

ISSN 0076-8855

Acervo Museu Abílio Barreto - Reprodução Beth Sanches



1ª sede da Justiça do Trabalho da 3ª Região - 1941/1943 - Av. João Pinheiro, 276

REVISTA

do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região

nº 79

Janeiro a Junho de 2009

JUSTIÇA DO TRABALHO

MINAS GERAIS

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO é indexada nos seguintes Órgãos, publicações e Bibliotecas:

- ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- BIBLIOTECA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **BELO HORIZONTE/MG**
- BIBLIOTECA NACIONAL - **RIO DE JANEIRO/RJ**
- CÂMARA FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR - CAPES
- FACULDADE DE DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC - **BELO HORIZONTE/MG**
- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - **SÃO PAULO/SP**
- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG - **BELO HORIZONTE/MG**
- FUNDAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO DE PESQUISA DA UFMG - PRÓ-REITORIA - **BELO HORIZONTE/MG**
- INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA - IBICT - MCT - **BRASÍLIA/DF**
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - **BRASÍLIA/DF**
- MINISTÉRIO DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - **BRASÍLIA/DF**
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Seção de Minas Gerais - **BELO HORIZONTE/MG**
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - Secretaria - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA REGIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - **BELO HORIZONTE/MG**
- SENADO FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **BRASÍLIA/DF**
- SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - **BRASÍLIA/DF**
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO (23 Regiões)
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**

EXTERIOR

- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - **PORTUGAL**
 - FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAYA - **MONTEVIDEO**
 - LIBRARY OF CONGRESS OF THE USA - **WASHINGTON, DC**
 - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Centro de Estudos Judiciários - **LISBOA/PORTUGAL**
 - SINDICATO DOS MAGISTRADOS JUDICIAIS DE PORTUGAL - **LISBOA/PORTUGAL**
 - UNIVERSIDADE DE COIMBRA - **PORTUGAL**
 - THE UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN - **AUSTIN, TEXAS**
 - ULRICH 'S INTERNATIONAL PERIODICALS DIRECTORY, **NEW PROVIDENCE, N.J./USA**
- (Indicador Internacional de Publicações Seriadas)



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO

**Repositório autorizado da Jurisprudência do
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA
3ª REGIÃO.**

Os acórdãos, sentenças de 1ª Instância e artigos doutrinários selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais.

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

ISSN 0076-8855

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador PAULO ROBERTO SIFUENTES COSTA - **Presidente do TRT**
Desembargador LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT - **Diretor da Escola Judicial**
Juíza ADRIANA GOULART DE SENA - **Coordenadora da Revista**
Desembargador EMERSON JOSÉ ALVES LAGE - **Coordenador da Revista**
Juíza MARIA CRISTINA DINIZ CAIXETA - **Coordenadora da Revista**
Juiz ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS
Juíza FLÁVIA CRISTINA ROSSI DUTRA
Desembargador JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Desembargador MÁRCIO TÚLIO VIANA
Juíza MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT
Ministro MAURICIO GODINHO DELGADO

DEPARTAMENTO DA REVISTA:

Ronaldo da Silva - **Assessor da Escola Judicial**

Bacharéis:

Cláudia Márcia Chein Vidigal
Isabela Márcia de Alcântara Fabiano
Jésus Antônio de Vasconcelos
Maria Regina Alves Fonseca

Editoração de texto - Normalização e diagramação:

Patrícia Côrtes Araújo

CAPA: Patrícia Melin - Assessoria de Comunicação Social

REDAÇÃO: Rua Goitacases 1475 - 15º andar
CEP 30190-052 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3330-7658
e-mail: revista@trt3.jus.br
aej@trt3.jus.br

EDIÇÃO: Rettec Artes Gráficas
e-mail: rettec@rettec.com.br
Telefone: (11) 2063-7000

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região,
Belo Horizonte, MG - Brasil
Ano 1 n. 1 1965-2009
Semestral
ISSN 0076-8855
1. Direito do Trabalho - Brasil 2. Processo trabalhista -
Brasil 3. Jurisprudência trabalhista - Brasil
CDU 347.998:331(81)(05)
34:331(81)(094.9)(05)

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, do Tribunal.

É permitida a citação total ou parcial da matéria nela constante, desde que mencionada a fonte. Impresso no Brasil

Esta Revista impressa encontra-se disponível em formato eletrônico no *site*
www.trt3.jus.br/escola/revista/apresentacao.htm

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
1. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO EM NOVEMBRO DE 2009	9
2. DOUTRINAS	
- A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA VISÃO À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS Marco Aurélio Marsiglia Treviso	21
- ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE A PERCEPÇÃO DE SOBREAVISO DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DE CELULAR/BIP A PARTIR DA TEORIA DE HANS Kelsen E RONALD DWORKIN Francisco Milton Araújo Júnior	31
- A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL ECONOMICAMENTE CAPAZ: UM OUTRO OLHAR Guilherme Guimarães Feliciano	55
- AS LACUNAS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA Sônia das Dores Dionísio	81
- AUSPÍCIOS DE INTEGRAÇÃO SISTEMÁTICA DO PROCESSO DO TRABALHO - O EXEMPLO URUGUAIO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO E MODERNIDADE E DEMOCRACIA Vitor Salino de Moura Eça	89
- DA GREVE AO BOICOTE: OS VÁRIOS SIGNIFICADOS E AS NOVAS POSSIBILIDADES DAS LUTAS OPERÁRIAS Márcio Túlio Viana	101
- O CONTRATO DE TRABALHO DO SÉCULO XXI E O ESQUECIDO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE Andréa Aparecida Lopes Cançado	123
- O DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE SOCIAL DA PESSOA HUMANA NO CAPITALISMO Livia Mendes Moreira Miraglia	149
- O ESPAÇO JUDICIAL EUROPEU: A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA PENAL E CIVIL Georgina Garriga	163

- O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE PARA A DIMINUIÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO Amanda Helena Guedes Azeredo e Luiz Otávio Linhares Renault	201
- SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO Mônica Sette Lopes e Sofia Araújo Silva	213
4. DECISÃO PRECURSORA	239
Decisão proferida no Processo n. 1773/92 da 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte Juíza Presidente: Adriana Goulart de Sena Comentário: Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região aposentado Márcio Túlio Viana	
5. JURISPRUDÊNCIA	
ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	255
6. DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	323
7. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DAS 1ª E 2ª SEÇÕES ESPECIALIZADAS DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS E SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO	363
8. ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	375
9. ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	379

APRESENTAÇÃO

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região já se tornou reconhecido e abalizado acervo de doutrina nacional e internacional do Direito e do Processo do Trabalho, além de constituir repositório de jurisprudência de altíssima qualidade nessas áreas específicas. Publica-se agora o número 79, dando-se prosseguimento à missão de divulgar o que há de melhor no ramo, como vem ocorrendo ao longo dos anos.

A Revista optou, a partir deste número, por não oferecer o tópico “Ementário”, tendo em vista os modernos meios de acesso eletrônico para a obtenção da jurisprudência ementada da Corte.

O presente número reúne artigos cujo conteúdo oferece ao leitor densas e profundas reflexões e análises arejadas pelas inquietantes e novas perspectivas que permeiam o pensamento jurídico contemporâneo, sem se esquecer dos temas clássicos do Direito do Trabalho e ciente das profundas modificações por ele sofridas em sua caminhada dinâmica e expansionista.

Abordagens de patente atualidade, como os direitos fundamentais sociais, a dignidade da pessoa, os rumos do contrato de trabalho, os meios de lutas dos trabalhadores no atual contexto socioeconômico. Na área processual desfilam as instigantes questões sobre a efetiva atuação do Processo do Trabalho e da tutela metaindividual, entre outras de igual grandeza doutrinária.

A Revista oferece, ainda, à comunidade jurídica decisões que, como a doutrina nela apresentada, primam pela capacidade e competência dos magistrados e a tornam, cada vez mais e sempre, indispensável fonte de consulta para todos os que atuam na construção e na realização do Direito.

MÁRCIO FLÁVIO SALEM VIDIGAL
Conselheiro da Escola Judicial do TRT da 3ª Região

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA TERCEIRA REGIÃO**

BIÊNIO: 2008/2009

PAULO ROBERTO SIFUENTES COSTA
Desembargador Presidente
CAIO LUIZ DE ALMEIDA VIEIRA DE MELLO
Desembargador Vice-Presidente Judicial
MARIA LÚCIA CARDOSO DE MAGALHÃES
Desembargadora Vice-Presidente Administrativo
EDUARDO AUGUSTO LOBATO
Desembargador Corregedor

PRIMEIRA TURMA

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria - **Presidente da Turma**
Desembargador Manuel Cândido Rodrigues
Desembargador Marcus Moura Ferreira

SEGUNDA TURMA

Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira - **Presidente da Turma**
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury
Desembargador Jales Valadão Cardoso

TERCEIRA TURMA

Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior - **Presidente da Turma**
Desembargador Bolívar Viégas Peixoto
Desembargador Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra

QUARTA TURMA

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo - **Presidente da Turma**
Desembargador Antônio Álvares da Silva
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault

QUINTA TURMA

Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida - **Presidente da Turma**
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador José Roberto Freire Pimenta

SEXTA TURMA

Desembargador Anemar Pereira Amaral - **Presidente da Turma**
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador Emerson José Alves Lage

SÉTIMA TURMA

Desembargador Paulo Roberto de Castro - **Presidente da Turma**
Desembargadora Alice Monteiro de Barros
Desembargadora Maria Perpétua Capanema Ferreira de Melo

OITAVA TURMA

Desembargador Márcio Ribeiro do Valle - **Presidente da Turma**

Desembargadora Denise Alves Horta

Desembargadora Cleube de Freitas Pereira

NONA TURMA

Desembargador Antônio Fernando Guimarães - **Presidente da Turma**

Desembargadora Emília Facchini

Desembargador Ricardo Antônio Mohallem

DÉCIMA TURMA

Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello - **Presidente da Turma**

Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias

Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal

TURMA RECURSAL DE JUIZ DE FORA

Desembargador José Miguel de Campos - **Presidente da Turma**

Desembargador Heriberto de Castro

Desembargador Marcelo Lamego Pertence

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa (Presidente)

Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello (Vice-Presidente Judicial)

Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães (Vice-Presidente Administrativo)

Desembargador Eduardo Augusto Lobato (Corregedor)

Desembargador Antônio Álvares da Silva

Desembargadora Alice Monteiro de Barros

Desembargador Márcio Ribeiro do Valle

Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria

Desembargador Manuel Cândido Rodrigues

Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault

Desembargadora Emília Facchini

Desembargadora Cleube de Freitas Pereira

Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida

Desembargador José Roberto Freire Pimenta

Desembargador Anemar Pereira Amaral

SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS COLETIVOS (SDC)

Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa (Presidente)

Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello

Desembargador Antônio Álvares da Silva

Desembargadora Alice Monteiro de Barros

Desembargador Márcio Ribeiro do Valle

Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias

Desembargador Manuel Cândido Rodrigues

Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault

Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Antônio Fernando Guimarães
Desembargador Marcus Moura Ferreira
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira

1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI)

Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa (Presidente)
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargadora Maria Perpétua Capanema Ferreira de Melo
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal
Desembargador Jales Valadão Cardoso
Desembargador Marcelo Lamego Pertence

2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (2ª SDI)

Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa (Presidente)
Desembargador José Miguel de Campos
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Cleube de Freitas Pereira
Desembargador Bolívar Viégas Peixoto
Desembargador Heriberto de Castro
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargador José Roberto Freire Pimenta
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior
Desembargador Emerson José Alves Lage

Diretor-Geral: Luís Paulo Garcia Faleiro

Diretor-Geral Judiciário: Eliel Negromonte Filho

Secretário-Geral da Presidência: Guilherme Augusto de Araújo

**VARAS DO TRABALHO
TRT/ 3ª REGIÃO
MINAS GERAIS**

CAPITAL

01ª Vara de Belo Horizonte	João Alberto de Almeida
02ª Vara de Belo Horizonte	Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
03ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
04ª Vara de Belo Horizonte	Milton Vasques Thibau de Almeida
05ª Vara de Belo Horizonte	Antônio Gomes de Vasconcelos
06ª Vara de Belo Horizonte	Fernando César da Fonseca
07ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
08ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
09ª Vara de Belo Horizonte	Denise Amâncio de Oliveira
10ª Vara de Belo Horizonte	Marília Dalva Rodrigues Milagres
11ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
12ª Vara de Belo Horizonte	Mônica Sette Lopes
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Danilo Siqueira de Castro Faria
15ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Amorim Rebouças
16ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Furtado Vidal
17ª Vara de Belo Horizonte	Hélder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Vanda de Fátima Quintão Jacob
19ª Vara de Belo Horizonte	Maristela Íris da Silva Malheiros
20ª Vara de Belo Horizonte	Taísa Maria Macena de Lima
21ª Vara de Belo Horizonte	José Eduardo de Resende Chaves Júnior
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	Fernando Antônio Viégas Peixoto
24ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva
25ª Vara de Belo Horizonte	Rodrigo Ribeiro Bueno
26ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cecília Alves Pinto
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Vicente de Paula Maciel Júnior
29ª Vara de Belo Horizonte	João Bosco de Barcelos Coura
30ª Vara de Belo Horizonte	Maria Stela Álvares da Silva Campos
31ª Vara de Belo Horizonte	Paulo Maurício Ribeiro Pires
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Frões Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Jaqueline Monteiro de Lima
34ª Vara de Belo Horizonte	José Marlon de Freitas
35ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Goulart de Sena
36ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
37ª Vara de Belo Horizonte	Rogério Valle Ferreira
38ª Vara de Belo Horizonte	Marcos Penido de Oliveira
39ª Vara de Belo Horizonte	Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
40ª Vara de Belo Horizonte	João Bosco Pinto Lara

INTERIOR

Vara de Aimorés	Leonardo Passos Ferreira
Vara de Alfenas	Frederico Leopoldo Pereira
Vara de Almenara	Cláudio Roberto Carneiro Castro
Vara de Araçuaí	André Figueiredo Dutra
Vara de Araguari	Zaida José dos Santos
Vara de Araxá	Edmar Souza Salgado
1ª Vara de Barbacena	Márcio Toledo Gonçalves
2ª Vara de Barbacena	Vânia Maria Arruda
Posto Avançado de Venda Nova	
Posto Avançado do Barreiro	
1ª Vara de Betim	Mauro César Silva
2ª Vara de Betim	Rita de Cássia de Castro Oliveira
3ª Vara de Betim	Denízia Vieira Braga
4ª Vara de Betim	Vitor Salino de Moura Eça
5ª Vara de Betim	Maurílio Brasil
Vara de Bom Despacho	Valmir Inácio Vieira
Vara de Caratinga	Carlos Humberto Pinto Viana
Vara de Cataguases	Luiz Antônio de Paula Iennaco
Vara de Caxambu	Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues
1ª Vara de Congonhas	José Quintella de Carvalho
2ª Vara de Congonhas	Antônio Neves de Freitas
Vara de Conselheiro Lafaiete	Rosângela Pereira Bhering
1ª Vara de Contagem	Ana Maria Espí Cavalcanti
2ª Vara de Contagem	Kátia Fleury Costa Carvalho
3ª Vara de Contagem	Marcelo Moura Ferreira
4ª Vara de Contagem	Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque
5ª Vara de Contagem	Manoel Barbosa da Silva
1ª Vara de Coronel Fabriciano	Jônatas Rodrigues de Freitas
2ª Vara de Coronel Fabriciano	Edson Ferreira de Souza Júnior
3ª Vara de Coronel Fabriciano	Maritza Eliane Isidoro
4ª Vara de Coronel Fabriciano	Adriana Campos de Souza Freire Pimenta
Vara de Curvelo	Vanda Lúcia Horta Moreira
Vara de Diamantina	

