perder de vista, ainda, o que dispõe a Norma Regulamentadora de Ergonomia - NR nº 17, do Ministério do Trabalho e Emprego, com a redação dada pela Portaria 3751/90, no trecho a seguir

8 Teresa Negreiros, *Teoria do contrato. Novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 207.

9 César Fiúza e Giordano Bruno Soares Roberto, *Contratos de adesão*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 95.

10 *Ibidem*, p. 92-93.

transcrito:

17.6.3. Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores, e a partir da análise ergonômica do trabalho, deve ser observado o seguinte:

a) para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie deve levar em consideração as repercussões sobre a saúde dos trabalhadores;

É dizer, não se pode dar guarida a essa perversa forma de remuneração dos cortadores de cana, que incentiva o labor em sobrejornada, de maneira altamente prejudicial à sua saúde e integridade física, permitindo ao empregador pagar, apenas, o adicional de hora extra.

Por tais motivos, REFORMO a sentença, no particular, para deferir ao Autor as horas extras integrais, excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, considerada a jornada das 07h às 17h, com trinta minutos de intervalo, no regime 5X1 (um dia de folga para cada cinco laborados), com sua integração ao salário para os reflexos pretendidos. Devem ser observados os adicionais normativos e a comoensação dos valores comprovadamente pagos sob idêntico título.

DAS HORAS *IN ITINERE*

Insurge-se contra o não reconhecimento das horas *in itinere*.

Aduz que a norma coletiva não pode dispor no sentido de transacionar o tempo efetivamente gasto no percurso.

O autor asseverou, na exordial, que despendia até três horas diárias no trajeto para o local de trabalho e posterior retorno à sua residência.

A defesa alegou que o deslocamento era feito, em sua maior parte, em trechos serviços por transporte público. Invocou cláusula normativa a prever o pagamento de uma hora sob tal título. Afirmou, ainda, que, o tempo médio de percurso não ultrapassava 30 minutos.

O MM Juízo de primeiro grau entendeu que as normas coletivas da categoria prevêm o pagamento de uma hora a título de horas *in itinere*, disposição que deve ser prestigiada a teor da previsão contida no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Primeiramente, verifico que, por ter alegado fatos impeditivos do direito do autor, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, cabia à acionada prová-los, ônus do qual não se desincumbiu.

Ao contrário, admitiu a existência de trechos não servidos por transporte público regular, ao afirmar que os locais de trabalho eram “na sua maioria servidos por vias asfaltadas e por transporte público regular”. (grifos acrescidos- fl. 64).

Ademais, como dito, a sua testemunha prestou depoimento parcial, que não pôde ser considerado para formação do convencimento em torno das matérias controvertidas. Ainda que tivesse a necessária isenção para depor, sequer soube precisar os horários de circulação dos ônibus supostamente existentes no trajeto até o local de trabalho (fl. 193).

Nesse sentido, entendo que devem ser reconhecidos os horários indicados na exordial como referentes ao percurso realizado em transporte da acionada, a serem considerados como horas *in itinere*.

Com relação ao ajuste normativo que pré-fixou o pagamento da parcela em uma hora, conforme verifico na cláusula sexta dos Acordos Coletivos de fls.113/130, segundo entendimentos do c. Tribunal Superior do Trabalho, não se reconhece validade às cláusulas de instrumentos coletivos que suprimam, reduzam ou limitem direitos assegurados por lei, como se vê dos arestos abaixo:

RECURSO DE REVISTA. [...] HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO. NORMA

COLETIVA. Com a edição da Lei nº 10.243/2001, que acrescentou o § 2º ao art. 58 da CLT, o direito às horas *in itinere* passou a ser assegurado por norma de ordem pública, cogente, não podendo prevalecer a supressão do direito por meio de negociação coletiva, sob pena de se restringir direito indisponível do trabalhador. Dessa forma, a despeito de a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XXVI, prestigiar e valorizar a negociação coletiva, não se pode subtrair direito do empregado assegurado em norma cogente. Precedentes. [...] (RR - 94000-97.2005.5.05.0342, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 29/06/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 01/07/2011);

RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS IN ITINERE. O Regional foi incisivo em afirmar que havia transporte público regular no trajeto percorrido pelo reclamante até o local de trabalho. Dessarte, inócua a controvérsia acerca da impossibilidade de supressão do pagamento das horas *in itinere* mediante norma coletiva. Recurso de revista não conhecido.

2. [...] (RR - 258000-33.2008.5.08.0114, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 28/06/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 01/07/2011);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. HORAS IN ITINERE - SUPRESSÃO - NORMA COLETIVA. A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão proferido em procedimento sumaríssimo depende de demonstração inequívoca de afronta direta à Constituição da República ou de contrariedade a súmula desta Corte. Aplicabilidade do art. 896, § 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000. Agravo desprovido. (AIRR - 1454-68.2010.5.18.0121, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 22/06/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 01/07/2011);

RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA QUE PREVÊ A SUPRESSÃO DO DIREITO. INVALIDADE. PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO. O pacto coletivo, também garantido pela Lei Maior, não empresta validade, por si só, à supressão ou diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A flexibilização das condições de trabalho, em princípio possível em matéria de jornada de trabalho, não pode se sobrepor ao princípio da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF). Nesse contexto, inviável o reconhecimento de norma coletiva que retira direitos mínimos do empregado. Acrescente-se, por fim, que o artigo 58 da CLT foi alterado pela Lei Complementar 123/2006, sendo acrescentado o parágrafo 3º, que passou a admitir a flexibilização de horas *in itinere* para empresas de pequeno porte e microempresas, e em situações fixadas na própria Lei, mas não autorizou a supressão do direito definido no parágrafo anterior. Recurso de revista não provido. (RR - 121200-68.2006.5.09.0654, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 25/05/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 03/06/2011).

Nesse sentido, por ser um direito assegurado por lei ao trabalhador, o pagamento de horas *in itinere* não pode ser negociado em norma coletiva, diante do quanto disposto no art. 58 da CLT, acrescido pela Lei nº 10.243/2001. Nele ficou expressamente previsto, em seu § 2º, que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução (Súmula nº 90, do TST).

É na exceção que se encaixa o presente caso, em face da

incompatibilidade dos horários de transporte público, o que obrigava o autor utilizar a condução fornecida pela empresa. Não se trata de negar validade ao exercício da autonomia sindical coletiva, mas de adequá-la aos parâmetros mínimos correspondentes aos direitos assegurados em norma de natureza imperativa e que, por isso mesmo, não se encontram sob a égide da negociação atribuída ao sindicato.

Defiro, assim, o pleito de pagamento das horas *in itinere*, conforme postulado na exordial, a serem computadas na jornada para aferição das horas extras. Reformo.

MULTA DO ART. 477 DA CLT

Pretende seja deferida a multa de que trata o art. 477 da CLT. Aduz que houve diferença de parcelas rescisórias, ante a não incorporação das horas extras e itinerantes ao seu salário.

A decisão hostilizada rejeitou a sua pretensão por entender ser incabível a sua incidência unicamente pelo fato de as parcelas rescisórias não haverem sido quitadas de forma integral (fls. 205/210).

Mantenho a sentença, porém, sob outro fundamento.

O autor pleiteou, em verdade, a indenização inserta no *caput* do art. 477 da CLT e não aquela prevista em seu § 8º, decorrente de mora na quitação de parcelas rescisórias, como se confere do item “V” da exordial (fls. 06).

A alegação de existência de diferenças de parcelas rescisórias, como fundamento para o seu deferimento, constitui flagrante inovação à lide, o que impede o seu conhecimento, por violar o devido processo legal.

Esclareço que a Constituição Federal de 1988 pôs fim à antiga sistemática de proteção ao tempo de serviço e ao contrato, com consequentes estabilidade e indenização rescisória então existentes, excetuadas, evidentemente, as situações jurídicas consolidadas antes de sua promulgação (05/10/1988), não verificado nos autos.

A parcela indenizatória em análise foi substituída pela instituição dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 7º, III da CF/88) para todos os trabalhadores e não mais persiste atualmente, exceto para aqueles admitidos em data anterior à vigência da Constituição e que não fossem optantes. Indefiro.

Do exposto, não conheço do pleito relativo ao acréscimo de 50% previsto no art. 467 da CLT por representar inovação à lide e, no mérito, **dou provimento parcial ao recurso principal** para deferir horas extras e horas *in itinere*, tudo nos termos da fundamentação supra esposada, que integra o presente dispositivo. **Quanto ao apelo** adesivo da reclamada, nego provimento.

Isto posto, acordam os Desembargadores da 2ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, à unanimidade, NÃO CONHECER DO PLEITO RELATIVO AO ACRÉSCIMO DE 50% PREVISTO NO ART. 467 DA CLT POR REPRESENTAR INOVAÇÃO À LIDE E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PRINCIPAL PARA DEFERIR HORAS EXTRAS E HORAS IN ITINERE, TUDO NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO SUPRA ESPOSADA, QUE INTEGRA O PRESENTE DISPOSITIVO COMO SE AQUI ESTIVESSE TRANSCRITA. QUANTO AO APELO ADESIVO DA RECLAMADA, TAMBÉM UNANIMEMENTE, NEGAR PROVIMENTO.//

Salvador, 29 de outubro de 2012 (segunda-feira).

Nesse contexto, tem também o dever de resguardar o sigilo das informações previstas nas referidas contas, com o fito de preservar a intimidade e a vida privada de cada cliente.

Esse sigilo bancário, todavia, constitui um dever da instituição financeira e de seus funcionários em face de terceiros, pois o bem que se visa proteger é o da privacidade.

O caput do art. 1º, da Lei Complementar n. 105/2001, preceitua que *“As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”*.

O §3º, do mesmo diploma legal, contudo, estabelece que *“Não constitui violação do dever de sigilo: (...)III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996”*, autorizando, desse modo, o acesso às informações bancárias dos contribuintes, pelas autoridades fiscais, independentemente de autorização judicial.

De outro giro, não há dúvida de que o banco tem conhecimento da movimentação bancária de seus clientes e o reclamante, apesar de empregado da instituição, é, também, correntista do banco que aciona, devendo, por essa razão, submeter-se às regras gerais impostas.

Nesse sentido, tem, assim como os demais correntistas da instituição, sua conta corrente fiscalizada pelo Banco.

Essa fiscalização, esclareça-se, decorre de obrigação legal, prevista no artigo 11 da Lei 9.613/98, que foi criada justamente com o intuito de prevenir a utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos e assim dispõe:

“As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes:

a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo.

§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.

§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.”

O art. 4º da Instrução Normativa nº 301, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), na mesma linha, autoriza a fiscalização, pelas instituições financeiras, da movimentação bancária dos correntistas, dispondo expressamente que:

“Para os fins do disposto no art. 10, inciso II, da Lei nº 9.613/98, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução manterão registro de toda transação envolvendo títulos ou valores mobiliários cujo valor seja igual ou superior a dez mil reais, sob forma que permita a tempestiva comunicação a qual se refere o art. 7º desta Instrução.

Parágrafo único. O registro também será efetuado, na forma do “caput” deste artigo, quando a pessoa física, jurídica ou seus entes ligados, identificados no cadastro previsto nesta Instrução, realizarem, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo, cujos valores, no conjunto, ultrapassem o limite específico ora fixado.”

A mencionada Instrução Normativa também determina, no seu art. 6º, a comunicação das operações realizadas pelos clientes, nos seguintes termos:

“Para os fins do disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 9.613/98, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução dispensarão especial atenção às seguintes operações envolvendo títulos ou valores mobiliários:

I - operações cujos valores se afigurem objetivamente incompatíveis com a ocupação profissional, os rendimentos e/ou a situação patrimonial/financeira de qualquer das partes envolvidas, tomando-se por base as informações cadastrais respectivas;

II - operações realizadas, repetidamente, entre as mesmas partes, nas quais haja seguidos ganhos ou perdas no que se refere a algum dos envolvidos;

III - operações que evidenciem oscilação significativa em relação ao volume e/ou frequência de negócios de qualquer das partes envolvidas;

IV - operações cujos desdobramentos contemplem características que possam constituir artifício para burla da identificação dos efetivos envolvidos e/ou beneficiários respectivos;

V - operações cujas características e/ou desdobramentos evidenciem atuação, de forma contumaz, em nome de terceiros; e

VI - operações que evidenciem mudança repentina e objetivamente injustificada relativamente às modalidades operacionais usualmente utilizadas pelo(s) envolvido(s).”

Diante dos dispositivos acima apontados, não resta dúvida de que a verificação da conta corrente do empregado do Banco, na condição de cliente, constitui um dever do reclamado, decorrente da sua própria atividade empresarial.

A jurisprudência do TST vem negando o pedido de indenização por danos morais, positivando que a fiscalização da movimentação bancária dos correntistas do Banco é procedimento que decorre de determinação do Banco Central, à qual todos os cidadãos estão sujeitos.

Por essa razão, todos os correntistas estão submetidos a esse controle, inclusive os funcionários do Banco, como é o caso do reclamante.

Foi esse o entendimento abraçado pelo Ministro Renato de Lacerda Paiva, nos autos do AIRR n. 18140-70.2009.5.03.0095, publicado no DEJT em 12/08/2011, cujas razões peço vênias para transcrever:

“(…)

Destarte, não vislumbro violação direta e literal do artigo 5º, incisos V, X, e XII, da Constituição Federal, bem como afronta à literalidade do artigo 508 da Consolidação das Leis do Trabalho, 186 e 927 do Código Civil, 10 da Lei Complementar nº 105/2001 e 38 da Lei nº 4.595/64, como exige a alínea -c- do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. É que o Tribunal Regional, soberano na apreciação do conjunto fático-probatório dos autos, de inviável reexame nessa esfera recursal, a teor do disposto na Súmula/TST nº 126, verificou que o acompanhamento da conta corrente do autor se dava de modo discreto e indiscriminado, em observância à norma do Banco Central, além do que, o mesmo procedimento se dava em relação

aos clientes do Banco. Pelo que, ao indeferir o pleito de indenização por dano moral, uma vez que a conduta do Banco reclamado não configurou qualquer dano à intimidade e à privacidade do autor, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que disciplinam a responsabilidade aquiliana, dispondo que -aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito- e -aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

(...)"

E esse é exatamente o caso dos autos, uma vez que a prova testemunhal aqui produzida demonstrou que a fiscalização da movimentação bancária era procedimento comum para todos os correntistas, empregados ou não.

Note-se que em seu depoimento o próprio reclamante admite que *"como gerente do posto de atendimento bancário, monitorava as contas devedores de seus clientes; que todas as contas do PAA (posto de atendimento avançado) tinham como gerente o próprio depoente; que a sua própria conta pessoal era do posto de atendimento avançado e que a do próprio depoente também era gerenciada por ele mesmo; que não são todas as contas do PAA que são gerenciadas; que o depoente faz esse gerenciamento a partir de movimentação; que uma vez feita abertura da conta o gerenciamento continuava, inclusive porque os clientes costumavam ligar direto para o depoente; que o cliente ligava para o depoente que este tinha condições de verificar a situação do cliente dentro do sistema; que o depoente poderia ver o extrato da conta corrente do cliente na tela do computador "que toda a movimentação financeira do cliente poderia ver"; que o depoente poderia verificar a movimentação financeira de qualquer cliente do banco desta agência, inclusive conta de funcionários; que o depoente como gerente do posto de atendimento, quando verificava a existência de alguma alteração na conta corrente de seus clientes comunicava a administração da agência, especificamente ao gerente administrativo, o Sr. Isaac; que qualquer coisa que acontecia de errado o depoente comunicava para o Sr. Isaac pois era ele quem fazia o relatório para a inspetoria, gerência regional e diretoria; que o depoente, se havia algo estranho na movimentação financeira, não ligava para o cliente pois o próprio Sr. Isaac é quem fazia, já que no posto de atendimento não tinha a compensação; (...) que em Ipiaú, qualquer funcionário que tem acesso ao sistema gerencial, pode tirar o extrato de qualquer o cliente, inclusive os funcionários e clientes da agência; que mais de 90% dos funcionários possui acesso ao sistema gerencial, que o depoente acha que só com o funcionário que atende no pré atendimento "lá fora" é que não tem; (...) que o gerente-geral da agência possui conta corrente na agência; que o depoente por esta razão teria condições de acessar o extrato do gerente geral; que se o depoente não tiver condições que acessar conta corrente do cliente, não tem como gerenciar a sua conta; que quando depoente acessa a conta corrente ver toda movimentação financeira do cliente" (fls. 51/51v.).*

No mesmo sentido, a testemunha do autor declarou que *"no desempenho de suas funções a depoente tinha condições de olhar toda a movimentação financeira dos clientes; que a depoente tinha condições de acessar todas as contas, inclusive a dos clientes e funcionários do banco" (fl. 52).*

A testemunha do reclamado, de seu turno, esclareceu que *"não existe nenhuma proibição da empresa para que os funcionários recebam depósitos nesta conta; que o funcionário não sofre nenhum tipo de fiscalização, mas muitas vezes ele é chamado para que justifique a origem dos recursos; que isto*

é feito pela auditoria, através da inspetoria; que o depoente nunca foi chamado, mas que já informou ao banco que ia entrar um determinado valor, decorrente da venda de um veículo; que isto não acontecia com todos funcionários; que a fiscalização era feita com os funcionários que recebessem um recurso de valor mais elevado que não condizia com a sua remuneração; (...) que quando a inspetoria chamava um funcionário para justificar a movimentação financeira, o fazia reservadamente” (fl. 53).

No caso, portanto, a fiscalização da movimentação bancária do autor era realizada pelo reclamado nos moldes estabelecidos pelas normas do Banco Central, bem ainda da legislação pertinente à matéria, não implicando a conduta do réu em qualquer dano à sua privacidade.

Sendo assim, os questionamentos feitos pelo inspetor do Banco sobre depósitos efetuados na conta bancária do reclamante, assim como, o pedido para que unificasse as suas contas em uma única agência, não configura, por si só, violação aos princípios da intimidade e privacidade constitucionalmente previstos.

Ademais, cumpre acrescentar que nenhuma divulgação dos dados do autor foi efetuada pelo reclamado, em relação a terceiros, que não os autorizados pela legislação acima referenciada, o que, aí sim, configuraria a quebra do sigilo bancário alardeada pelo reclamante.

A propósito do tema é o seguinte escólio do TST, abaixo transcrito:

“(...

II) RECURSO DE REVISTA - QUEBRADE SIGILOBANCÁRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - AUSÊNCIA DE DANO MORAL - PROVIMENTO.

1. O sigilo bancário, na definição da doutrina, é a obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados pertinentes a seus clientes, que, como consequência das relações jurídicas que os vinculam, sejam de seu conhecimento. Confunde-se, nesse sentido, com o dever de segredo profissional e constitui desdobramento do direito à privacidade, amparável pelo art. 5º, X, da CF e pela Lei 4.595/64.

2. Pretendeu-se conferir ao sigilo bancário dimensão constitucional específica, com proposta de emenda (PEC 139/84) que previa alteração do art. 153, § 9º, da Constituição Federal de 1967/69, com a seguinte redação: -É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base oponível para a tributação-. No entanto, foi a proposta rejeitada, permanecendo sob o pálio da tutela genérica do direito à intimidade, prevista na Carta Política de 1988.

3. Ora, o sigilo bancário tem por guardião o próprio banco, que registra as informações de movimentações feitas pelos seus correntistas, às quais seus gerentes e funcionários têm acesso pelo simples exercício de suas funções.

4. Assim, a quebra de sigilo só pode se referir a pedido de acesso a informações bancárias formulado por entidade não bancária. E, como decorrência lógica, o ilícito só se dará se o banco fornecer os dados de que dispõe sem a necessária autorização judicial. Daí que, se o banco tem total conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, impossível se torna a materialização do ilícito de quebra de sigilo em relação ao próprio banco. Apenas se houver exteriorização da informação é que a quebra se materializará.

5. -In casu-, o TRT registrou que o pedido de indenização por dano moral formulado pela Reclamante decorreu de ter a instituição financeira monitorado os seus extratos bancários e emitido advertências escritas

sob o fundamento de que o empregado utilizou-se de procedimento irregular denominado -adiantamento a depositantes-. Consignou, outrossim, a decisão recorrida que a instituição financeira não poderia se utilizar das informações de seu cliente, em detrimento da sua atuação como empregado da empresa, não estando amparado pelo art. 508 da CLT, implicando violação ao direito de personalidade e privacidade do trabalhador, o que rende ensejo à reparação dos danos morais daí decorrentes, mesmo não tendo havido divulgação desse fato e dos valores da conta corrente do empregado a terceiros. Esta última circunstância fática conduz à conclusão de que não houve quebra do sigilo bancário, já que a instituição financeira não revelou a terceiros (entidades ou pessoas que não pertençam à instituição financeira) o conteúdo dos extratos, o que afasta o direito à pretendida indenização. Recurso de revista provido” (Processo: RR - 110600-06.2009.5.23.0003 Data de Julgamento: 20/09/2011, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2011).”

Cumpra assinalar, afinal, que esta e. 2ª Turma assim já se pronunciou, em outros processos onde figurou, também como parte, o Banco Bradesco, concluindo pela não ocorrência da quebra do sigilo bancário, como se observa da ementa do acórdão proferido nos autos do processo n. 0178000-19.2009.5.05.0462Record, da lavra do i. Desembargador Renato Simões, abaixo transcrita:

“DANO MORAL. ABUSO DO PODER DIRETIVO DESENCADEADO PELA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. OFENSA NÃO DEMONSTRADA. IMPROCEDÊNCIA. Insere-se na órbita do poder diretivo do empregador bancário a fiscalização das contas-correntes dos seus empregados, porquanto equiparados aos demais clientes, inteligência do art. 11 da Lei 9.613/98. Inexistindo comprovação do abuso desse poder, sobretudo em relação à honra e dignidade do empregado, não vai adiante a pretensão por indenização reparatória” (Processo 0178000-19.2009.5.05.0462 RecOrd, ac. nº 036254/2010, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 07/12/2010).

A sentença merece, pois, confirmação, inclusive, quanto ao indeferimento dos honorários advocatícios, uma vez que não houve sucumbência do reclamado.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ISTO POSTO, ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA 2ª. TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, UNANIMEMENTE, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**//

foram beneficiados pelo superávit através das medidas de revisão do Plano de Benefícios n. 01, em 19/12/2007, e que não existiu violação ao princípio da isonomia. Explicitou no particular que foram suspensas as contribuições dos participantes e patrocinadores, e criados três benefícios especiais temporários, dentre eles o “Benefício Especial de Remuneração”, previsto no art.86 do citado Regulamento, e que correspondeu ao aumento do teto para 90% para aqueles cujo benefício sofreu incidência do limite de 75% do salário de contribuição. Destacou neste ponto, que o referido benefício não se constituiu em reajuste de benefício, e muito menos nos moldes da Vestibular. E mais, que o Reclamante não se enquadra no referido art.86 do Regulamento do Plano, já que o seu teto contributivo não foi limitado a 75%, mas sim a 136% da remuneração, consoante o §1º do art.14 do Estatuto de 1980, em vigor à época da sua aposentadoria. Razão lhe assiste. Inicialmente, rejeito os argumentos acerca da aventada violação do princípio da isonomia, notadamente quanto ao implemento do “Benefício Especial de Remuneração”, calculado com base na diferença de teto contributivo de 75% para 90%. A delimitação imposta na norma regulamentar (art.86 do Regulamento do Plano de Benefícios) para os aposentados a partir de 24/12/1997 se justifica porque para estes associados a condição de cálculo do benefício era menos favorável, por conta do teto de 75% estabelecido para o cômputo respectivo. Assim é que, através da utilização do superávit, foi viabilizado meio para beneficiá-los, concedendo-lhes o “Benefício Especial de Remuneração” correspondente à elevação do percentual para 90%. Ora, a situação do Reclamante é completamente diversa, já que por ocasião da sua aposentaria, antes de 23/12/1997, e pelas regras do Plano de Benefícios então vigente, sua complementação foi calculada utilizando o percentual de 136% do somatório do vencimento-padrão e anuênio, e, portanto, de forma muito mais vantajosa de que todos os demais. O Reclamante, portanto, não se enquadra na situação prevista no art.86 do Regulamento do Plano de Benefícios, e tampouco houve violação do princípio da igualdade de tratamento. INDEFIRO os pedidos das alíneas “a”, “b”, “c” e “d” da Exordial, com todos os seus consectários.

A reapreciação da questão pede que voltemos ao início, embora lide em apreço não envolva controvérsia significativa quanto aos fatos e prova de maior complexidade.

O reclamante, na petição inicial, afirma que:

É participante/ assistido do Plano 1 de previdência complementar mantido pela Ré e destinado aos empregados do Banco do Brasil admitidos até dezembro de 1997;

Se aposentou antes de 24 de dezembro de 1997 e desde então recebe da ré complementação de aposentadoria;

Entre os anos de 2003 e 2005 o Plano 1 acumulou superávit que, por não ter sido utilizado, teve que ser obrigatoriamente revertido aos patrocinadores, participantes e assistidos sob a forma da revisão de benefícios

Por força do artigo 17 da Lei Complementar 109/2011, as alterações procedidas nos planos de previdência privada devem ser aplicados a todos os participantes do plano

Tal regra foi desrespeitada pela Previ, que distribuiu o superávit de forma desigual, dado que privilegiou os aposentados após 24/12/1997 e os participantes da ativa, cuja base de cálculo do benefício inicial

correspondia a 75% da remuneração do associado e passou, com a distribuição do superávit, a corresponder a 90% de dita remuneração. Dita majoração importou num incremento de 20% no benefício dos aposentados após a data acima, uma vez que 15 (diferença entre 75% e 90%) representam 1/5 ou 20% de 75; Tal incremento, que inicialmente foi concedido em caráter provisório, enquanto durasse o montante do superávit, foi incorporado definitivamente aos benefícios de tais beneficiários (...).