1ª Vara de Divinópolis	Sueli Teixeira
2ª Vara de Divinópolis	Simone Miranda Parreiras
Vara de Formiga	Graça Maria Borges de Freitas
1ª Vara de Governador Valadares	Luciana Nascimento dos Santos
2ª Vara de Governador Valadares	Hudson Teixeira Pinto
3ª Vara de Governador Valadares	Flávia Cristina Rossi Dutra
Vara de Guanhães	
Vara de Guaxupé	Jairo Vianna Ramos
Vara de Itabira	Paulo Gustavo de Amarante Merçon
Vara de Itajubá	Gigli Cattabriga Júnior
Vara de Itaúna	Orlando Tadeu de Alcântara
Vara de Ituiutaba	Maria Raimunda de Moraes
Posto Avançado de Iturama	
Vara de Januária	Anselmo José Alves
1ª Vara de João Monlevade	Márcio José Zebende
2ª Vara de João Monlevade	Newton Gomes Godinho
1ª Vara de Juiz de Fora	José Nilton Ferreira Pandelot
2ª Vara de Juiz de Fora	Vander Zambeli Vale
3ª Vara de Juiz de Fora	Martha Halfeld Furtado de Mendonça
Schmidt	
4ª Vara de Juiz de Fora	Léverson Bastos Dutra
5ª Vara de Juiz de Fora	Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim
Vara de Lavras	Fernando Sollero Caiaffa
Vara de Manhuaçu	Jacqueline Prado Casagrande
Vara de Matozinhos	Luís Felipe Lopes Boson
Vara de Monte Azul	Agnaldo Amado Filho
1ª Vara de Montes Claros	Cristina Adelaide Custódio
2ª Vara de Montes Claros	Gastão Fabiano Piazza Júnior
3ª Vara de Montes Claros	João Lúcio da Silva
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	Paula Borlido Haddad
Vara de Nova Lima	Lucas Vanucci Lins
Vara de Ouro Preto	Luciana Alves Viotti
Vara de Pará de Minas	Weber Leite de Magalhães Pinto Filho
Vara de Paracatu	Luiz Cláudio dos Santos Viana

1ª Vara de Passos	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves
2ª Vara de Passos	Marco Túlio Machado Santos
Vara de Patos de Minas	Luiz Carlos Araújo
Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
Vara de Pedro Leopoldo	Paulo Chaves Corrêa Filho
Vara de Pirapora	Maria de Lourdes Sales Calvelhe
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Vara de Ponte Nova	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
1ª Vara de Pouso Alegre	Érica Martins Júdice
2ª Vara de Pouso Alegre	Rita de Cássia Barquette Nascimento
Vara de Ribeirão das Neves	Cristiana Maria Valadares Fenelon
Vara de Sabará	Rosemary de Oliveira Pires
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Clarice Santos Castro
1ª Vara de Sete Lagoas	Cléber José de Freitas
2ª Vara de Sete Lagoas	Gláucio Eduardo Soares Xavier
Vara de Teófilo Otoni	Hitler Eustásio Machado Oliveira
Vara de Três Corações	Leonardo Toledo de Resende
Vara de Ubá	David Rocha Koch Torres
1ª Vara de Uberaba	Maria Tereza da Costa Machado Leão
2ª Vara de Uberaba	Marcos César Leão
3ª Vara de Uberaba	Flávio Vilson da Silva Barbosa
1ª Vara de Uberlândia	Sônia Maria Rezende Vergara
2ª Vara de Uberlândia	Marco Antônio de Oliveira
3ª Vara de Uberlândia	Erdman Ferreira da Cunha
4ª Vara de Uberlândia	Marcelo Segato Morais
5ª Vara de Uberlândia	Érica Aparecida Pires Bessa
Vara de Unai	Flânio Antônio Campos Vieira
1ª Vara de Varginha	Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
2ª Vara de Varginha	Laudenicy Moreira de Abreu

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriana Farnesi e Silva
Adriano Antônio Borges
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Chibante Martins
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Carolina Simões Silveira
Ana Lívia Ribeiro Teixeira Martins
Ana Luíza Fischer Teixeira de Souza
Ana Paula Costa Guerzoni
André Luiz Gonçalves Coimbra
Andréa Buttler
Andréa Marinho Moreira Teixeira
Andréa Rodrigues de Moraes
Andréia Possebão Nogueira
Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
Anna Carolina Marques Gontijo
Anna Karenina Mendes Góes
Anselmo Bosco dos Santos
Breno Ortiz Tavares Costa
Bruno Alves Rodrigues
Cácio Oliveira Manoel
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carlos Adriano Dani Lebourg
Carlos José Souza Costa
Carolina Lobato Góes de Araújo
Célia das Graças Campos
Celismar Coêlho de Figueiredo
Celso Alves Magalhães
Christianne Jorge de Oliveira
Cláudia Eunice Rodrigues
Cláudia Rocha Welterlin
Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti
Cleyonara Campos Vieira Vilela
Cristiana Soares Campos
Cristiane Souza de Castro Toledo
Cristiano Daniel Muzzi
Cyntia Cordeiro Santos
Daniel Cordeiro Gazola
Daniel Gomide Souza
Daniela Torres Conceição
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Eduardo do Nascimento
Eliane Magalhães de Oliveira

Ézio Martins Cabral Júnior
Fabiana Alves Marra
Fabiano de Abreu Pfeilsticker
Fábio Augusto Branda
Fábio Ribeiro da Rocha
Felipe Clímaco Heineck
Fernanda Garcia Bulhões
Fernando Rotondo Rocha
Flávia Cristina Souza dos Santos
George Falcão Coelho Paiva
Geraldo Hélio Leal
Geraldo Magela Melo
Gilmara Delourdes Peixoto de Melo
Henoc Piva
Henrique Alves Vilela
Jane Dias do Amaral
Jésser Gonçalves Pacheco
João Rodrigues Filho
José Barbosa Neto Fonseca Suett
José Ricardo Dily
Juliana Campos Ferro Lage
Júlio César Cangussu Souto
Júlio Corrêa de Melo Neto
June Bayão Gomes Guerra
Júnia Márcia Marra Turra
Karla Santuchi
Kelly Cardoso da Silva
Keyla de Oliveira Toledo
Larissa Leônia Bezerra de Andrade
Luciana de Carvalho Rodrigues
Luciana Espírito Santo Silveira
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luciana Muniz Vanoni
Luciane Cristina Muraro
Luís Augusto Fortuna
Luís Furian Zorzetto
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Olympio Brandão Vidal
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Marcel Lopes Machado
Marcelo Oliveira da Silva
Marcelo Ribeiro
Márcio Roberto Tostes Franco
Marco Antônio Silveira
Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
Marco Aurélio Marsiglia Treviso
Marcos Vinícius Barroso

Maria Irene Silva de Castro Coelho
Marina Caixeta Braga
Mauro Elvas Falcão Carneiro
Melânia Medeiros dos Santos Vieira
Michelle Pires Bandeira
Natália Queiroz Cabral Rodrigues
Nelson Henrique Rezende Pereira
Neurisvan Alves Lacerda
Ney Fraga Filho
Ordenísio César dos Santos
Osmar Pedroso
Paulo Emílio Vilhena da Silva
Pedro Paulo Ferreira
Rafaela Campos Alves
Raíssa Rodrigues Gomide Máfia
Raquel Fernandes Lage
Raquel Fernandes Martins
Renata Batista Pinto Coelho
Renata Lopes Vale
Roberto Benavente Cordeiro
Ronaldo Antônio Messeder Filho
Rosa Dias Godrim
Rosângela Alves da Silva Paiva
Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Sara Lúcia Davi Sousa
Sheila Marfa Valério
Shirley da Costa Pinheiro
Silene Cunha de Oliveira
Sílvia Maria Mata Machado Baccarini
Simey Rodrigues
Solange Barbosa de Castro Coura
Tânia Mara Guimarães Pena
Tarcísio Corrêa de Brito
Thaís Macedo Martins Sarapu
Thaísa Santana Souza
Vaneli Cristine Silva de Mattos
Vinícius Mendes Campos de Carvalho
Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
Walder de Brito Barbosa
Wanessa Mendes de Araújo

DOCTRINAS

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA VISÃO À LUZ DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Marco Aurélio Marsiglia Treviso*

Segundo JOSÉ ANTONIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA¹,

[...] a ideia de direitos humanos, entendidos como direitos inerentes à pessoa, dela inseparáveis, por ela indisponíveis, exigíveis em todo o tempo e lugar, do Estado ou de particular, não é nova. Muito pelo contrário, sempre acompanhou a evolução da humanidade, desde priscas até o estágio atual da civilização.

Os direitos humanos, abstratamente considerados, são aqueles direitos que decorrem de uma ideia centralizada, qual seja,

[...] de que o ser humano, simplesmente por existir, deve ser respeitado em todos os seus direitos que o personificam como humano, ou seja, nos direitos sem os quais não se pode falar em pessoa, única e imprescindível.²

Talvez, o maior problema existente no conceito clássico de direitos humanos consiste no fato de que, sendo

[...] apresentados como direitos naturais pertencentes ao homem única e exclusivamente em razão de sua condição humana, os direitos humanos são alçados a nível transcendental e místico e, assim, nos é roubada a possibilidade de pensar - a partir de uma perspectiva imanente - o real motivo pelo qual, paradoxalmente, em nossos dias, ao lado de um aumento cada vez mais expressivo de direitos reconhecidos, cresce seu descumprimento, sua inefetividade e sua desigualdade social - explica, com propriedade, LUCIANA CAPLAN.³

Os direitos humanos, na verdade, segundo pensamos, devem ser entendidos como produtos culturais que surgem como resposta a um contexto concreto e preciso de relações entre pessoas (notadamente ligado à exploração de um pelo outro), que começa a se expandir pelo mundo globalizado, desde o início do século XV, com o início do capitalismo moderno. Na realidade, tais direitos nasceram com o intuito de resguardar, num mundo globalizado cada vez mais competitivo, a

* Juiz Auxiliar da 2ª Vara do Trabalho de Uberlândia (MG) e Pós-Graduando em "Teoria crítica dos direitos humanos", pela *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilha, Espanha).

¹ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008, p. 21.

² SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008, p. 21.

³ CAPLAN, Luciana. O direito do trabalho e a teoria crítica dos direitos humanos *apud* SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 257.

existência de uma vida digna a todo e qualquer ser humano. Trata-se, portanto, de uma resposta ao capitalismo desenfreado, que se calca, apenas, na ideia de lucratividade, sem pensar na existência e na condição de vida das pessoas humanas. Nas palavras de LUCIANA CAPLAN⁴, os direitos humanos são “...um produto cultural, diante do qual é possível reagir política, social, jurídica e economicamente, surgido como uma das formas de luta pela dignidade”.

INGO WOLFGANG SARLET⁵, em estudo sobre o assunto, apresenta uma diferenciação entre os Direitos Humanos e os chamados Direitos Fundamentais. Conforme lições desse jurista, os direitos fundamentais são aqueles “reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente”, ao passo que os direitos humanos seriam “posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem jurídica positiva interna”.

Sustenta, ainda, que, embora seja reconhecida certa interpenetração entre essas classes de direitos,

[...] caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu artigo 5º, parágrafo 2º), inexistem dúvidas quanto ao seu distinto tratamento, de modo especial, o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização.

Ainda que se reconheça a diferença apontada por SARLET, pensamos que o problema da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais, notadamente aqueles considerados sociais, perpassa, obrigatoriamente, pelos estudos trazidos pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

Os direitos fundamentais sociais, segundo ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA, citados por CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO⁷,

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade.

⁴ CAPLAN, Luciana. O direito do trabalho e a teoria crítica dos direitos humanos *apud* SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 259.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, 2001, p. 10.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, 2001, p. 10.

⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Dos direitos sociais na Constituição do Brasil. Disponível em: http://www.ufmet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/veloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf. Acessado em 11 de dezembro de 2008.

Para GERARDO PISARELLO⁸ a relevância jurídica e a complexidade estrutural dos direitos sociais aparecem com maior clareza quando são considerados como direitos às prestações de bens e serviços, frente ao Estado, tendentes a satisfazer as necessidades básicas que permitam aos indivíduos desenvolverem seus próprios planos de vida. Tais direitos, portanto, devem assegurar o acesso aos bens materiais e imateriais necessários para o desenvolvimento de uma vida digna.

Os direitos fundamentais sociais, segundo SARLET⁹, podem ser classificados em dois grupos: Direitos Negativos (direitos de defesa) e Direitos Positivos (direitos a prestações). No primeiro aspecto, os direitos fundamentais constituem-se em “direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade”. E, prossegue dizendo que

[...] acima de tudo, os direitos fundamentais -na condição de direitos de defesa - objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito da proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.

Já no segundo plano (direitos a prestações),

[...] vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, não além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à aquisição e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.¹⁰

As críticas iniciam-se neste momento. Isso porque, percorrendo a história mundial, verificamos que, em 1950, a Comissão de Direitos Humanos recebeu a missão de elaborar um tratado internacional, uma vez que a Declaração Universal, editada em 1948, não possuía esse *status*, no plano jurídico internacional. Neste ano, foi reconhecida, no cenário mundial, a interdependência dos direitos humanos, através da proposta de criação de um único pacto, que consagrasse

⁸ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acessado em 10 de dezembro de 2008.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, 2001, p. 13.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, 2001, p. 13.

os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Ocorre que, contrariando aquilo que tinha sido inicialmente decidido, os países do Ocidente, em 1951, adotando um pensamento liberal, reverteram essa situação, ao indicarem a criação de dois pactos internacionais: o primeiro, destinado apenas a regulamentar os direitos civis e políticos; o segundo, para delinear os direitos econômicos, culturais e sociais.

Como se vê, a ideia principal dos países ocidentais foi criar duas categorias distintas e antagônicas de direitos, diante da intensa disputa ideológica vivida naquele momento histórico. Havia, nesta época, dois “blocos econômicos” que digladiavam em seus discursos: o “bloco socialista”, que defendia a primazia dos direitos econômicos, sociais e culturais e o “bloco capitalista” que, por sua vez, defendia a maior importância dos direitos políticos e civis. Essa dicotomia estava calcada na suposição de que os direitos sociais não passavam, na realidade, de um conjunto de boas intenções, de compromissos políticos, sem qualquer conotação jurídica.

Entendia-se, neste momento histórico, que a natureza jurídica das obrigações estatais era o elemento diferenciador dos direitos econômicos, sociais, culturais, se comparados com os direitos civis e políticos. Assim, enquanto os últimos (direitos políticos e civis) geravam obrigações negativas, de mera abstenção, caracterizadas por um “não-fazer” do Estado (como, por exemplo, a obrigação de não restringir a liberdade de expressão), os primeiros (direitos econômicos, sociais e culturais) implicavam obrigações de natureza positiva, que, normalmente, eram resolvidas através da utilização de recursos públicos; a “marca” dos direitos econômicos, sociais e culturais era a atuação positiva do ente estatal (obrigações de “fazer”, portanto), como, por exemplo, prover os serviços básicos de saúde e educação para a população.

Esse era o discurso adotado pelo liberalismo capitaneado pelos países do Ocidente: os direitos políticos e civis prevaleciam sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, motivo pelo qual deveriam ser regulamentados, em primeiro lugar, num pacto internacional especial. Todo esse discurso está calcado, apenas, na concepção do indivíduo, no intuito de promover e desenvolver a sua plena liberdade e autonomia, sem outras preocupações com a pessoa do ser humano. A diferenciação acima proposta por SARLET encaixa-se, perfeitamente, no contexto histórico relatado. Veja que todo o estudo desse emérito jurista está calcado na dicotomia entre direitos de defesa (ou melhor, obrigações de não-fazer, endereçadas ao Estado) e direitos a prestações (obrigações de fazer, portanto, também dirigidas ao Poder Público), porém, não baseado, apenas, na diferenciação entre direitos civis e políticos de direitos econômicos, sociais e culturais. SARLET, como se viu, traz a mesma diferenciação para o estudo dos próprios direitos sociais.

Porém, em nossa visão, devemos avançar nesse tema, uma vez que os direitos sociais, assim como os direitos humanos, são, na realidade, indivisíveis, não podendo, portanto, serem catalogados em dois grupos absolutamente distintos. A diferenciação apresentada pelo ilustre doutrinador, em nossa visão, apenas dificulta a efetividade dos direitos fundamentais sociais, ao considerar que os direitos a prestações estariam vinculados a uma postura ativa dos poderes públicos, que, diga-se, nunca é implementada por simples conveniência da Administração Pública.