A reclamada, por sua vez, alegou na contestação que:

Em 31 de dezembro de 2006 o Plano de Benefícios 01 apresentou o terceiro resultado superavitário consecutivo, o que acarretou na adoção de diversas medidas para sua revisão, que atenderam aos participantes de diversas formas:

a) elevação da tábua de mortalidade;

b) suspensão do recolhimento das contribuições mensais do plano (que atendeu a todos os participantes e patrocinadores, na proporção de suas contribuições);

c) criação do benefício especial cujo parâmetro de cálculo é a redução do fator de proporcionalidade adotado quando da concessão do complemento de aposentadoria (Benefício Especial de Proporcionalidade)

d) criação do benefício especial de renda certa;

e) criação de benefício especial cujo parâmetro de cálculo é a elevação do teto remuneratório utilizado para o cálculo do complemento de aposentadoria Benefício especial de Remuneração, objeto da presente demanda.

O Benefício Especial de Remuneração, objeto da demanda, está previsto no artigo 86 do Regulamento aprovado (págs. 75verso e 76) e só é aplicável aos que sofreram uma limitação de 75% do salário de contribuição, o que só aconteceu com os que se aposentaram a partir de 24/12/1997, entre os quais o reclamante não se inclui;

O benefício em tela não constitui aumento ou reajuste, pois ele é provisório desde sua origem e só será pago enquanto houver disponibilidade nos fundos de Remuneração e de Proporcionalidade, conforme artigo 89 do Regulamento modificado (pg. 76);

A situação do reclamante é diferente. Ela se aposentou antes de 24/12/1997, sob a regência do Estatuto de 1980, que previa que o salário de contribuição estava limitado a 136% da remuneração **do cargo efetivo (vencimento-padrão mais anuênios)**. Se a ela não se aplicou o limite de 75% não se poderia aplicar o “aumento de 20%”. Desse modo, não se pode conceder ao reclamante “qualquer reajuste de 20%”. Se eventualmente se reconhecer direito ao reclamante, deverá, “por isonomia aos aposentados pela regra, determinar a aplicação do teto de 75% desde a concessão do benefício ao reclamante, com a devolução dos valores pagos a maior pela PREVI”; A alteração não foi unilateral. Foi aprovada pela maioria dos participantes em votação nos dias 11 e 20 de junho de 2007, que contou com mais de 67 mil votantes, dos quais 92,41% foram favoráveis às mudanças, e foi aprovada pelo Conselho deliberativo, que é formado paritariamente por representantes da patrocinadora e dos assistidos, e foi finalmente aprovada pelo órgão governamental encarregado do controle das entidades de previdência complementar; Alegou ainda que a criação do Benefício especial de remuneração e sua concessão restritiva se destinaram a sanar situações de

desigualdade criadas com a política remuneratória da patrocinadora e seu pagamento durará enquanto durarem os excedentes financeiros acumulados entre 2003 e 2005;

Diz por fim que não há como se comparar benefícios concedidos em diferentes épocas e sujeitos a regulamentos distintos, bem como que não se pode aplicar um regramento posterior à aposentadoria do reclamante, uma vez que o cálculo inicial do benefício é regido pelas regras existentes na data da aposentadoria.

Como se vê, a PREVI não nega a existência do fato alegado como constitutivo do direito postulado. Reconhece a existência do *superávit*, não contesta o seu montante e, embora esclareça que a sua distribuição se deu através de diversas medidas, algumas das quais abrangentes da situação do reclamante, não nega que criou um benefício especial destinado apenas aos participantes da ativa e aos aposentados após 24/12/1997 nem que este importou num incremento de 15%, percentual que importou num aumento de 20% da renda percebida pelos assistidos beneficiados.

Assim, o desate da questão posta depende principalmente da solução que se dê à controvérsia jurídica acerca do suposto conteúdo discriminatório do proceder da demandada, pois todos os outros argumentos gravitam em volta deste núcleo solar. Contudo, para discutir-se a suposta violação ao princípio da isonomia é fundamental fazer uma pequena incursão sobre a relação jurídica estabelecida entre os contendores, sua natureza, seu perfil legal e suas vicissitudes, aí incluído o tratamento devido à distribuição do superávit. Enfrentemos o tema.

Iniciemos por estabelecer duas premissas. Uma, a de que não se trata de litígio estabelecido entre empregado e empregador; outra, a de que a demanda envolve relação de direito civil, envolvente de vínculo de previdência privada, toda ela empolgada pelo regime estabelecido a partir da Emenda Constitucional nº. 20, de 15 de dezembro de 1998, que desenhou a atual estrutura jurídica da previdência complementar e, definitivamente, conformado com as Leis Complementares 108 e 109 de 2001, visto que o superávit que divide os contendores foi constituído e distribuído depois deste último marco temporal.

Por força deste marco legal, o regime da previdência complementar, que tem natureza jurídica própria e distinta do regime da previdência oficial, tem matiz contratual assentada na sua voluntariedade e está sujeita a regras e princípios próprios, dos quais aqui ressaltamos os da capitalização e da solidariedade, que nos serão muito úteis adiante.

Em pano rápido, pelo primeiro o benefício individualmente percebido por cada um dos participantes deve ter correspondência com a reserva pessoal constituída pelas contribuições pertinentes, enquanto o segundo impõe que todos os patrocinadores e participantes do plano devem contribuir globalmente para o seu equilíbrio financeiro e atuarial e a solvabilidade dos benefícios e obrigações com os quais ele deve arcar. Em resumo, cada um deve prover a reserva que garanta seu benefício pessoal e todos se responsabilizam solidariamente, na proporção da sua contribuição normal, pela solvência dos benefícios em geral. É o que rezam os artigos 202 da Constituição Federal e, entre outros, os artigos 1º e 18 a 25 da Lei Complementar 109/2001.

Tais princípios, retirados das regras de regência sobre o tema, foram particularmente aplicados pelo legislador e pelo órgão pressuposto nos artigos 5º e 74 da Lei Complementar nº 109/01 quando trataram dos “prejuízos” e dos “lucros” que podem ocorrer nos planos de previdência.

As vicissitudes citadas, que são equivalentes perfeitos com sinais invertidos, foram disciplinados de modo semelhante, pode-se mesmo dizer

idêntico, pela Lei Complementar 109, conforme se colhe dos seus artigos 20 e 21, que elegem como critério definidor da parcela atribuível a cada um dos destinatários dos “lucros” e dos “prejuízos” a sua contribuição para a formação de tal acervo. Em frase curta, a fatia de cada um nos “lucros” ou nos “prejuízos” é proporcional ao montante da sua participação na formação do resultado.

Por tal razão, o Conselho de Gestão de Previdência Complementar – CGPC, criado pelo Decreto 5.768/2003 para atender ao disposto nos artigos 5º e 74 da LC 109, editou a Resolução CGPC 26, de setembro de 2008, que regula os procedimentos a serem observados “na apuração, destinação e distribuição de superávit e no equacionamento de déficit dos planos de benefícios de caráter complementar”. Dita resolução não deixa qualquer dúvida quanto à íntima e incontornável vinculação da parcela a ser distribuída à proporção contributiva do período de constituição. É o que estabelece, por exemplo, a Seção II, particularmente os artigos 15 e 16, conforme trecho transcrito a seguir:

Seção II - Da Proporção Contributiva.

Art. 15. Para a destinação da reserva especial, deverão ser identificados quais os montantes atribuíveis aos participantes e assistidos, de um lado, e ao patrocinador, de outro, observada a **proporção contributiva** do período em que se deu a sua constituição, a partir das contribuições normais vertidas nesse período.

§ 1º Na hipótese de não ter havido contribuições no período em que foi constituída a reserva especial, deverá ser considerada a proporção contributiva adotada, pelo menos, nos três exercícios que antecederam a redução integral, a suspensão ou a supressão de contribuições, observada como limite temporal a data de 29 de maio de 2001.

§ 2º Em relação aos planos de benefícios que não estejam sujeitos à disciplina da Lei Complementar nº 108, de 2001, a destinação da reserva especial poderá ser adotada de forma exclusiva ou majoritária em prol dos participantes e dos assistidos, sem a observância da proporção contributiva de que trata o caput, desde que haja prévia anuência do patrocinador neste sentido.

Art. 16. A **destinação da reserva especial aos participantes e assistidos**, relativamente ao montante que lhes couber na divisão de que trata o caput do art. 15, deverá se dar considerando a **reserva matemática individual** ou o **benefício efetivo ou projetado atribuível a cada um deles**. (grifos acrescentados)

Não serve de atalho ao quanto dito o fato da resolução citada ser de 2008 e a edição pela demandada dos atos que nortearam a distribuição do superávit de 2007. Em primeiro lugar, a resolução apenas detalha a regulamentação daquilo que já em corpo e espírito se encontra na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 109/2001. O ato comentado não é fonte normativa originária e não institui novidade jurídica. A dependência visceral entre a reserva do participante e o benefício está expresso com todas as letras no *caput* do artigo 202 da Constituição Federal, segundo o qual o regime de previdência privada “**é baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado**”, e repetido nos artigos 1º, 15, § único, 18, § 1º, entre outros, da Lei Complementar 109/2001. Em segundo lugar, o pagamento do benefício sob crítica projetou-se no tempo e continuou nos velhos moldes após setembro de 2008, como se a resolução não existisse, quando o correto seria, pelo menos, a sua imediata adequação aos parâmetros nela estabelecido.

De outra parte, devemos dar realce a que as entidades fechadas de previdência complementar são meras administradoras e executoras dos planos de previdência complementar por ela mantidos, conforme artigo 32

da Lei Complementar nº 109/2001, e os recursos financeiros resultantes das contribuições dos patrocinadores, participantes e assistidos não lhe pertencem. Ditos recursos pertencem a estes e se destinam a garantir o efetivo adimplemento dos benefícios subscritos, conforme artigos 18, § 3º, e 19 da mesma norma.

Disto resulta que a demandada não pode dispor como bem quiser das receitas que administra e nem pode distribuir os resultados financeiros de modo arbitrário. O excedente apurado nos termos do artigo 20 da Lei acima citada deve ser distribuído entre os integrantes do plano segundo a regra de ouro estabelecida nos artigos 20 e 21, que impõem observância estrita da proporcionalidade com as contribuições de cada um, inclusive da patrocinadora quando a repartição do excedente envolver redução das contribuições. Feita segundo outro critério, a distribuição desproporcional dos “lucros” ou dos “prejuízos” implicaria na quebra do princípio fundamental que a Constituição Federal elege no tema em debate, a estrita vinculação entre a formação da reserva e o benefício pago.

Postas tais premissas, podemos concluir que, ao criar o Benefício Especial de Remuneração e destiná-lo apenas aos participantes do Plano 1 que se aposentaram após 24/12/1997, o proceder da ré se baseou em critério que desatende ao único parâmetro que deve presidir a distribuição do superávit, que é o da divisão proporcional às reservas pessoais, e permitiu a constituição de benefício sem suporte nas contribuições dos beneficiários, o que viola às disposições constitucionais e legais, razão pela qual tal conduta não pode obter a chancela do Poder Judiciário.

É certo que a demandada não estava obrigada a aquinhoar do mesmo modo e com o mesmo valor todos os participantes e assistidos, pois o tratamento desigual na divisão do superávit é a regra. A PREVI não podia eleger como critério distintivo um parâmetro meramente factual, arbitrário e distinto daquele previamente posto na lei, como é o da data de aposentadoria do participante do plano. Ao fazê-lo, rasgou a cláusula constitucional do tratamento isonômico, aqui na versão do tratamento desigual aos desiguais na medida da desigualdade. É sabido que o tratamento desigual deve ser legitimado por razões que o justifiquem.

Não servem ao propósito da ré os fatos impeditivos invocados na defesa.

A circunstância de que a criação do benefício não foi unilateral, mas endossada em votação pela maioria dos interessados e aprovada pelo Conselho Deliberativo, não tem nenhuma valia para o desenlace da questão. O direito subjetivo não pode ser objeto de ato de disposição praticado por terceiros. Somente o titular do direito pode dele dispor.

A provisoriedade do benefício segue a mesma sorte. O fato de a vantagem ter sido concedida transitoriamente não é suficiente para elidir a ilicitude do ato discriminatório nem para reverter o desfalque ocasionado no patrimônio jurídico da demandante.

Não tem proveito ainda a alegação de que o benefício especial visou corrigir distorções ocasionadas pela política remuneratória da patrocinadora. Como visto antes, os recursos constitutivos do superávit não pertencem à demandada e deles ela não pode dispor como melhor lhe parecer. Tais recursos, dos quais a PREVI é mera administradora, pertencem ao universo formado pelos participantes, assistidos e administradora e entre estes devem ser repartidos na forma da lei. Se há distorções a serem corrigidas, a ré escolheu mal os meios de saná-las.

Por fim, tem-se que é risível o argumento de que não se pode aplicar a situação do reclamante o regramento previsto em regulamento posterior

à sua aposentadoria. É risível porque disto não se trata no caso em apreço, pois o que se discute é se a lei foi mal aplicada. Contudo, ainda que esta fosse a discussão, a própria demandada cuidou de agir em descompasso com o que agora opõe como impedimento. Foi ela mesma que aplicou regramento posterior à data de aposentadoria dos que ela elegeu como beneficiários da parcela. O regramento foi criado em 2007 e incidiu sobre a situação dos que se aposentaram em 1997.

Destarte, o ato denunciado surge como evidentemente ilícito, visto que violador do tratamento isonômico e provocador de lesão ao patrimônio jurídico do demandante, razão pela qual merece reprimenda que restaure o império da lei e do direito.

Não é de se deferir, contudo, a pretensão nos termos em que exercitada. Visto que, conforme denotam os elementos dos autos, a dessimetria existente anteriormente ao início da distribuição do superávit importava numa diferença de 15% entre a situação da querelante e a dos aposentados após dezembro de 1997, a situação posterior à repartição do excedente deve manter a mesma dessimetria, razão pela qual não se pode deferir percentual maior.

Assim, faz *jus* o Reclamante ao Benefício Especial de Remuneração pleiteado. Há de reformar-se a sentença para JULGAR PROCEDENTE EM PARTE A RECLAMAÇÃO e deferir ao reclamante o Benefício Especial de Remuneração, nos mesmos moldes deferidos aos aposentados depois de 23 de dezembro de 1997, a ser pago no percentual de 15% (quinze por cento) sobre os seus proventos de complemento de aposentadoria em parcelas mensais vencidas desde janeiro de 2008, conforme pedido no item “a” da inicial, bem como deferir os pedidos consectários formulados nos itens “b”, “c” e “d”, que incluem o recálculo dos proventos de aposentadoria, o pagamento das diferenças de complemento de aposentadoria, inclusive o 13º salário, e a implantação em folha de pagamento.

Trata-se de demanda entre participante e entidade de previdência privada fechada, e não de processo trabalhista envolvendo empregado e empregador, o que afasta a exigência de assistência sindical imposta pela Lei 5.584/1970.

Assim, uma vez vencedor na ação em que se viu obrigado a constituir advogado para defender-se, a autora atrai as normas e princípios civis sobre os ônus da sucumbência, impondo-se a respectiva condenação da parte que perde a demanda. Deferem-se os honorários advocatícios à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Ordinário para JULGAR PROCEDENTE EM PARTE A RECLAMAÇÃO e deferir ao Reclamante o pedido da inicial de Benefício Especial de Remuneração, com o reajuste sobre os seus proventos de complemento de aposentadoria no percentual de 15% (quinze por cento) desde janeiro de 2008, com o recálculo dos proventos de complemento de aposentadoria, o pagamento das diferenças dessa complementação em parcelas mensais vencidas e vincendas, inclusive o 13º, conforme postulado no itens “c” da exordial e com juros e correção monetária na forma da lei, assim como a implantação em folha de pagamento do benefício concedido e os honorários advocatícios à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Em obediência à alínea “c” do inciso II da Instrução Normativa 03/1993 do Tribunal Superior do Trabalho, arbitro novo valor à condenação no importe de R\$15.000,00 (quinze mil reais), fixando as custas processuais no importe de R\$ 300,00 (trezentos reais), invertido o ônus da sucumbência que passa a ser da Reclamada.

ISTO POSTO, acordam os Desembargadores integrantes da 5ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, **UNANIMEMENTE, DAR**

PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Ordinário para **JULGAR PROCEDENTE EM PARTE A RECLAMAÇÃO** e deferir ao Reclamante o pedido da inicial de Benefício Especial de Remuneração, com o reajuste sobre os seus proventos de complemento de aposentadoria no percentual de 15% (quinze por cento) desde janeiro de 2008, com o recálculo dos proventos de complemento de aposentadoria, o pagamento das diferenças dessa complementação em parcelas mensais vencidas e vincendas, inclusive o 13º, conforme postulado no itens “c” da exordial e com juros e correção monetária na forma da lei, assim como a implantação em folha de pagamento do benefício concedido e os honorários advocatícios à base de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Em obediência à alínea “c” do inciso II da Instrução Normativa 03/1993 do Tribunal Superior do Trabalho, arbitro novo valor à condenação no importe de R\$15.000,00 (quinze mil reais), fixando as custas processuais no importe de R\$ 300,00 (trezentos reais), invertido o ônus da sucumbência que passa a ser da Reclamada.//

Salvador, 31 de julho de 2012 (terça-feira).

requerimento, neste sentido.

De qualquer sorte, registre-se que a determinação judicial não importou em qualquer prejuízo à parte acionada uma vez que, consoante consignado na sentença, a liquidação se dará mediante artigos de liquidação, ocasião em que será novamente oportunizada à parte ré a apresentação dos mencionados documentos (vide fl. 174-v).

Rejeita-se.

CONTRATOS DE PUBLICIDADE. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA PELA PROPAGANDA INSERIDA NOS UNIFORMES E NO MATERIAL ESPORTIVO UTILIZADO NOS JOGOS E TREINOS.

Inconforma-se, o acionado, com a decisão de primeiro grau que deferiu, ao obreiro, o pedido de participação financeira pela propaganda feita em prol dos patrocinadores no uniforme e no material esportivo utilizado pelo time nos jogos e treinos. Alega que o reclamante formulou o referido pleito sem sequer demonstrar o embasamento legal para sua pretensão, limitando-se a mencionar dispositivo que trata de instituto jurídico diverso. Assevera que nos contratos firmados com a recorrente e as empresas patrocinadoras inexistem qualquer cláusula contratual prevendo repasse aos jogadores pelo uso da marca nos uniformes. Insiste que os contratos de patrocínio publicitário são firmados em função do prestígio do clube no cenário nacional/regional e não em razão dos atletas que compõem a sua equipe.

Vejamos.

O autor informou na inicial que, por imposição legal, “*deveria receber participação financeira relativa aos anúncios de propaganda lançados nos uniformes do Clube durante os jogos e treinos, bem como do material esportivo utilizado*”, todavia o reclamado não procedeu ao repasse dos valores, se apropriando indevidamente da parte do jogador. Pugna, ao final, pela aplicação analógica do artigo 42 da Lei 9.615/98 (fls. 04/05).

O acionado contesta o pedido aduzindo que inexistem previsão legal ou contratual estabelecendo o repasse de valores aos jogadores pelo uso de uniformes e equipamentos com as marcas das patrocinadoras (vide fl. 26).

A sentença, considerando que a utilização de roupas e material desportivo com propagandas, viola o direito de imagem do atleta, previsto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, deferiu ao obreiro reparação pela exploração do seu direito de imagem, com base nos artigos 12, 186 e 927 do Código Civil (fls. 175/176).

Pois bem. O direito de imagem, protegido constitucionalmente (artigo 5º, incisos V, X e XXVIII da CF), constitui um dos direitos da personalidade, que objetiva salvaguardar a reprodução fisionômica do titular, bem como as suas características comportamentais que o distinguem, nas relações sociais.

Nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *in* Novo Curso de Direito Civil, volume 1, parte geral, da Editora Saraiva, “*a imagem, em definição simples, constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica*”.

Ocorre que, no caso em apreço, a obrigatoriedade quanto ao uso de uniformes e equipamentos desportivos com o emblema das patrocinadoras, nos jogos e treinos, não implica no pagamento de valores pelo uso da imagem do jogador.

Trata-se de uma condição implícita ao contrato de trabalho do atleta. A atividade laborativa do jogador de futebol pressupõe a divulgação da sua imagem durante as partidas.

Álvaro Melo Filho, na sua obra “*Nova Lei Pelé, avanços e impactos*”, da Maquinária Editora, 2011, citando, Felipe Ezabella, discorre que “*a profissão do atleta, assim como a de ator, jornalista, apresentador de programa, possui uma*

característica especial na qual se pressupõe a difusão de sua imagem durante sua atividade laborativa”, arremata que “ínsito à relação laboral do atleta está a utilização de sua imagem durante a sua jornada de trabalho. Assim, tem o atleta a obrigação de utilizar o uniforme oficial com patrocinadores de sua equipe durante treinos, jogos, viagens e entrevistas”.

Cumprido, ainda, esclarecer que o uso da imagem do jogador, exclusivamente, durante os jogos, pertence ao clube ao qual o atleta está vinculado e cujo ressarcimento pecuniário já encontra expressa previsão legal, através do direito de arena (artigo 42 da Lei 9.615/98). Inconfundíveis, portanto, o direito de imagem, que cabe ao próprio jogador, e a imagem do coletivo dos atletas, consubstanciado no direito de arena.

Pensar de modo diverso significaria permitir o ajuste individual de cada jogador com uma marca diferente, durante os jogos e treinos, o que faria cair por terra o objetivo de marketing voltado para a divulgação das marcas, através, do time, como um todo, para projeção e sustentabilidade do clube e não de cada jogador individualmente.

E mais, no caso em tela, constou expressamente no contrato de trabalho do autor (fls. 49/49-v), como uma das obrigações do jogador, o uso, em jogos e treinamento, do uniforme determinado pelo clube (vide alínea “f” da cláusula segunda).

Noutra banda, não houve prova ou sequer alegação de que o autor tenha participado de campanha publicitária, extra-campo, como comerciais ou outdoors, na promoção das marcas, o que, por certo, atrairia a compensação pecuniária.

Nestas circunstâncias, reputo indevida a indenização vindicada.

Reforma-se a decisão de primeiro grau para excluir da condenação o montante correspondente à participação financeira do autor nos contratos de publicidade pela utilização de uniforme e materiais desportivos com as marcas dos patrocinadores, durante os jogos e treinos.

DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA.

Neste ponto, pretende, o recorrente, afastar a natureza trabalhista do instituto ora em análise, evitando a sua integração ao salário para qualquer efeito. Argumenta, para tanto, que o direito de arena detém natureza civil, consoante expressamente consignado na nova redação dada ao § 1º do artigo 42 da Lei 9.615/98 - Lei Pelé, aplicável, à espécie, em detrimento da CLT, diante da sua especialidade. Alega que o entendimento consubstanciado na Súmula nº 354 do TST também não pode ser aplicado ao caso em apreço diante da sua incompatibilidade com as disposições contidas na Lei Pelé.

Sem razão, contudo.

De início, cumpre registrar que as alterações promovidas pela Lei 12.395/2011, não são aplicáveis ao caso, pois a sua edição apenas ocorreu em data posterior à extinção do vínculo, não sendo possível a aplicação retroativa das novas disposições.

Pois bem. O direito de arena é a prerrogativa inerente às entidades de prática desportiva de negociar, autorizar ou não a fixação, transmissão ou retransmissão de imagem de eventos desportivos dos quais participem, nos termos do artigo 42 §§ 1º e 2º, da L. 9.615/98, cuja transcrição segue abaixo:

“Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.

§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou

educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.”

A referida norma está em consonância com o artigo 5º, XXVIII, a, da CF, que assegura: *“a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas”*.

Ao examinar o tema, a ilustre jurista Alice Monteiro de Barros, discorreu que *“salvo estipulação em contrário, o atleta tem direito de participar dos ganhos obtidos com a divulgação da imagem dos jogos de futebol que contaram com a sua presença (...)”*. (Curso de Direito do Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, Editora LTR, 2008)

Ainda, nas lições de Álvaro Melo Filho, in *“Nova Lei Pelé, avanços e impactos”*, da Maquinária Editora, 2011 *“o direito de arena é, indubitavelmente, uma especificidade do desporto, sendo assegurado aos entes desportivos quando as partidas ou eventos são transmitidos pela televisão (transmissão ou reprodução de imagens, na dicção do legislador), pois resulta em receita diminuída para as equipes participantes, conquanto milhares de espectadores ficam nas suas residências vendo o jogo sem nada pagar, quando for via televisão aberta”*.

O direito em voga, portanto, trata-se de instituto jurídico de aplicabilidade restrita às atividades desportivas, que vislumbra a proteção dos interesses dos atletas, no local que exhibe as suas habilidades.

Nesta senda, o atleta tem direito à percepção de parte dos lucros auferidos com a divulgação de sua imagem nos jogos de futebol em que participou.

Quanto à natureza jurídica, entendo que o direito de arena possui nítida natureza remuneratória, pois não há como dissociar o pagamento da referida verba da atividade laborativa do obreiro.

As transmissões apenas são viabilizadas em razão da atuação do atleta no evento. Trata-se de contraprestação pelo esforço despendido pelo trabalhador e não indenização de qualquer natureza.

Por outro lado, o fato do adimplemento ser efetuado por terceiros, no caso, as transmissoras de televisão, não afasta a natureza remuneratória da parcela. Aplica-se, ao caso, o entendimento semelhante ao das gorjetas, a fim de assegurar a renda laboral efetiva do profissional.

Neste sentido, arestos deste Regional:

“NATUREZA REMUNERATÓRIA. DIREITOS DE IMAGEM E ARENA. *As parcelas devidas ao atleta profissional a título de direito de imagem e de arena integram-se ao salário para todos os fins legais”*. Processo 0000048-23.2011.5.05.0029 RecOrd, ac. nº 101847/2012, Relator Desembargador HUMBERTO JORGE LIMA MACHADO, 3ª. TURMA, DJ 27/07/2012.

ATLETA PROFISSIONAL - DIREITOS DE IMAGEM E ARENA - NATUREZA REMUNERATÓRIA. *As verbas pagas ou devidas ao atleta profissional a título de direito de imagem ou direito de arena possuem caráter remuneratório e integram-se ao salário para todos os fins legais.* Processo 0000175-13.2010.5.05.0023 RecOrd, ac. nº 083695/2011, Relatora Desembargadora IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI, 1ª. TURMA, DJ 16/11/2011.

Também, nesta linha, julgados do TST:

FUTEBOL. ATLETA PROFISSIONAL. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. *Nos termos do art. 42, § 1º, da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), pertence à entidade desportiva empregadora o direito de autorizar a transmissão de imagem de eventos desportivos, de cuja arrecadação é destinado 20% (vinte por cento) para ser distribuído entre os atletas que participarem dos eventos. Assim, a parcela recebida pelo atleta a esse título decorre da relação de emprego e em razão do exercício de*

sua atividade profissional, tendo por essas razões, natureza salarial. (...) (RR-118400-17.2008.5.04.0402, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT de 21/10/2011).

RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA. *À luz do artigo 42, parágrafo 1º, da Lei nº 6.915/98, a parcela -direito de arena- é decorrente da participação do profissional de futebol em jogos e eventos esportivos, estando diretamente relacionada à própria prestação laboral do atleta e não apenas ao uso de sua imagem. Com efeito, referido direito é vinculado ao trabalho prestado pelo autor, ao longo dos 90 minutos do jogo, momento em que desempenha a sua atividade específica de profissional jogador de futebol. Observe-se, por relevante, que o mencionado artigo 42 é flexível somente no que se refere à percentagem a ser ajustada - e ainda assim, garantindo ao trabalhador atleta um limite de 20 por cento. Entende-se, portanto, devida a contraprestação, a qual deverá ser previamente ajustada, respeitando-se aquele percentual mínimo, o que não significa retirar-se sua natureza salarial, como entendeu o eg. TRT. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (RR-130400-49.2003.5.04.0006, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT de 01/10/2010).*

RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA E IMAGEM. TRANSMISSÃO EM EVENTOS DESPORTIVOS. ARTIGO 42 DA LEI N.º 9.615/1998 (LEI PELÉ). NATUREZA SALARIAL DA PARCELA. PROVIMENTO. *Regulamentando o art. 42 da Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé) o direito de as entidades desportivas autorizarem a transmissão de espetáculo ou evento desportivo, com a determinação de que estas distribuam um percentual de 20% sobre o preço total da autorização aos atletas profissionais que participarem do evento, percebe-se que a parcela é devida em decorrência da relação de emprego, pois está diretamente vinculada à atividade profissional. Deve ser reconhecida, portanto, a natureza salarial da parcela. Precedentes da Corte. (...) (RR-38100-70.2005.5.04.0015, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT de 03/09/2010).*

RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. *A doutrina e a jurisprudência vêm-se posicionando no sentido de que o direito de arena previsto no artigo 42 da Lei n.º 9.615/98, a exemplo das gorjetas, que também são pagas por terceiros, integram a remuneração do atleta, nos termos do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (...) (ED-RR-128800-22.2001.5.15.0114, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 28/08/2009)*

Logo, correta a decisão de primeiro grau que reconheceu a natureza remuneratória do direito de arena.

Diante de tais considerações, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para excluir da condenação o montante correspondente à participação financeira do autor nos contratos de publicidade pela utilização de uniforme e materiais desportivos com as marcas dos patrocinadores, durante os jogos e treinos.

Isto posto acordam os desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, à unanimidade, REJEITAR a preliminar de nulidade e, no mérito, também à unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para excluir da condenação o montante correspondente à participação financeira do autor nos contratos de publicidade pela utilização de uniforme e materiais desportivos com as marcas dos patrocinadores, durante os jogos e treinos.//

Salvador, 29 de outubro de 2012 (segunda-feira).

que o reclamante realizava transporte de valores em seu carro particular, o que lhe causava transtornos psicológicos autorizadores da indenização por danos morais.

Por outro lado, a defesa do reclamado encontra-se alicerçada na negativa da prestação de serviços de transporte de valores pelo reclamante, atividade essa desempenhada por empresa terceirizada, destacando, ainda, o banco que, eventualmente, nos termos da Lei n.º 7.102/83, o reclamante também o realizava, conforme se lê da contestação de fls. 23/24.

Diante dos contornos da lide aqui sintetizados, destaco que o julgador não pode apreciar a pretensão deduzida em juízo sob um enfoque não trazido ao Judiciário pelas partes, *in casu*, a alegada ausência de obrigatoriedade na realização de transporte de numerários, trazidos à baila pela decisão guerreada ao arrepio da norma do artigo 128, CPC, limitado que está o julgador à *litiscontestatio*.

Ainda que não houvesse tal limitação de ordem processual, colho dos autos que embora houvesse recomendação do reclamado para que não realizassem transporte de valores, - como entendido pela origem -, na prática, não era o que ocorria, porquanto os empregados realizavam aquela tarefa e, o banco, por sua vez, sabedor dessa prática, não repreendia aqueles profissionais por agirem dessa forma. É o que se vê do depoimento da testemunha arrolada pelo reclamante, registrado às fls. 139:

...; que existe uma orientação para os empregados não efetuarem os transportes, no entanto eram obrigados a fazer, uma vez que quando um deputado ou servidor público solicitava numerário, o empregado do posto tinha que ir buscar na agência ou em algum posto o dinheiro; que na ocasião de estar sozinha, no posto, tinha que fechá-lo para buscar o dinheiro; que nunca viu nenhum empregado sofrer advertência por ter realizado esse transporte; que os superiores tinham conhecimento que os empregados faziam o transporte, ...

Ora, tais declarações evidenciam que o reclamado era, no mínimo, conivente com a ação dos seus empregados em transportar numerários, e que, pelo menos havia uma determinação, mesmo que tácita, para a prática do indigitado serviço, não podendo, pois, se cogitar do descumprimento de norma empresarial ou da criação de risco pelo trabalhador.

Com efeito, essa mesma prova oral, deixou patente que o reclamante realizava transporte de numerários e que o serviço se dava ao arrepio das normas de segurança contempladas pela Lei n.º 7.102/83, alterada Leis n.º 8.863/94 e n.º 9.017/95, eis que tal mister não fora realizado por pessoal organizado e preparado para tal fim, - aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça -, e nem se tem notícias de que o sistema de segurança dispunha de parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça, (artigo 3º, inciso II).

Não obstante essa circunstância, que demonstra a incúria do reclamado na adoção de medidas de segurança dos empregados designados para transportar valores, a simples violação às referidas disposições legais não implica, necessariamente, à caracterização do dano moral, cuja ocorrência sequer restou comprovado.

Aliás, cumpre ser registrado que a reparação por dano moral apenas encontra cabimento nos casos em que se verifique o malferimento à imagem ou honra de outrem, de forma a constrangê-lo na lida dos seus afazeres diários, comprometendo a harmonia da sua convivência social.

Não é, pois, qualquer dissabor do dia a dia que respalda a indenização em comento, cabendo ao Judiciário zelar pela moralidade do instituto em questão, preservando a sua legitimidade como meio de reparação civil, afastando, pois, a sua banalização.

Nesse sentido, entendo que, no caso em tela, não restou configurado

o alegado dano moral. É bem verdade, que o reclamante pode ter ficado mais suscetível ao risco de sofrer um assalto quando transportava valores entre os bancos. Entretanto, esse risco não pode ser igualado a um evento danoso, eis que a probabilidade da ocorrência do assalto fica adstrita ao campo do imaginário, da abstração, enquanto que o dano propriamente dito, mesmo na espécie extrapatrimonial, há de ser concreto.

Nesse sentido, essa 3ª Turma Julgadora, já se manifestou em julgamento do recurso ordinário interposto pelo Banco Bradesco S.A. em face de Arnaldo Ferreira Tamandaré Junior, nos autos da reclamação trabalhista tombada sob o n.º 00424-2008-511-05-00-7, in verbis:

TRANSPORTES DE VALORES. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. O risco que decorre do exercício da atividade de transporte de valores, não justifica, por si só, a indenização por dano moral ou material, sendo necessária para a configuração da responsabilidade civil do empregador e conseqüente dever de indenizar, a comprovação do dano ocorrido, o reconhecimento do nexo causal entre o prejuízo experimentado pelo empregado e o trabalho, a efetiva culpa do empregador e a comprovação do ato ilícito por ele praticado. Não comprovada a existência de prejuízo moral alegado pelo ex-empregado é indevida a indenização requerida na prefacial.

Assim, não tendo o reclamante provado que as condições de trabalho resultaram efetivamente em danos psicológicos e, ante a impossibilidade, *in casu*, da presunção de danos morais supostamente experimentados, entendo, por fundamento diverso, ser indevida a indenização por danos morais deferidas.

Nego, portanto, provimento ao apelo.

CONCLUSÃO

Diante das razões expendidas, nego provimento ao apelo do reclamante, nos termos da fundamentação.

ISTO POSTO, acordam os Desembargadores integrantes da 3ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, **unanimente, NEGAR PROVIMENTO** ao apelo do reclamante, nos termos da fundamentação do voto da Exma. Desembargadora Relatora.//

Salvador, 28 de fevereiro de 2012 (terça-feira).

vênia, pois entendo que o direito perseguido pelo recorrente não é de natureza sucessória. O reclamante postulou indenização por danos morais sofridos por ele em decorrência da morte inesperada do seu irmão. Não se trata, *in casu*, de um direito pertencente ao *de cuius*, mas, sim, única e exclusivamente, àquele que alega ter sofrido um abalo moral, natural, em regra, de toda pessoa que tem o laço fraterno rompido de maneira abrupta.

Convém esclarecer que o direito sucessório abrange os bens materiais e imateriais que compõem a esfera patrimonial do falecido, e devem ser transferidos a quem lhe seja de direito. Não se confunde, todavia, com a situação que se apresenta nos autos, porquanto o recorrente veio ao Judiciário em busca da reparação de um dano que alega ter sofrido; direito esse totalmente diverso do patrimônio do *de cuius*, não havendo, portanto, como não reconhecer sua legitimidade para pleitear direito que diz lhe pertencer.

Nesse sentido, faço questão de transcrever entendimento do TST em um acórdão de relatoria do ilustre jurista baiano, ministro aposentado, HORÁCIO SENNA PIRES, proferido em sede de recurso de revista, nos autos do processo tombado sob o nº 120700-49.2006.5.10.0015. Observe:

Em razões de revista, especificamente às fls. 215-217, o reclamado argumenta que a reclamante, genitora do *de cuius*, não tem legitimidade para postular indenização por danos morais e materiais, ao argumento de que os filhos do falecido já pleitearam e acordaram em outra ação trabalhista a mesma indenização, não se encontrando a autora na condição de herdeira do falecido.

Afirma que os legítimos beneficiários são os filhos da vítima.

Diz que o direito de reclamar a indenização deve ser transmitido aos herdeiros da vítima na ordem da vocação hereditária prevista no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. Por este argumento, **a reclamada sustenta que o acórdão do TRT desconsiderou a relação sucessória.** Denuncia violação dos artigos 43 do CPC, 943 e 1.829 do Código Civil; e colaciona, à fl. 218, aresto oriundo do TRT da 7ª Região.

Passo ao exame.

Destaco, inicialmente, que não foi devolvida a matéria referente à celebração de acordo entre o reclamado e os filhos do *de cuius*, pelo que não há como apreciar a tese de violação ao ato jurídico perfeito ou coisa julgada.

Entendo que a questão deve ser enfrentada sob o prisma da legitimidade para pleitear primeiramente o dano moral, e em seguida analisarei a legitimidade sob o enfoque de quem poderá pleitear o dano material.

Data venia de entendimentos contrários, entendo que na hipótese em exame, **o dano moral é direito personalíssimo.** Não se trata, portanto, de direito patrimonial que integra a cadeia sucessória. **Não é transmissível por direito sucessório.**

Aqui, a mãe do *de cuius* não age na condição de sucessora, mas sim na circunstância de quem suporta os significativos efeitos psicológicos pela perda do ente querido, no caso, um filho. **Não se discute o patrimônio do *de cuius*, mas sim, a dor moral da autora.**

Não é direito que decorre da morte, mas da dor causada pela morte e quem sente essa dor são os parentes ou os terceiros com vínculos mais íntimos, logo legitimados estão.

Não se trata de transferência de propriedade de bens e direitos preexistentes a morte, que é o caso do direito sucessório, mas sim de direito gerado pela dor que a morte causa. *Grifos no original.*

Sobre o tema já se manifestou o notável jurista SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, nas seguintes palavras:

O problema, no entanto, fica um pouco mais complexo quando a vítima

do acidente de trabalho falece antes de ajuizar a ação reparatória. Se ocorreu a morte imediata, não há falar em transmissão do direito de acionar o causador do dano moral, porque a vítima não sobreviveu ao acidente de modo a experimentar pessoalmente todas as agruras oriundas do infortúnio. **Na hipótese, os familiares, dependentes ou os que se sentirem de algum modo lesados poderão intentar ação *jure proprio*, para obter a reparação do dano moral. Não agirão na condição de sucessores da vítima, mas como autores, em nome próprio, buscando a indenização cabível.** (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. Pág. 298) *Grifos aditados*.

Ademais, imperioso destacar que a hipótese dos autos se amolda justamente no que a doutrina costuma denominar de dano moral reflexo ou em ricochete, que ocorre quando a ofensa é dirigida a uma pessoa, mas quem sente os efeitos dessa lesão é outra. Nesses casos, a indenização é um direito personalíssimo pertencente a todo aquele que sofre em virtude da morte de um ente querido mesmo que não faça parte da estrutura familiar, mas que demonstre que nutria sentimentos de amor e carinho pelo falecido e que, em decorrência do evento morte, experimentou dores insuportáveis.

Nessa esteira, aproveito para transcrever, pela pertinência, lição do eminente jurista MAURO SCHIAVI, acerca da matéria em comento. Vejamos:

Dano moral reflexo ou em ricochete é o que também atinge pessoa diversa da que sofre diretamente o dano moral, ou seja: é o dano que reflete em pessoa que tem convivência muito próxima, ou laços afetivos com a vítima do dano. (SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011. Pág. 247)

No mesmo sentido posiciona-se o civilista CARLOS ROBERTO GONÇALVES, aproveitando-se das palavras de Carlos Alberto Bittar ao proferir a seguinte lição:

Baseado em elo jurídico afetivo mantido com o lesado direto, o direito do titular indireto traduz-se na defesa da respectiva moralidade, familiar, pessoal, ou outra. Trata-se, também, de *jure proprio*, que o interessado defende na ação de reparação de danos denominada *par ricochet* ou *réfléchis*, a exemplo do que acontece em hipóteses como as de dano morais a empregados, por fatos que atingem o empregador; a sócio de uma sociedade que alcança outro sócio; a mulher, que lesiona o marido; a concubina, que fere o concubino, e assim por diante (...) (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 380)

A jurisprudência também vem se manifestando no sentido de reconhecer a legitimidade de outras pessoas para pleitear indenização por danos morais em virtude do falecimento de um ente querido, por se tratar de direito autônomo, dissociado do direito sucessório.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) o tema já foi debatido em diversas ocasiões, de modo que já decidiu a favor da legitimidade dos irmãos do falecido para pleitear indenização por danos morais. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ACIDENTE AÉREO. IRMÃOS DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES DA CORTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 120.000,00 PARA CADA UM DOS QUATRO AUTORES. RAZOABILIDADE. 1.- “Os irmãos podem pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão, sendo irrelevante a existência de acordo celebrado com os genitores, viúva e filhos da vítima que os ressarciram pelo mesmo evento. A questão não é sucessória, mas obrigacional, pois a legitimidade ativa não está restrita ao cônjuge,

ascendentes e descendentes, mas a todos aqueles atingidos pelo sofrimento da perda do ente querido, desde que afirmem fatos que possibilitem esse direito” (REsp 1.291.702/RJ, Rel.^a Min.^a NANCY ANDRIGHI, DJe 30.11.2011). 2.- Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que, ante as peculiaridades do caso, não ocorreu no presente feito. 3.- Agravo Regimental improvido. (Processo nº 2012/0070525-9. AgRg no AREsp. Relator Ministro SIDNEI BENETTI. 3ª Turma. Publicado em 29/06/2012) *Grifos aditados.*

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE AÉREO. INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS IRMÃOS DA VÍTIMA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DOS IRMÃOS DA VÍTIMA. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL REFLEXO. PRECEDENTES. EXCESSO NO DANO MORAL POR FALTA DE CULPA DO RECORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. VALOR QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO. JURISPRUDÊNCIA. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. **Os irmãos possuem legitimidade ativa para pleitear indenização pela morte do outro irmão, de forma independente dos pais e demais familiares, pois quando se verifica que o terceiro sofre efetivamente com a lesão causada à vítima, nasce para ele um dano moral reflexo, ‘par ricochet’, que é específico e autônomo. Isto significa que todos aqueles que sofrem com a morte da vítima terão direito, separadamente, à indenização pelo dano moral a eles reflexamente causado.** E, ainda, o valor deverá ser diferente e específico para cada um, dependendo de sua ligação com a vítima. Precedentes. 3. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada indenização no valor de R\$80.000,00. Referida quantia sequer se aproxima dos parâmetros adotados por esta Corte em casos análogos. 4. Agravo regimental não provido. (Processo nº 2011/0091900-7. AgRg no AI. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. 3ª Turma. Publicado em 19/03/2012) *Grifos aditados.*

Assim também tem se delineado a jurisprudência dos diversos Tribunais Regionais do Trabalho neste país, inclusive deste, pelo que aproveito para transcrever algumas decisões abaixo:

ACIDENTE DE TRABALHO QUE LEVOU A ÓBITO O TRABALHADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DANO INDIRETO OU REFLEXO, TAMBÉM CONHECIDO COMO “DANO EM RICOCHETE”. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. Em caso de pretensão de reparação por danos materiais e morais sofridos pelos herdeiros do de cujus, em razão da morte causada por acidente de trabalho sofrido pelo autor da herança, não há como conferir legitimidade ativa ao espólio, **por se tratar de violação a direito próprio e personalíssimo sofrido pelos sucessores da vítima, que pode ser perseguida em ação própria.** (Processo 0000139-94.2010.5.05.0661 RecOrd, ac. nº 087402/2011, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 03/02/2012.) *Grifos aditados.*

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. O artigo 943, do CC-2002, ao estabelecer que o direito de exigir reparação, bem como a obrigação de prestá-la, transmitem-se com a herança (droit de saisine), restringe-se aos casos

em que o dever de indenizar tenha como titular o próprio de cujus ou sucessor, nos termos do artigo 43, do CPC. **Sendo a causa de pedir das indenizações por dano moral e material assenta na existência de danos morais e materiais sofridos por aqueles que foram lesados reflexamente com a morte do obreiro, danos estes chamados indiretos ou em ricochete, não possui o espólio legitimidade ativa para pleiteá-las porquanto se tratam de indenização a ser reclamada jure próprio**, "...ou seja, cada pessoa lesada busca a reparação em nome próprio junto ao causador da morte do acidentado". (Processo 0111200-65.2008.5.05.0196 RecOrd, ac. nº 053332/2011, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 19/04/2011) *Grifos aditados*.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL REFLEXO. AÇÃO PROPOSTA POR IRMÃO DA VÍTIMA. Os irmãos, ainda que maiores e não pertencentes ao núcleo familiar do de cujus, possuem legitimidade para postular, em nome próprio, reparação por danos morais em virtude da morte de empregado vítima de acidente do trabalho. Contudo, nessas hipóteses, é indispensável a prova do dano e da estreita ligação afetiva com o de cujus. (TRT 4ª Região. Processo nº 0000972-07.2011.5.04.0241 RO. Relator Desembargador RICARDO TAVARES GEHLING. Publicado em 26/04/2012) *Grifos aditados*.

Com efeito, a despeito das opiniões contrárias, *data venia*, acredito que esse é o melhor entendimento para solucionar o caso em apreço. Embora não seja o pensamento que vinha se firmando pela maioria deste Regional, tenho que, apesar de ser de vanguarda, esse posicionamento reflete a efetiva garantia de uma prestação jurisdicional, porquanto o recorrente merece ter seus pedidos apreciados, em virtude de perseguir a reparação de um dano que alega ter sofrido.

Desse modo, não há falar em ilegitimidade ativa *ad causam* do reclamante que postula indenização por danos morais decorrente da suposta conduta culposa da recorrida.

Dessa forma, REFORMO a sentença para afastar a ilegitimidade ativa acolhida pelo Juízo *a quo*.

MÉRITO

No caso, os autos encontram-se prontos para imediato julgamento. A instrução possibilitou que as partes produzissem todas as provas que entendessem necessárias. Assim, conforme estabelece a Súmula nº 393 do TST e de acordo com o que dispõe o art. 515 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, no que concerne ao princípio da devolutividade plena, passo à análise dos demais fundamentos da inicial e da defesa.

DO ACIDENTE DO TRABALHO

O reclamante busca indenização por danos morais em função da morte do seu irmão após a ocorrência de acidente do trabalho.

A segunda reclamada, antiga empregadora do de cujus, admite a existência do acidente em horário e local de trabalho, mas alega que o infortúnio laboral ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou, ao menos, com a sua concorrência.

Sustenta que orientou e instruiu devidamente o falecido em como utilizar os EPI's durante o seu labor e sempre realizou a fiscalização do efetivo uso dos equipamentos destinados à segurança no trabalho, razão pela qual pede pela improcedência da ação em virtude da inexistência da culpa, elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil.

Razão não lhe assiste.

A existência do acidente do trabalho é fato incontroverso nos autos. A reclamada, todavia, atraiu para si o ônus da prova do fato impeditivo do direito do autor, na medida em que admitiu a existência do acidente, mas asseverou

que este decorreu de culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Assim, deveria ter se desincumbido do seu ônus, comprovando que houve, efetivamente, culpa da vítima, o que, contudo, não constato nos autos.

O único documento colacionado aos autos como meio probatório é um recibo (fl.125) indicando que foi entregue ao *de cuius* o cinto de segurança que, segundo laudo do Ministério do Trabalho, realizado por Auditor Fiscal do Trabalho, era imprescindível para a realização dos serviços na condição em que se encontrava trabalhando e, contudo, não estava sendo utilizado no momento do acidente.

Constato, ao revés, que, conquanto a reclamada sustente não ter agido com culpa, o laudo do MTE (fls.18/25) confirma a tese autoral da culpa *in vigilando* do empregador, sobretudo por não proceder à devida fiscalização da utilização do equipamento de segurança que o falecido deveria estar usando na ocasião do infortúnio (ver fl.19).

Desta forma, inexistindo comprovação do quanto alegado pela reclamada, não evidencio a existência de culpa alguma por parte do *de cuius*, razão pela qual reconheço a existência do acidente de trabalho, com o preenchimento de todos os elementos inerentes à espécie, quais sejam a conduta patronal, o nexo de causalidade, o dano e a culpa da reclamada.

DANO MORAL

Acerca do dano moral experimentado pelo reclamante, não houve impugnação quanto ao mesmo, limitando-se a segunda reclamada a insurgir-se em face do valor apontado pelo autor como parâmetro para fixação do *quantum* indenizatório.

De qualquer sorte, entendo que, em se tratando dos integrantes do seio familiar, assim considerados o cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos, é possível presumir-se o dano moral dos demais quando um de seus membros falece em decorrência de acidente de trabalho em que fique evidenciada a culpa do empregador.

Esse também é o entendimento que vem se consolidando na doutrina, pelo que aproveito para destacar o pronunciamento de SEBASTIÃO GERALDO OLIVEIRA, *ipsis litteris*:

(...) é imperioso concluir que a identificação dos legitimados para postular indenização por dano moral dependerá muito das especificidades do caso concreto, de acordo com o prudente convencimento do juiz. **Com certeza o ponto de partida será sempre o núcleo familiar restrito, dos que mantinham convivência mais íntima com a vítima – mesmo sem dependência econômica –, e que são presumivelmente aqueles diretamente afetados.** Outros pretendentes também poderão lograr êxito na ação indenizatória, desde que apresentem provas convincentes de laço afetivo duradouro com a vítima e dos efeitos emocionais danosos causados pela morte, de modo a justificar o deferimento da reparação por danos morais. (...) (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. Pág. 298) *Grifos aditados*.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a indenização jamais irá reparar a dor causada ao reclamante pela conduta culposa da reclamada, mas certamente este é o único meio hábil a suprir o anseio de justiça que envolve o autor.

Nesse contexto, embora reconheça a legitimidade do reclamante para postular a indenização por danos morais, bem como a existência do próprio dano, entendo que, por ultrapassar a maioria civil e viver longe das dependências financeiras de seu irmão, o valor de 100 salários mínimos perseguido pelo autor não merece prosperar.

Dessa forma, DEFIRO o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), montante considerado justo, haja

vista que o reclamante, malgrado irmão do *de cuius*, não convivia sob o mesmo teto e nem necessitava de sua ajuda financeira, sendo certo que o importe atende ao princípio da razoabilidade, levando em consideração as condições sociais e econômicas do vindicante que, segundo declaração declinada na inicial, é pessoa de poucos rendimentos, razão porque valor arbitrado em quantia superior a essa ensejaria o seu enriquecimento sem causa. Destaca-se, ainda, o caráter pedagógico da medida, a fim de que a reclamada evite a reincidência da conduta culposa.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ordinário para reformar a sentença e afastar a ilegitimidade ativa acolhida pelo Juízo *a quo* e, com fulcro na profundidade do efeito devolutivo, assegurado no § 3º do art. 515 do CPC, **DEFIRO** o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais). As custas deverão ser acrescidas em R\$300,00 (trezentos reais) calculadas sobre o valor atribuído à condenação.