Como adverte GERARDO PISARELLO¹¹, o que o benefício de uma categoria de direitos (os civis e políticos) celebra como sendo uma virtude do constitucionalismo (limites ao poder), esta mesma categoria se apresenta, em relação aos direitos sociais, como uma perigosa ameaça. Isso porque repete-se, à exaustão, que os direitos sociais são direitos caros, que demandam uma série de intervenções complexas e, por isso, de forma alguma poderiam ser concretizadas através de decisões judiciais, enquanto não adotadas as políticas públicas previstas na Constituição. Propugna-se, assim, que os direitos sociais a prestações não poderiam ser exigidos pelo seu titular, uma vez que existiriam limitações orçamentárias que impedem a sua plena efetividade (por alguns, chamada de reserva do possível).

Porém, essa interpretação liberal possui o perigo de reduzir a versatilidade e riqueza dos direitos humanos e, também, dos direitos fundamentais sociais. Devemos, na realidade, é propugnar para que a norma jurídica se amolde às exigências dos seres humanos. Os direitos sociais, ao contrário do que estava sendo proposto pelo liberalismo, jamais poderiam ser resumidos a meras normas positivadas no ordenamento jurídico dos Estados, dependentes de regulamentação futura.

Não é à toa que um dos temas de maior complexidade é o estudo da garantia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais (notadamente aqueles que implicam, segundo SARLET, obrigações positivas do Estado). Esses direitos, reconhecidos tanto no plano nacional como internacional, apresentam, para grande parte da doutrina, apenas um valor declarativo, porém, com carências no que se refere ao modo de concretizar a sua garantia. Essa situação deve-se, principalmente, pelo fato de estarmos acostumados a proceder ao estudo das normas jurídicas sob o âmbito exclusivo do direito privado, do direito patrimonial. E, daí, surge um problema típico, existente nos países emergentes e subdesenvolvidos: a existência de direitos sociais reconhecidos na Constituição, que são apresentados como fins ou metas públicas (ou seja, a existência de normas que dependeriam de regulamentação futura, diante da usual expressão “nos termos da lei”) ou como deveres a serem observados pelos Estados.

São as chamadas normas programáticas, assim definidas por JORGE MIRANDA¹² como sendo aquelas de

[...] aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial - embora não único - o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que dela constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos.

¹¹ PISARELLO, Gerardo. *DEBATE: Ferrajoli y los derechos fundamentales: qué garantías?* Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acessado em 10 de outubro de 2008.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed., Atlas, 2004, p. 45.

É por essa razão que LUCIANA CAPLAN¹³ assevera que

[...] não é raro que seja negado valor jurídico aos direitos sociais, que restam caracterizados como meras declarações de boas intenções, de compromissos políticos ou de engano tranquilizador. As normas legais que prevêm estes direitos são tidas como de natureza política e programática e não como catálogos de obrigações jurídicas para o Estado, ao contrário do que ocorre com os direitos civis e políticos, considerados como únicos possíveis de serem exigidos judicialmente.

Nesse contexto, sempre se entendeu que as normas programáticas apresentavam, apenas, um caminho que deveria ser perseguido pelo legislador (ou seja, programas que deveriam ser instituídos, futuramente, através da legislação infraconstitucional). Tais normas possuíam, no máximo, aquilo que se convencionou denominar de “efeitos negativos”, ou seja, o direito conferido ao cidadão de que não fossem editadas, pelo Poder Legislativo, normas contrárias aos direitos ali consagrados. No entanto, sempre se negou todo e qualquer “efeito positivo”, ou seja, a possibilidade de se buscar a plena e concreta satisfação do direito social consagrado nessas normas, independentemente da existência, ou não, de legislação futura ou regulamentadora.

O que se verifica, na realidade, é a existência de um obstáculo que deve ser superado, já que, tradicionalmente, tem-se dito que os direitos sociais são considerados tipicamente programáticos (notadamente aqueles de conteúdo prestacional), dirigidos a motivar a ação dos poderes públicos, não podendo, por isso, serem objeto de aplicação pelos juízes, enquanto pendentes de regulamentação infraconstitucional.

Porém, como ressalta o Deputado Federal e Ex-Secretário Geral do Conselho Nacional de Justiça, FLÁVIO DIVINO DE CASTRO E COSTA¹⁴,

[...] no Brasil, um dos principais obstáculos para a promoção das garantias fundamentais é a ausência de regulamentação. Vários são os dispositivos constitucionais que completarão 20 anos sem nenhuma aplicação por causa de omissão legislativa; [...] Neste contexto, o Poder Judiciário tem destacado papel na garantia de direitos, ainda que estes não se encontrem devidamente regulamentados.

É necessária uma mudança de postura, para a efetiva implementação dos direitos sociais fundamentais. E como isso é possível? Primeiramente, ter em mente que os direitos sociais, assim como os direitos humanos, são indivisíveis, razão pela qual devem possuir o mesmo substrato jurídico, não havendo espaço para a dicotomia acima apresentada. Além disso, deve-se ter em mente que, havendo

¹³ CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In *Direitos sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. LTr, 2008, p. 286.

¹⁴ COSTA, Flávio Divino de Castro e. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas do Brasil. In *Direitos sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. LTr, 2008, p. 153.

dúvida sobre a interpretação das normas que tratam dos direitos sociais, será aplicada aquela que seja a mais extensa em favor do titular do direito, como decorrência do princípio *pro homine*, albergado no artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ao adotar essa regra de hermenêutica, é juridicamente possível definir quem são os titulares do direito social, quais são as suas expectativas, quais são as pessoas que estão obrigadas a cumprir tais direitos e, principalmente, quais são as ferramentas que podem ser utilizadas para a eficácia e concretude dos direitos fundamentais sociais. Este, talvez, seja o grande desafio a ser enfrentado na atualidade, já que vivenciamos um paradigma incompleto de direitos sociais, uma vez que, embora estejam declarados em leis e tratados internacionais, sofrem um escasso trabalho de construção sobre seus conteúdos e alcances, seus titulares ou destinatários e, notadamente, sobre quais seriam as ferramentas jurídicas colocadas à disposição das partes que necessitam dessa proteção.

Após a identificação dos direitos sociais e seus conteúdos, estamos situados num campo mais sólido. Para determinar os potenciais alcances de sua proteção, é preciso estabelecer quais são as ferramentas que permitem assegurar a efetividade desses direitos, o que acaba nos conduzindo à questão sobre a garantia dos direitos (métodos, mecanismos ou dispositivos que servem para assegurar a efetividade). Os direitos sociais, normalmente, estão dispostos na Constituição, o que significa que devemos usar algumas técnicas de garantia desenvolvidas tradicionalmente para os direitos civis e políticos aos direitos sociais. Em outras palavras: quando um direito social está estabelecido em uma Constituição, ele possui um conteúdo mínimo essencial que não pode ser violado pelo legislador ou pelas autoridades políticas. O direito social incorporado à Constituição implica a obrigação, posta na cabeça do corpo legislativo e, indiretamente, à Administração Pública, de respeitar esse conteúdo mínimo essencial, por debaixo de qualquer política, já que qualquer ação ou omissão pode ser violadora desse direito.

Para isso, precisamos eliminar a clássica dicotomia entre direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e direitos civis e políticos, de outro, ou, até mesmo, aquela referente aos direitos sociais negativos e positivos. A diferenciação apresentada deve representar, apenas, uma conotação meramente classificatória, porque, ao se basear no caráter dos atos que devem ser praticados pelos Estados, chega-se à conclusão de que cada direito possui componentes que se enquadram nos conceitos de obrigações positivas e negativas. O direito social à alimentação, por exemplo, passa pela atitude positiva do Estado de dotar a população dos mantimentos necessários, através de incentivos fiscais ou em ajuda direta, além de não impedir a ajuda de outros órgãos efetivamente preocupados com essa causa social.

O que se verifica, portanto, é que os principais direitos sociais estão consagrados em diversos diplomas normativos, ressaltando que o seu pleno reconhecimento universal não será alcançado enquanto não forem superados os obstáculos que impedem a adequada possibilidade de reclamar diante de um Juiz ou Tribunal o cumprimento das obrigações derivadas, quando inadimplidas. É por isso que as manifestações contrárias ao acesso à plena justiça dos direitos econômicos, sociais e culturais referem-se, principalmente, ao fato de que os instrumentos processuais considerados tradicionais surgiram num contexto de

litígios que envolvam interesses meramente individuais, o direito de propriedade e uma concepção abstencionista do Estado, com resultados limitados, fruto da propalada dicotomia entre tais espécies de direitos.

Porém, não se pode esquecer de que a falta de instrumentos processuais não significa a impossibilidade de se fazer justiça aos direitos fundamentais sociais. O que devemos fazer é adequar os meios processuais existentes aos reclamos da sociedade contemporânea, para que o Estado possa ser compelido ao cumprimento dos direitos sociais, por via judicial. Precisamos avançar um pouco mais nesses estudos, para que os direitos sociais sejam concretizados. É por isso que concordamos com LUCIANA CAPLAN¹⁵ quando diz que

[...] as normas por si só não garantem efetividade, eis que demandam condições concretas para tanto. Ademais, existem construções teóricas conservadoras de forte viés liberal que imprimem à leitura das normas garantidoras dos direitos sociais uma ideologia impeditiva de uma hermenêutica assecuratória de sua efetividade. Há, no entanto, um espaço emancipador na aplicação da norma constitucional de proteção aos direitos sociais. A superação das armadilhas ideológicas pode permitir o uso deste espaço emancipador.

A ideia de que os direitos sociais apresentam apenas programas, que merecem atenção no plano político, deve ser rechaçada. “Há que se possibilitar a busca de sua implementação também pela atuação do Judiciário”, afirma CORREIA¹⁶. É por isso que devemos nos entregar ao máximo possível para evitar que a Constituição figure apenas como um panfletário populista, transformando-se em norma para a atuação política de proteção social, pois, como adverte CORREIA¹⁷, “caso contrário jamais o dever-ser constitucional, no sentido de uma sociedade mais justa e igualitária, se transformará em ser. Um dever-ser sem vocação para o ser, neste caso, faz da Constituição mero pedaço de papel”.

REFERÊNCIAS

- CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. *In Direitos sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. LTr, 2008.

¹⁵ CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. *In Direitos sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. LTr, 2008, p. 298.

¹⁶ CORREIA, Marcus Orinone Gonçalves. A teoria da constituição à luz da teoria da norma - um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acessado em 10 de dezembro de 2008.

¹⁷ CORREIA, Marcus Orinone Gonçalves. A teoria da constituição à luz da teoria da norma - um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acessado em 10 de dezembro de 2008.

- CAPLAN, Luciana. O direito do trabalho e a teoria crítica dos direitos humanos *apud* SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- CORREIA, Marcus Orinone Gonçalves. A teoria da constituição à luz da teoria da norma - um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>.
- COSTA, Flávio Divino de Castro e. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas do Brasil. In *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. LTr, 2008.
- COURTIS, Christian. *Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social*. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>.
- DELGADO, Mauricio Godinho. O estado do bem-estar social no capitalismo contemporâneo. *Revista LTr* 71-10/1160, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed., Atlas, 2004.
- PISARELLO, Gerardo. *DEBATE: Ferrajoli y los derechos fundamentales: qué garantías?* Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acessado em 10 de outubro de 2009.
- PISARELLO, Gerardo. *Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin Constitucionalismo. Elementos para una lectura de la constitución europea em clave post-estatal*. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>.
- _____. *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. 1, 2001.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Dos direitos sociais na Constituição do Brasil. Disponível em: http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf.

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE A PERCEPÇÃO DE SOBREVISO DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DE CELULAR/BIP A PARTIR DA TEORIA DE HANS Kelsen E RONALD DWORKIN

Francisco Milton Araújo Júnior*

“Ora, o Deus de paz [...] vos aperfeiçoe em toda a
boa obra, para fazerdes a sua vontade, operando em
vós o que perante ele é agradável por Cristo Jesus,
ao qual seja glória para todo sempre. Amém!”
(Hebreus - Capítulo 13, v. 20/21)

1 - SOBREVISO: NOÇÕES GERAIS

Sobreaviso é definido por José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho como “o regime de trabalho pelo qual o empregado se mantém à disposição do empregador, em sua própria residência, obrigando-se a atender à chamada para efetiva prestação de serviço a qualquer momento da jornada ajustada.”¹

Adentrando no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) passou a tratar do sobreaviso no § 2º do art. 244 da CLT, tendo redação decorrente do art. 36 do Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966, que assim estabelece:

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.

[...]

§ 2º Considera-se de “sobreaviso” o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobreaviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas, As horas de “sobreaviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

Analisando o Texto Legal, pode-se, didaticamente, ressaltar os seguintes aspectos: o § 2º do art. 244 da CLT encontra-se localizado na seção que trata do serviço ferroviário, sendo estendida analogicamente aos demais trabalhadores em razão da inexistência de outra disposição legal que possa ser aplicada genericamente em todas as relações de trabalho; a percepção do sobreaviso pressupõe a limitação do direito do empregado de livre dispor do seu tempo de descanso, haja vista que inclusive faz referência à permanência do trabalhador em

* Juiz Federal do Trabalho - Titular da 2ª Vara do Trabalho de Marabá/PA. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo - USP.

¹ PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. V. I, São Paulo: LTr, 2000, p. 478.

sua residência, aguardando a qualquer momento o chamado para desempenho das atividades laborais; a existência de escalas de sobreaviso, observando o período máximo de 24 horas; o trabalhador submetido ao sobreaviso é remunerado mediante a percepção de 1/3 do salário normal, considerando o tempo em que se encontra à disposição do empregador.

Observa-se que a regulamentação adotada pelo Texto Celetista objetivou atender à realidade brasileira das décadas de 1960 e 1970, ou seja, nesse período a malha ferroviária no Brasil estava se expandindo e os meios de comunicações eram muito rudimentares, de modo que a dependência social do transporte ferroviário exigia a escala de quadro de reserva de trabalhadores para atuarem em caso de ocorrência de infortúnios na rede ferroviária, sendo o contato por telefonia fixa o único meio de comunicação eficaz para atender no caso de eventualidades.

Destaca-se que a evolução tecnológica vem provocando profundas modificações no enquadramento do sobreaviso no ordenamento nacional, na medida em que, na época da elaboração da redação do § 2º do art. 244 da CLT (Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966), não se consideraram os avanços tecnológicos na área das comunicações referente à transmissão de voz e dados por aparelhos celulares, *smartphones*, *notebooks*, BIPs ou *paggers*, que passaram a facilitar a comunicação direta da empresa com o seu colaborador para atender às convocações de emergência.

Verifica-se que essas novas tecnologias passaram a limitar a liberdade do trabalhador durante suas folgas, especialmente quando se considera o aspecto psicológico, na medida em que, embora possua alguma mobilidade, o trabalhador deve não apenas restringir os seus deslocamentos à área de abrangência da operadora de telecomunicações que controla a transmissão de dados e voz, como também se verifica que o obreiro efetivamente não consegue relaxar ou mesmo desenvolver atividades com a concentração necessária, pois internamente, em seu psique, tem a expectativa de, a qualquer momento, ser convocado pelo empregador para que retorne aos seus serviços de imediato.

Não se pode esquecer também de que as necessidades sociais atuais proporcionaram a ampliação do instituto do sobreaviso às categorias de trabalhadores estranhas aos serviços ferroviários, sendo verificada a aplicação do sobreaviso, por exemplo, na área de saúde, na qual a equipe de clínica geral fica no atendimento normal durante os plantões noturnos, finais de semana e feriados, e as equipes especializadas em cirurgias e exames específicos são mantidas de sobreaviso para atenderem quando necessário; na área de logística, na qual a equipe de entrega e armazenamento de produtos, especialmente perecíveis, realiza seus serviços por meio de escalas, inclusive em horários noturnos, finais de semana e feriados, e outra equipe fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; na área de segurança (pública e privada), na qual a equipe realiza seus serviços por meio de escalas, inclusive em horários noturnos, finais de semana e feriados, e outra equipe fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; no âmbito do Judiciário, em que são designados magistrados e servidores para ficarem à disposição do jurisdicionado para realizarem seus serviços por meio de escalas durante o horário noturno, finais de semana e feriados, e outra equipe de magistrados e servidores fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; dentre inúmeras outras áreas de atuação em que as complexidades das relações sociais vêm tornando necessária a aplicação do sobreaviso.