Isto posto, acordam os Desembargadores da 4ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, **DAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário para reformar a sentença afastando a ilegitimidade ativa acolhida pelo Juízo *a quo* e, com fulcro na profundidade do efeito devolutivo, assegurado no § 3º do art. 515 do CPC, **DEFERIR** o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais). As custas deverão ser acrescidas em R\$300,00 (trezentos reais) calculadas sobre o valor atribuído à condenação.//

o Sindicato Autor busca a defesa de direitos individuais homogêneos dos Substituídos.

Apesar dos direitos individuais homogêneos serem, ontologicamente, direitos individuais, os seus titulares não estão, de antemão, perfeitamente determinados, e o seu objeto não é, de logo, divisível.

Por isso, ao ajuizar uma ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, o legitimado não está obrigado a indicar os titulares do direito material: basta afirmar que a ação é proposta para a defesa de interesses individuais homogêneos.

Como consequência da indeterminação dos titulares do direito material, decorre a indivisibilidade do objeto. A propósito, durante a fase de conhecimento do processo, os titulares do direito material são indeterminados e, por conseguinte, o objeto é indivisível, sendo a sentença genérica (CDC, art. 95). Somente no momento de liquidação e execução da sentença, quando e se isto ocorrer, é que há a identificação individualizada dos titulares dos direitos (cui debeat), bem como da prestação devida (quantum debeat). Nesse sentido é o ensinamento de Teori Albino Zavascki:

“Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolvem os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o an debeat (= a existência da obrigação do devedor), o quis debeat (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o quid debeat (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o cui debeat = quem é o titular do direito e o quantum debeat = qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento” (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 153-154).

Exatamente porque, na fase de conhecimento, os titulares do direito material são indeterminados (embora determináveis) e o objeto indivisível, não há como se exigir do Sindicato Autor a apresentação de “instrumentos de admissão dos associados” ou “instrumentos de mandado” (SIC).

Somente na liquidação e execução da sentença, promovidas ou pelo Sindicato ou pelos Substituídos (CDC, art. 97), se e quando ocorrerem, é que haverá, então, identificação da titularidade do direito e individualização do objeto (cui debeat e quantum debeat).

Por conseguinte, refuto a preliminar de inépcia.

II.3. PRELIMINARES DE LITISPENDÊNCIA E DE COISA JULGADA

Alega a Reclamada que vários trabalhadores representados pelo Sindicato, ou demandaram individualmente, ou firmaram acordo em ações promovidas com pedido idêntico. Aduz, ainda, que o próprio Sindicato aforou, anteriormente, duas outras ações, em benefício de grupos de trabalhadores, formulando pedido idêntico. Sustenta que, por esses motivos, haveria litispendência ou coisa julgada.

No tocante às ações individuais, o art. 104 do CDC afasta a possibilidade de litispendência ou de coisa julgada, pelo que fica a preliminar afastada quanto a elas.

De relação às demandas intentadas pelo Sindicato, também não subsiste a litispendência ou a coisa julgada, haja vista que as mencionadas ações se trataram de ações individuais plúrimas, e não de ações coletivas, tanto que limitados os efeitos das decisões aos Substituídos expressamente arrolados

na petição inicial, e somente a eles.

De todo modo, cumpre assinalar que, na hipótese de algum trabalhador, que tenha sido substituído nas ações anteriores, pretender se habilitar em eventual liquidação e execução nesta demanda, a Reclamada poderá levantar contra ele as objeções e exceções pessoais de que porventura disponha, não havendo, assim, o menor risco de ocorrência do malsinado enriquecimento sem causa.

Rechaço, destarte, as preliminares em tela.

II.4. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

Suscita a Acionada a ilegitimidade ativa ad causam do Sindicato, com arrimo no art. 6º do CPC, ao argumento de que, somente quando houver autorização legal, pode o Sindicato pleitear em nome próprio direito alheio. Aduz, ainda, que o art. 8º, III, da CF não consagra a ampla substituição processual.

A tese levantada pela Reclamada está, de há muito, superada pela remansosa jurisprudência do STF (vide o paradigmático julgamento no RE 210.029), tanto que o TST viu-se instado a cancelar a Súmula n. 310 nos idos de 2003!

Acrescento que o art. 8º, III, da Constituição Federal outorga aos entes sindicais ampla legitimação para agir, seja na defesa de direitos e interesses individuais puros dos seus representados, seja na defesa de direitos e interesses coletivos lato sensu (individuais homogêneos, coletivos stricto sensu e difusos), independentemente de regulamentação infraconstitucional, haja vista a aplicabilidade direta e imediata do citado dispositivo, ou mesmo de qualquer autorização prévia dos trabalhadores, já que a autorização específica para essa legitimação tem sede constitucional.

II.5. AUSÊNCIA DE INTERESSE COLETIVO OU DIFUSO – CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO COLETIVO

Diz a Reclamada que os direitos vindicados pelo Sindicato na presente ação não são coletivos, pelo que não poderiam ser defendidos com base no art. 8º, III, da CF.

De fora à parte o quanto já afirmado acima acerca da extensão da interpretação do art. 8º, III, da CF, verifico que, na presente ação, os direitos individuais defendidos classificam-se como homogêneos e a tutela coletiva mostra-se superior à individual, o que denota, claramente, o preenchimento das condições da ação do presente processo coletivo, atinentes à homogeneidade e à superioridade da tutela coletiva.

Cabem, nesse passo, alguns esclarecimentos em derredor das condições das ações nos processos coletivos. Para isso, transcrevo abaixo trechos de tese de doutoramento de minha autoria, já submetida à Banca de Qualificação da PUC-SP.

As condições da ação coletiva não destoam daquelas referentes ao processo civil tradicional (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade ad causam e interesse de agir).

De um modo geral, possibilidade jurídica apenas não haverá quando a vedação tiver sede constitucional, em face da natureza processual constitucional do direito processual coletivo.

Especificamente no tocante às ações envolvendo direitos individuais homogêneos, a doutrina identifica, no direito nacional, a ausência de homogeneidade (predominance = prevalência da dimensão coletiva sobre a individual) com a falta de possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade ad causam e o interesse de agir presumem-se presentes pela mera afirmação da ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito ou interesse metaindividual.

Quanto à legitimidade ad causam, a doutrina aponta a existência de uma condição específica da ação coletiva que a integra, consistente na aptidão para

a defesa de direitos (adequacy of representation). Assim, o legitimado deve demonstrar a sua aptidão para a defesa dos interesses coletivos, comprovando que é o representante adequado.

Em relação ao interesse de agir, a doutrina indica a existência de requisito específico da ação coletiva, consubstanciado na superioridade da tutela coletiva, quando envolvendo direitos individuais homogêneos.

Para que se configure o interesse de agir na ação coletiva tendo por objeto a defesa de direitos individuais homogêneos, deve estar presente o requisito da superioridade (eficácia) da tutela coletiva em relação à individual.

O interesse de agir é condição da ação que exige, para o seu exercício, a necessidade (a via judicial só pode ser buscada quando as forças do direito material se mostrarem insuficientes à solução da controvérsia) e a utilidade do provimento jurisdicional invocado (o provimento jurisdicional deve ser útil para assegurar o bem da vida pretendido), além da adequação deste à proteção do direito reclamado (o provimento jurisdicional deve ser adequado à proteção do direito material, cabendo ao autor escolher, dentre as vias processuais previstas no ordenamento, aquela que for apta à tutela requerida).

II.6. BASE TERRITORIAL – EXTENSÃO DA DECISÃO

Na forma dos artigos 93 e 103 do CDC, os efeitos da presente decisão devem se estender a todos os indivíduos que estejam no âmbito subjetivo de representação do Sindicato Autor.

Noutras palavras, esta sentença poderá atingir apenas os indivíduos integrantes da categoria profissional representada pelo Sindicato, dentro da sua base territorial, conforme definida no seu Estatuto, ficando, portanto, excluídos os trabalhadores integrantes da mesma categoria profissional, mas representados por Sindicatos de outras bases territoriais.

II.7. PRESCRIÇÃO PARCIAL

À luz do art. 7º, XXIX, da CF/88, e do art. 219, §5º, do CPC, declaro prescrita a pretensão dos Substituídos no tocante aos créditos prescritíveis surgidos antes de 12.03.07, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 12.03.12.

II.8. OBJETO DA LIDE (DIFERENÇAS DE 13º SALÁRIO) – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – ORIGEM COMUM E HOMOGENEIDADE

Por meio da vertente ação coletiva, o Sindicato Autor pleiteia, em prol dos Substituídos, a condenação da Acionada ao pagamento do 13º salário com a repercussão das duas gratificações semestrais pagas em janeiro e julho, nas parcelas vencidas e vincendas, com espeque no entendimento pacificado na Súmula n. 253 do C. TST, no sentido de que a gratificação semestral repercute, pelo seu duodécimo, na gratificação natalina.

Reafirmando o quanto já assentado linhas atrás, é coletiva a tutela aqui pretendida, pois envolve direitos individuais homogêneos, entendidos como tais aqueles direitos portadores das seguintes características: origem comum e homogeneidade.

A origem comum pode ser de fato ou de direito, remota ou próxima.

Origem comum e homogeneidade estão imbricadas. Assim, quanto mais remota for a origem, menos homogêneos serão os direitos.

A homogeneidade nada mais é do que a predominância de questões comuns (predominance¹).

1 A homogeneidade ou predominância de questões comuns é também chamada de *predominance*, mercê da influência da *Federal Rule of Civil Procedure 23*, que regula as ações coletivas no direito norte-americano. De acordo com a Rule 23 (b) (3), deve haver predominância de questões comuns para a admissibilidade das ações coletivas: “the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members...”

O pressuposto da homogeneidade estará presente quando as questões comuns constituam uma parte significativa dos conflitos individuais, ou, melhor dizendo, quando a diversidade das situações individuais não comprometa o tratamento uniforme da questão comum. Haverá, enfim, homogeneidade quando existir prevalência da dimensão coletiva sobre a individual². Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos sobre os individuais, os direitos são heterogêneos, ainda que tenham origem comum.

Portanto, é de se concluir que os direitos individuais homogêneos não constituem mera soma de direitos individuais, haja vista que, para se classificarem como tais, devem possuir duas peculiaridades: serem homogêneos (e não heterogêneos) e possuírem origem comum.

Nesse sentido posiciona-se a doutrina:

“Desse modo, forçoso aduzir que a origem comum dos direitos, isoladamente, não basta para caracterizar a homogeneidade, pois essa não existe nas situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de forma relevante e de modo diverso.

É exatamente a questão da homogeneidade que traz a baila o critério da prevalência dos interesses comuns. Em outras palavras, a defesa dos interesses coletivos ou individuais homogêneos só admite a tutela coletiva quando as peculiaridades e características pessoais dos membros da classe podem ser temporariamente desprezadas ou desconsideradas. Em qualquer outro caso, não há que se falar em admissibilidade da ação coletiva, pois aí teríamos o inverso do que é o seu objetivo precípua: a prestação jurisdicional mais rápida e eficaz” (MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. “Ação Coletiva em Geral – interesses tuteláveis. Espécies, requisitos de admissibilidade e competência”. In: FREIRE PIMENTA, José Roberto et al. (coords). “Tutela Metaindividual Trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo”. São Paulo: LTr, 2009, p. 126).

Na mesma esteira caminha a jurisprudência:

“RECURSO DE REVISTA. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO INCISO III DO ARTIGO 8º DA CONSTITUIÇÃO. 1 - Cabe salientar ter sido cancelada a Súmula nº 310 do TST, em acórdão da SBDI Plena do TST, a partir do qual firmou-se a jurisprudência de o artigo 8º, inciso III da Constituição ter contemplado autêntica substituição processual, não mais restrita às hipóteses previstas na CLT, abrangendo doravante interesses individuais homogêneos, interesses difusos e os coletivos em sentido estrito. 2 - Os interesses individuais homogêneos se apresentam como subespécie dos interesses transindividuais ou coletivos em sentido lato. São interesses referentes a um grupo de pessoas que transcendem o âmbito individual, embora não cheguem a constituir interesse público. 3 - Para a admissibilidade da tutela desses direitos ou interesses individuais, é imprescindível a caracterização da sua homogeneidade, isto é, sua dimensão coletiva deve prevalecer sobre a individual, caso contrário os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem comum. 4 - Nessa categoria acha-se enquadrado o interesse defendido

2 Apesar de (ainda) não existir na legislação nacional a delimitação do que seja a homogeneidade, o Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais, elaborado no Fórum Nacional do Trabalho (Decreto n. 4.796/03), prevê, em seu art. 141, II, como característica indispensável à tipificação dos direitos individuais homogêneos, o requisito da *predominance* (prevalência das questões comuns sobre as individuais): “Art. 141. A defesa coletiva dos direitos decorrentes da relação de trabalho será exercida quando se tratar de: (...) II - direitos individuais homogêneos, assim entendidos os de natureza divisível, de que sejam titulares pessoas determinadas, que tenham origem no mesmo fato ou ato jurídico e que sejam caracterizados pela prevalência das questões comuns sobre as questões individuais” (grifei).

pelo sindicato-recorrido, de se proceder ao pagamento das verbas rescisórias não pagas pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados em decorrência da dispensa coletiva por ela realizada, tendo em vista a evidência de todos eles terem compartilhado prejuízos divisíveis, de origem comum. 5 - Com a superação da Súmula 310 do TST e da nova jurisprudência consolidada nesta Corte, na esteira do posicionamento do STF de o inciso III do artigo 8º da Constituição ter contemplado autêntica hipótese de substituição processual generalizada, o alcance subjetivo dela não se restringe mais aos associados da entidade sindical, alcançando ao contrário todos os integrantes da categoria profissional. Recurso não conhecido. ARRESTO. Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta (Inteligência da Súmula 422 do TST). Recurso não conhecido” (Proc. n. TST-RR - 811/2001-301-02-00, DJ - 17/03/2006, 4ª Turma, Rel. Min. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen); “SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. DIREITO INDIVIDUAL SEM DIMENSÃO COLETIVA. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS. A declaração da existência do vínculo de emprego pressupõe a investigação da situação pessoal de cada um dos substituídos, já que para a efetividade do provimento é imprescindível averiguar o concurso dos requisitos do artigo 3º da Consolidação. A situação não envolve direito individual homogêneo, que, além da origem comum, pressupõe a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais de cada substituído. A hipótese é de direito individual puro ou heterogêneo, que não tem dimensão coletiva porque as questões individuais prevalecem sobre as questões comuns. Ao contrário do que ocorre com o direito individual homogêneo, em que a predominância das questões comuns conduz a situação de uniformidade que permite a emissão de provimento genérico e torna desnecessária a identificação dos substituídos até o momento de liquidação da sentença, a efetividade da declaração da existência de vínculo de emprego exige a prévia identificação dos substituídos, já que a eliminação da crise de certeza a que se destina o provimento declaratório depende da cognição de questões individuais de cada um dos trabalhadores. Sem a identificação dos substituídos, o pedido é indeterminado e, de conseqüência, sua apreciação conduziria a provimento desprovido de qualquer utilidade. Apelo da entidade sindical ao qual se nega provimento para o fim de confirmar a extinção do processo sem resolução do mérito por inadequação da via processual. da entidade sindical ao qual se nega provimento para o fim de confirmar a extinção do processo sem resolução do mérito por inadequação da via processual. ACORDAM os Magistrados da 6ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: por unanimidade de votos, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento a fim de manter o r. julgado de origem, por seus próprios e jurídicos fundamentos” (Proc. n. TRT/SP – 00825200600302006, 6ª Turma, Rel. Des. Salvador Franco de Lima Laurino, julg. em 18/03/2008).

No caso dos autos, está configurada a homogeneidade dos direitos postulados, já que a dimensão coletiva prevalece sobre a individual (todos os bancários têm direito a que a gratificação semestral repercuta no 13º salário, consoante entendimento pacificado pelo C. TST), sendo os direitos de origem comum (alegado inadimplemento pela Reclamada de parte do 13º salário, em decorrência da não incorporação da gratificação semestral).

Reconheço, pois, como preenchidos os requisitos específicos de admissibilidade da ação coletiva.

Quanto ao pedido propriamente dito, cinge-se a presente ação à aplicação da Súmula n. 253, para que os Substituídos tenham direito ao recebimento das diferenças, vencidas e vincendas, do 13º salário, em decorrência da integração da gratificação semestral, paga em janeiro e julho, em sua base de cálculo.

A matéria objeto da controvérsia está pacificada pela Máxima Corte Trabalhista, tanto que consolidada na Súmula n. 253:

“SUM-253 GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antigüidade e na gratificação natalina”.

À vista do disposto no Enunciado transcrito, DEFIRO o pedido da letra ‘a’.

II.9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Entendo que os honorários advocatícios são devidos quando o sindicato atua na condição de substituto processual. Adoto como suporte ao referido posicionamento os mesmos fundamentos esposados pela Juíza do Trabalho Ana Paula Santos Machado Diniz em sua tese aprovada pela Plenária do CONAMAT 2010 – Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho de 2010:

“A substituição processual com fundamento no artigo 8º, III, da CF/88 instrumentaliza o manejo das ações coletivas na defesa dos direitos individuais homogêneos, defesa essa que tem maior relevância do que a tradicional atuação assistencial do sindicato. Impõe-se, para justificar a concessão dos honorários ao sindicato, uma hermenêutica teleológica e sistemática dos princípios e garantias constitucionais que enaltecem a defesa pelo sindicato de direitos metaindividuais, valorizam o manejo das ações coletivas e priorizam o acesso à justiça, a efetividade do processo, a celeridade e a segurança jurídica oriunda da uniformidade dos pronunciamentos judiciais”.

No mesmo sentido é a atual jurisprudência do C. TST, cristalizada no verbete III, da Súmula n. 219:

“SUM-219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. (...) III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego”.

Donde, DEFIRO a postulação de honorários advocatícios, à ordem de 15% sobre o valor da condenação.

II.10. EXECUÇÕES INDIVIDUAIS – COMPETÊNCIA PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO

A competência para a liquidação e subsequente execução dos créditos reconhecidos nesta sentença genérica está prevista nos artigos 97 a 100 do CDC, combinados com o art. 651 da CLT.

Assim, no caso específico de execuções individuais, será competente para a liquidação e execução o Juízo do local da contratação do trabalhador ou da prestação dos serviços (CLT, art. 651, caput), ou ainda o da localidade em que a Reclamada tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado, e, na sua falta, o Juízo do domicílio do trabalhador (CLT, art. 651, §1º).

III. CONCLUSÃO

Pelo exposto, e considerando o mais que dos autos consta, rejeito as preliminares de inépcia, carência de ação, litispendência e coisa julgada suscitadas pela Reclamada, e, no mérito, julgo PROCEDENTE a demanda proposta pelo SINDICATO DOS BANCÁRIOS DA BAHIA contra o BANCO BRADESCO S/A, tudo em conformidade com a Fundamentação supra, a qual passa a integrar o presente dispositivo, como se nele estivesse transcrita, para condenar a

Reclamada a, observada a prescrição parcial, PAGAR ao Sindicato Autor ou aos Substituídos, no prazo de 15 dias a partir da ciência da liquidação do julgado, os valores correspondentes aos títulos acima deferidos.

Quantum debeatur a ser apurado na fase de liquidação da sentença, com incidência de juros e correção monetária, na forma da lei e da tabela única do CSJT, com as limitações impostas pela Súmula n. 381 do C. TST, autorizando-se a dedução dos valores pagos a idêntico título.

Custas processuais pela Reclamada no montante de R\$ 1.200,00, calculadas sobre R\$ 60.000,00, valor arbitrado à condenação para fins de direito.

As contribuições previdenciárias e os demais tributos devem ser recolhidos conforme o disposto no Provimento n. 01/96 e na Consolidação dos Provimentos, ambos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, bem como de acordo com a Instrução Normativa n. 1127 da Receita Federal do Brasil.

CIENTE A RECLAMADA (Súmula 197 do C. TST). NOTIFIQUE-SE O RECLAMANTE.

Salvador, 04 de junho de 2012.

ANDRÉA PRESAS ROCHA

Juíza do Trabalho

trabalhista das empresas que anteriormente executaram tal terceirização.

O Acionante declinou que, há mais de 10 anos, os terceirizados da SESAB, incluindo os substituídos, vêm prosseguindo trabalhando na mesma atividade, embora “migrados” para a empresa que é vencedora da licitação de terceirização. Qualifica tal situação como sucessão de empregadores na forma do art. 10 e 448 da CLT, o que ensejou o prosseguimento da estabilidade dos dirigentes sindicais para a atual empresa vencedora da licitação: a 1ª Reclamada.

A defesa oral da Orbraserv (fl. 160) limitou-se aduzir que os substituídos nunca lhe prestaram serviços, não havendo amparo legal para a estabilidade. Diante destas alegações, verifica-se que não houve contestação específica para a alegação fática de “sucessão de empregadores” da exordial, notadamente diante da narrativa de que todos os terceirizados da SESAB eram “migrados” para a nova empresa vencedora da licitação, fato este que, em relação à Orbraserv, restou incontroverso, em razão da previsão do art. 302 do CPC supletivo.

A defesa do Estado da Bahia discorreu sobre a legalidade do processo licitatório e da decorrente terceirização, bem como aduziu a impossibilidade de responsabilização trabalhista do ente público, como disposto no art. 71 da Lei 8.666/93.

Nos depoimentos das partes e testemunhas, confirma-se efetivamente que os terceirizados da SESAB prosseguem na mesma atividade, embora mudem de “empregador” a cada nova licitação. Particularmente, a única testemunha relatou que:

“TESTEMUNHA DO(A) RECLAMANTE “01)- que a depoente trabalha há 14 anos como terceirizada na Secretaria de Saude, atuando no Centro de Referencia contra o câncer, sendo sempre migrada para empresa que ganhava a licitação da prestação de serviços; 02)- que todos os empregados anteriores eram migrados para a nova empresa; 03)- que trabalhou para as empresas Posdata, sucedida pela CM Conservadora Mundial, sucedida pela STEEL e sucedida pela Primeira Reclamada ; 04)- que conhece o Reclamante pois este como dirigente sindical frequentava o trabalho da depoente; 05)- que a depoente sempre trabalhou com digitação na área administrativa”

A própria preposta da Orbraserv confessa que houve a “migração” de todos terceirizados, exceto os substituídos:

DEPOIMENTO DO(A) PREPOSTO(A) DA RECLAMADA: inquirido(a) respondeu: “01)- que a Primeira Reclamada presta serviço de digitação em favor do Estado da Bahia, em escolas médicas e hospitais, por força de licitação, além de haver outros contratos em outras áreas, distintas da SESAB; 02) que empregados terceirizados nesta atividade por outras empresas foram mantidos pela Primeira Reclamada, todavia isto não ocorreu com os substituídos, pois a documentação destes não foi encaminhada pelo coordenador da unidade beneficiária da prestação de serviços”. Nada mais.

Percebe-se que há evidente continuidade da atividade pela nova empresa licitante e permanência de todos os antigos empregados. Mais grave é que a própria preposta reconhece que a não migração/contratação dos substituídos foi intencional, inclusive por omissão do tomador dos serviços, pois simplesmente a documentação dos dirigentes sindicais não foi “encaminhada”.

Diante destes elementos, constata-se efetiva sucessão de empregadores em relação aos contratos de terceirização da SESAB, notadamente entre as empresas Posdata (em 1997), Conservadora Mundial, Steel Serviços Auxiliares e por último a 1ª Reclamada que assumiu a titularidade destes serviços em setembro de 2011. O reconhecimento, como na situação dos autos, de sucessão de empresas “terceirizadas” foi objeto de recente decisão do C. Tribunal Superior do Trabalho, como se infere da seguinte notícia:

Terceirização: empregada ganha diferença salarial ocorrida em troca de empresas

A Liderança Limpeza e Conservação Ltda., empresa terceirizada que presta serviços ao Governo de Santa Catarina, terá de arcar com as verbas trabalhistas de uma empregada oriunda da empresa contratada anteriormente para prestar os mesmos serviços ao estado. Segundo o ministro Aloysio Corrêa da Veiga, relator que examinou o recurso da Liderança na Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ela é sucessora da empresa anterior e, assim, não poderia ter reduzido o salário da trabalhadora.

Na ação trabalhista, a empregada informou que, apesar da troca de empresa, não deixou de “trabalhar um dia sequer”. Após ser admitida pela Liderança, passou a responder sozinha pelo serviço que era realizado por três colegas na empresa anterior – digitação na central de atendimento, atendimento telefônico e encaminhamentos – e foi ainda incumbida dos serviços de assistência judiciária, distribuição e cópias xerox, com salário inferior ao até então percebido. Ao ser dispensada sem justa causa em 2008, ela ajuizou a ação com pedido de diferenças salariais.

Ao examinar o recurso da Liderança contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) que a condenou ao pagamento das referidas diferenças, o ministro Aloysio Veiga manteve o entendimento do TRT no sentido de que se tratava de empresas prestadoras de serviços para órgãos públicos, donde a nova empresa sucedia a antiga quanto aos contratos de trabalho. Observou ainda que a empregada permaneceu no local de trabalho, sem solução de continuidade. O TRT esclareceu que a sucessão não ocorre somente nos casos de transferência de empresa, mas, também, “com a continuidade da exploração do mesmo negócio jurídico por outra empresa distinta e sem nenhum vínculo jurídico com a anterior”.

O relator acrescentou que, no Direito do Trabalho, o conceito de sucessão está vinculado a seus efeitos concretos no contrato de trabalho, conforme a norma contida nos artigos 10 e 448 da CLT, segundo as quais a alteração na estrutura jurídica da empresa ou a mudança de propriedade não podem afetar os contratos de trabalho dos respectivos empregados. No caso, além de a empresa anterior ser parte no processo, a alegação da empregada foi a de que a sucessão reduziu direitos que já haviam sido integrados ao seu contrato de trabalho.