A conjugação das necessidades sociais e das novas aplicações tecnológicas no âmbito das comunicações, portanto, são parâmetros primordiais para a compreensão do instituto do sobreaviso no contexto do ordenamento jurídico vigente no país.

2 - O ADICIONAL DE SOBREAVISO E JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho, após reiteradas decisões judiciais sobre a percepção do sobreaviso em decorrência da utilização do uso de celular, fixou Orientação Jurisprudencial n. 49 com a seguinte redação:

HORAS EXTRAS. USO DO BIP. NÃO CARACTERIZADO O "SOBREAVISO". O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço. (inserido dispositivo, DJ 20.04.2005 - SBDI-I)

Observa-se que o texto da Orientação Jurisprudencial n. 49 fixada pela SBDI-I do C. TST reconhece claramente que o uso de equipamentos portáteis, como o BIP, não possibilita a percepção pelo trabalhador do sobreaviso em razão de o "empregado não permanecer em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço" (textuais).

Registra-se que, embora a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST faça referência exclusiva ao uso de BIP, as decisões judiciais da Corte Superior trabalhista vêm estendendo a mesma sistemática para o uso de celular, ou seja, o uso de celular pelo trabalhador também não possibilita a percepção de sobreaviso em decorrência de o empregado ter a possibilidade de não ficar aguardando em sua residência a convocação pela empresa.

Nesse sentido, pode-se destacar recente decisão unânime da 7ª Turma do C. TST, da lavra do Ministro Ives Gandra Martins Filho, no processo RR-711/2006-029-05-00.2 (DEJT 29.05.2009), que assim dispõe no tópico específico da parcela de sobreaviso:

Inicialmente, convém destacar o teor do art. 244, § 2º, da CLT, que trata da matéria nos seguintes termos:

Art. 244. [...]

§ 2º. Considera-se de sobreaviso o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de sobreaviso será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de sobreaviso, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal (grifos nossos).

Evidencia-se, portanto, que as horas de sobreaviso somente são devidas àquele empregado que não pode se ausentar de sua residência no período em que estiver aguardando ser chamado para o serviço.

No caso, o Regional entendeu que o Obreiro faz jus a horas de sobreaviso, porquanto teve a sua liberdade de locomoção restringida ao raio de alcance do aparelho BIP, não podendo se ausentar da cidade em dias de plantão.

Todavia, no período de plantão, em que o Reclamante limitava-se a permanecer com celular ou BIP ligados, não era obrigatório que permanecesse em sua residência, sendo facultado o seu deslocamento a outros lugares. Nessa situação, diversa da hipótese descrita no dispositivo de lei transcrito, a jurisprudência desta Corte vem se inclinando no sentido de que o uso de BIP ou celular não é suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso.

[...]

Incide, também, sobre a espécie o entendimento assentado na Orientação Jurisprudencial 49 da SBDI-I do TST, segundo a qual o uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

Assim, em face da jurisprudência reiterada desta Corte, evidencia-se que o uso do celular e do BIP não enseja o pagamento de horas de sobreaviso, por não exigir que o empregado permaneça em casa.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de revista, no particular, para, reformando o acórdão regional, no aspecto, excluir da condenação o pagamento das horas de sobreaviso.

Na decisão do Ministro Ives Gandra Martins Filho, verifica-se que a apreciação do pleito de sobreaviso inicia e fundamenta-se a partir da análise dos parâmetros fixados no § 2º do art. 244 da CLT e na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST, ou seja, a possibilidade de o trabalhador se ausentar de sua residência no período em que estiver aguardando ser chamado para o serviço em razão da utilização de aparelho celular impossibilita a percepção de sobreaviso.

Ressalta-se que, na decisão em questão do Ministro Ives Gandra Martins Filho, são mencionados precedentes dos Ministros Maria Cristina Peduzzi e Vantuil Abdala, em decisões na SBDI-I de setembro de 2008, que também não reconhecem a possibilidade de concessão de sobreaviso pelo uso de celular em razão de o trabalhador possuir mobilidade durante o seu horário de repouso e, por conseguinte, não permanecer em sua casa, aguardando o chamado para o serviço.²

² REGIME DE SOBREAVISO - CARACTERIZAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 49 DA SBDI-1. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-1, aplicável por analogia, não se caracteriza o sobreaviso se o empregado aguarda chamado para o serviço com o uso de celular, sem que haja restrição à sua liberdade de locomoção (art. 244, § 2º, da CLT). (TST-E-ED-RR-3.400/1997-061-02-00.8, Relatora Min. Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, DJ de 19.09.08)

SOBREAVISO - USO DE TELEFONE CELULAR. O uso de telefone celular, a exemplo do aparelho de BIP, não configura o regime de sobreaviso, pelo fato de o empregado não permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-1 ao empregado portador de aparelho celular, como na hipótese dos autos. Embargos não conhecidos. (TST-E-RR-867/2003-064-03-00.9, Rel. Min. Vantuil Abdala, SBDI-1, DJ de 05.09.08)

Cabe destacar que, na mais recente decisão sobre a parcela de sobreaviso (RR-37791/2002-900-09-00 DEJT - 05.06.2009), a 5ª Turma do C. TST, por unanimidade, reconheceu de forma polêmica o direito do trabalhador que utiliza BIP à percepção da parcela de sobreaviso.

O polêmico acórdão do processo RR-37791/2002-900-09-00 é da lavra do Ministro Emmanoel Pereira, que assim dispõe no tópico específico da parcela de sobreaviso:

De posse das premissas fáticas delineadas na decisão ora recorrida, permite-se concluir a diversidade entre o caso submetido a exame e a hipótese definida na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I.

Afirma-se isso, porque, segundo nossa jurisprudência, somente o uso, por si só, do BIP não assegura o direito às horas de sobreaviso, quer dizer, se há o uso associado à limitação do ir e vir do trabalhador, a situação ganha contornos diversos. E é essa a peculiaridade descrita pelo Regional à f. 266, ao registrar que o Reclamante tinha a liberdade de ir e vir limitada, no que concerne à distância e dificuldade de acesso dos eventuais locais que pretenda visitar ou frequentar, ou, simplesmente, estar.

Também às f. 267-268, transcrevendo prova testemunhal, reconhece que o Reclamante se utilizava do BIP para solucionar problemas que ocorriam durante as rotas de entrega e distribuição, erros de emissão de notas fiscais, devolução de mercadorias, concessão de descontos a clientes, acidentes ou quebra de caminhão, que os acionamentos via BIP ocorriam entre as 18h e 23h; que o trabalho no setor de distribuição ocorria de segunda a sábado; e que tais acionamentos ocorriam 3 a 4 vezes por semana.

Como se vê, o caso retratado nos autos é diverso do entendimento constante na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I, razão pela qual não há como se reconhecer contrariada.

No tocante aos arestos paradigmas transcritos às f. 276-277, são eles inespecíficos, a teor da Súmula n. 296 desta Corte, por não contemplarem a premissa fática respeitante à comprovada restrição de liberdade do trabalhador em ir e vir, em decorrência da obrigatoriedade de utilizar-se do BIP, para a solução de problemas emergenciais da empresa à noite, após o expediente, e nos sábados.

Não conheço.

Na decisão do Ministro Emmanoel Pereira, verifica-se que a apreciação do pleito de sobreaviso mudou o foco da análise, na medida em que se inclui no alicerce do *decisum* a análise fática, o que é incomum na instância extraordinária, de modo a considerar que os elementos probatórios demonstraram que a utilização

REGIME DE SOBREAVISO - USO DE APARELHO CELULAR - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 49 DA SBDI-1. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-1, aplicável por analogia, não se caracteriza o sobreaviso se o empregado aguarda chamado para o serviço com o uso de celular, sem que haja restrição à sua liberdade de locomoção (art. 244, § 2º, da CLT). Embargos parcialmente conhecidos e desprovidos. (TST-E-RR-805.488/2001.8, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, DJ de 07.03.08)

de BIP pelo trabalhador efetivamente restringia a liberdade de locomoção, como também desenvolve interpretação inovadora baseada em premissas fáticas para fixar que a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST não se aplica ao caso concreto.

Registra-se que, embora a decisão no RR-37791/2002-900-09-00 faça expressa referência ao não conhecimento do recurso de revista da empresa, o relator, Ministro Emmanoel Pereira, efetivamente adentra no mérito para trazer o posicionamento inovador de que, no caso concreto, a utilização de BIP pelo trabalhador restringia a sua liberdade e que, nesse sentido, pode-se desenvolver interpretação baseada em premissas fáticas para fixar que a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST não se aplica ao caso concreto.

Observa-se, em meio a esse conflito interpretativo do instituto do sobreaviso na Corte Trabalhista Superior, que se torna necessária a compreensão de alguns parâmetros basilares da Teoria do Direito como forma não apenas de reconhecer em qual teoria fundamenta-se a interpretação desenvolvida pela Orientação Jurisprudencial n. 49 fixada pela SBDI-I e a interpretação do polêmico acórdão da 5ª Turma do C. TST, da lavra do Ministro Emmanoel Pereira, no processo RR-37791/2002-900-09-00, como também objetivando fixar parâmetros críticos de adesão ao posicionamento interpretativo que melhor coaduna-se com a conjugação das necessidades sociais e das novas aplicações tecnológicas no âmbito das comunicações.

Nesse sentido, passa-se a apreciar, isoladamente, a análise da percepção do sobreaviso a partir da Teoria de Hans Kelsen e da Teoria de Ronald Dworkin; posteriormente, realiza-se um contraponto entre as duas teorias como forma de melhor elucidar os posicionamentos adotados nas decisões do C. TST sobre a matéria em discussão.

3 - A ANÁLISE DA PERCEPÇÃO DO SOBREAVISO A PARTIR DA TEORIA DE HANS KELSEN³

Nas primeiras décadas do século XX, o jusfilósofo Hans Kelsen apresentou de forma inovadora a sua obra, Teoria Pura do Direito, que se propõe a estruturar a ordem jurídica de forma coesa, fechada e, por conseguinte, sem a influência dos valores ideológicos ou morais que são próprios de outras ciências como a psicologia e a sociologia.

Hans Kelsen afirma que

Quando designa a si próprio se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. [...] a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua

³ Ressalta-se que a análise da Teoria de Hans Kelsen restringe-se à fixação de alguns parâmetros necessários e limitados ao objeto deste trabalho.

tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo” [...] Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se valorar o Direito positivo.⁴

A teoria kelseniana reconhece que a existência real da ordem jurídica pressupõe o isolamento da norma de fatores externos, ou seja, o isolamento do sistema jurídico de valores políticos, psicológicos, religiosos, éticos, ideológicos e morais.

A Teoria Pura do Direito estabelece que a análise da norma é meramente descritiva, pois apenas dessa forma se pode constatar formalmente se a norma integra o direito positivo sem a interferência de quaisquer elementos valorativos relativos ao conteúdo da norma.

Nesse aspecto, Hans Kelsen ressalta que

A ciência jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer -o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. [...] Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional. Quem, do ponto de vista da ciência jurídica, afirma, na sua descrição de uma ordem jurídica positiva, que, sob um pressuposto nessa ordem jurídica determinado, deve ser posto um ato de coação pela mesma ordem jurídica fixado, exprime isto mesmo, ainda que tenha por injustiça e desaprove a imputação do ato coercitivo ao seu pressuposto.⁵

Observa-se que a teoria kelseniana, ao vislumbrar a possibilidade de se obter a imunidade das influências do meio exterior pela utilização da técnica de descrição das normas jurídicas, reconhece a autonomia da ciência jurídica como ramo próprio do conhecimento científico a partir da construção da dogmática jurídica fundamentada unicamente no direito positivo axiologicamente neutro.

O direito positivo axiologicamente neutro, de acordo com Hans Kelsen, integra a ordem jurídica que é formada por um

[...] sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental.⁶

Nessa sistemática, verifica-se que Hans Kelsen, como forma de estabelecer coesão e coerência ao sistema normativo, cria uma estrutura fechada e hierarquizada entre as normas, ou seja, uma pirâmide normativa, de modo que,

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1 e 118.

⁵ *Op. cit.*, p. 81 e 89.

⁶ *Op. cit.*, p. 33.

como critério de validação, as normas inferiores necessitam fundamentar-se nas normas superiores, sendo a norma fundamental (Grundnorm) a de maior valor hierárquico.

A norma fundamental

[...] é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum [...] a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.⁷

A norma fundamental, portanto, não se confunde com a Carta Constitucional e, ao contrário das normas positivadas, não pode ser estabelecida por alguém ou por um órgão jurídico, constituindo-se como norma pressuposta fixada logicamente para fundamentar a ordem jurídica positiva.

Tratando especificamente da interpretação e da aplicação do direito, Hans Kelsen reconhece que o texto legal pode possuir indeterminações (de natureza intencional da própria norma⁸ ou não intencional⁹), de modo que as várias possibilidades de aplicação da norma devem ser limitadas pela moldura interpretativa.

Hans Kelsen comenta que

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.¹⁰

⁷ *Op. cit.*, p. 217 e 222.

⁸ Hans Kelsen, no caso da indeterminação intencional, exemplifica que "A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra..." - *Op. cit.*, p. 389.

⁹ Hans Kelsen, no caso da indeterminação não intencional, explica que "Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis." - *Op. cit.*, p. 389.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 390.

A moldura interpretativa, dentro da sistemática de completude do sistema positivo fechado, da validação da norma e da neutralidade axiológica, consiste na adequação da norma inferior aos limites fixados pela moldura fixada pela norma superior, ou seja, na aplicação da teoria kelseniana, devem-se verificar as várias possibilidades de aplicação da norma existente no direito positivo, de modo que o intérprete, ao se adequar aos limites fixados pela moldura da norma superior, deve encontrar-se desprovido de valores não inerentes à ordem jurídica.

Partindo dessa perspectiva, verifica-se a análise da percepção do sobreaviso a partir da Teoria de Hans Kelsen que se vincula ao critério de completude do sistema positivo formal (regras), validação da norma, neutralidade axiológica e moldura interpretativa.

Considerando que a teoria kelseniana expressamente reconhece que, no direito positivo, não existem lacunas¹¹, verifica-se que o intérprete, seguindo essa linha de raciocínio, deve estender, de forma analógica, os parâmetros fixados aos trabalhadores do setor ferroviário no § 2º do art. 244 da CLT para os demais trabalhadores em razão da inexistência de outra disposição legal que possa ser aplicada genericamente em todas as relações de trabalho.

Verifica-se que o § 2º do art. 244 da CLT foi regularmente estabelecido pelo art. 36 do Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966, sendo devidamente seguido o processo legislativo da época, como também se constata que o seu texto legal não contraria as normas superiores, como a Constituição Federal e a Norma Fundamental, sendo, portanto, plenamente válido pela teoria kelseniana.

Na aplicação do § 2º do art. 244 da CLT, considerando a neutralidade axiológica e moldura interpretativa fixada por Hans Kelsen, observa-se que o dispositivo legal apenas pode reconhecer direito ao sobreaviso quando o trabalhador efetivamente permanecer em sua própria casa, aguardando o chamado para o serviço.

Assim, partindo da concepção de aplicação da teoria kelseniana, observa-se que o trabalhador que sofre restrição na sua liberdade de livre gozar de suas folgas em razão da possibilidade de ser acionado a qualquer momento pelo seu empregador por utilizar celular, *smartphone*, BIPs ou *paggers* não possui direito à percepção do sobreaviso, haja vista que ao intérprete não cabe emitir juízo valorativo no dispositivo legal, ou seja, ao intérprete não cabe considerar que o avanço tecnológico e as necessidades sociais criaram possibilidades de atualização da norma jurídica, de modo que, seguindo a neutralidade axiológica e a moldura interpretativa fixada por Hans Kelsen, constata-se que apenas seria devido o sobreaviso ao trabalhador que efetivamente permanecesse em sua própria casa, aguardando o chamado para o serviço.