Para o relator, a legitimidade da empresa sucessora é patente, pois houve continuidade da mesma atividade econômica, “mas com alteração em prejuízo das condições ajustadas no contrato de trabalho que continuou”. O ministro assinalou que a sucessão de empregadores, na terceirização, não pode trazer prejuízo ao empregado. “Não é possível recepcionar a terceirização de serviços numa situação em que se proporciona a precarização da relação de trabalho, na medida em que a implementação de tal processo produtivo deve estar em consonância com a garantia dos direitos básicos do empregado”, afirmou.

Ao concluir, o relator ressaltou que a Liderança Limpeza e Conservação não poderia ter alterado de forma prejudicial as condições de trabalho que a empregada mantinha com a empresa anterior “reduzindo o seu salário, em flagrante ofensa ao artigo 7º, inciso VI, da Constituição da República. Por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso de revista da empresa.

(Mário Correia/CF) Processo: RR-138900-22.2009.5.12.0055

Em verdade, ocorreu a frequente situação de alteração do empregador e continuidade da empresa (na definição legal do art. 2º da CLT que a adotou a teoria italiana da empresa enquanto instituição), sem qualquer solução

de continuidade, haja vista a persistência da atividade com os mesmos empregados. Consequentemente, restou provada a ocorrência de sucessão trabalhista, consoante artigos 10 e 448 da CLT.

Uma vez verificada que a Orbraserv é sucessora da Steel Serviços Auxiliares, cumpre avaliar se os substituídos já eram detentores da estabilidade sindical à época da empresa anteriormente sucedida.

As anotações das CTPS's dos substituídos, vide fls. 95 e 233, confirmam que estes trabalhadores foram admitidos na Steel exatamente em 01/01/2010, bem como indicam que não houve assinatura de baixa deste vínculo empregatício. Logo, os substituídos eram empregados da empresa sucedida, cujo vínculo não a extinção registrada na CTPS.

Os documentos colacionados com a petição inicial às fls. 28-87, notadamente o estatuto do SINTTECIN, registro sindical no MTE, ata de fundação e eleição da diretoria originária, demonstram que os substituídos foram eleitos e empossados em 01/02/2010 para a diretoria do mencionado sindicato profissional. Deste modo, possuem a estabilidade sindical que, conforme mandato de quatro anos previsto no estatuto do ente sindical, até 01/02/2015, pois o dispositivo constitucional (CRFB, art. 8º, VIII) assegura a estabilidade até um ano após o término do mandato.

Neste quadro, não há dúvidas de que os Substituídos eram dirigentes sindicais detentores de estabilidade até 01/02/2015 e empregados da Steel à época da sucessão reconhecida acima pela Orbraserv. Certamente que a inexistência de prestação de serviços em favor da 1ª Reclamada decorreu da conduta obstativa de ambas Reclamadas em manter quase todos os empregados da Steel, com a deliberada exclusão dos dirigentes sindicais.

Cumpre frisar que a atuação sindical dos substituídos era do expresse conhecimento do Estado da Bahia. Isto porque o diretor da SESAB, Sr. André Campos, comunica a liberação do substituído George Santos já em 2008, como se vê no documento de fl. 103. Igualmente, a cópia do requerimento (fls. 88-90) comprova que a Secretaria de Saúde foi instada a tomar providências sobre a “não migração” do dirigente sindical, George Santos, conforme registro de protocolo da SESAB. Sobre tal requerimento, a defesa do Estado da Bahia é silente, bem como não apresenta qualquer resposta à solicitação administrativa do SINTTECIN.

Nestes termos, a não prestação dos serviços pelos substituídos foi dolosamente obstada pelos Reclamados, tanto pelo Estado da Bahia que, ciente da atuação sindical dos substituídos, não encaminhou a documentação destes, como pela 1ª Reclamada que excluiu a absorção dos substituídos, embora tenha mantido todos os demais empregados. As condutas dos Reclamados configuram incontestemente ato obstativo de direito, como previsto no art. 129 do Código Civil, ex vi:

Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

De qualquer sorte, mesmo adotando-se a tese da defesa da 1ª Reclamada – de que não há estabilidade porque nunca houve prestação de serviços – surge outra perquirição: é válida a não contratação, ou melhor a não “migração”, de dirigentes sindicais pela nova empresa terceirizada, quando todos os demais empregados são “contratados” ou migrados? Em outras palavras, a não-permanência do dirigente sindical concomitante com a permanência geral de todos os seus colegas de trabalho não caracterizaria como uma conduta patronal obstativa para a aquisição da estabilidade sindical, exatamente porque seria um ato discriminatório direcionado a afastar o

representante sindical?

A solução para a questão se encontra no exame do sistema sindical brasileiro, a partir de uma visão constitucionalista e atenta às normas internacionais atinentes à liberdade sindical. Trata-se, em particular, da Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho – OIT que, ratificada neste país, equivale à lei ordinária. A Convenção n. 98, ratificada pelo Brasil através do Decreto n.º 33196 de 29/06/53, estabelece que:

“Artigo 1

1. Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego.

2. Essa proteção aplicar-se-á especialmente a atos que visem:

a) sujeitar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a um sindicato ou deixe de ser membro de um sindicato;

b) causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante o horário de trabalho.

Além da Convenção 98 da OIT, a Declaração dos Direitos dos Homens (1948), inspirada no humanismo pós Segunda Guerra Mundial, consagrou como direito humano fundamental a liberdade sindical. Cumpre destacar o artigo XXIII, nº 4 da aludida Declaração:

“1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.”

Saliente-se o teor da citada Declaração de Direitos foi positivado através do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966. O Brasil, por meio do Decreto 592 de 1992, ratificou o PIDESC que torna norma positiva o teor da Declaração de Direitos dos Homens, transcreve-se:

“Artigo 8.º

1. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar:

a) O direito de todas as pessoas de formarem sindicatos e de se filiarem no sindicato da sua escolha, sujeito somente ao regulamento da organização interessada, com vista a favorecer e proteger os seus interesses econômicos e sociais. O exercício deste direito não pode ser objeto de restrições, a não ser daquelas previstas na lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem;”

Ora os preceitos constitucionais de vedação de discriminação e de liberdade e garantias sindicais, conjugadas com as normas internacionais, já incorporados à legislação infraconstitucional, estabelecem o direito humano fundamental de fundar sindicatos e as correspondentes proteções para o exercício da atividade sindical. A exclusão imotivada daquele que participa de um sindicato quando todos os demais trabalhadores são absorvidos pela “nova empregadora” constitui flagrante conduta anti-sindical, ofensiva de todas as regras acima transcritas de proteção à ação sindical, caracterizando-se conduta discriminatória ilegítima.

Destarte, os substituídos são detentores de estabilidade sindical e, por

força da sucessão de empregadores reconhecida supra, empregados da 1ª Reclamada. DETERMINA-SE, pois, a imediata reintegração dos substituídos, com o correspondente pagamento da remuneração (conjunto remuneratório anteriormente praticado) e demais vantagens contratuais e normativas, a partir de 07/09/2011 e até a efetiva reintegração.

Considerando a ausência de efeito suspensivo de eventual recurso ordinário no Direito Processual do Trabalho (art. 899 da CLT), a reintegração espontânea deverá ser feita no prazo de 5 dias contados da ciência do mandado, independentemente do trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, fixada com arrimo no art. 461 do CPC subsidiário, limitada ao teto de R\$ 10.000,00.

3. DA RESPONSABILIDADE DO 2º RECLAMADO.

Na defesa do Estado da Bahia (fl. 168) há o reconhecimento que a prestação dos serviços da 1ª Reclamada ocorreu em seu favor, precisamente na Secretaria de Saúde. Os documentos de fls. 103 e 107-11-6 confirmam que a prestação de serviços para a SESAB, não existindo qualquer outra prova nos autos de labor em favor tomador diverso do Estado da Bahia. Assim, é incontroverso que o 2º Reclamado foi tomador exclusivo dos serviços dos substituídos.

Do exame dos autos, verifica-se que o contrato de prestação de serviços entre os Reclamados, vide fls. 186-193. Todavia, o tomador dos serviços não exhibe nenhuma cópia de recibos salariais ou demais documentos dos substituídos, inclusive no período pretérito da Steel. Isto é, o dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços foi solenemente ignorado pela Administração Pública, o que caracteriza a culpa in vigilando desta. Ora, a omissão da Administração Pública em exigir cópias dos recibos salariais e das folhas de frequência é demonstração cabal de inércia em fiscalização o cumprimento das obrigações trabalhistas.

A condição de tomador do 2º Reclamado lhe atribui a responsabilidade subsidiária na forma da Súmula 331, IV do C. Tribunal Superior do Trabalho, mesmo após o julgamento da ADC 16 pelo Supremo Tribunal Federal. A imposição da responsabilidade subsidiária dispensa a existência de lei específica, porque decorre tanto da aplicação direta da Constituição, arts. 1º, IV e 170, bem como pela teoria da culpa in eligendo e in vigilando.

Em atenção ao valor social do trabalho e à justiça social, toda empresa que se beneficia com o trabalho humano deve responder pelo cumprimento da remuneração integral daquele trabalho recebido. Cabe, então, ao tomador diligenciar junto à empresa responsável pelos terceirizados, exigindo a demonstração do cumprimento da legislação trabalhista, com cópias, sob pena de configurar culpa tanto pela má-escolha do prestador, como pela ausência de fiscalização. Logo, a condenação acima nada viola o princípio da legalidade, ao contrário, representa a correta e adequada interpretação constitucional.

Há que se esclarecer que a consequência jurídica do julgamento da ADC 16 do STF foi no sentido da impossibilidade de automática imposição de responsabilidade do ente público pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, sem, entretanto, impedir que haja tal responsabilização quando ocorrer culpa in vigilando, como é a hipótese dos autos. Isto é, a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 não prejudica a responsabilização por força de sua conduta fática culposa em não fiscalizar a atuação das suas terceirizações em conformidade com a própria legislação, inclusive em respeito ao princípio da observância da legalidade.

Noutro sentido, o teor art. 71 da Lei 8666/93 é afastado no caso de créditos trabalhistas, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, pois a dignidade do trabalhador, a qual é garantida pelo pagamento daqueles

créditos alimentares, não pode ser subjugada por aplicação mecânica de norma infraconstitucional. Trata-se de interpretação conforme a Constituição, inclusive com recurso à ponderação dos direitos envolvidos (valor social do trabalho versus princípio da legalidade), que impõe a prevalência do valor social do trabalho, porquanto mais próximo e, acima de tudo, realizador do centro axiológico da dignidade humana. Ademais, orientação da inaplicabilidade do referido artigo é pacífica na seara trabalhista.

A prestação de serviços ocorreu exclusivamente em favor do 2º Reclamado, que por consequência, assumirá a responsabilidade subsidiária pela totalidade dos créditos apurados. As verbas indenizatórias e punitivas também são devidas pelo responsável subsidiário, pois são advindas dos deveres contratuais da relação empregatícia. O tomador, desidioso na fiscalização, dever arcar inclusive com as verbas trabalhistas indenizatórias e as penalidades legais, pois todas são devidas em razão do contrato de trabalho, cuja execução foi recebida em total proveito daquele.

Portanto, não há qualquer titubeio acerca da responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado, pela sua flagrante culpa in vigilando. Destarte, condena-se subsidiariamente o 2º Reclamado nos créditos apurados nesta decisão.

4. PARÂMETROS DE LIQUIDAÇÃO.

Observem-se os descontos previdenciários e fiscais previstos na legislação vigente à época do efetivo pagamento. As contribuições previdenciárias são devidas por cada responsável pela sua quota e calculadas pelo regime de mês a mês, na forma do provimento 1/1996 e S. 368 do TST, devidas sobre as parcelas salariais, como determina o art. 28 da Lei 8.212/91 e art. 214 do Decreto 3048/99. Caso incidente, o desconto fiscal opera-se sobre o regime de competência (mês a mês), consoante princípios constitucionais da isonomia tributária (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º) e o Ato Declaratório PGFN Nº 1 de 27.03.2009.

Autoriza-se a dedução (abatimento) dos valores já pagos a idêntico título, conforme recibos salariais.

Liquidação por cálculo, observando-se a variação salarial do Reclamante, aplicando-se correção monetária consoante orientação da Súmula 381 do TST e juros de mora pela orientação da S. 200 do TST, tudo nos termos da Lei 8.177/91.

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ASSISTENCIAIS.

Os honorários advocatícios previstos no art. 20 do CPC subsidiário não são devidos, em regra, nas lides empregatícias, uma vez que seu cabimento somente ocorre quando preenchidos os requisitos do art. 14 da Lei 5.584/70. Consequentemente, a condenação em honorários advocatícios somente se dará quando o Consignante estiver assistido pela entidade sindical obreira, pois não são cabíveis honorários de sucumbência no processo do trabalho, consoante entendimento das Súmulas 219 e 329 do Colendo TST.

No caso concreto, verifica-se que o Consignante está assistido pelo sindicato profissional, como se constata da assistência sindical de fl. 26. DEFERE-SE o pagamento de 15% sobre o valor da condenação a título de honorários assistenciais em favor do sindicato, na forma do art. 16 da Lei 5.584/70.

6. OFÍCIOS.

Expeça-se ofício, com cópia desta decisão, ao Ministério Público do Trabalho - MPT para, querendo, apurar a caracterização de ato anti-sindical pelos Reclamados, através de inquérito civil, consoante art. 84, II da Lei Complementar n. 73/93.

III. DISPOSITIVO.

Posto isso, considerando a apreciação e motivação acima expendida,

decide-se ACOLHER as pretensões do Sindicato dos Trabalhadores e Prestadores de Serviços em Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado da Bahia em face da Orbraserv - Organização Brasileira de Serviços Ltda. e Estado da Bahia, deferindo as obrigações fixadas na fundamentação, que integram o presente dispositivo para todos os fins.

Custas pelos Reclamados de R\$ 800,00 fixadas sobre o valor da condenação arbitrado em R\$ 40.000,00, consoante art. 789, § 2o da CLT.

Cumpra-se a imediata reintegração, independentemente do trânsito em julgado, expedindo-se o competente mandado de reintegração dos substituídos.

Expeça-se o ofício ao MPT.

Intimem-se as partes.

Salvador, 04 de maio de 2012.

Murilo C. S. Oliveira

Juiz do Trabalho

aconteceu em 10.3.92” (sic, fls. 41).

Na mesma data os autos foram conclusos ao Exmo. Juiz de Direito (fls. 42).

Em 24/3/1994, os autores requereram “o PROSEGUIMENTO DO FEITO” (sic, fls. 44).

Nenhuma decisão proferida na causa, até que, em 4/4/2006, o Juízo Cível declinou da competência para processar e julgar o feito, determinando a remessa dos autos para a Justiça do Trabalho (fls. 45/47). **Determinou-se expressamente: “Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se”** (fls. 47).

Mas (inevitável o “mas”), somente em 25/3/2009 o Juízo Cível determinou novamente “1- *Cumpra-se o despacho/decisão ou sentença retro*” (fls. 48).

Ainda assim, o dispositivo somente foi publicado em 14/10/2011 (fls. 50), finalmente chegando à conclusão da Justiça do Trabalho em 14/12/2011 (fls. 52).

Em 7/2/2012, realizou-se a audiência inaugural perante a Justiça do Trabalho, ainda sem a presença dos reclamantes, porquanto não encontrados para notificação.

Na audiência inaugural, o reclamado requereu “*o arquivamento do processo, nos termos da lei*”, uma vez que “*está caracterizada a prescrição no sentido da parte regularizar sua representação processual e considerando, ainda, que nos autos consta que a parte autora, em audiência de conciliação, não foi localizada no endereço constante da inicial, fato que se repete no presente momento, através da devolução dos A.R.’s pelos Correios*” (sic, fls. 64). O requerimento de arquivamento foi indeferido, com os seguintes fundamentos:

“Pelo(a) Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Juiz(a) foi dito que se trata de ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, ajuizada em 11/7/1988 (fls. 24) perante a Vara Cível da Comarca de Bom Jesus da Lapa. Há, apenas, decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho (fls. 46/47) e recebimento perante esta Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa em 14/12/2011 (fls. 52). **Lamentavelmente, até esta data, ainda não tinha havido, sequer, apresentação de contestação. Considerando a lamentável demora na tramitação do feito, por causa de morosidade do próprio Poder Judiciário (não atribuível, portanto, aos reclamantes)**, defiro aos reclamantes o prazo de 30 dias para que sejam regularizadas as respectivas representações processuais e sejam informados os endereços atualizados.” (destaquei)

Protestou e insistiu o reclamado, nestes termos: “*com respeito ao despacho do nobre Juiz, a parte reclamada protesta, em relação ao despacho, para fins de direito, considerando que o momento processual da substituição processual da genitora dos menores por estes de há muito tempo se exauriu, a partir do momento em que completaram a maioria, deixando fluir o prazo para tal mister; assim sendo, fica lançado o protesto para efeitos futuros. Pede deferimento*” (fls. 64v).

A decisão foi mantida, consignando-se os seguintes motivos:

“os reclamantes não foram notificados, em nenhum momento, para regularizarem sua relação processual, mas, ao contrário, foi o Poder Judiciário, repita-se, lamentavelmente, que não deu seguimento à causa, nada decidindo, nada tramitando, nada resolvendo, por anos a fio. Assim, seria extremamente injusto e ilícito conferir o desfecho pretendido pelo reclamado, após **inacreditáveis 24 anos** sem que houvesse, ao menos, uma tentativa de conciliação ou apresentação de contestação” (fls. 64v – sem destaque no original)

A Secretaria da Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa empenhou-

se com dedicação e presteza, culminando na localização de cada um dos já desiludidos autores (fls. 55/61, 65/70, 70v, 71/77, 80 e 82v).

Em 19/4/2012, **todos os reclamantes se fizeram presentes à audiência** (fls. 83), na primeira oportunidade efetiva após transcorridos exatos **23 anos, 9 meses e 8 dias** do ajuizamento da demanda!

Rejeitada a proposta inicial de conciliação. Insistiu o reclamado em arguir prescrição (fls. 83).

O advogado dos reclamantes juntou procurações atualizadas (fls. 84/101).

Em audiência de 3/5/2012, foi apresentada defesa escrita (fls. 104/108), a respeito da qual se manifestaram os requerentes (fls. 111).

Em 17/5/2012, o reclamado não compareceu à audiência, fazendo juntar o atestado a fls. 114. Foi indeferido o adiamento da audiência, *“com fulcro na Súmula nº 122/TST, considerando que o atestado médico restringe-se à impossibilidade de o reclamado ‘exercer suas atividades profissionais’ e, além disso, que não há nenhuma referência a eventual impossibilidade de locomoção”* (fls. 112).

Após oitiva do reclamante cabecel, razões finais reiterativas foram aduzidas pelos autores.

Em 29/5/2012, realizou-se audiência exclusivamente para tentativa de composição, em que o reclamado reconheceu haver comparecido ao átrio do Foro em 18/5/2012 para apresentar informalmente proposta de acordo (fls. 116), ainda que, nos termos do atestado médico a fls. 114, estivesse *“impossibilitado de exercer suas atividades profissionais por um período de (05) CINCO dias, a partir de 14/05/2012”* (fls. 114).

Ainda na audiência de 29/5/2012, o reclamado declarou ser proprietário de *“cinco lotes em Paratinga, vendidos pelo Dr. Edmar, em loteamento perto do Concreforte, no valor avaliado pelo reclamado de R\$20.000,00 cada um. Oferece aos reclamantes apenas três desses lotes. O reclamado exhibe documento particular de compra e venda dos referidos lotes, que exibem o valor de R\$3.000,00 para cada um dos lotes, em 14/5/2008”*. Acrescentou que *“Sr. Edmar passará a escritura imediatamente, tão logo receba a ordem do reclamado”*. Registrou-se também que *“o reclamado afirma que ‘os reclamantes foram pessoas que nunca correram atrás; passaram tantos anos e nunca me procuraram’”* (fls. 116).

Em 30/5/2012, os reclamantes rejeitaram a proposta de conciliação e pleitearam *“tutela antecipada com a penhora dos cinco lotes informados pelo executado como de sua propriedade”* (fls. 119).

Sem êxito todas as tentativas de conciliação.

É O RELATÓRIO.

LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”

Argui o reclamado a ilegitimidade ativa *“ad causam”* dos reclamantes, afirmando que não representam o falecido empregado (fls. 105).

Sem razão, contudo.

Pela consagrada teoria da asserção, a legitimidade ativa é determinada em razão das alegações da parte autora, na petição inicial (pedido e causa de pedir). Assim, tem legitimidade para figurar como parte reclamante o pretense titular do bem da vida perquirido na causa e, como parte ré, sujeitam-se a figurar todos aqueles apontados como titulares da obrigação que alegadamente se contrapõe ao direito da parte autora.

Afasta-se, dessa forma, a corrente que levaria à necessidade de investigação do mérito da causa para definir a legitimidade *“ad causam”*, porque a relação jurídica de direito processual não se confunde com a relação jurídica de direito material.

REJEITO.

PRESCRIÇÃO

Conforme consta dos autos, a presente ação foi distribuída em **11/07/1988** e o falecimento do pai dos reclamantes ocorreu em **08/11/1987**, dentro do biênio.

Diante o disposto no art. 7º, XXIX, da CF, não se configura a prescrição.

Além disso, é inaplicável a prescrição intercorrente nos processos submetidos à apreciação e julgamento da Justiça do Trabalho (Súmula nº 114 do TST). Por isso, é irrelevante a data em que os reclamantes apresentaram procuração, uma vez que **somente em 7/2/2012** foram instados a fazê-lo, não descurando dessa determinação judicial (fls. 84/101, em 20/4/2012). Se delonga houve, repita-se, é atribuível ao próprio Poder Judiciário, o que se afirma com consternação.

REJEITO.

COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA EM RAZÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS.

Acidente do trabalho. Conceito.

A legislação e a doutrina previdenciárias são aplicáveis ao direito do trabalho nessa tarefa de conceituar o acidente, interessando-nos especialmente a análise detalhada do instituto por CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI:

“São, portanto, características do acidente de trabalho: a exterioridade da causa do acidente; a violência; a subtaneidade e a relação com a atividade laboral.

Dizer que o acidente de trabalho decorre de um evento causado por agente externo significa que o mal que atinge o indivíduo não lhe é congênito, nem se trata de enfermidade preexistente. ...

O acidente é um fato violento, no sentido de que produz violação à integridade do indivíduo. É da violência do evento que resulta a lesão corporal ou a perturbação funcional que torna o indivíduo incapaz, provisória ou definitivamente, ou lhe cause a morte. O acidente que não gera danos à integridade do indivíduo não integra, portanto, o conceito.

Ele decorre de um evento súbito. O fato causador é abrupto, ocorre durante curto lapso de tempo, embora seus efeitos possam acontecer tempos após (as chamadas sequelas).

Por fim, a caracterização do acidente de trabalho impõe tenha ele sido causado pelo exercício da atividade laborativa. Exclui-se, portanto, o acidente ocorrido fora do âmbito dos deveres e das obrigações decorrentes do trabalho. Não é necessário, neste aspecto, que o fato tenha ocorrido no ambiente de trabalho, mas tão-somente em decorrência do trabalho. Daí se conclui que os acidentes de trajeto e os sofridos em trabalhos externos também devem ser considerados como integrantes do conceito.

Retomando o conceito atribuído pelo legislador, também se considera acidente de trabalho o ocorrido no local e no horário de trabalho por agressão, sabotagem ou terrorismo praticados por terceiro ou companheiro de trabalho; ofensa típica internacional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada com o trabalho; ato de imprudência, negligência ou imperícia de terceiro ou companheiro de trabalho; ato de pessoa privada no uso da razão; casos fortuitos ou de força maior; em quaisquer local e horário, em caso de contaminação acidental ... no exercício de sua atividade; na execução de ordem ou realização de serviço sob a autoridade da empresa; na prestação espontânea de qualquer

serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; em viagem a serviço da empresa, inclusive para fins de estudo, quando financiada por esta; no percurso residência-local de trabalho e vice-versa; nos períodos destinados à refeição ou descanso intrajornada, ou satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local de trabalho ou durante este, sendo nessas oportunidades considerados no exercício do trabalho — art. 21 da Lei nº 8.213/91.”

(*in* Manual de direito previdenciário. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; e LAZZARI, João Batista. São Paulo: Editora LTr, 2006; pp. 519/520 - sem destaque no original)

Assim, resumidamente, pode-se defini-lo como o evento súbito relacionado ao trabalho que cause a morte ou outro gravame à saúde física ou psíquica do empregado, resultando incapacidade, parcial ou total, transitória ou definitiva.

Segundo SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, “*pode ser observada uma sequência lógica necessária no conceito: trabalho de um empregado, durante o qual ocorre acidente, que provoca lesão ou perturbação funcional, que acarreta incapacidade para o trabalho, podendo esta ser total, parcial ou temporária (trabalho → acidente → lesão ou perturbação funcional → incapacidade)*” (*Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007, p. 46).

O conceito de acidente-tipo ressalta a importância da demonstração do nexo de causalidade visando à consequente reparabilidade econômica do dano, pelo empregador.

Responsabilidade civil trabalhista. Conceito.

A ideia central de responsabilidade civil corresponde à obrigação de indenizar atribuída a quem descumpre dever jurídico e causa dano a outrem.

A respeito, discorre ALEXANDRE AGRA BELMONTE:

“Responsabilidade civil é o dever garantido por lei, obrigação ou contrato, de reparar, no campo civil, o dano moral ou patrimonial causado por ato próprio do agente ou por pessoa, animal, coisa ou atividade sob a sua tutela.”

(BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 444)

No Código Civil de 2002, três dispositivos completam-se para formar o núcleo normativo da responsabilidade civil: os arts. 186, 187 e 927.

Responsabilidade. Classificação.

O dever jurídico descumprido pelo agente causador do dano pode decorrer de cláusula de contrato ou de norma legal (incluindo o princípio que impõe o *dever geral de cautela*).

Assim, a responsabilidade terá natureza jurídica **contratual** ou **extracontratual** (ou aquiliana). Esta última é a mais comum no direito do trabalho, porquanto relacionada a ato ilícito do empregador pelo não cumprimento das normas gerais de proteção e assecuratórias de um meio ambiente laboral sadio e equilibrado.

No que se refere ao **fundamento** da responsabilidade, pode ser classificada, ainda, em **objetiva** ou **subjetiva**.

A **subjetiva** consiste no condicionamento do dever de indenizar à demonstração de dolo (vontade livre e consciente de atingir o resultado) ou de culpa grave (falta absoluta de atenção exigida de qualquer pessoa), leve (falta de diligência habitual, tomado por base o cidadão médio ou *bono pater familiae*) ou levíssima (situação em que há o mínimo desvio de comportamento

e que somente alguém altamente diligente poderia evitar) daquele que causa o dano. Contém, portanto, **três elementos**: dolo/culpa + nexo causal + constatação do dano.

A segunda, **objetiva** (associada à denominada “*teoria do risco criado*”, semelhante à chamada “*teoria do risco/benefício*”), decorre simplesmente da constatação do dano e do nexo causal, não importando o comportamento do agente causador (dolo/culpa).

Responsabilidade. Excludentes.

O ordenamento jurídico prevê as seguintes excludentes de responsabilidade: fato exclusivo da vítima (a locução “*culpa da vítima*”, mais corriqueira, não é a tecnicamente mais correta porque a exclusão da responsabilidade se dá, aqui, no âmbito da causalidade, não da culpa-elemento da responsabilidade - nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 82/3 *apud* BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006, p. 253); fato exclusivo de terceiro; caso fortuito; força maior; e cláusula de não indenizar.

Dessas, o **fato exclusivo da vítima** é, sem dúvida, o argumento mais utilizado por empregadores que pretendem exonerar-se das consequências financeiras do dano.

Sua constatação **retira o nexo causal** do evento danoso com a atividade desenvolvida pela empresa e com a conduta do empregador.

Ensina o ilustre Desembargador do Trabalho CLÁUDIO BRANDÃO:

“Relativamente ao contrato de trabalho, [o fato exclusivo da vítima] é a atitude do empregado que faz desaparecer o elemento de ligação do dano que lhe foi propiciado e o fato que o originou, supostamente atribuído à pessoa do empregador, como ocorre, por exemplo, com o ato proposital de desativar, sem o conhecimento do empregador, mecanismo de proteção existente em máquina desfibradora de sisal, destinado a impedir lesão nas mãos, mas que torna a produção mais lenta, impedindo ganhos maiores, para os que percebem salário por obra.”

(BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006, p. 253)

A mesma senda percorre SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA:

“Fica caracterizada a culpa exclusiva da vítima quando a causa tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se o empregado, por exemplo, numa atitude inconsequente, desliga o sensor de segurança automático de um equipamento perigoso e posteriormente sofre acidente por essa conduta, não há como atribuir culpa em qualquer grau ao empregador, pelo que não se pode falar em indenização. O ‘causador’ do acidente foi o próprio acidentado, daí falar-se em rompimento do nexo causal ou do nexo de imputação do fato ao empregador.

...

Mesmo nos casos dos danos nucleares, em que a responsabilidade é objetiva, há previsão expressa exonerando o operador do dever de indenizar, se comprovada a culpa exclusiva da vítima, como prevê o art. 6º da Lei nº 6.453/77: ‘*uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar*’.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do*

trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2007, pp. 147/148)
No mesmo sentido é o escólio de RAIMUNDO SIMÃO DE MELO:

“Ato inseguro é uma conduta indevida do elemento humano, que no caso do acidente de trabalho constitui ‘a maneira pela qual o trabalhador se expõe, consciente ou inconscientemente a risco de acidentes. Em outras palavras, é um certo tipo de comportamento que leva ao acidente’.

O ato inseguro, quando de culpa exclusiva do trabalhador, constitui hipótese de exclusão da responsabilidade do empregador pelos danos causados, cabendo a este comprovar que de fato não concorreu de nenhuma forma para o evento, que aconteceu por culpa exclusiva da vítima. Na análise do acidente não pode ser desde logo considerada como causa, isoladamente, o ato ou a condição que originou o evento. Devem ser analisadas todas as causas, desde a mais remota, o que permitirá um adequado estudo e posterior neutralização ou eliminação dos riscos. Até o presente momento, nenhuma das máquinas construídas, nenhum dos produtos químicos obtidos por síntese e nenhuma das teorias sociais formuladas alteraram fundamentalmente a natureza humana. As formas de comportamento, que devem ser levadas em consideração no esforço de prevenir atos inseguros, deverão ser analisadas de modo bastante abrangente.

É oportuno lembrar que **a obrigação das empresas com relação à prevenção de riscos ambientais não é somente adotar medidas preventivas de segurança e fornecer equipamentos aos empregados, mas também instruir os trabalhadores e conscientizá-los da necessidade de se evitar acidentes, podendo, para tanto, utilizar-se do seu poder disciplinar em face do empregado recalcitrante**. Como afirma a jurisprudência, ‘o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado’ (Súmula 289/TST).”

(MELO, Raimundo Simão de. *Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho*. http://www.calvet.pro.br/artigos/responsabilidade_objetiva_inversao_daprova.pdf, extraído em 24/8/2007)

Assim, o fato inseguro causado **exclusivamente** pelo empregado, sem a concomitância de nenhuma ação ou omissão reprovável do empregador, exclui a responsabilidade deste pela reparação pelos danos resultantes do acidente.

Observe-se, ainda, que não se configura nenhuma das excludentes de responsabilidade, igualmente pelos demais temas (fato exclusivo de terceiro, caso fortuito, força maior ou cláusula de não indenizar), a hipótese em que o empregador deixa de adotar as cautelas necessárias e expõe o trabalhador a perigo previsível.

Assim, se constatada a **culpa do empregador**, concorrente, ou não, **haverá nexa causal e, conseqüentemente, o dever patronal de indenizar**.

Seguro de acidente de trabalho e indenização. Simultaneidade.

A indenização securitária, por intermédio de benefícios prestados pela Previdência Social, e a indenização decorrente da responsabilidade civil do empregador não se confundem nem se atenuam, sequer se anulam. Essa é a interpretação que já se pacificara perante a Justiça comum e que, por isso, veio a sedimentar-se no texto do art. 7º, XXVIII, da Constituição da República antes

mesmo de a competência para conhecer e julgar a matéria ter sido reconhecida e definitivamente transposta para a Justiça do Trabalho (STF-CC-7.204/MG, DJ: 9/12/2005, p. 5, Rel. Min. CARLOS BRITTO).

Nas palavras de JOSÉ LUIZ DIAS CAMPOS, “a ação de acidente do trabalho, por ser de natureza alimentar, é compensatória e a responsabilidade civil é indenizatória, visando a restabelecer a situação existente e anterior ao dano” (CAMPOS, José Luiz Dias. Responsabilidade civil e criminal decorrente do acidente do trabalho na Constituição de 1988 – Ação Civil Pública – Ministério Público e o ambiente do trabalho. in Revista LTr, vol. 52, nº 12, p. 1429).

Mais uma vez, convém transcrever as judiciosas explanações de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA:

“É oportuno lembrar que o acidentado que ficou com invalidez permanente também contribuía para a Previdência Social e poderia, depois de aposentado por tempo de contribuição, exercer outra atividade remunerada, o que não mais ocorrerá pelo advento do acidente. Pode até acontecer que o acidentado já esteja aposentado, mas continuava em atividade, não havendo razão lógica para determinar a compensação do valor daquele benefício previdenciário. Vale registrar, ainda, a situação do empregado doméstico, que nem mesmo está acobertado pelo seguro de acidente do trabalho, mas, quando for acometido de qualquer incapacidade laboral em razão de acidente de serviço, recebe os benefícios do INSS, **não havendo porque se falar em compensação**. Por outro lado, o seguro de acidente do trabalho no Brasil, apesar da denominação, **não tem natureza jurídica ou conteúdo de seguro propriamente dito**. Apesar da denominação ‘seguro’, só garante ao acidentado um benefício estrito, de cunho alimentar. **O seguro de acidente do trabalho não contempla indenização alguma, nem determina reparação dos prejuízos sofridos**; apenas são concedidos benefícios para garantir a sobrevivência da vítima e/ou seus dependentes, como ocorre com todos os demais segurados da Previdência Social.”

(OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2007, p. 85 - destaquei)

E, ainda, em valioso resumo, destaca as diferenças entre os institutos:

“... a natureza social do seguro de acidente do trabalho é bem diversa dos seguros em geral, conforme previsto nos arts. 757 e 777 do Código Civil, visto que:

- a) não tem natureza contratual (art. 757), já que deve ser cumprido obrigatoriamente por força de lei;
- b) não há pagamento de prêmio negociado (art. 757), mas simples recolhimento de percentual adicional para o custeio dos benefícios, conforme previsto na lei previdenciária;
- c) não pode ser contratado com qualquer seguradora autorizada (art. 757, parágrafo único), uma vez que o seguro de acidente do trabalho é monopólio da Previdência Social;
- d) não há apólice ou bilhete de seguro (art. 758), bastando a assinatura do contrato de trabalho;
- e) não exige proposta escrita com declaração do interesse a ser garantido e do risco (art. 759), pois a cobertura tem limites fixos previstos em lei;
- f) não há limite temporal estabelecido (art. 760), porquanto cobre todo o período de vigência do contrato de trabalho;

g) não exige que o empregador esteja em dia com o recolhimento previdenciário para deferir benefícios cabíveis ao acidentado (art. 763).

...

Em síntese, o chamado seguro de acidente do trabalho **não oferece qualquer cobertura além da que já é concedida normalmente pela Previdência Social**. O valor que o empregador recolhe hoje a esse título **apenas financia os benefícios previdenciários em geral, aos quais qualquer trabalhador segurado tem direito, dentro da amplitude da seguridade social, para a qual também o empregado contribui com sua parte**. Assim, não se recolhe, a rigor, seguro de acidente do trabalho, mas parcela adicional para financiar os benefícios previdenciários concedidos pelo INSS, dentre eles, aqueles decorrentes dos infortúnios do trabalho.

Como o seguro de acidente do trabalho da Previdência Social, no sentido técnico, **não indeniza os prejuízos da vítima**, há um amplo espaço para acolhimento da responsabilidade civil de natureza objetiva. Basta mencionar que **a reparação dos danos materiais, morais ou estéticos nem são cogitados na legislação previdenciária, o que torna o acidentado vítima de real prejuízo**. O benefício de natureza alimentar, concedido pelo INSS, garante um mínimo de subsistência, porém, distante de atender ao princípio da *restitutio in integrum*, ou mesmo de assegurar a manutenção do padrão de vida que o acidente desfrutava antes do evento danoso.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2007, p. 119/121 - destaquei)

Assim, por tratar-se de benefício especial, de caráter meramente alimentar (para a qual também contribuiu o próprio empregado), o “seguro” de acidente do trabalho não se confunde, nem atenua ou impede a condenação à obrigação de indenizar.

O caso concreto, sob exame

Não há, nos autos, controvérsia acerca da matéria de fato, já que o reclamado não compareceu à audiência de 17/5/2012, em que deveria prestar depoimento (fls. 112).

Dai por que o efeito processual que incide em seu desfavor é a confissão ficta (SUM-74, I/TST e CPC 343, §2º), como, aliás, foi explicitamente advertido à parte (fls. 103).

Assim, por conta da confissão ficta, **DECLARO** a relação de emprego alegada e, ainda, que **o reclamado ostenta culpa exclusiva** pelo acidente de trabalho, ao exigir do Sr. SEBASTIÃO ANDRADE VIANA a retomada das viagens na própria sexta-feira, em que voltava após uma semana de trabalho pesado, precisando descansar. Vale, a respeito, o depoimento incontroverso do reclamante cabecel, que passo a transcrever:

“que naquela época eu tinha 16 para 17 anos; que, em **uma sexta-feira pela manhã, meu pai chegou de viagem e era para descansar depois de uma semana de trabalho**; que a família já tinha se mudado para Bom Jesus da Lapa; que **durante a tarde o Sr. FRANCISCO GILBERTO SILVA chamou meu pai para trabalhar novamente, para descarregar o caminhão, talvez cereais, e depois disso, para viajar novamente para carregar o caminhão em Santa Maria da Vitória, com madeira, “palanque”**; que meu pai fez tudo isso e emendou com o trabalho no sábado, carregando o caminhão; que em seguida saiu de Santa Maria da Vitória para entregar a

madeira no local de destino, passando por Montalvânia/MG, onde se acidentou e faleceu; que meu pai estava muito cansado e seu repouso não foi respeitado pelo reclamado; que, depois do falecimento de meu pai, a empresa nos abandonou, - que, nesse momento, o depoente começou a chorar - nem mesmo pagando a funerária, que foi custeada por meu tio Zé; que até o aluguel do mês do falecimento foi custeado por uma tia; que meu tio Zé pagou a mudança da família para Serra Dourada; que minha família teve que passar por muitas dificuldades, -- o reclamante pede perdão por chorar e não consegue controlar o choro --- que havia sete irmãos, no total, para criar; que passaram fome; que cresceram em Serra Dourada, que todos se ajudaram, que graças a Deus não há nenhum irmão bandido nem prostituído, que todos se uniram para enfrentar muita dificuldade; que hoje todos estão espalhados, quatro moram em Brasília, um em São Paulo e o depoente em Serra Dourada, junto com sua mãe; que minha mãe nunca mais se casou vivendo apenas para cuidar dos filhos, como dona de casa; que fazia cocadas, vendia... --- o depoente não consegue controlar o choro ---; que até o seguro obrigatório DPVAT não foi pago à minha mãe; que a família tentou de tudo, mas muitas vezes não era nem mesmo recebida pelo reclamado; que a tia mora em Bom Jesus da Lapa até hoje; que o pai do depoente está enterrado em Bom Jesus da Lapa; que a família tentou por diversas vezes um apoio, mas não obteve auxílio; **que o depoente estava na casa da família quando o pai chegou de viagem; que o falecido pai costumava deixar umas moedas em alguns recipientes pela cabine, para que, quando chegasse de viagem, contasse com a ajuda dos filhos na lavagem do caminhão e, durante esse trabalho, pegassem essas moedas para comprar sorvete, ou balas, ou “geladinho”;** que, por isso, lembra-se claramente e sabe bem que o pai voltou de viagem para descansar, não para continuar viajando, como fez; que o único descanso que teve foi do horário de almoço até o meio da tarde, quando teve de reiniciar o trabalho pesado de descarregar caminhão, dirigir e carregá-lo novamente; que acrescenta que, quando o corpo do pai chegou a Bom Jesus da Lapa, chegou com o pescoço quebrado e não teve nem mesmo a dignidade de ser enterrado com a roupa do corpo; que foi enterrado em um lençol – o depoente novamente chora e enxuga as lágrimas com as palmas das mãos; que o falecido pai dirigia apenas para o reclamado, não para mais ninguém. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.” (fls. 112v/113)

Convém ainda ressaltar não haver, nos autos, nenhuma prova que milite em sentido contrário ao quanto afirmado pelo reclamante.

São elementos para quantificar a condenação:

i) a gravidade do dano: gravíssima, já que implicou a morte do Sr. SEBASTIÃO ANDRADE VIANA;

ii) a intensidade de sofrimento das vítimas: grave, em razão do falecimento do pai na idade tenra dos requerentes;

iii) a situação socioeconômica das partes: é incontroverso que o reclamado, à época do contrato de emprego, era proprietário de empresa Cerealista e tinha diversos imóveis e caminhões (um deles no qual faleceu o pai dos reclamantes); atualmente, todavia, alega não ter bens em seu nome, declarando, apenas, que tem contrato de compra e venda de cinco imóveis de baixo valor (fls. 116/117). Quanto aos reclamantes, é incontroverso que eram

economicamente muito carentes ao tempo do acidente fatal e passaram por grandes dificuldades financeiras desde a morte do arrimo da família;

iv) a eventual participação da vítima na causa do evento danoso: não houve nenhuma participação da vítima na causa do evento danoso, o que se afirma diante da falta de prova dessa alegação e, ainda, em decorrência da confissão ficta que se operou (fls. 112);

v) a existência ou não de retratação/reparação e sua extensão: é manifesto o desamparo financeiro e psicológico do reclamado em relação aos reclamantes, insensibilidade que se agrava com a desfundada e despropositada arguição de ilegitimidade ativa e prescrição, após anos de manifesta protelação e vergonhoso erro judiciário. Ilustra esse aspecto o seguinte excerto do depoimento do reclamante: “que, quando o corpo do pai chegou a Bom Jesus da Lapa, chegou com o pescoço quebrado e não teve nem mesmo a dignidade de ser enterrado com a roupa do corpo; que foi enterrado em um lençol – o depoente novamente chora e enxuga as lágrimas com as palmas das mãos” (fls. 113). É realmente surpreendente a afirmação do reclamado em solene audiência judicial, de que “os reclamantes foram pessoas que nunca correram atrás; passaram tantos anos e nunca me procuraram” (*sic*, fls. 116). Ora, se o reclamado foi citado neste processo em 29/11/1991 (fls. 28v), peticionou em 4/12/1991 e indicou testemunhas em 5/3/1992, como pode dizer que “nunca” foi procurado? A afirmação é de péssimo gosto e beira à ironia e à má-fé processual, que, exorta o Juízo, ainda poderá vir a ser declarada, atraindo todos os efeitos legais, diante de eventual próxima atuação desleal da parte reclamada, podendo, como se sabe, responsabilizar até mesmo de forma solidária os respectivos patronos, na forma da legislação processual civil, aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho; e

vi) o aspecto punitivo/pedagógico, visando à prevenção e à rigorosa observância das normas de proteção ao trabalho. Ou seja, é preciso estabelecer a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, a fim de que o ato ofensor não fique impune e sirva de desestímulo a práticas inadequadas de segurança e saúde do trabalho. Além disso, note-se que não houve alegação de treinamento, ou, ao menos, de descanso do motorista antes de ser convocado a emendar novas e pesadas jornadas, inclusive com participação no trabalho de carregamento e descarregamento da carga.

Diante de tais parâmetros e considerando, ainda, o módico valor de apenas dois salários mínimos por mês a ser dividido entre os reclamantes (em valor aproximado de R\$177,71 ao mês para cada um deles), durante todo o período de tempo que transcorreu desde o ajuizamento da ação até a primeira audiência, a título de **danos morais**, **CONDENO** o reclamado **FRANCISCO GILBERTO SILVA** ao cumprimento das seguintes obrigações de pagar aos reclamantes: a **ADÃO CARLOS MARQUES VIANA**, R\$50.695,96, a **ADENILTON MARQUES VIANA**, R\$50.695,96, a **ELIANE DA COSTA VIANA**, R\$50.695,96, a **ZENAIDE DA COSTA VIANA**, R\$50.695,96, a **CELICE COSTA VIANA**, R\$50.695,96, a **FÁBIO DA COSTA VIANA** R\$50.695,96 e a **SEBASTIÃO DA COSTA VIANA**, R\$50.695,96, em valores devidos na data da publicação desta sentença (a partir de quando passam a incidir juros trabalhistas de 1% ao mês e correção monetária).

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO

Os reclamantes pleitearam “*tutela antecipada com a penhora dos cinco lotes informados pelo executado como de sua propriedade*” (fls. 119).

Em que pese a situação financeira confortável do reclamado em 1987, quando ocorrido o óbito do pai dos reclamantes, declarou em audiência ocorrida na antevéspera desta sentença (fls. 116) já não mais possuir bens,

exceto cinco imóveis de baixo valor e, ainda assim, não registrados em seu nome.

Diante da deterioração do patrimônio formal do reclamado no decorrer da longa tramitação processual, infere-se o alto risco de a execução revelar-se frustrada.

Portanto, configura-se aqui, inegavelmente, **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**.

Por outro lado, não vislumbro perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, uma vez que a penhora não permite a alienação do imóvel.

Diante de todo o exposto e conforme decorre do art. 273 do CPC, atendidas as exigências legais, afigura-se-me relevante e pertinente a tutela antecipatória na causa em foco, razão pela qual **DEFIRO** a antecipação dos efeitos da tutela de mérito para **DETERMINAR**:

a) o registro de penhora sobre os cinco lotes de terra indicado a fls. 117/117v, bem como a emissão, por parte do Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas, da respectiva certidão atualizada de ônus em que conste, inclusive, o gravame ora deferido;

b) que se oficie ao Exmo. Juiz de Direito da Comarca, informando-o acerca da gratuidade da averbação em face de legislação estadual; e

c) que se oficie ao Sr. EDMAR RODRIGUES BRANDÃO a fim de que tome ciência do inteiro teor desta sentença, para que não crie embaraço ao seu cumprimento, sob pena de responder por multa no montante equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação (CPC 14, parágrafo único).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSTO DE RENDA

Por se tratar de condenação de natureza indenizatória, não incide contribuição previdenciária nem imposto de renda.

Nesse sentido: TST-RR-1401400-14.2005.5.09.0002, Rel. JC MARIA DORALICE NOVAES, 7ª Turma, Data de Publicação: 05/02/2010; TST-AIRR-73340-84.2001.5.09.0092, Rel. Min. GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS, 1ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2007; no mesmo sentido: STJ-REsp 1152764/CE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01/07/2010.

Igualmente, não há incidência de imposto de renda sobre os juros de mora (independente da natureza jurídica das verbas sobre as quais incidam), em razão do cunho indenizatório que o art. 404 do CCB confere aos juros de mora (OJSBDI1-400/TST).

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

DEFIRO aos reclamantes os benefícios da Justiça gratuita, diante da declaração a fls. 1 (arts. 790, § 3º, da CLT e OJSBDI1-304/TST). Ressalto que a declaração implica responsabilidade legal, ainda que essa expressão não conste explicitamente do texto firmado pela parte ou por seu procurador habilitado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados pelos reclamantes para **CONDENAR** o reclamado **FRANCISCO GILBERTO SILVA** ao cumprimento das seguintes obrigações de pagar, a título de **danos morais**: a **ADÃO CARLOS MARQUES VIANA**, R\$50.695,96, a **ADENILTON MARQUES VIANA**, R\$50.695,96, a **ELIANE DA COSTA VIANA**, R\$50.695,96, a **ZENAIDE DA COSTA VIANA**, R\$50.695,96, a **CELICE COSTA VIANA**, R\$50.695,96, a **FÁBIO DA COSTA VIANA** R\$50.695,96 e a **SEBASTIÃO DA COSTA VIANA**, R\$50.695,96, em valores devidos na data da publicação desta sentença (a partir de quando passam a incidir juros trabalhistas de 1% ao mês e correção monetária).

DEFIRO aos reclamantes a antecipação dos efeitos da tutela de mérito para **DETERMINAR**:

a) o registro de penhora sobre os cinco lotes de terra indicado a fls. 117/117v, bem como a emissão, por parte do Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas, da respectiva certidão atualizada de ônus em que conste, inclusive,

o gravame ora deferido;

b) que se oficie ao Exmo. Juiz de Direito da Comarca, informando-o acerca da gratuidade da averbação em face de legislação estadual; e

c) que se oficie ao Sr. EDMAR RODRIGUES BRANDÃO a fim de que tome ciência do inteiro teor desta sentença, para que não crie embaraço ao seu cumprimento, sob pena de responder por multa no montante equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação (CPC 14, parágrafo único).

Juros de mora, recolhimentos previdenciários e fiscais nos termos da fundamentação.

Deferido aos reclamantes os benefícios da Justiça gratuita.

Custas pelo reclamado no importe de R\$7.097,43, calculadas sobre o valor da condenação, de R\$354.871,72.

Considerando a Recomendação conjunta GP-CSJT-02/2011, DETERMINO que se encaminhe, eletronicamente e de imediato, cópia desta sentença à Procuradoria Regional Federal da Bahia (pfba.regressivas@agu.gov.br), a fim de subsidiar possível ajuizamento da ação regressiva prevista no art. 120 da Lei 8.213/91; envie-se cópia também para regressivas@tst.jus.br, nos termos do Ofício TST.GP nº 218/2012.

Partes cientes (SUM-197/TST).

Bom Jesus da Lapa, 31 de maio de 2012.

RINALDO GUEDES RAPASSI

Juiz do Trabalho

posse, em 23/07/2007, iniciou o curso “BEM-VINDO AO BB-TREINAMENTO PRESENCIAL”, com término no dia 02/08/2007. Diz, ainda, que a dispensa do reclamante, apesar de, por este, ter sido recebida como uma afronta pessoal, ocorreu na mais absoluta conformidade com as normas internas e legislação vigente, em face de seu baixo rendimento, pouca eficiência e dificuldade de assimilação e relacionamento interpessoal, não havendo, portanto, nada pessoal. Aduz que a dispensa ocorreu de acordo com o item 11.3 do Edital que prevê a rescisão do contrato de trabalho para o candidato que não atender às expectativas do banco no período de experiência. A reclamada também impugna as afirmações lançadas na petição inicial em relação ao suposto assédio moral, sob alegação de que o simples fato da Primeira Gestora da Agência orientar o reclamante para aprimorar seus trabalhos não configura assédio moral. A reclamada segue afirmando que o reclamante, após a sua primeira avaliação, foi informado por sua orientadora sobre a necessidade de melhorar seu desempenho e manter o equilíbrio emocional, uma vez que não aceitava “feedback”, ficando muito nervoso com qualquer crítica a ele dirigida, reagindo com tom agressivo. Por fim, diz que as avaliações feitas aos 55 dias e aos 85 dias, demonstraram que o reclamante não era apto para o cargo, razão pela qual o Comitê da Agência, formado pela Gerente Geral e pelo Gerente de Módulo, concluiu por seu desligamento em virtude do baixo desempenho apresentado e por não atender às expectativas do banco.