Na esteira dessa interpretação, observa-se que a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST encontra-se sedimentada na teoria kelseniana, haja vista que a mobilidade propiciada ao trabalhador pela utilização de celular/BIP impossibilita a percepção de sobreaviso em razão de o “empregado não permanecer em sua residência, aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço” (textuais).

¹¹ Hans Kelsen afirma que “...o Direito vigente é sempre aplicável, pois não há 'lacunas'...” - *Op. cit.*, p. 276.

4 - A ANÁLISE DA PERCEPÇÃO DO SOBREVISO A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN¹²

Contrário às concepções do positivismo jurídico de separação entre o direito e a moral, o jusfilósofo Ronald Dworkin propõe a interpretação e aplicação da norma constitucional a partir do que denomina de "leitura moral" (*moral reading*)¹³, constituindo-se em um dos principais críticos ao positivismo jurídico, especialmente da teoria positivista de Hebert Hart.¹⁴

Ronald Dworkin afirma que

[...] a leitura moral possibilita encontrar a melhor concepção do princípio constitucional da moral - o melhor entendimento da real igualdade entre homem e mulher que o estatuto requer, por exemplo - o que se enquadra na vasta história Americana [...]. A leitura moral é uma estratégia de advogados e magistrados de boa-fé que pode ser utilizada em toda estratégia interpretativa.¹⁵

A leitura moral proposta por Ronald Dworkin proporciona o reconhecimento da influência dos valores sociais na análise da norma como forma de possibilitar decisões judiciais fundamentadas na justiça e na equidade, bem como estabelece que o sistema jurídico é complexo, sendo formado não apenas de regras, como também de princípios e de políticas (*policies*).

Na sua análise sobre a influência dos valores sociais na leitura da norma e no reconhecimento da complexidade do sistema jurídico, Ronald Dworkin utiliza como exemplo o caso Riggs contra Palmer, de 1889, no qual o

[...] tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou o seu raciocínio com a seguinte decisão: É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderam, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino. Mas o Tribunal prosseguiu, observando que todas as leis e os contratos

¹² Ressalta-se que a análise da Teoria de Ronald Dworkin restringe-se à fixação de alguns parâmetros necessários e limitados ao objeto deste trabalho.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1999.

¹⁴ Em razão das limitações deste trabalho, não se adentrará na análise das críticas realizadas por Ronald Dworkin à teoria de Hebert Hart.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 11. Texto original: "*The moral reading ask them to find the best conception of constitution moral principles - the best conception of constitutional moral principles - the best understanding of what equal moral status for man and woman really requires, for example - that fits the broad story do American's historical record [...]. The moral reading is a strategy for layers and judge acting in good faith, which is all any interpretive strategy can be*".

podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais de direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu sua herança.¹⁶

Observando o caso Riggs contra Palmer, verifica-se que a aplicação estrita da regra formal possibilitaria a legitimação judicial a um assassino de poder lucrar com a sua conduta ilícita, porém o Tribunal de Nova Iorque, realizando a leitura moral do caso concreto e buscando a aplicação da justiça e da equidade, não reconheceu o direito de herança ao assassino a partir da aplicação do princípio geral do direito de que ninguém pode beneficiar-se da sua própria torpeza¹⁷ ou, como afirma Ronald Dworkin, a partir do fundamento de que “o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete”.¹⁸

Ronald Dworkin estabelece o sistema jurídico complexo formado por regras, princípios e políticas (*policies*), sendo utilizado pelos operadores do direito apenas as regras e princípios, haja vista que os fundamentos políticos apenas devem ser utilizados por cidadãos eleitos pelo povo que possuem legitimidade democrática, ou seja,

[...] as decisões políticas, segundo esse argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira [...] Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular. Esse é o conhecido argumento da democracia.¹⁹

Ronald Dworkin estabelece distinção lógica entre regras e princípios, de modo que

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distingue-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (por

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37.

¹⁷ No original em latim: “*Nemo turpitudinem suam allegare potest.*”

¹⁸ *Op. cit.*, p. 40.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

exemplo: a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.²⁰

As regras, que de modo geral estabelecem condições claras sobre a sua aplicabilidade, submetem-se à sistemática “tudo ou nada” (*all or nothing*), haja vista que as regras não permitem que a sua validação seja apenas parcial, inclusive, havendo conflito entre regras, uma delas não pode ser válida e, nesse caso, o sistema jurídico deve estabelecer quais os critérios de precedência entre as regras, ou seja,

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (Nosso sistema [norte-americano] utiliza essas duas técnicas).²¹

Os princípios, por sua vez, constituem-se no padrão normativo relacionado à moralidade que estabelece a correção valorativa da norma a partir da vinculação entre a moral e o direito, de modo a proceder à melhor compreensão e/ou atualização da regra nos casos reconhecidamente de difícil solução.

Nesse diapasão, Ronald Dworkin preleciona que

[...] o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra. No caso Riggs, o tribunal citou o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos como um parâmetro fundamental, à luz do qual se pode ler a lei sobre os testamentos e, assim procedendo, justificou uma nova interpretação dessa lei [...] é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio, dessa maneira o princípio justifica a modificação.²²

Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso específico aplicável à situação determinada, de modo que, havendo conflito entre os princípios, resolve-se utilizando o princípio que melhor se adequa à busca pela justiça e pela equidade no caso concreto, porém o princípio afastado permanece válido e poderá prevalecer em outra situação conflituosa.

Analisando os litígios, Ronald Dworkin identifica a ocorrência dos “casos fáceis” (*easy cases*) e os “casos difíceis” (*hard cases*).

Os casos fáceis caracterizam-se pela aplicação clara e precisa da regra, não havendo controvérsia quanto ao padrão normativo que deve ser adotado na solução da lide.

Sobre os casos fáceis, Ronald Dworkin comenta que

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39 e 42.

²¹ *Op. cit.*, p. 43.

²² *Op. cit.*, p. 46, 59/60.

É evidente que o limite de velocidade na Califórnia é de 90 quilômetros por hora, pois é óbvio que qualquer interpretação competente do código de trânsito desse Estado leva a essa conclusão [...] o próprio Hércules²³ se daria por satisfeito em reconhecer: que não precisamos fazer perguntas quando já conhecemos as respostas.²⁴

Os casos difíceis constituem-se pela indefinição na aplicação da norma, seja em razão da ambiguidade das palavras utilizadas pela legislação, ou em razão do não enquadramento das peculiaridades do caso concreto na regra, ou em razão de os fatos trazidos ao processo pelas partes não serem contemplados pelo regramento legal, de modo que as variáveis do caso concreto impossibilitam a aplicação clara e precisa da regra, ou seja, os casos difíceis ocorrem “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição”.²⁵

Os casos difíceis são solucionados a partir da aplicação dos princípios que integram o ordenamento jurídico, de modo que, mesmo nos casos difíceis, o magistrado deve buscar nos princípios, como direito preestabelecido pelo sistema jurídico, a identificação da solução da lide, uma vez que, em casos difíceis, “os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares”.²⁶

Ressalta-se que não há hierarquia entre os princípios, de modo que deve o magistrado, frente ao conflito entre princípios, ponderar os valores morais envolvidos na situação litigiosa e, com base na argumentação jurídica, reconhecer o princípio que melhor coaduna-se com a aplicação da justiça e da equidade.

Na sistemática da análise interpretativa, Ronald Dworkin identifica a estruturação das decisões dos casos difíceis a partir da integridade do direito, ou seja,

[...] o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.²⁷

Ronald Dworkin compara a integridade do direito a um “romance em cadeia”, isto é, na aplicação da norma ao caso concreto, o juiz, como escritor literário, deve dar continuidade à “história das decisões judiciais” a partir da observância da evolução dos valores morais da sociedade, de modo que deve o magistrado

²³ Sobre Hércules, Ronald Dworkin explica que, para analisar criticamente a teoria positivista, “inventou um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamei de Hércules” - *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 165.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39 e 42.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 46.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

observar as decisões anteriores e o respectivo contexto histórico, objetivando proferir decisões coerentes que se adequam com os padrões morais de justiça e de equidade da sociedade de sua época, pois

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.²⁸

A aplicação da integridade do direito nos casos difíceis, portanto, pressupõe o reconhecimento pelo magistrado de padrões morais de justiça e de equidade da sociedade em que vive como forma de possibilitar a escolha do princípio jurídico que justifique a prolação de decisão coerente e que melhor se adequa ao fato concreto.

Cabe destacar que Ronald Dworkin, com base na aplicação da integridade do direito, reconhece que os casos difíceis, de modo geral, possuem uma resposta coerente e que melhor se adequa ao fato concreto, porém ressalta que “seria razoável dizer que em certos casos muito especiais não existe nenhuma resposta certa para a questão de Direito”.²⁹

Nesse aspecto, Jean Carlos Dias comenta que

[...] os casos difíceis que poderiam ser considerados como não dotados de uma resposta certa são tão especiais (exóticos no dizer do autor) que se pode teoricamente desconsiderar sua existência.³⁰

Partindo dessa perspectiva, verifica-se a análise da percepção do sobreaviso a partir da teoria de Ronald Dworkin que se vincula ao critério de identificação da complexidade da lide (caso fácil ou caso difícil - sendo que, no caso difícil, deve-se estruturar a decisão judicial a partir da integridade do direito) e à leitura moral (influência dos valores morais e sociais nas decisões).

Realizando o cotejo entre a possibilidade de percepção da parcela de sobreaviso pelo trabalhador que utiliza BIP ou aparelho celular e a teoria de Ronald Dworkin, verifica-se que existem controvérsias sobre o enquadramento da situação fática no regimento legal, haja vista que, conforme já mencionamos anteriormente, na época da elaboração da redação do § 2º do art. 244 da CLT (Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966), não se consideraram os avanços tecnológicos na área das comunicações referente à transmissão de voz e dados por aparelhos celulares, *smartphones*, *notebooks*, BIPs ou *paggers*, que passaram a facilitar a comunicação

²⁸ *Op. cit.*, p. 273.

²⁹ DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 211.

³⁰ DIAS, Jean Carlos. Há uma resposta certa em casos difíceis? Elementos para a análise dos direitos humanos em juízo. Belém: Saber - *Revista do Centro Universitário do Estado do Pará*, 2006, p. 73.

direta da empresa com o seu colaborador para atender às convocações de emergência, como também se deve destacar que o § 2º do art. 244 da CLT encontra-se localizado na seção que trata do serviço ferroviário, de modo que inexistente outra disposição legal que possa ser aplicada genericamente a todas as relações de trabalho.

Desse modo, considerando que há indefinição na aplicação da norma em razão do não enquadramento das peculiaridades do caso concreto na regra, seja em decorrência da evolução das relações sociais atuais que são incompatíveis à realidade que originou o Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966, seja em decorrência da limitação do § 2º do art. 244 da CLT, que, por dispor especificamente sobre o serviço ferroviário, impede a sua aplicação de forma genérica a todas as relações de trabalho, constata-se que a lide sobre a possibilidade de percepção da parcela de sobreaviso pelo trabalhador que utiliza BIP ou aparelho celular é enquadrada pela teoria de Ronald Dworkin como “caso difícil” (*hard case*).

Analisando especificamente o litígio em questão como caso difícil e aplicando a estruturação das decisões dos casos difíceis a partir da integridade do direito e da leitura moral, verifica-se que o aspecto primordial a ser apreciado constitui-se na evolução das tecnologias que limitam a liberdade e o efetivo gozo das folgas pelo trabalhador, especialmente considerando o aspecto psicológico do obreiro que é afligido com a possibilidade de ser acionado a qualquer momento pelo empregador, e na violação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho que são princípios fundamentais consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV).

Observa-se que permitir que a empresa interfira, ainda que indiretamente, na intimidade do trabalhador ao fornecer aparelho celular, *smartphone*, *notebook*, BIP ou *pager* com o objetivo de acioná-lo a qualquer momento para desempenhar atividade profissional constitui efetiva violação ao princípio da dignidade do trabalhador e do valor social do trabalho, na medida em que estende a jornada de trabalho do obreiro para além do ambiente laboral, ou seja, o trabalhador passa a se vincular 24h por dia à atividade profissional, independentemente de estar com a família e/ou amigos em sua residência ou em outros ambientes de lazer, cultura ou de cunho religioso, de modo a proporcionar uma inversão de valores, isto é, em razão de o trabalhador não possuir direito à desconexão da atividade laboral e de nada receber como contraprestação, os empregadores passam a impor à sociedade o reconhecimento do trabalho não como meio que possibilita a qualidade de vida da pessoa e, sim, retornando à realidade nefasta do início da Revolução Industrial do Século XVIII, como a finalidade primordial da existência humana, expondo o trabalhador a jornadas exaustivas e a maior ocorrência de doenças ocupacionais.

Não se pode esquecer também de que a possibilidade da empresa de acionar o trabalhador a qualquer momento por meio de aparelhos celulares, *smartphones*, *notebooks*, BIPs ou *pagers* para desempenhar atividade profissional sem a concessão de contraprestação, seja por meio pecuniário ou por folga compensatória, constitui prática ilícita reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro com base na aplicação do princípio da vedação do enriquecimento sem causa.³¹

³¹ No original em latim: “*Nemo potest lucupletari, jactura aliena.*”

Assim, partindo da concepção de aplicação da teoria de Ronald Dworkin, observa-se que o trabalhador que sofre restrição na sua liberdade de livre gozar de suas folgas em razão da possibilidade de ser acionado a qualquer momento pelo seu empregador por meio de celular, *smartphone*, BIPs ou *paggers* possui direito à percepção do sobreaviso, haja vista que, realizando uma leitura moral do caso concreto, bem como se alicerçando na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho que são princípios fundamentais consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV), e, ainda, no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, constata-se que essa é a escolha mais coerente e que melhor se adequa à situação fática.

Nesse sentido, observa-se que o acórdão da lavra do Ministro Emmanoel Pereira (Processo RR-37791/2002-900-09-00 - 5ª T - TST), que reconhece o direito ao sobreaviso ao trabalhador que utiliza BIP, é coerente com a teoria de Ronald Dworkin, na medida em que considera a evolução sociotecnológica e as respectivas influências na vida do trabalhador, como também considera os parâmetros dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV) e, ainda, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

5 - PERCEPÇÃO DO SOBREAVISO: CONTRAPONTO ENTRE AS TEORIAS DE HANS KELSEN E RONALD DWORKIN

Comparando as teorias de Hans Kelsen e Ronald Dworkin, observa-se que possuem premissas paradoxais, haja vista que Kelsen parte do raciocínio de que o sistema positivo formal (regras) é completo e coeso, não havendo lacunas no ordenamento, de modo que deve o intérprete analisar a lide com neutralidade axiológica e aplicar a moldura interpretativa fixada pelas normas existentes; por outro lado Dworkin entende que a análise do sistema jurídico é complexa, ou seja, é formada por regras, princípios e política, sendo que apenas os dois primeiros estão à disposição do magistrado que, utilizando o critério de identificação da lide (caso fácil ou caso difícil - sendo que, no caso difícil, deve-se estruturar a decisão judicial a partir da integridade do direito), realiza a leitura moral (influência dos valores morais e sociais nas decisões) e estabelece a escolha mais coerente e que melhor se adequa à situação fática.

Partindo de premissas diversas, Hans Kelsen e Ronald Dworkin fixam conclusões também diferentes quando aplicáveis na análise da possibilidade de percepção do sobreaviso pela utilização de aparelho celular e BIPs, haja vista que, pela aplicação da Teoria de Kelsen, seguindo a neutralidade axiológica e a moldura interpretativa, apenas seria devido o sobreaviso ao trabalhador que efetivamente permanecesse em sua própria casa, aguardando o chamado para o serviço, consoante estabelece a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST, de modo que a mobilidade propiciada ao trabalhador pela utilização de celular/BIP impossibilita a percepção de sobreaviso; por outro lado, pela Teoria de Dworkin, a evolução sociotecnológica e as respectivas influências na vida do trabalhador, como também considerando os parâmetros dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV) e o princípio de vedação do

enriquecimento sem causa proporcionam a percepção de sobreaviso, conforme estabelece o acórdão da lavra do Ministro Emmanoel Pereira (Processo RR-37791/2002-900-09-00 - 5ª T - TST).