De fato, de acordo com o art. 173, §1º, inciso II, da CRFB/88, com a Orientação Jurisprudencial nº. 247 da SDI-1 e com a Súmula 390 do C. Tribunal Superior do Trabalho, a reclamada, sendo uma Sociedade de Economia Mista, pode dispensar seus empregados contratados pelo regime celetista, independentemente de motivação. Nesse sentido é o entendimento deste Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

Ementa: RESCISÃO CONTRATUAL SEM JUSTA CAUSA - EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - ADMISSÃO APÓS APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE. Seguindo entendimento reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, a estabilidade de que gozam os servidores públicos, conforme conferido pelo artigo 37 da Constituição Federal, não é extensível aos empregados de empresas de economia mista, não obstante sejam admitidos por concurso público. Válida, portanto, a dispensa perpetrada pela empregadora assim qualificada sem qualquer motivo que a justificasse. Processo 0007500-13.2008.5.05.0022 RO, ac. nº. 028076/2009, Redator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 29/10/2009.

Ementa: GERENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESPEDIDA. A despedida de gerente de agência da CAIXA após regular procedimento administrativo apuratório, não autoriza a sua reintegração se este não possuir qualquer tipo de estabilidade. Isto porque aos empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, apesar de ingressarem nas referidas entidades por meio de concurso público, incidem as regras da CLT que disciplinam a formação e a rescisão do contrato de trabalho. Processo 0102400-79.2008.5.05.0024 RecOrd, ac. nº. 030842/2009, Relatora Desembargadora VÂNIA CHAVES, 1ª. TURMA, DJ 06/11/2009.

Ementa: EBAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SUBMISSÃO A NORMAS DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE DE DESPEDIDA IMOTIVADA DE EMPREGADOS. Os atos praticados por empresas públicas e sociedades de economia mista não são atos administrativos propriamente ditos, pois regulados pelas normas de Direito Privado (artigo 173, II, da CFB). Esse entendimento está contido na OJ 247 da SDI do TST, que excepciona apenas a ECT, única atrelada à necessidade de motivar o ato de dispensa de seus empregados, por ser empresa pública cuja atuação excede a mera exploração

da atividade econômica, exercendo serviço público de grande relevância e utilidade para o país. Por isso, goza de privilégios, como os fiscais e tributários, equiparando-se, de certa forma, às entidades autárquicas e fundacionais. Processo 0109400-94.2008.5.05.0036 RecOrd, ac. nº. 010689/2010, Relator Desembargador VALTÉRCIO DE OLIVEIRA, 4ª. TURMA, DJ 22/04/2010.

Ementa: CODEBA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SUBMISSÃO A NORMAS DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE DE DESPEDIÇÃO IMOTIVADA DE EMPREGADOS. Os atos praticados por empresas públicas e sociedades de economia mista não são atos administrativos propriamente ditos, pois regulados pelas normas de Direito Privado (artigo 173, II, da CFB). Esse entendimento está presente na OJ 247 da SDI do TST, que lançou interpretação excetiva apenas para a ECT, única que fica atrelada à necessidade de motivar o ato de dispensa de seus empregados, por ser empresa pública cuja atuação excede a mera exploração da atividade econômica, exercendo serviço público de grande importância e utilidade para o país, e por isto goza de privilégios, como os fiscais e tributários, equiparando-se, de certa forma, às entidades autárquicas e fundacionais. Processo 0002800-54.2009.5.05.0023 RecOrd, ac. nº. 008602/2010, Relator Desembargador VALTÉRCIO DE OLIVEIRA, 4ª. TURMA, DJ 08/04/2010.

Além disso, de fato, o Edital do concurso prestado pelo reclamante, nos itens “11.2” e “11.3”, prevê que, no período de experiência, os admitidos serão avaliados sob o aspecto da capacidade de adaptação ao trabalho e sob o aspecto disciplinar, podendo o contrato ser rescindido, caso o empregado não atenda às expectativas do banco.

Ocorre que, de acordo com a contestação e com o referido Edital, a reclamada possui norma interna regulando o procedimento de avaliação de novos funcionários, o qual deve ser rigorosamente observado. Aliás, nesse sentido, a preposta informou (fls. 315): *“que o LIC – Livro de Instruções Codificadas, apresenta todos os critérios objetivos para a aprovação ao período de experiência, contudo, dá uma certa margem de subjetividade para o orientador”*.

Além disso, como a reclamada sustenta que a dispensa ocorreu pelo fato de o reclamante não atender às expectativas da instituição, por apresentar baixo rendimento, pouca eficiência e dificuldade de assimilação e relacionamento interpessoal, isso também deve estar devidamente comprovado, a teor do que dispõe o art. 818 da CLT c/c art. 333, inciso II, do CPC, sob pena de nulidade dessa dispensa.

Assim, para que não seja considerada abusiva a dispensa, a norma interna do banco que regula o procedimento de avaliação de novos funcionários tem que ter sido seguida de forma rigorosa, além de que deve haver provas, com critérios objetivos, do baixo desempenho do reclamante no desempenho de suas atividades, como alegado na peça de defesa. Passo, então, à análise dessas questões, nos termos abaixo:

Em primeiro lugar, registro, por oportuno, que o Livro de Instruções Codificadas (LIC), em seu item 08 (fls. 215v), prevê, **obrigatoriamente**, a formalização da avaliação, durante o Contrato de Experiência, em dois momentos (no 55º dia e no 85º dia a partir da posse).

Acontece que a reclamada somente juntou aos autos a primeira formalização (fls. 104), ou seja, não há provas de que a segunda avaliação, que deveria ter sido formalizada no octogésimo quinto dia após a posse, tenha sido realizada.

Em segundo lugar, a primeira avaliação do reclamante (55º dia após a posse), devidamente assinado pela Gerente Geral (Joenilda Moreira Fagundes) e pelo Gerente de Módulo (João Carlos Xavier Moreno), juntado pela própria reclamada (fls. 290), informa o resultado dessa primeira avaliação

nos seguintes termos:

01 – CONHECIMENTO TÉCNICO	- BAIXO POTENCIAL
02 – COMUNICAÇÃO	- ALTO POTENCIAL
03 – COOPERAÇÃO	- ALTO POTENCIAL
04 – CRIATIVIDADE	- MÉDIO POTENCIAL
05 – DINAMISMO	- MÉDIO POTENCIAL
06 – ORGANIZAÇÃO	- MÉDIO POTENCIAL
07 – POSTURA	- ALTO POTENCIAL
08 – RELACIONAMENTO	- MÉDIO POTENCIAL
09 – SENSO CRÍTICO	- MÉDIO POTENCIAL

Percebe-se, por essa avaliação, que, ao contrário do que informa a contestação, o reclamante somente obteve baixo rendimento no quesito “Conhecimento Técnico”. Ora, isso é perfeitamente normal, tratando-se de um recém-admitido que passa por um período de experiência e adaptação. Sem falar que a atividade bancária, por si só, já requer um amplo conhecimento técnico, sendo desarrazoado exigir do reclamante, com apenas cinquenta e cinco dias de trabalho, alto potencial nesse item.

Nesse aspecto, destaco que a preposta, na audiência do dia 18/03/2010 (fls. 315/316), informou que *“o reclamante não atendeu às expectativas do Banco para ocupar o cargo de escriturário, pelo seu completo descontrole emocional”*. Ora, não há como reconhecer como verdadeira tal afirmação, considerando que, na avaliação feita pela própria preposta, senhora Joenilda Moreira Fagundes (fls. 290v), o reclamante obteve resultado “ALTO POTENCIAL” nos itens COMUNICAÇÃO, COOPERAÇÃO e POSTURA e resultado “MÉDIO POTENCIAL” no quesito “RELACIONAMENTO”.

Aqui vale destacar como a norma interna da reclamada descreve esses conceitos (fls. 218v): COMUNICAÇÃO - expressar-se com facilidade e segurança, de forma oral e escrita, externando opiniões com clareza, coerência e objetividade; COOPERAÇÃO – manter-se acessível e disponível à equipe; POSTURA – identificar-se com a profissão, buscando constante aprimoramento, assumindo cada vez melhor, suas responsabilidades, pautando-se por valores como interesse, dedicação, disciplina, integridade, observância às leis e regulamentos, respeito aos costumes da comunidade; RELACIONAMENTO – demonstrar, nos contatos com os colegas e clientes, interesse, empatia e sensibilidade às suas necessidades, bem como habilidade negocial em situações delicadas.

Ora, se o reclamante obteve resultado “ALTO POTENCIAL” e “MÉDIO POTENCIAL” em todos esses conceitos, a tese lançada na contestação contraria os documentos juntados pela própria reclamada.

Ainda em relação a esse ponto, mas sob outro ângulo, desconsidero o depoimento da primeira testemunha da reclamada, com base no art. 405, §3º, inciso IV, do CPC, por ter integrado o Comitê da Agência e ter participado da análise e decisão que culminou com a dispensa do reclamante. Já a segunda testemunha, além de contrariar o resultado da avaliação feito pela própria preposta e pela primeira testemunha, não confirmou a tese lançada pela reclamada.

Em terceiro lugar, ainda que o reclamante tivesse obtido resultados “baixo potencial” ou “sem potencial” em todos os itens de avaliação (o que se fala somente por argumento), deveria o orientador, de acordo com o item “10” da LIC (fls. 218v), informar ao GEPES Regional o ocorrido, para que este pudesse auxiliar no fornecimento de alternativas da superação dos conceitos com esses resultados. Como a orientadora (preposta do banco) do reclamante assim não procedeu, resta configurado mais um descumprimento da norma interna da reclamada.

Aqui vale destacar que a única avaliação feita do reclamante ocorreu no dia 18/09/2007 (fls. 104v) e os correios eletrônicos juntados pela

reclamada (fls. 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108 e 109) são de 21/10/2009 e de 13/11/2009, ou seja, somente foram elaborados e enviados após o ajuizamento desta reclamação. Isso também corresponde a outro descumprimento do LIC, pois, de acordo com o item 15 dessa norma (fls. 219), o desligamento durante o cumprimento ou ao término do contrato de experiência somente pode ocorrer após a avaliação e concordância do SUPER Estadual e GEPES Regional.

Por fim, como bem observado pelo reclamante, a reclamada juntou o Livro de Instruções Codificadas de forma incompleta, ou seja, não há a página 06, que trata da formalização final do contrato de experiência.

Dentro desse contexto, entendo que a reclamada, além de não comprovar a tese de baixo rendimento do reclamante, descumpriu sua própria norma, motivos pelos quais declaro nula a dispensa e **DEFIRO** o pedido de reintegração do reclamante ao emprego, nas mesmas condições anteriores, inclusive com recolhimentos de contribuições previdenciárias e de FGTS, com o consequente pagamento dos salários vencidos.

1.2 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Com efeito, dano moral é qualquer violação aos direitos de personalidade que afeta o equilíbrio psicológico, o bem-estar, a normalidade da vida, a reputação, a liberdade, o relacionamento social, causando desânimo, dor, medo, angústia, dificuldade de convivência social, vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela vítima, onde se atribui à palavra dor o mais amplo significado.

Não há dúvidas que o fato de ser dispensado causa uma imensa dor no trabalhador que depende do seu trabalho para manter sua sobrevivência e de sua família. Acontece que a lei mencionada no art. 7º, I, da Constituição Federal contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa ainda não foi editada. Dessa Forma, o empregador pode dispensar normalmente seu empregado, desde que cumpra com as obrigações da dispensa, salvo os casos de estabilidade de garantia no emprego ou abuso de direito de dispensar. Isso significa dizer que, normalmente, o ato de dispensa não acarreta indenização por danos morais.

Ocorre que, neste caso, não tenho a menor dúvida que a reclamada, ao dispensar o reclamante, logo após o período de experiência, sem observância de sua própria norma interna e sob alegações infundadas de baixo rendimento, causou-lhe abalo moral.

Sendo assim, **DEFIRO** o pedido de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), o qual observa o Princípio da Razoabilidade e o da Proporcionalidade, tem função compensatória, não configura enriquecimento sem causa, atenta para a capacidade econômica das partes, bem como tem finalidade pedagógica, para que episódio como este não mais ocorra nas dependências da reclamada.

1.3 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

Dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, causando por consequência uma diminuição do seu patrimônio, avaliável monetariamente, que, nos termos do art. 402 do Código Civil, abrange dano emergente e lucros cessantes, ou seja, o que efetivamente o lesado perdeu (aquele dano prejuízo imediato e mensurável que surge em razão do acidente) e o que razoavelmente deixou de ganhar (parcelas cujo recebimento, dentro da razoabilidade, seria correto esperar).

Neste caso, já houve reconhecimento do direito do reclamante à reintegração ao emprego, com o consequente pagamento de salários vencidos. Além disso, não há nos autos provas inequívocas de outros prejuízos financeiros sofridos pelo reclamante em decorrência da conduta indevida da reclamada. Assim, para que não ocorra *bis in idem*, nem enriquecimento sem causa, **indefiro** o pedido de indenização por danos materiais.

1.4 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Quando se trata de relação de emprego, na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, somente são devidos quando preenchidos os requisitos do parágrafo 1º do art. 14 da Lei 5584/70, na forma das Súmulas 219 e 329 e Orientação Jurisprudencial número 305 do C. TST. Em outros termos, deve a parte estar assistida por sindicato da categoria e gozar do benefício da justiça gratuita.

No presente caso, considerando que o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, **indefiro** o pedido.

1.5 – TUTELA ANTECIPADA

Considerando o momento processual, já com cognição exauriente, com decisão favorável ao reclamante, bem como considerando as provas agora tidas como inequívocas, **DEFIRO** o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para que a reclamada reintegre o reclamante em seu emprego, no prazo de 48h (quarenta e oito horas) após a intimação desta decisão, mantendo-o no seu quadro funcional, nas mesmas condições anteriores, sob pena de multa diária de R\$.1.000,00 (um mil reais), com base nos arts. 273 e 461 do CPC c/c art. 769 da CLT.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, na reclamação trabalhista formulada por **WELINGTON ATAIDE RAMOS** em face de **BANCO DO BRASIL S.A.**, julgo **PROCEDENTES, em parte**, os pedidos lançados na petição inicial para condenar a reclamada a pagar ao reclamante o valor correspondente às pretensões deferidas na fundamentação supra que fazem parte deste dispositivo como se nele estivessem transcritas.

Liquidação de sentença por simples cálculos. Juros de mora deverão ser calculados na base de 1% (um por cento), nos termos do art. 39, § 1º, da Lei 8177/91, a partir do ajuizamento da reclamação (com exceção da indenização por danos morais que deve ser atualizada a partir desta data), conforme art. 883 da CLT, até a data da efetiva disponibilidade do crédito, incidentes sobre o valor da condenação já corrigido monetariamente (súmula 200 do C. TST). Correção monetária nos termos da Súmula 381 do C. TST (com exceção da indenização por danos morais que deve ser corrigida a partir desta data).

Natureza das parcelas deferidas de acordo com o art. 28 da Lei nº. 8212/91, onde os recolhimentos previdenciários e fiscais devem ser efetuados nos termos da súmula 368 do C. TST, devendo o reclamado comprovar nos autos o recolhimento da importância devida à Previdência Social relativa à contribuição social incidente sobre as parcelas de natureza salarial que constam da condenação, autorizando-se, desde já, a dedução da cota parte do reclamante, observado o teto da contribuição, sob pena de execução de ofício, atendendo ao que determina o art. 30, I, alínea “a” da Lei nº. 8.212/91 c/c o caput do art. 43 do mesmo diploma legal.

O Imposto de Renda devido deverá ser descontado do crédito do reclamante, nos termos do art. 46 da Lei nº. 8.541/92 e do Provimento 01/96 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

Custas no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais) pelo reclamado, calculadas sobre o valor da condenação arbitrado provisoriamente apenas para esse fim, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

INTIMEM-SE AS PARTES e o INSS.

Bom Jesus da Lapa, 29 de abril de 2010.

JOSÉ LUIZ DA COSTA PAVA
Juiz do Trabalho Substituto

EMENTA – O TRIBUNAL PROMOVERÁ TODOS OS ESFORÇOS JUNTO AO TST, CNJ, STJ, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, SENADO FEDERAL E CÂMARA DOS DEPUTADOS, ISOLADAMENTE OU EM CONJUNTO COM AS ASSOCIAÇÕES REPRESENTATIVAS DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO, NO SENTIDO DE SER ATENDIDAS AS REIVINDICAÇÕES SALARIAIS DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA 5A. REGIÃO, NO QUE SE REFERE À REPOSIÇÃO INTEGRAL DAS PERDAS SALARIAIS, REAJUSTES ANUAIS E RETORNO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO.

JUSTIFICATIVA: Entre tantos outros fatores que contribuem para o aparecimento do estresse e da doença do magistrado se encontra aquele relativo à perda do seu poder aquisitivo, gerando insegurança quanto ao seu futuro e ao futuro de sua família. A reparação das perdas salariais dos magistrados, com a adoção de reajustes anuais, e, ainda, com o retorno do pagamento do Adicional por Tempo de Serviço, este último, como forma de valorizar a experiência acumulada na atividade judicante, e estimular a permanência do magistrado na profissão, constitui providência urgente, de forma a resguardar e proteger a saúde dos magistrados, assegurando uma melhor prestação jurisdicional.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – EXAMES PERIÓDICOS SEMESTRAIS – OFTALMOLÓGICO E ORTOPÉDICO. COM A ADOÇÃO DO PJE, TORNA-SE NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS PERIÓDICOS SEMESTRAIS, APURANDO-SE PRINCIPALMENTE A ACUIDADE VISUAL DO MAGISTRADO E A SAÚDE DOS MEMBROS SUPERIORES.

JUSTIFICATIVA: Com a adoção do Processo Judicial Eletrônico a atividade do magistrado estará severamente concentrada em frente a monitores e com reiterada digitação e utilização do mouse. Serão três monitores na sala de audiência e dois nos demais ambientes de trabalho. Sendo notório o efeito prejudicial tanto na visão (<http://www.tecmundo.com.br/medicina/12619-saude-conheca-a-sindrome-da-visao-cansada-por-uso-de-computadores.htm>) como também nas articulações, necessário acompanhar frequentemente a saúde do magistrado em tais aspectos, inclusive com fornecimento de instrumentos (estabilizador de punho, lubrificante oftálmico...) para o fim de evitar males piores.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – GINÁSTICA LABORAL E MASSAGEM CORPORAL. A ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL MANTERÁ PROFISSIONAL DA ÁREA DE FISIOTERAPIA, COM DISPONIBILIDADE EM PELO MENOS UM DIA DA SEMANA NAS UNIDADES JURISDICIONAIS, INCLUSIVE AS DO INTERIOR DO ESTADO, A FIM DE PRESTAR SERVIÇOS DE GINÁSTICA LABORAL E MASSAGEM CORPORAL NOS MAGISTRADOS.

JUSTIFICATIVA: Trata-se de providência tendente a aliviar o estresse comum na atividade jurisdicional, seja em razão das dificuldades comuns à atividade, seja também em decorrência da prática de atos repetitivos.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – GARANTIA DE FORNECIMENTO AOS MAGISTRADOS DE REMÉDIOS DE USO CONTINUADO OU NÃO PARA TRATAMENTO DE DOENÇAS OCUPACIONAIS OU REEMBOLSO DOS GASTOS CORRESPONDENTES.

JUSTIFICATIVA: Os gastos com medicamentos não são, em regra, cobertos pelos planos de saúde. E, sobretudo para as pessoas portadoras de malefícios orgânicos que necessitem de remédios de uso continuado, os dispêndios deste jaez consomem considerável parcela dos vencimentos.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – COLOCAR COMO CLÁUSULA DOS ACORDOS QUE A RECLAMADA RENUNCIA À CITAÇÃO EXECUTÓRIA NO CASO DE SEU DESCUMPRIMENTO.

JUSTIFICATIVA: Economia e celeridade processual, evitando a necessidade de citação posterior.

APROVADA POR MAIORIA

Emenda Redacional: EMENTA - COLOCAR COMO CLÁUSULA DAS ATAS DE CONCILIAÇÃO QUE A RECLAMADA SE DÁ POR CITADA, NO CASO DO DESCUMPRIMENTO DO ACORDO.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – FAZER CONSTAR NO AUTOTEXTO DO TRT PRAZO PARA O PERITO DEVOLVER OS AUTOS E ENTREGAR O LAUDO, FIXANDO MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO.

JUSTIFICATIVA: Celeridade processual. A prática evita atrasos na devolução dos autos e elaboração de laudos pelos peritos.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – UTILIZAR A ATA DE AUDIÊNCIA COMO ALVARÁ JUDICIAL E PARA INSERÇÃO DE DESPACHOS ROTINEIROS.

JUSTIFICATIVA: A inserção de alvarás e despachos nas atas de audiência agiliza o processo e diminui o serviço da Secretaria.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – CRIAR OPÇÃO DE CONSULTA NO BANCO DE DADOS DO TRT (SAMP) SOBRE INFORMAÇÕES DE ENDEREÇOS DAS EMPRESAS RECLAMADAS.

JUSTIFICATIVA: Evita a demora de notificação da empresa reclamada, bem como eventual notificação por edital, existindo no banco de dados do próprio TRT o endereço da empresa em outro processo.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – FAZER CONSTAR DO PRÓPRIO TEXTO DA SENTENÇA LÍQUIDA OU DO TERMO DE CONCILIAÇÃO AS MEDIDAS EXECUTÓRIAS QUE DEVERÃO SER TOMADAS EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA OBRIGAÇÃO, CONCENTRANDO TODAS AS FERRAMENTAS DE EXECUÇÃO NUM ÚNICO ATO.

JUSTIFICATIVA: Economia e celeridade processual, com a agilização da fase executória. Exemplo de despacho:

1. Tendo em vista o trânsito em julgado e considerando que a Sentença de fls. foi proferida de forma líquida, intime-se o reclamado para pagar o valor ali fixado R\$., no prazo de 08 dias (fls...), sob pena de penhora online
2. Decorrido o prazo sem pagamento, proceda-se ao bloqueio nos haveres financeiros do reclamado, via BACEN JUD, até o limite do valor perseguido nos autos.
3. Inclua-se o nome do acionado no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas-BNDT, observando-se os parâmetros fixados na Resolução Administrativa nº 1470/2011 do TST, bem como Lei 12.440/2011.
4. Havendo respostas negativas das instituições financeiras, expeça-se mandado para penhora de tantos bens quantos bastem à execução no endereço do executado.
5. Não havendo êxito, busquem-se informações sobre a existência de veículos em nome do executado, mediante RENAJUD. Sendo positiva a resposta, fica determinada a inclusão de restrição judicial de circulação (total), a fim de proteger interesses eventuais de terceiros, bem como expedição de mandado para penhora do(s) veículo(s), observando-se o endereço indicado pelo DETRAN.
6. Frustradas as diligências que cabiam ao Juízo efetuar de ofício, intime-se o exequente para indicar, no prazo de 30 dias, bens do executado passíveis de

EMENTA – ARREMATACÃO DE IMÓVEIS E VEÍCULOS. IPTU E IPVA DEVIDO ATÉ A ARREMATACÃO. RESPONSABILIDADE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. PRIVILÉGIO DO CRÉDITO TRABALHISTA EM RELAÇÃO AO DA FAZENDA PÚBLICA, NA FORMA DO ART. 186 DO CTN.

JUSTIFICATIVA: Embora o parágrafo único do art. 130 do CTN disponha que no caso de arrematação de bens imóveis em hasta pública os créditos tributários sub-rogam-se no preço e conquanto o art. 131 do CTN estabeleça que os adquirentes são responsáveis pelos tributos relativos aos bens por ele adquiridos, tais dispositivos não se aplicam à execução trabalhista, cujo crédito exequendo é privilegiado em relação ao da Fazenda Pública, conforme art. 186 do próprio CTN. Isto porque o entendimento contrário levaria à inversão da ordem de preferência, impossibilitando a satisfação do crédito trabalhista, já que a sub-rogação no preço da arrematação (no caso de imóveis) ou a cobrança de tributos pretéritos ao arrematante (na hipótese de veículos) tornaria a hasta pública inviável e desinteressante do ponto de vista econômico, pois ou o valor do lance seria utilizado para pagamento de tributos ou o arrematante seria responsável pelo pagamento de tributos com valor muitas vezes superior ao do veículo adquirido.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – ENTREGA IMEDIATA DO BEM APÓS A REALIZAÇÃO DA HASTA AO ARREMATANTE. POSSIBILIDADE ANTE A ASSINATURA DE AUTO DE DEPÓSITO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA SUBSTITUIÇÃO DO DEPOSITÁRIO.

JUSTIFICATIVA: A entrega imediata dos bens arrematados ao arrematante logo após a arrematação favorece o interesse de participação em hastas públicas, com aumento da concorrência, implicando, por conseguinte, em maior efetividade da execução. O arrematante, todavia, fica responsável por cuidar e manter o bem até o trânsito em julgado de eventual embargos à arrematação, visto que é o proprietário do bem até que outra decisão reverta o resultado da hasta pública.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – BENS DE FÁCIL DEPRECIACÃO, A EXEMPLO DE AUTOMÓVEIS E EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA, DEVEM SER PREFERENCIALMENTE REMOVIDOS NO MOMENTO DA PENHORA E ALIENADOS ANTECIPADAMENTE, CONFORME AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO ARTIGO 670 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SENDO TAL MEDIDA INDISPENSÁVEL PARA DAR EFETIVIDADE ÀS EXECUÇÕES TRABALHISTAS.

JUSTIFICATIVA: Em razão do transcurso de tempo havido entre a penhora e a expropriação, as execuções que são garantidas por bens sujeitos a fácil depreciação normalmente se tornam vazias. Assim sendo, a única forma de garantir a efetividade da execução é remover e alienar antecipadamente tais bens.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CONVÊNIO DO SISTEMA BACEN-JUD. ENCAMINHAMENTO AO COLEPRECOR, PELA PRESIDÊNCIA DO TRT, PARA FINS DE SUBMISSÃO AO TST, DE PROPOSTA NO SENTIDO DE SUBMETTER AO SISTEMA BACEN-JUD TODAS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS SOB A SUPERVISÃO DO BACEN, E NÃO APENAS AQUELAS MENCIONADAS NO PARÁGRAFO TERCEIRO DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO.