Antes mesmo de finalizarmos o contraponto entre os posicionamentos de Hans Kelsen e Ronald Dworkin no plano abstrato das teorias e fixarmos as respectivas conclusões, entendo necessário realizar análise prática da realidade social de trabalhadores que efetivamente se mantêm conectados à empresa após o término da jornada de trabalho mediante a utilização de aparelho celular.

Nessa perspectiva, destaco alguns resultados da pesquisa em que realizei nos Municípios de Parauapebas, Marabá e Belém, no Estado do Pará, nos anos de 2006 e 2007, com trabalhadores que utilizam aparelho celular para se comunicarem com a empresa.

Registro que a pesquisa foi feita mediante o fornecimento de um questionário sem qualquer identificação dos trabalhadores, tendo participado 39 pessoas das áreas de telecomunicações, transporte, engenharia, vigilância e mineração, sendo mantido o anonimato de todos.

Dentre as questões objeto da pesquisa, pode-se destacar que: 66% dos pesquisados não tiveram oportunidade de recusar o fornecimento do aparelho; 70% dos pesquisados indicaram que a sua liberdade em negociar sobre a utilização do aparelho e o custeio foi restringida, porque as regras foram impostas pela empresa e não tiveram oportunidade para negociar sobre a utilização e custeio do aparelho; 97% dos pesquisados são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho celular; 90% consideram o aparelho celular um instrumento de trabalho; 89,7% dos pesquisados declararam que são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho celular mais de 05 (cinco) vezes por dia; 43,6% dos pesquisados são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana e feriados e 25,6% dos pesquisados são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana, feriados e férias; 62% dos pesquisados declararam que não conseguem relaxar completamente sabendo que podem ser contactados pela empresa a qualquer momento; 46,2% dos pesquisados apenas podem desligar o aparelho celular nas férias; 51% dos pesquisados informam que os familiares e amigos já pediram para desligar o aparelho celular para que a empresa não os incomodasse durante os seus horários de refeição e/ou descanso; 82% dos pesquisados declaram que não recebem sobreaviso pela utilização de aparelho celular.

No plano prático, a realidade sociolaboral retratada na pesquisa demonstra que a grande maioria dos trabalhadores que se mantêm conectados à empresa após o término da jornada de trabalho mediante a utilização de aparelho celular são acionados pelos seus empregadores a qualquer hora do dia ou da noite, inclusive durante o intervalo para almoço, fins de semana, feriados e nas férias, de modo que esses trabalhadores não conseguem relaxar completamente sabendo que podem ser contactados pela empresa a qualquer momento.

Desse modo, realizando o liame entre os dados da pesquisa, a realidade sociotecnológica e a abstração das teorias de Hans Kelsen e Ronald Dworkin, restam demonstradas as seguintes conclusões:

1 - As necessidades sociais e as novas aplicações tecnológicas no âmbito das comunicações efetivamente são parâmetros primordiais para a compreensão do instituto do sobreaviso no contexto do ordenamento jurídico, o que torna plenamente ultrapassada a visão da teoria de Kelsen, especialmente no que se refere à neutralidade axiológica e à aplicação da moldura interpretativa fixada pelas normas existentes;

2 - A Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST, que se encontra sedimentada na teoria kelseniana, também se encontra desvinculada da realidade sociotecnológica e dos princípios fundamentais consagrados pela Excelsa Magna Carta, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, o que compromete a sua aplicação como fundamento das decisões judiciais;

3 - O reconhecimento do direito ao sobreaviso pelo trabalhador que utiliza aparelho celular, *smartphone*, *notebook*, BIP ou *pager* para ser acionado a qualquer momento pelo empregador para desempenhar atividade profissional é coerente com a Teoria de Ronald Dworkin e com a realidade sociotecnológica, coadunando-se com os parâmetros dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV) e com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, merecendo destaque a decisão de vanguarda do Ministro Emmanoel Pereira (Processo RR-37791/2002-900-09-00 - 5ª T - TST - DEJT - 05.06.2009) que, por unanimidade, afastou a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST e reconheceu o direito de percepção do sobreaviso ao trabalhador que utilizava BIP.

6 - ANEXO: INTEGRALIDADE DA PESQUISA E OS RESPECTIVOS RESULTADOS

a) A empresa, no ato da sua contratação ou durante a vigência do seu contrato de trabalho, forneceu aparelho celular, BIP ou *pager* a você?

() sim () não

SIM	NÃO
94,9%	5,1%
37	2

b) Em caso positivo, indique qual o aparelho fornecido?

() aparelho celular () BIP () *pager*

Aparelho celular	BIP	<i>pager</i>
100,0%	0,0%	0,0%
37	0	0

c) No momento do fornecimento do aparelho, você teve liberdade para recusar o fornecimento do aparelho?

() sim () não

SIM	NÃO
33,3%	66,7%
13	26

d) Em caso negativo, indique qual o motivo que restringiu a sua liberdade:

() porque a utilização do aparelho é essencial para o desenvolvimento da sua atividade profissional.

() porque a utilização do aparelho é essencial para o desenvolvimento da sua atividade profissional e teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

() teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

() simplesmente não teve interesse em fazer essa negociação.

Opção 1	Opção 2	Opção 3	Opção 4
37,5%	45,8%	16,7%	8,3%
9	11	4	2

e) No momento do fornecimento do aparelho, você teve liberdade para negociar sobre a utilização do aparelho e o custeio de sua utilização?

() sim () não

SIM	NÃO
31%	69%
12	27

f) Em caso negativo, indique qual o motivo que restringiu a sua liberdade em negociar sobre a utilização do aparelho e o custeio de sua utilização:

porque as regras foram impostas pela empresa e a empresa não deu oportunidade para negociar a utilização e custeio do aparelho.

porque as regras foram estabelecidas pela empresa e a empresa deu oportunidade para negociar sobre a utilização e custeio do aparelho, porém teve receio que o questionamento criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira.

simplesmente não teve interesse em fazer essa negociação.

porque a utilização do aparelho é essencial para o desenvolvimento da sua atividade profissional e teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

Opção 1	Opção 2	Opção 3	Opção 4	Opção 5
70%	11%	7%	11%	0%
19	3	2	3	0

g) A empresa mantém contato com você através desse aparelho?

sim não

SIM	NÃO
97%	3%
38	1

h) Quem arcou com o custo pela aquisição do aparelho?

() a empresa arcou integralmente.

() a empresa arcou com parte.

() você arcou integralmente com a conta do aparelho.

Opção 1	Opção 2	Opção 3
89,7%	7,7%	2,6%
35	3	1

i) Quem arca com o custo pela utilização do aparelho?

() a empresa arca integralmente com a conta do aparelho.

() a empresa arca com parte da conta do aparelho.

() você arca integralmente com a conta do aparelho.

Opção 1	Opção 2	Opção 3
59,0%	38,5%	2,6%
23	15	1

j) Você considera o aparelho como um instrumento de trabalho?

() sim () não

SIM	NÃO
90%	10%
35	4

l) Em média, quantas vezes por dia algum empregado da empresa mantém contato com você para tratar de assuntos profissionais?

() 1 vez por dia () três vezes por dia () mais de cinco vezes por dias

Opção 1	Opção 2	Opção 3
5,1%	5,1%	89,7%
2	2	35

m) Quando esses contatos ocorrem?

apenas durante o horário de trabalho.

durante o horário de trabalho e durante o intervalo para refeição.

durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana e feriados.

durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana, feriados e férias.

Opção 1	Opção 2	Opção 3	Opção 4
23,1%	7,7%	43,6%	25,6%
9	3	17	10

n) Caso esses contatos ocorram fora do horário de trabalho, responda: você consegue relaxar completamente sabendo que pode ser contactado pela empresa a qualquer momento?

sim, pois, quando saio da empresa, não me incomodam contatos da empresa durante o meu horário de descanso e/ou folga.

não, pois sempre fico na expectativa de ser contactado pela empresa a qualquer momento.

SIM	NÃO
38%	62%
15	24

o) Você já deixou de sair para algum lugar em razão do local não possuir cobertura para o aparelho utilizado?

sim não

SIM	NÃO
28%	72%
11	28

p) Você já deixou de sair para algum lugar em razão de o local ser distante e o chamado da empresa poder acontecer a qualquer momento?

() sim () não

SIM	NÃO
38%	62%
15	24

q) Você pode desligar o aparelho fora do horário de trabalho?

() sim.

() não, apenas posso desligar durante as férias.

() não, apenas posso desligar durante os fins de semana, feriados e férias.

Opção 1	Opção 2	Opção 3
46,2%	46,2%	7,7%
18	18	3

r) Os seus familiares e/ou amigos já pediram para desligar o aparelho para que a empresa não o incomodasse durante os seus horários de refeição e/ou descanso?

() sim () não

SIM	NÃO
51%	49%
20	19

s) Você sente que sua intimidade é violada pela empresa quando recebe contatos de algum empregado da empresa para tratar de assuntos profissionais?

() sim () não

SIM	NÃO
49%	51%
19	20

t) Você recebe sobreaviso?

() sim () não

SIM	NÃO
18%	82%
7	32

7 - BIBLIOGRAFIA

- BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: *King's Cross* Publicações, 2006.
- DIAS, Jean Carlos. Há uma resposta certa em casos difíceis? Elementos para a análise dos direitos humanos em juízo. *Revista do Centro Universitário do Estado do Pará*, Belém: Saber, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1999.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. V. I. São Paulo: LTr, 2000.

A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL ECONOMICAMENTE CAPAZ: UM OUTRO OLHAR*

Guilherme Guimarães Feliciano**

RESUMO (EMENTA)

Prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz no Processo do Trabalho: constitucionalidade. Inexistência de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” com mesma orientação semântica (STF). Mera supralegalidade do Pacto de San José da Costa Rica. Renovação legislativa do instituto. Natureza jurídica de sanção por *contempt of court*. Caráter estritamente alimentar de verbas sob execução trabalhista.

Palavras-chave: 1. Prisão civil. 2. Depositário infiel. 3. Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) 4. *Contempt of court*. 5. Efetividade da execução (Processo do Trabalho).

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO - EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
- II. A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL
 - II.a. A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica
 - II.b. Posições do Supremo Tribunal Federal
 - II.c. A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do § 3º do artigo 5º da CRFB
 - II.d. A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política
 - II.e. A questão da natureza jurídica da prisão do depositário infiel: *contempt of court*
- III. CONCLUSÕES
- IV. BIBLIOGRAFIA

* O presente artigo reproduz a Nota Técnica apresentada pelo autor à Presidência da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em julho de 2009, para fins de encaminhamento contrário à aprovação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 (STF).

** Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (licenciado). Autor de diversos artigos e monografias jurídicas (*Das cooperativas na perspectiva luso-brasileira*, LTr, 2009; *Direito à prova e dignidade humana*, LTr, 2008; *Tópicos avançados de direito material do trabalho*, v. I e II, EDJ, 2006; *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*, LTr, 2005; *Informática e criminalidade*, Nacional de Direito, 2001; *Execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001; *Tratado de alienação fiduciária em garantia*, LTr, 2000).

I. INTRODUÇÃO - EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nos Estados Democráticos de Direito, o conceito de jurisdição já não se limita ao velho conceito chiovendiano de atuação da vontade concreta da lei; nem tampouco se atém à ideia carneluttiana de composição de conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas. A jurisdição, em acepção moderna - seguida, entre outros, por A. PROTO PISANI (na Itália) e por OVÍDIO BAPTISTA e GUILHERME MARINONI (no Brasil) -, vincula-se mais diretamente ao rol constitucional de direitos fundamentais e à própria noção de justiça concreta.

Assim é que, ao dissecar o conteúdo semântico da cláusula constitucional do devido processo legal procedimental (*procedural due process*), o intérprete deve necessariamente reconhecer, ao lado de ideias-força como as de ampla defesa, de contraditório ou de publicidade dos atos, a de tutela jurisdicional efetiva (que se liga diretamente à fase executiva do processo). Na dicção do próprio MARINONI,

[...] a norma constitucional que afirma a ação [artigo 5º, XXXV] institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de influir sobre o convencimento judicial, assim como a possibilidade do uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta. [...] O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo.

(*Teoria geral do processo*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, v. I, p.285-291 - g.n.)

Nesse enalço, é certo que (1) o binômio processo/procedimento deve se adequar às necessidades de satisfação do direito material *in concreto* (em especial quando dotado de jusfundamentalidade), não o contrário; e (2) o conceito de jurisdição passa a se erguer sobre três pilares:

(a) revalorização do sentido de função de tutela da atividade jurisdicional (especialmente em relação aos direitos fundamentais do cidadão e à respectiva dimensão da eficácia, em sentido vertical e horizontal);

(b) reconhecimento do princípio da efetividade da jurisdição como corolário do devido processo legal (artigo 5º, LIV, *in fine*, CRFB);

(c) reconhecimento da jurisdição como espaço público legítimo para o diálogo social legitimador do fenômeno jurídico (transigindo - como já é inevitável na pós-modernidade - com a ideia habermasiana de Direito como agir comunicativo¹).

Sendo assim, põe-se a questão: como compreender, nesse novo contexto, a questão da prisão civil do depositário infiel (inciso LXVII do artigo 5º da CRFB)? Atende-se, e em que medida, à função de tutela material do fenômeno jurisdicional?

II. A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

II.a. A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica

A questão não é nova, em absoluto. Reza o inciso LXVII do artigo 5º da CRFB, no rol dos direitos individuais da pessoa humana, o seguinte:

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (g.n.).

No entanto, no ano de 1992, por intermédio do Decreto n. 678/92, entrou em vigor no Brasil a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. A Convenção, aprovada em 22.11.1969 no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), colhe dos Estados signatários o compromisso de “respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e [...] garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação”. E, no que toca aos direitos de liberdade, assim dispõe o seu artigo 7º, n. 7:

[...]

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar (g.n.).

Após o ingresso das normas do Pacto de San José na ordem jurídica interna brasileira, e à vista do que dispõe o § 2º do artigo 5º da CRFB, passou-se a discutir quais os efeitos da garantia do artigo 7º, n. 7, nas disposições constitucionais e legais em vigor, notadamente naquelas que equiparavam à condição de depositário infiel devedores dos mais diversos matizes (alienação fiduciária em garantia, cédulas

¹ Cfr., por todos, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, *passim* (em especial na contraposição entre as concepções “procedimentalista” e “substancialista” do Direito); HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.53 (quanto às “práticas intersubjetivas de entendimento” legitimadoras do processo de criação normativa).

hipotecárias rurais e industriais, etc.). Seguiu-se a isso um período de amadurecimento intelectual, que culminou com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. E, na sua esteira, o Enunciado n. 17 da PSV n. 03, assim redigido:

PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito (g.n.).

Vê-se que o texto proposto não estabelece distinção entre as variegadas hipóteses de ordens de prisão calcadas na hipótese de infidelidade depositária. No que, cremos, não andou bem. Mas, para tanto concluir, é importante, pois, examinar o teor dessas decisões. Vejamo-las.

II.b. Posições do Supremo Tribunal Federal

Em sucessivos julgamentos, inspirado pelos bons ventos do Pacto de San José, o Excelso Pretório tem se manifestado pela inconstitucionalidade de normas legais que dispõem sobre a prisão civil de devedores equiparados a depositários infieis. Nem todos, porém, seguem a mesma linha de raciocínio hermenêutico. Na verdade, divisam-se claras divergências de entendimento imanentes aos próprios arestos ou votos vencedores (conquanto encaminhem, em vários aspectos, resultados bem semelhantes).

Entre as tantas decisões, algumas merecem apontamento e transcrição, até porque estão na base de fundamentação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03.

Em primeiro lugar, deve-se referenciar o recurso extraordinário n. 349.703/RS, relatado pelo Ministro AYRES BRITTO, em voto que talvez seja o mais paradigmático da linha jusfundamentalista de interpretação da norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB. Lê-se no aresto:

1. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-lei n. 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002).

E, na sequência, lê-se:

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: (a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (b) o Decreto-lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido (STF, RE n. 349.703, Min. AYRES BRITTO, j. 03.12.2008 g.n.).

Não foi, porém, essa a decisão a inspirar a redação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03. Ao contrário, aquela redação - que, vimos, generaliza a proibição de cerceamento à liberdade do depositário infiel - está umbilicalmente ligada ao julgamento do RE n. 466.343/SP, da relatoria do Min. CEZAR PELUSO. Neste último, pode-se ler a seguinte ementa:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, RE n. 466.343/SP, Min. CEZAR PELUSO, j. 03.12.2008 - g.n.).

Mais eloquente ainda, nessa mesma direção, é a ementa do HC n. 91.361-SP, da relatoria do Min. CELSO DE MELLO, que reconhece explicitamente a possibilidade de “mutação informal da Constituição”, com espeque na jurisprudência dos tribunais. Grafou-a nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

- Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

- Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes.

- Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

- A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (STF, HC n. 91.361-SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 23.09.2008 - g.n.).

Cotejando-se esses julgados - que ocupam o papel mais proeminente na base de sustentação da proposta de enunciado (em especial, os dois primeiros) -,

pode-se facilmente observar um choque de concepções. Neste último aresto, resta clarificante o entendimento perfilhado pelo Min. CEZAR PELUSO, no sentido de que a norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB é insubsistente (essa é a expressão da ementa), assim como - e com maior razão - as normas infraconstitucionais que regulavam a hipótese. Propõe, portanto, uma tese de “esvaziamento” da parte final do inciso LXVII do artigo 5º, provavelmente dentro da ideia de “Constituição viva” e de historicidade da *Lex legum* (a que corresponde, segundo J. J. GOMES CANOTILHO, o princípio da força normativa da Constituição²); isso porque, afinal, o Supremo Tribunal Federal não poderia sem mais julgar inconstitucional um preceito - ou parte dele - ditado pelo próprio Poder Constituinte originário. Já naquele primeiro julgado, contrariamente a esse derradeiro, convém atentar para dois aspectos fundamentais.

A uma, e por um lado, o aresto da lavra do Min. AYRES BRITTO faz expressa referência ao artigo 652 do nCC, pelo qual, “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”. E, com efeito, entre as hipóteses de depósito necessário, está a do “que se faz em desempenho de obrigação legal” (inciso I do artigo 647 do nCC), como é o caso do depositário judicial. Realmente, consta do inciso IV do artigo 665 do CPC a previsão legal de nomeação de depositário para os bens penhorados; logo, quem voluntariamente assume esse compromisso, na forma do respectivo termo de depósito ou da própria certidão do oficial de justiça, passa a estar no desempenho de obrigação legal, ordinariamente dimanada do próprio artigo 655 do CPC, sujeitando-se, por essa via, ao regime jurídico dos artigos que regem a matéria no campo civil (627 a 652, no que couber). Noutras hipóteses, mais específicas, a “obrigação legal” estará calcada em outras normas do Código de Processo Civil, como a do seu artigo 188, a do seu artigo 824 (cautelar de sequestro), etc. Mas, em todo caso, “obrigação” (dir-se-ia melhor dever) de natureza legal, a perfazer hipótese de depósito necessário, desde que, na origem, haja interesse do cidadão em assumir as responsabilidades de depositário e, com isso, preservar ou obter a posse dos bens constritos. A partir de então, só por expressa decisão judicial poderá ser liberado de seus deveres para com o juízo; e, para esse fim, o magistrado oficiante deverá considerar, sempre, quais as razões alegadas para o requerimento de destituição.

A duas, e por outro lado, o aresto da lavra do Min. AYRES BRITTO faz concomitante referência ao inciso LXVII do art. 5º da Constituição (= prisão do depositário infiel), o que significa que, naquele voto (aprovado por unanimidade), está subentendida, para algum efeito, a subsistência do permissivo constitucional do artigo 5º, LXVIII, *in fine*, da CRFB. Cai por terra, portanto, a tese do “esvaziamento” desse preceito normativo.

Constata-se, pois, que as teses vazadas num e noutro aresto não são coincidentes. O primeiro considera apenas a legislação infraconstitucional, que teria sido superada, nessa parte, pelo Pacto de San José da Costa Rica (inclusive no Código Civil de 2002, apesar da sua posteridade cronológica); não entrevê,

² Cfr., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 1223-1228; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 39-43.

porém, qualquer esvaziamento na norma constitucional (ao menos explicitamente). O segundo, por sua vez, considera ter havido uma derrogação de conteúdo na norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB. Outrossim, o primeiro cinge-se à hipótese do Decreto-lei n. 911/69 (= alienação fiduciária em garantia), esgrimindo com o princípio da proporcionalidade (i.e., considerando haver, em juízo concreto, um descompasso entre a legislação ordinária e os princípios de liberdade que informam a Constituição, o que corresponde a declarar a desconformidade daquela específica hipótese de prisão civil - a do devedor-fiduciante - com a *law of the land*, i.e., com o devido processo legal substantivo). Com isso - diga-se -, não discordamos, em absoluto.³ A questão é que o segundo julgado, por seu turno, versa tese completamente diversa: na sua perspectiva, qualquer hipótese de prisão civil por infidelidade depositária seria inconstitucional, *in abstracto* e *ab ovo*, independentemente de qualquer juízo concreto de proporcionalidade. Como se nota, os dois arestos encaminham teses bem diferentes (conquanto, na prática, ambos terminem invalidando a restrição à liberdade da pessoa).

Quando, porém, examina-se o teor do 17º Enunciado da PSV n. 03, não se encontram fiapos quaisquer daquela primeira visão de mundo. O enunciado é simplesmente a reprodução da parte final da ementa exarada no RE n. 466.343, que guarda boa distância do pensamento veiculado no RE n. 349.703. E, como sabemos, um dos pressupostos legais para que se edite uma súmula vinculante é, nos termos do artigo 103-A, *caput*, da CRFB (na redação da EC n. 45/2004), que

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (g.n.).

No mesmo sentido, quase dois anos depois, promulgou-se a Lei n. 11.417/2006 - que "regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal" -, cujo artigo 2º, *caput*, praticamente reproduz o texto anterior.

Sendo assim, no âmbito do STF, a existência de reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional (i.e., a existência de iterativa jurisprudência - com mesmo teor semântico - acerca de certo tema constitucional) é condição *sine qua non* para a edição de uma súmula vinculante. *A contrario sensu*, se é notória a divergência de teses (apesar da uniformidade de resultados), o texto de uma das ementas - que abraça uma das teses, em prejuízo parcial daquela outra - jamais poderia dar forma a uma súmula vinculante. Afinal, o que está em jogo é sobretudo a *ratio decidendi* dos julgados, não o seu resultado prático-formal (ou não se trataria de função judiciária, mas de função legislativa discricionária⁴).

³ E, para tanto constatar, veja-se, de nossa lavra, *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*, São Paulo: LTr, 1999, p. 387-411.

⁴ E, nesse sentido, sobre as diferenças ontológicas entre as funções judiciária (= jurisdicional) e legislativa, v., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 81-82.

Bem a propósito, identificando o eixo evolutivo dessas mesmas teses - e, por conta disso, a principal fonte das divergências entre aqueles julgados -, vem à baila o quanto dito pelo Min. GILMAR MENDES, da mesma Corte Suprema, tanto em seu voto no HC n. 87.585-8/TO quanto em recente texto doutrinário.⁵ Para MENDES,

[...] as consequências práticas da equiparação [dos tratados de direitos humanos à Constituição] vão nos levar a uma situação de revogação de normas constitucionais pela assinatura de tratados. [...] O Estado Constitucional não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais (g.n.).

Noutras palavras, fiando-se no paradigma pós-moderno do chamado “Estado Constitucional Cooperativo”, GILMAR MENDES parece caminhar, com certa doutrina, para o reconhecimento de uma condição de supraconstitucionalidade em favor dos tratados de direitos humanos (endossando - ou superando -, nesse aspecto, a tese de CEZAR PELUSO, de CELSO DE MELLO e, outrora, do ímpar VICENTE MAROTTA RANGEL). Isso conduziria, no futuro, a um desdobramento dos estratos de legitimidade de leis sindicáveis junto ao Excelso Pretório (aproximando-nos, aqui, do modelo europeu continental): de um lado, a constitucionalidade de leis; de outro, a convencionalidade de leis. E, nesse encaixe, a aprovação do Pacto de San José da Costa Rica poderia realmente “esvaziar” a parte final da norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB. Observe-se, porém, que essa tese está em franca colidência com aquela perfilhada pelo Min. AYRES BRITTO no RE n. 349.703, em cuja ementa se lê, textualmente, que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos [na espécie, o Pacto de San José] lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna”; o que equivale a ressaltar, adiante, “o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil”. Ou seja: supralegalidade, mas não constitucionalidade ou supraconstitucionalidade do texto convencional (contrapondo-se, pois, à tese de PELUSO). Curiosamente, aliás, é o que também afirmou o próprio Min. GILMAR MENDES, mas agora no RE n. 466.343, assegurando que os tratados sobre direitos humanos aprovados sem o rito do artigo 5º, § 3º “seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade” (g.n.).

⁵ Cfr. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF, in *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, Conjur, 10.04.2009, p. 01-19 (<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal> - acesso em 22.07.2009).

Cite-se, enfim, o quanto ementado no próprio HC n. 87.585, da relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, que praticamente renunciou essa mudança de rumos⁶, logo após a edição da EC n. 45/2004. Nesse *habeas*, decidiu-se, na linha do quanto decidido pelo Min. AYRES BRITTO (mas alguns anos antes), o seguinte:

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel (ementa oficial - g.n.).

Noutro trecho:

[...] 2. Surge a relevância do que articulado. Se, de um lado, é certo que a Carta da República dispõe sobre a prisão do depositário infiel - artigo 5º, inciso LXVII -, de outro, afigura-se inaplicável o preceito. As balizas da referida prisão estão na legislação comum e, então, embora a norma insere no artigo 652 do Código Civil seja posterior aos fatos mencionados, o mesmo não ocorre com a disciplina instrumental prevista no Código de Processo Civil (STF, HC n. 87.585, Min. MARCO AURÉLIO, j. 20.12.2005 [liminar] - g.n.).

Neste último excerto, sustenta-se claramente - quiçá numa terceira perspectiva - que, a uma, não houve revogação ou “esvaziamento” da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB, mas apenas uma condição *sui generis* de ineficácia pela revogação da legislação infraconstitucional (e, muito particularmente, das normas do Código de Processo Civil que se aplicariam à matéria), em face do advento do Pacto de San José⁷; logo, o julgado não compartilha, em absoluto, da ideia de constitucionalidade ou supraconstitucionalidade da norma do artigo 7º, 7, do Pacto, a ponto de seguir citando o permissivo constitucional, para depois considerá-lo apenas “inaplicável” no atual contexto. A duas, a referência à

⁶ Isso porque, até o final da década de noventa, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça afirmavam a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e a própria recepção constitucional do Decreto-lei n. 911/69 (= alienação fiduciária em garantia), reconhecendo a legitimidade das prisões declaradas mesmo em figuras contratuais equiparadas à do depósito contratual ou necessário (cfr., *e.g.*, STF, HC n. 72.131, j. 23.11.1995; STF, HC n. 73.044-2, 20.09.1996; STJ, RMS 3.623/SP, 29.10.1996). Pontuávamos então a nossa divergência, na obra citada, quanto à condição específica do devedor fiduciante e à ilegitimidade de sua prisão, mercê do Pacto de San José e de outros argumentos (cfr. *Tratado...*, p. 392-398).

⁷ Ou, como bem resumiu o Min. AYRES BRITTO nos debates orais (dirigindo-se ao Min. CELSO DE MELLO):

Gostaria muito de saber a opinião de Vossa Excelência, porque o Ministro Marco Aurélio emite um voto conceitual, defende a tese jurídica de que a Constituição, no particular, não é autoaplicável, não consubstancia uma norma de eficácia plena quando excepciona a prisão civil. A proibição é a regra, mas há duas exceções que, segundo o Ministro Marco Aurélio, não são operantes, dependem de lei (g.n.).

posteridade da norma do artigo 652 do nCC - que AYRES BRITTO reputaria inaplicável no RE n. 349.703 -, em contraponto com a superação das normas processuais civis pertinentes (artigos 902, 904 e 905 do CPC), sugerem, *a contrario sensu*, que o Min. MARCO AURÉLIO sequer supôs a supralegalidade do tratado, mas tão-só a sua legalidade (em grau ordinário), a ponto de se submeter à regra geral de sucessão de leis no tempo, *ut* artigo 2º, § 1º, da LICC (*lex posterior derogat priori*). É, ademais, como pensava a doutrina majoritária ao tempo da ratificação executiva do Pacto de San José da Costa Rica.⁸ A ser assim, nessa terceira perspectiva (mera legalidade), bastaria apenas editar uma nova disciplina legal-processual, para que a norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB recobrasse os seus efeitos no plano da eficácia. E, de certo modo, essa nova disciplina processual foi provida com a edição da Lei n. 11.382/2006 - posterior à aprovação interna do Pacto de San José e ao próprio aresto supra -, que incluiu, no artigo 666 do CPC, o seu § 3º, assim ditado:

A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito (g.n.).

Assim, o legislador autonomizou a ordem de prisão civil por infidelidade depositária judicial, desvinculando-a do procedimento especial regulado entre os artigos 901 a 906 do CPC (resolvendo, dessarte, longa celeuma doutrinária). Isso significa que, a seguir o raciocínio do Min. MARCO AURÉLIO, e mesmo se derogadas/ab-rogadas algumas daquelas normas de rito da ação de depósito (porque anteriores ao Pacto de San José), a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz segue possível, independentemente do que se passe hoje com o depositário contratual ou necessário (não-judicial); e segue possível pela expressa vontade do legislador ordinário, declarada ulteriormente ao Decreto n. 678/92.

Por tudo isso, é certo haver, ao menos, duas teses distintas reunidas, de modo indiferenciado, como *ratio decidendi* do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 (se não mais). A divergência interna, a sugerir ainda a necessidade de amadurecimento das teses, foi inclusive explicitada pelo Min. RICARDO LEWANDOSKY no mesmo HC n. 87.585.⁹ Apenas essa circunstância, a nosso ver, já desautoriza formalmente a aprovação de súmula vinculante, em qualquer sentido, mercê da hipótese de admissibilidade do *caput* do artigo 103-A da CRFB e do *caput* do artigo 2º da Lei n. 11.417/2006.

Mas não é só. A questão da supralegalidade remete-nos a outro nível de discussão, que passo a explorar nos dois próximos itens.

⁸ Nesse sentido, veja-se, por todos, REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104-105. *In verbis*: "A prevalência de que fala essa tópica é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam" (g.n.).

⁹ *In verbis*: "Recentemente, eu trouxe um *habeas corpus* entendendo constitucional e legal a prisão decretada contra o depositário infiel, na esteira da jurisprudência consolidada da Casa. Mas eu estaria aberto a eventual mudança" (p. 244, g.n.).

II.c. A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do § 3º do artigo 5º da CRFB

Pode-se - e deve-se - reconhecer a constitucionalidade e a legalidade da prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz (sem prejuízo das teses de ilegitimidade da prisão civil nos casos de equiparação legal, como na alienação fiduciária em garantia e nas cédulas hipotecárias, às quais acedemos). E há de ser assim por ao menos duas vias distintas de argumentação (= abordagem): a abordagem jurídico-formal e a abordagem jurídico-semântica. Trataremos da primeira neste tópico e no seguinte; e da segunda, no tópico "II.e".

No plano jurídico-formal, vem à baila a questão da hierarquia dos tratados após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004. Como se sabe, após a Emenda, o artigo 5º da *Lex legum* passou a contar com dois parágrafos relativos ao regime jurídico dos direitos humanos fundamentais, a saber:

[...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (parágrafo acrescido pela EC n. 45/2004).