JUSTIFICATIVA: Atualmente, o Convênio do Sistema BACEN-JUD prevê, no parágrafo terceiro da cláusula primeira, que se submetem ao Sistema apenas o Banco do Brasil, os bancos comerciais, os bancos comerciais cooperativos, a Caixa Econômica Federal, os bancos múltiplos cooperativos, os bancos múltiplos com carteira comercial e os bancos comerciais estrangeiros com filiais

no país, deixando de fora outras instituições financeiras supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, tais como as cooperativas de crédito, as sociedades de crédito e os bancos de investimento, dentre outras, situação esta que, em muitos casos, especialmente no interior do Estado, dificulta sobremaneira o atingimento de créditos administrados por cooperativas de créditos.

APROVADA POR MAIORIA

Emenda Redacional: EMENTA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CONVÊNIO DO SISTEMA BACEN-JUD. ENCAMINHAMENTO AO TST, PELA PRESIDÊNCIA DO TRT, DE PROPOSTA NO SENTIDO DE SUBMETER AO SISTEMA BACEN-JUD TODAS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS SOB A SUPERVISÃO DO BACEN, E NÃO APENAS AQUELAS MENCIONADAS NO PARÁGRAFO TERCEIRO DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – APLICAÇÃO DO ART. 584 DO CPC ASSIM QUE LIQUIDADA A SENTENÇA OU TRANSITADO EM JULGADO A SENTENÇA LÍQUIDA, COM DETERMINAÇÃO EXPRESSA NESSE SENTIDO NA PARTE CONCLUSIVA DA SENTENÇA.

JUSTIFICATIVA: O protesto das sentenças tem por finalidade não só a antecipação do cumprimento da obrigação, poupando tempo e honorários a ambas as partes, desafogando o Poder Judiciário, mas principalmente, exercendo a função de nutrir o sistema creditício do mercado, com a divulgação da inadimplência, cuja publicidade a execução não é capaz de gerar.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COOPERAÇÃO COM CARTÓRIO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO E DE PROTESTO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS EM TODO O ESTADO DA BAHIA PARA DINAMIZAR A PENHORA DE BENS.

JUSTIFICATIVA: A Lei nº 11.419/06 que possibilita a transferência de comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – INCLUSÃO DO EXECUTADO NO SPC/SERASA NA MESMA OPORTUNIDADE EM QUE SE FAZ A INCLUSÃO NO BNDT.

JUSTIFICATIVA: Conferir maior efetividade à execução por meio de mecanismos indiretos. Deve ser acrescentado que já existem várias proposições neste mesmo sentido em reuniões de gestores de metas para provocar o CNJ no sentido de firmar convênios para todo o Judiciário.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – BANCO DE DADOS. DEVEDORES. EMPRESAS E SÓCIOS. ELIMINAÇÃO DE RETRABALHO E EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO. AS VARAS DO TRABALHO DEVEM REALIZAR PESQUISAS, CRIAR, ALIMENTAR E ATUALIZAR BANCO DE DADOS DE EMPRESAS E SÓCIOS DEVEDORES, DE MODO A FACILITAR A IDENTIFICAÇÃO DE CADEIAS SOCIETÁRIAS E A LOCALIZAÇÃO DE BENS PARA GARANTIA DA EXECUÇÃO, DE FORMA PREVENTIVA E EFETIVA, DISPONIBILIZANDO OS DADOS QUE PODERÃO SER ACESSADOS POR OUTRAS UNIDADES JURISDICIONAIS, EVITANDO-SE O RETRABALHO E CONFERINDO CELERIDADE E EFETIVIDADE À EXECUÇÃO.

JUSTIFICATIVA: Eliminação de retrabalho e cruzamento de dados, com maior efetividade da execução.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – SÚMULA VINCULANTE 25 DO STF. NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO. PROPOSIÇÃO À MESA DIRETORA DO TRT5 PARA ENCAMINHAR AO COLEPRECOR PROVOCAÇÃO AO TST, PARA QUE PROPONHA A REVOGAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 25.

JUSTIFICATIVA: A Súmula Vinculante 25 tem representado obstáculo quase intransponível à efetividade das execuções trabalhistas. O fiel depositário que deliberadamente não apresenta, esconde ou desvia os bens que estavam sob sua guarda comete um ato atentatório ao Judiciário (contemptofCourt). A prisão do depositário infiel de bens penhorados em execuções trabalhistas não se confunde com a prisão civil a que se refere a Constituição Federal.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENHORA EM DINHEIRO. POSSIBILIDADE. VALIDADE DA PENHORA DE DINHEIRO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA, INCLUSIVE POR MEIO DO BACENJUD. A SÚMULA Nº 417, ITEM III, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST), ESTÁ SUPERADA PELO ART. 475-O DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC).

JUSTIFICATIVA: Não fere direito líquido e certo a determinação judicial de bloqueio “online” para penhora em dinheiro (Sistema BACEN-JUD). A observância da ordem gradativa estabelecida no art. 655 do CPC (art. 882, CLT) emerge como matéria de ordem pública, ainda quando se trate de execução provisória. Da mesma forma que existe preceito legal amparando o devedor (art. 620, do CPC), há também o que ressalva os interesses do credor (art. 612 do CPC), o qual determina que a realização/efetivação da execução seja processada no interesse do credor.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – PROPOR AO COMITÊ GESTOR REGIONAL DO PJE O ENCAMINHAMENTO AO COMITÊ GESTOR NACIONAL DA INTRODUÇÃO NO SISTEMA DE FERRAMENTA QUE POSSIBILITE A TRAMITAÇÃO DA DEVOLUÇÃO DE MINUTAS DE SENTENÇA PARA LIQUIDAÇÃO, DE MODO A ESTIMULAR O CUMPRIMENTO DAS METAS LOCAIS DE PROLAÇÃO DE SENTENÇAS LÍQUIDAS.

JUSTIFICATIVA: A sentença líquida favorece a celeridade da execução, uma vez que, excetuando-se meros erros aritméticos, a formação da coisa julgada abrangerá, também, as contas de liquidação. Ocorre que o PJE não possibilita a tramitação de devolução de minuta de sentença para liquidação, desestimulando a prolação de sentenças líquidas em virtude do lapso temporal necessário à confecção das contas, o que interfere negativamente no relatório de produtividade do Juiz.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – REDIRECIONAMENTO IMEDIATO DA EXECUÇÃO CONTRA O RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO, NO CASO DE FALÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL, INDEPENDENTEMENTE DA NOTIFICAÇÃO DESTES.

JUSTIFICATIVA: O redirecionamento automático da execução, independentemente de notificação, por decorrer da própria natureza da responsabilidade subsidiária, é imprescindível para satisfação do crédito trabalhista de forma célere e efetiva, pois evita a prática de atos desnecessários no processo.

APROVADA À UNANIMIDADE

Emenda redacional: EMENTA REDIRECIONAMENTO IMEDIATO DA EXECUÇÃO CONTRA O RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO, NO CASO DE FALÊNCIA OU RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR PRINCIPAL, INDEPENDENTEMENTE DA NOTIFICAÇÃO DESTES.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – EDUCAÇÃO COMO MEIO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DOS LITÍGIOS. PROMOÇÃO REGULAR DE CURSOS PARA PEQUENOS EMPREGADORES SOBRE NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS, COM ÊNFASE NÃO SÓ NOS ASPECTOS HUMANITÁRIOS COMO TAMBÉM NOS CUSTOS DA VIOLAÇÃO DO ORDENAMENTO.

JUSTIFICATIVA: A realidade observada a partir da experiência profissional, especialmente nas Varas de Trabalho do interior, demonstra que a desinformação do empregador serve como fator de judicialização do litígio e manutenção do mito do papel justiceiro da Justiça do Trabalho. O enfoque atual da atuação estatal, no qual se insere o Estado Juiz, privilegia o papel fiscalizador sem oferecer o contraponto educativo. A mudança de paradigma pretendida serviria como meio de desmistificação do papel justiceiro da Justiça do Trabalho. Por fim, a proposta integra o planejamento estratégico do TRT da 5ª Região no que se refere a promoção “cidadania e responsabilidade social” e “aprimoramento da comunicação do público interno e externo.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – DIRECIONAR INSTITUCIONALMENTE A DOAÇÃO DE BENS ABANDONADOS NO DEPÓSITO JUDICIAL DO TRT OU OS EQUIPAMENTOS NÃO MAIS UTILIZADOS PELO TRT PARA DOAÇÃO EM FAVOR DE INSTITUIÇÕES FILANTRÓPICAS.

JUSTIFICATIVA: Adotar uma destinação social aos bens públicos e abandonados no âmbito do TRT, almejando a efetividade.

APROVADA À UNANIMIDADE

Emenda Redacional: DIRECIONAR INSTITUCIONALMENTE A DOAÇÃO DE BENS ABANDONADOS NO DEPÓSITO JUDICIAL DO TRT OU OS EQUIPAMENTOS NÃO MAIS UTILIZADOS PELO TRT PARA DOAÇÃO EM FAVOR DE INSTITUIÇÕES FILANTRÓPICAS, NOS TERMOS DA LEI.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – AS AÇÕES SOCIAIS CONSTITUEM, ANTES DE TUDO, ATOS DE CIDADANIA, PARTILHANDO O JUIZ DO TRABALHO SEU CONHECIMENTO E DIRECIONANDO SUA ATUAÇÃO PARA FORA DOS AUTOS, COLABORANDO COM A CONSTRUÇÃO DE SOCIEDADE MAIS FRATERNA, CONSCIENTE E JUSTA.

JUSTIFICATIVA: A Resolução 70 do CNJ estabelece que a missão do Poder Judiciário é realizar Justiça, constituindo a responsabilidade social atributo de valor judiciário para a sociedade. Com base nessa premissa, o planejamento estratégico do TRT da 5ª Região fixou a contribuição para a paz social e o fortalecimento da cidadania como missão. Assim, participando das ações sociais, o juiz do trabalho não apenas direciona seu conhecimento para abranger um maior número de pessoas, como, ao fazê-lo, contribui para a realização da missão institucional descrita.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – A INCLUSÃO NA GRADE DA ESCOLA JUDICIAL DE OFICINAS DE “MEDIA TRAINING” E DE CURSOS VOLTADOS À FORMAÇÃO HUMANISTA DO JUIZ ATENDE À REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA COMO MISSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, QUALIFICANDO-O PARA ATUAR NA CONCRETIZAÇÃO DA PAZ SOCIAL.

JUSTIFICATIVA: A premissa da realização das ações sociais é a formação humanista, de sorte que o primeiro passo é a realização desta formação como pressuposto teórico a revisitação do humanismo. Acrescente-se que também é essencial apreender a melhor forma de comunicar-se, o que torna essencial o trabalho em “media training”.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – INSTITUIR CURSOS DE FORMAÇÃO E CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL, VISANDO A INCLUSÃO SOCIAL DO TRABALHADOR, ATRAVÉS DE PARCERIAS COM PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS E INSTITUIÇÕES, A EXEMPLO DA CDL, FEMICRO, SESI, SENAC, SENAI E SETRE.

JUSTIFICATIVA: É necessário a participação dos Juízes nos projetos de formação profissional, inclusive em parcerias com entidades pertinentes, visando a qualificação profissional e inclusão social.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – PARTICIPAÇÃO INSTITUCIONAL DO TRT 5 NO DIÁLOGO SOCIAL. O TRT 5 DEVE FORMALIZAR SUA ADESÃO AOS DIVERSOS FÓRUMS DE DIÁLOGO SOCIAL RELACIONADOS AO MUNDO DO TRABALHO, NOMEANDO OS SEUS REPRESENTANTES-MAGISTRADOS E APOIANDO-OS NAS AÇÕES RESPECTIVAS.

JUSTIFICATIVA: O judiciário trabalhista, considerada a sua área de atuação, deve participar do diálogo social relacionado ao mundo do trabalho, sobretudo em instâncias regularmente constituídas, a exemplo do FORUMAT (saúde e segurança do trabalho), FUNTRAD (Fundo de promoção do trabalho decente no Estado da Bahia), AGENDA BAHIA DO TRABALHO DECENTE (COMITÊ GESTOR), FETIPA, COETRAE, FORUMAT e congêneres. Através da ANAMATRA, a magistratura já vem participando de alguns desses fóruns em nível nacional. Tal medida enseja a realização das metas de comunicação social, acessibilidade, responsabilidade social, entre outros. Tal participação qualifica o debate em tais instâncias e reforça a imagem institucional do Judiciário Trabalhista.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – O TRT 5 DEVE INCENTIVAR E APOIAR O TRABALHO VOLUNTÁRIO DE JUÍZES E SERVIDORES APOSENTADOS NA ÁREA DE RESPONSABILIDADE SOCIAL E AMBIENTAL COM A IMPLEMENTAÇÃO IMEDIATA DA RESOLUÇÃO N. 117, DE 08/11/2012, INCLUINDO SUA CAPACITAÇÃO NO PROGRAMA DE PREPARAÇÃO PARA A APOSENTADORIA.

JUSTIFICATIVA: A Resolução CSJT n. 117, de 08/11/2012, regulamenta a prestação de serviço voluntário por magistrados e servidores no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, invocando o princípio da eficiência (art. 37, CF); a necessidade de promoção da cidadania e da responsabilidade socioambiental, estabelecidas no Planejamento Estratégico da Justiça do Trabalho para o quadriênio 2010 a 2014; e, o fato de que o trabalho voluntário tem como objetivo fomentar a solidariedade humana, a responsabilidade social, o civismo, a cooperação e a prática educativa. O trabalho voluntário possibilita o convívio dos magistrados e servidores aposentados, mantendo-os em atividade, com o emprego do conhecimento adquirido ao longo da carreira. O trabalho voluntário facilitará a implementação e expansão das ações sociais. No plano pessoal, promove a saúde física e mental.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL. INSTITUIR, NO ÂMBITO DO TRT DA 5ª REGIÃO, COMITÊ PERMANENTE, COM REPRESENTAÇÃO DE JUÍZES DE 1º E 2º GRAUS, SERVIDORES E AMATRA 5, ENCARGADO DE PLANEJAR, ORGANIZAR E IMPLEMENTAR AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE SOCIAL.

JUSTIFICATIVA: A inclusão das ações de responsabilidade social e ambiental no Planejamento Estratégico do Poder Judiciário e do TRT 5 implica na necessidade de criação de mecanismos de garantia de continuidade das ações. O Comitê terá representação em cada unidade do Tribunal.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – CAMPANHAS INTERNAS E EXTERNAS VOLTADAS AO ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA JT E MEIO AMBIENTE. A MUDANÇA DE PARADIGMA PROPOSTA NO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO IMPLICA NA SENSIBILIZAÇÃO DOS AGENTES PARA NOVAS ATITUDES, REVISÃO DE VALORES E DESENVOLVIMENTO DE NOVAS HABILIDADES.

JUSTIFICATIVA: A mudança de atitude e a instituição de novos paradigmas torna necessária a realização de campanhas internas e externas de sensibilização e esclarecimento quanto ao tema. O desenvolvimento de campanhas, utilizando-se de calendário específico – dia mundial em memória das vítimas de acidentes de trabalho, dia da mulher, dia do trabalho, dia mundial de combate ao trabalho infantil, dia de valorização do trabalho doméstico, dia nacional de prevenção de acidentes e outras. Associando-as a outras ações do Tribunal como Ouvidoria, dia do Cidadão, varas itinerantes, leilões regionais etc. Promover campanha permanente de coleta seletiva nos prédios do TRT.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – ADOPTAR O PROGRAMA TRABALHO, JUSTIÇA E CIDADANIA, DA ANAMATRA, COMO INSTRUMENTO PARA CUMPRIMENTO DA META DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DO TRT 5, SEM PREJUÍZO DE OUTROS PROGRAMAS VOLTADOS ÀS MESMAS FINALIDADES.

JUSTIFICATIVA: O TJC é nacionalmente reconhecido e aplicado na maioria das regiões, através de ampla rede de parcerias, integrada por secretarias de educação e do trabalho, MPT, OIT, MTE, OAB e outros. Já alcançou mais de 100.000 alunos e capacitou mais de 5.000 multiplicadores em todo o país. Reconhecido formalmente pela OIT, TST e ENAMAT, é objeto de termos de cooperação técnica entre estes e a ANAMATRA. Na ENAMAT, é apresentado no curso de formação. A 5ª Região tem se destacado pelo protagonismo e amplitude de suas ações com o TJC, mediante parceria com a AMATRA 5 com a qual firmou termo de cooperação. A proposta objetiva perenizar a ação, garantindo previsão orçamentária para sua execução e apoio aos magistrados e servidores envolvidos. A presente proposta já se concretizou em outros regionais, p.ex. TRT 20 (SE), TRT 7 (CE).

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – DEVEM SER OBSERVADAS RIGOROSAMENTE AS NORMAS JÁ EXISTENTES ACERCA DA ESCALA DE FÉRIAS, EM ESPECIAL QUANTO AO PRAZO PARA SUA PUBLICAÇÃO.

JUSTIFICATIVA: Apesar de existir norma sobre o tema o TRT não vem observando a antecedência ali prevista.

APROVADA POR MAIORIA

Emenda Redacional: EMENTA DEVEM SER OBSERVADAS RIGOROSAMENTE AS NORMAS JÁ EXISTENTES ACERCA DA ESCALA DE FÉRIAS, DEVENDO O TRIBUNAL DA 5ª REGIÃO PUBLICÁ-LA ATÉ O DIA 30 DE NOVEMBRO DO EXERCÍCIO ANTERIOR.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – DENÚNCIAS RELATIVAS A CONDUTA DE MAGISTRADOS JUNTO À CORREGEDORIA REGIONAL SÓ SERÃO RECEBIDAS POR ESCRITO E COM IDENTIFICAÇÃO DO DENUNCIANTE.

JUSTIFICATIVA: Tal assertiva visa resguardar os magistrados de acusações verbais, sem que a parte denunciante formalize a denúncia, prejudicando assim o direito de defesa do magistrado.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – INDEPENDÊNCIA INTELLECTUAL DO JUIZ. PRERROGATIVA DO MAGISTRADO. INDISPENSABILIDADE AO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO. A independência intelectual do Juiz constitui prerrogativa inafastável, indispensável ao exercício de sua função. Logo, incumbe à Instituição velar pelo respeito ao conteúdo intelectual das decisões de seus juízes, quer nas relações entre magistrados de mesmo grau, quer na relação entre juízes de graus distintos.

JUSTIFICATIVA: Não raro, deparamo-nos com juízes criticando decisões de outros juízes de mesmo grau de jurisdição ou de graus distintos, quer informalmente, quer em despachos, sentenças e votos. O respeito ao conteúdo intelectual da decisão judicial - quando devidamente motivada - , além de ser pilar da democracia, constitui obrigação ética do Juiz, conforme estabelece o artigo 36, inciso III, da LOMAN. Deste modo, a censura à independência intelectual do Juiz, além de atentar contra uma de suas mais preciosas prerrogativas, constitui prática antidemocrática que, acima de tudo, atinge e enfraquece a própria Instituição.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – A COBRANÇA FORMAL PELA CORREGEDORIA DE PROCESSOS EM ATRASO PARA PROLAÇÃO DE SENTENÇAS DEVERÁ OBEDECER AO QUANTO DISPOSTO NA RECOMENDAÇÃO Nº 01 DE 31/05/2010 DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, OBSERVANDO O NÚMERO DE PAUTAS REALIZADAS PELO MAGISTRADO E NÚMERO DE PROCESSOS CONCLUSOS NO MÊS.

JUSTIFICATIVA: Tal medida visa coibir a cobrança de processos em atraso apenas sob o aspecto numérico, sem, contudo, levar em consideração o número de pautas e o número de processos conclusos no mês pelo magistrado.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – O PRAZO DE QUE TRATA O INCISO II DO ART. 189 DO CPC TEM O SEU CURSO SUSPENSO NO PERÍODO DE FRUIÇÃO DE FÉRIAS PELO MAGISTRADO.

JUSTIFICATIVA: Evita que o magistrado prolate decisões no seu período de férias, impondo-lhe o descanso, cumprindo assim a finalidade da concessão das férias.

APROVADA À UNANIMIDADE

Emenda Redacional: EMENTA ADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE PRODUTIVIDADE DOS MAGISTRADOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO À REGRA DO INCISO II DO ART. 189 DO CPC, PARA QUE O CURSO DO PRAZO PARA PROLAÇÃO DE DECISÕES SEJA SUSPENSO NOS PERÍODOS DE FÉRIAS DOS JUÍZES.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – COMPETE AO JUIZ DO TRABALHO RESPONSÁVEL PELA UNIDADE JUDICIÁRIA GERIR OS CARGOS E FUNÇÕES ALI EXISTENTES, DEVENDO, PORTANTO, OPINAR FORMALMENTE SOBRE DESTITUIÇÕES, SUBSTITUIÇÕES, CESSÕES, REQUISIÇÕES, REMOÇÕES E DEMAIS MOVIMENTAÇÕES DOS SERVIDORES DA UNIDADE.

JUSTIFICATIVA: Tal medida se justifica haja vista ser do magistrado a responsabilidade pelo bom funcionamento da unidade, portanto, capaz de valorar a importância das atividades do servidor nesta finalidade.

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – É INCONSTITUCIONAL QUALQUER MEDIDA PARA MONITORAR O HORÁRIO EM QUE O MAGISTRADO DO TRABALHO PERMANECE EM SUA UNIDADE JUDICIÁRIA, POR INFRINGIR SUA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL.

JUSTIFICATIVA: O magistrado não está vinculado ao cumprimento de jornada, conforme disposição da LOMAN e CF.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – TRATAMENTO LINEAR ENTRE AS UNIDADES JURISDICIONAIS. VARAS ÚNICAS. RECLASSIFICAÇÃO DE ATIVIDADE DE ÁREA MEIO COMO ÁREA FIM. NECESSIDADE DE REVISÃO DO REGULAMENTO DO TRT 5ª REGIÃO, DE MODO A PROMOVER O ALINHAMENTO DAS VARAS DO TRABALHO, CLASSIFICANDO COMO ÁREA FIM AS UNIDADES DE PROTOCOLO, DISTRIBUIÇÃO E ARQUIVO.

JUSTIFICATIVA: O Tribunal classifica as mesmas funções como inerentes a área meio ou área fim considerando o local (cidades com uma Vara ou mais de uma Vara) em que as mesmas são exercidas, em manifesta distorção de princípios legais, criando embaraços ao pleno desenvolvimento das atividades funcionais em Varas únicas (nestas os servidores que atuariam no âmbito da Secretaria são forçosamente desviados para atuação em Arquivo, Protocolo e Distribuição).

APROVADA À UNANIMIDADE

EMENTA – IMPLEMENTAÇÃO DA CONCESSÃO DE ASSISTENTES PARA JUÍZES VOLANTES.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – AUXÍLIO-MORADIA. PAGAMENTO AOS MAGISTRADOS INDISTINTAMENTE. OBRIGATORIEDADE. O pagamento do auxílio-moradia, de natureza indenizatória, indistintamente, a todos os Magistrados é uma obrigação da Administração Pública, na forma do artigo 65, inciso II, da LOMAN, sendo único requisito a inexistência de moradia oficial ao Magistrado na localidade em que atua.

JUSTIFICATIVA: Os Tribunais têm interpretado, de forma restritiva e contra o exposto texto da lei, que o pagamento do auxílio-moradia, previsto no artigo 65, inciso II, da LOMAN, somente é devido aos Magistrados que residem em Municípios de difícil acesso. Tal interpretação, no entanto, não subsiste, haja vista que o único requisito ao seu pagamento é a inexistência de moradia oficial ao Magistrado na localidade em que atua – não cabendo ao intérprete distinguir onde o Legislador assim não fez. Deste modo, o não pagamento desse direito constitui inaceitável violação às prerrogativas do Juiz.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – O TRT FORNECERÁ A TODOS OS MAGISTRADOS VEÍCULO OFICIAL COM MOTORISTA, E NA IMPOSSIBILIDADE DE FAZÊ-LO, PAGARÁ A INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA, DEVENDO O TRIBUNAL INCLUIR NA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA OS RECURSOS NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DESTE DIREITO.

JUSTIFICATIVA: Há resolução do CNJ sobre o uso de veículo oficial por magistrados. Se busca a equiparação da benesse.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – CONVOCAÇÃO CHEIA (OS 30 DIAS) PARA O JUIZ SUBSTITUTO NAS FÉRIAS DO JUIZ TITULAR, SENDO QUE O PAGAMENTO DE DIÁRIAS SERÁ ADSTRITO AOS DIAS DE AUDIÊNCIA.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – O TRT DEVERÁ FORNECER A TODOS OS MAGISTRADOS APARELHO TELEFÔNICO CELULAR, COM GASTOS LIMITADOS AO MÁXIMO DE R\$300,00 POR MÊS.

JUSTIFICATIVA: Em atendimento ao princípio constitucional da isonomia salarial da classe de magistrados, uma vez que os benefícios são concedidos aos Desembargadores do TRT 5. Ademais, o benefício já é concedido em outros Regionais.

APROVADA POR MAIORIA

EMENTA – ENCAMINHAR AS AUTORIDADES DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO MOÇÃO DE APOIO À INDICAÇÃO DO NOME DO DESEMBARGADOR CLAUDIO BRANDÃO, A VAGA DE MINISTRO DO TST, PELOS INTEGRANTES DA PLENÁRIA DA I SEMANA INSTITUCIONAL DO TRT5, ASSIM COMO MOÇÃO INDIVIDUAL POR CADA MAGISTRADO.

APROVADA À UNANIMIDADE