E, a respeito de tais preceitos, assim se pronunciou, entre tantos, o eminente JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰:

Esse § 3º inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 regula ou interpreta a segunda parte do § 2º quando admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio - recepção, essa, que gerou controvérsia quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina - que tinha meu apoio - sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quorum* exigido para a formação de normas constitucionais. Não é o caso de discutir, agora, o acerto ou o desacerto dessas posições, uma vez que a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando esse § 3º ao art. 5º, deu solução expressa à questão no sentido pleiteado por essa última corrente doutrinária. Temos aí um § 3º regulando interpretativamente cláusula do § 2º, a dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos só se incorporarão ao Direito interno com o *status* de norma constitucional formal se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso Nacional os referenda (art. 49, I) forem aprovados com as mesmas exigências estabelecidas no art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais [...]. A diferença importante está aí: as normas

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179.

infraconstitucionais que violem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo ingressam no ordenamento interno no nível de lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral (g.n.).

O lente do Largo São Francisco supõe, portanto, que a função constitucional do § 3º é a de interpretar o § 2º, de modo que, em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a incorporação do direito internacional com *status* constitucional (§ 2º) dependeria, necessariamente, da aprovação pela devida forma do § 3º. Sendo assim, duas seriam, para o nosso caso, as necessárias conclusões: (a) a parte final do § 2º seria dispensável - ou, mais, não teria razão de ser -, pois a incorporação de direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil fosse parte far-se-ia mesmo nos termos do § 3º; (b) o Pacto de San José da Costa Rica jamais poderia gozar de constitucionalidade (ou, com maior razão, de supraconstitucionalidade), já que foi referendado pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo aprovado por *quorum* simples, sendo a seguir ratificado por decreto do Poder Executivo.¹¹ Assim, a interpretação vazada nos arestos cujas ementas foram transcritas acima (Ministros CEZAR PELUSO, AYRES BRITTO, GILMAR MENDES, MARCO AURÉLIO) não seria possível, em absoluto: mercê do nível constitucional da norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB - e, bem assim, da posteridade das normas do artigo 652 do nCC e do § 3º do artigo 666 do CPC (ambas constantes de textos promulgados após a ratificação executiva do Pacto de San José) -, a prisão civil do depositário infiel seguiria legítima e factível, ao menos nas hipóteses de infidelidade depositária judicial.

E nem se diga, a propósito, que a prisão civil do depositário judicial infiel não seria possível - apesar da posteridade do artigo 652 do nCC e do § 3º do artigo 666 do CPC -, dada a supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos (fiando-se na leitura do Min. AYRES BRITTO, *supra*). A bem se ver, esse pensamento termina conferindo aos tratados de direitos humanos, na prática, o poder de sustar indefinidamente a eficácia da norma constitucional, porque não há, no ordenamento interno brasileiro (artigo 59 da CRFB), qualquer espécie

¹¹ Na verdade, até hoje - passados cinco anos da chamada "Reforma do Poder Judiciário" (= EC n. 45/2004), ou de sua primeira fase -, editou-se um único decreto legislativo com força de emenda constitucional (hipótese do § 3º do artigo 5º da CRFB). Trata-se do Decreto Legislativo n. 186, de 09.07.2008, que "aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007". Mesmo aí, aliás, já há diversos aspectos polêmicos para os quais a doutrina não atinou, como, p. ex., a constitucionalização de princípios gerais de interpretação e aplicação dos direitos humanos - universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação (item "c" do Preâmbulo) - que, antes do Decreto-lei n. 186/2008, eram princípios meramente doutrinários; agora, integram nominalmente a ordem constitucional, por constarem expressamente do item "c" do Preâmbulo da Convenção de Nova Iorque (e, sobre a eficácia normativa dos preâmbulos constitucionais, muito tem a nos dizer o constitucionalismo francês).

legislativa que esteja “entre” a Constituição e as leis (inclusa a lei complementar, que também é lei). Logo, a norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB só poderia ser “revivida”, no plano da eficácia, por algum outro tratado internacional, que a seu modo dispusesse sobre ritos para a prisão civil de depositários infieis nos países signatários.

Mas isso configuraria, na prática, a ab-rogação da norma do artigo 7º, 7, do Pacto de San José, o que nos levaria a concluir que, de todo modo, a possibilidade jurídica de prisão civil do depositário infiel (inclusive o judicial), no plano interno, dependeria necessariamente da revisão da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apesar da subsistência de norma constitucional válida. Ou seja: “supralegalidade” com efeitos cabais de constitucionalidade (ou mesmo de supraconstitucionalidade, a se supor que a norma do artigo 7º, 7, do Pacto esteja albergada pela cláusula de indenidade do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB) - o que significaria, para todos os fins, ofensa oblíqua à norma do § 3º do artigo 5º da CRFB, por inobservância da devida forma ali estatuída.

Tampouco se diga, outrossim, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ter-se-ia incorporado imediatamente à Constituição da República, simplesmente porque aprovada e ratificada antes do advento da EC n. 45/2004. A valer o magistério de AFONSO DA SILVA, o novel § 3º do artigo 5º não fez mais que interpretar a norma do § 2º, perfilhando uma das teses que até então se digladiavam. Se houve, pois, mera interpretação autêntica (ou semi-autêntica, considerando-se que a composição do Parlamento em 2004 já não correspondia à da Assembleia Nacional Constituinte de 1987), e não inovação de regime constitucional, a norma do artigo 5º, § 2º, não pode ser interpretada em desconformidade com o seu atual § 3º, antes ou depois de dezembro de 2004. No mínimo, a nova regra teria restringido efeitos de textos normativos internacionais que, antes de 2004, tenham sido diretamente recepcionados com *status* constitucional, sem *quorum* qualificado. E, a rigor, desautoriza a vontade do legislador qualquer exegese que - a pretexto de reger o direito intertemporal - estabeleça no tempo, sob a égide da mesma Constituição, dois regimes diversos e sucessivos de incorporação de direitos humanos fundamentais constantes de convenções ou tratados internacionais (mesmo porque, nessa matéria, o regime de garantias é imutável, *ut* artigo 60, § 4º, IV). Haveria que se reconhecer, no limite, a inconstitucionalidade do próprio artigo 5º, § 3º, de que não se cogita e nem se cogitará.

II.d. A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política

Há, porém, um segundo modo de pensar a questão, reconhecendo relativa autonomia às normas dos §§ 2º e 3º da CRFB e permitindo, em tese, importações normativas diretas, sem o especial processo legislativo do § 3º. É o modo que perfilhamos, já que a boa regra de Hermenêutica sugere, desde os tempos da CARLOS MAXIMILIANO (e antes dele), que a lei - e tanto menos a Constituição - não tem palavras inúteis. Entretanto, nem mesmo por esse modo chega-se àquele resultado que o Enunciado n. 17 da PSV n. 03 pretende condensar. Vejamos.

Por essa segunda visão, deve-se entender que existem hoje dois regimes possíveis de recepção das normas internacionais de direitos humanos (que,

diga-se, não são sucessivos, mas concomitantes, antes ou depois do advento da EC n. 45/2004 e do novel § 3º, considerando-se a sua função meramente explicativa). Ambos têm expressa ancoragem constitucional.

O primeiro regime dá-se por derivação principiológica imediata, lastreado na norma do artigo 5º, § 2º. Por ele, princípios imanentes a tratados ou convenções internacionais são imediatamente incorporados ao rol de direitos e garantias individuais, tornando-se desde logo cognoscíveis e sindicáveis judicialmente. Insista-se, porém, que - pela própria letra constitucional (“[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) - tal regime de recepção só serve aos princípios (i.e., às normas dotadas de conteúdo imediatamente axiológico, máxima abstração e caráter normogénico); não serve às regras que, mediante comandos mais concretos, densificam aqueles princípios.

O segundo regime dá-se por derivação vinculada a ato de legitimação congressual (com *quorum* de emenda constitucional), lastreado, hoje, na norma do artigo 5º, § 3º. Nesse caso, o texto normativo internacional incorpora-se por inteiro, em nível constitucional, mas não antes do devido processo legislativo, que equivale aos das emendas (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros).

Assim admitido (como admitimos), a pergunta subsequente é por si evidente. No caso do Pacto de San José da Costa Rica (OEA, 22.11.1969; Decreto n. 678/92), qual é - ou foi - o regime de recepção? O seu texto - e muito particularmente a norma do seu artigo 7º, n. 7 - ingressa ou pode ingressar à ordem jurídica constitucional por derivação principiológica ou vinculada? E a resposta, em nossa opinião, não pode ser outra: por derivação vinculada. Duas razões essenciais nos justificam.

1. A garantia subjacente ao debate é a própria liberdade de ir e vir (cujo preceito encerra, ao mesmo tempo, norma-princípio e norma-regra, ante o *Doppelcharakter* de R. ALEXY¹²), que, mercê da sua própria natureza, admite limitações e concreções por obra do legislador ordinário (que, diga-se, não estão circunscritas à hipótese de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado; vejam-se, p. ex., as hipóteses de prisões cautelares processuais penais¹³ e de prisões administrativas¹⁴). O mesmo há de valer, por lógica e imitação, para o anunciado princípio da “não-detenção por dívidas”, vazado no artigo 7º, 7, do Pacto

¹² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, p. 122-125.

¹³ Que, na legislação em vigor, admitem nada menos que cinco espécies: a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão em flagrante delito, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (esta última abalada, recentemente, pelo quanto decidido no HC n. 84.078/MG, j. 05.02.2009, em voto da relatoria do Min. EROS GRAU, que legitimou tal restrição apenas se presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP - o que significa, na prática, reduzir a última hipótese à primeira).

¹⁴ No Brasil, ainda hoje, vejam-se as hipóteses das prisões cautelares administrativas do extraditando, do expulsando ou do deportando, para fins de extradição, expulsão ou deportação, vazadas respectivamente nos artigos 81, 69 e 61 da Lei n. 6.815/80.

de San José. E as exceções a ambos os princípios - sendo este último uma especialização daquele primeiro - são inscritas no sistema por normas-regra, já não por (contra-) princípios. Logo, as hipóteses de admissibilidade de prisão civil *lato sensu* - que são as exceções ao princípio da não-detenção por dívidas - perfazem normas-regra (com menor grau de abstração e sem potencial normogenético), não normas-princípio. Ora, somente estas - as normas-princípio - admitem recepção constitucional direta, independentemente de ato de legitimação política no plano interno, nos termos do § 2º do artigo 5º da CRFB (supra); conseqüentemente, aquelas - as normas-regra (como são as que excetam o princípio da não-detenção por dívidas na ordem constitucional, concretizando as hipóteses excepcionais de admissibilidade de prisão civil) somente podem ser introduzidas no estamento constitucional pela via legislativa estrita, i.e., pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CRFB.

2. O próprio Poder Constituinte originário ressalvou a possibilidade de prisão do depositário infiel, juntamente à do alimentante inadimplente, com a promulgação da Carta em 05.10.1988. Logo, há manifesta incompatibilidade entre normas internacionais que a proibam e o regime constitucional democraticamente instituído, de modo que, no plano político, somente um ato congressual re-legitimador teria idoneidade bastante para subverter a vontade constituinte originária. Para tais casos, o regime de recepção há de ser necessariamente o do § 3º do artigo 5º da CF (= votação qualificada).

Por conseguinte, somente com a aprovação do Pacto de San José por cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, poder-se-ia obter o alardeado "esvaziamento" da norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CF. Caberia, assim, ao próprio Poder Legislativo - e não ao Poder Judiciário (*venia concessa* da tese de "mutação informal da Constituição"¹⁵) - reescrutinar a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, para então (re)aprová-la mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (artigo 5º, § 3º). Até lá, o único controle constitucional possível das prisões civis legalmente postas com fundamento no permissivo do artigo 5º, LXVII (*in fine*) dar-se-á, necessariamente, pela via da proporcionalidade (i.e., por juízos concretos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁶, que não se emitem *in abstracto* - como encaminha o Enunciado n. 17 da PSV n. 03 -, mas sempre para cada caso concreto). É, aliás, o que sinaliza o voto do Min. AYRES BRITTO (supra), que esgrime diretamente com o princípio da proporcionalidade para assim afastar - com toda razão - a possibilidade de prisão civil de devedor-fiduciante.

Nessa ordem de ideias, não tendo sido incorporado ao sistema constitucional pela via do § 3º do artigo 5º da CRFB, o Pacto de San José - ou, ao menos, a norma de seu artigo 7º, 7 (que potencialmente revogaria parte do texto do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB) - resta reconhecer, quando muito, a sua suprallegalidade,

¹⁵ HC n. 91.361, rel. Min. CELSO DE MELLO (supra).

¹⁶ Cfr., por todos, HESSE, Konrad. *Grundzüge ds Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1970, p. 28-29 e 132 e ss.

mas sempre “abaixo da Constituição”, como encareceu o mesmo AYRES BRITTO (RE n. 349.703). E, nesse caso, a regra do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB jamais poderia ser tsnada, em abstrato, por aquela convenção.

É, a propósito, o que recentemente declarou, com todas as letras, o renomado constitucionalista INGO WOLFGANG SARLET¹⁷, ao sustentar que, nesse particular, as decisões do STF são contraditórias. Como visto, a própria ementa do RE n. 349.703 (Min. AYRES BRITTO), como também a ementa do HC n. 87.585 (Min. MARCO AURÉLIO), ou o voto do Min. GILMAR MENDES no RE n. 466.343 esclarecem que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos - considerando-se, aqui, os que não estão aprovados nos termos do § 3º do artigo 5º da CF - situam-se abaixo da Constituição, embora acima da legislação interna. E, sabe-se bem, é a própria Constituição que ressalva a prisão civil do depositário infiel. Se a sua hierarquia é supralegal, mas infraconstitucional, então não poderia haver qualquer “esvaziamento” da norma constitucional; e tanto menos uma condição de ineficácia pela derrogação das normas infraconstitucionais anteriores (HC n. 87.585), considerando-se a autonomia de ritos decretada pela Lei n. 11.382/2006 (§ 3º do artigo 666 do CPC) e a posteridade do novo Código Civil (artigo 652).

Já no campo jurisprudencial, em sentido muito similar, importa referir, entre tantas, a paradigmática ementa do Des. FREIRE PIMENTA, do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, lavrada nos seguintes termos:

Não se afigura ilegal ou abusiva a ordem judicial restritiva da liberdade, fundada na condição de depositário infiel dos bens penhorados, quando constatado que o paciente deixou de atender à determinação judicial de que fosse colocado à disposição do Juízo da execução o bem penhorado que estava sob sua guarda. Os tratados e convenções internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, [...], ainda que lhes seja atribuída a estatura de norma supralegal (ou seja, com *status* superior ao de toda a legislação infraconstitucional interna), não têm força suficiente para revogar as normas expressas da própria Constituição de 1988, instituídas por uma Assembleia Nacional Constituinte. Sendo certo, por outro lado, que aquele Pacto não foi aprovado, em 1992, com o procedimento legislativo e o *quorum* qualificado previsto para a aprovação das emendas constitucionais no § 3º do mesmo preceito constitucional, introduzido pela EC n. 45/2004, não tendo, pois, estatura a estas equivalente, [...]. Tal conclusão se torna ainda mais necessária nos casos em que o débito injustificadamente inadimplido, embora de origem trabalhista, constitui obrigação de natureza alimentícia (enquadrando-se, assim, na primeira exceção do preceito constitucional em discussão e na única exceção admitida pelo próprio Pacto de San José da Costa Rica) e teve a garantia de sua satisfação em Juízo destruída pela conduta ilícita do depositário infiel de bem regularmente penhorado em processo trabalhista. Tratando-se de confronto entre princípios e garantias constitucionais, é necessário encontrar um resultado interpretativo que, na prática e em cada caso, não esvazie por completo o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, de estatura igualmente constitucional.

(TRT-3ª R., 00480-2009-000-03-00-9-HC, rel. Des. JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, j. 05.05.2009 - g.n.)

¹⁷ Cfr. *Anais do XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional* (IBDC), 2009.

Como se vê, em precisa e oportuna reflexão, FREIRE PIMENTA traz à consideração todos os valores constitucionais imbricados com a questão - *ius libertatis* (*caput* do artigo 5º da CRFB), dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da CRFB), soberania nacional (inciso I do artigo 1º da CRFB), efetividade da jurisdição (inciso LIV do artigo 5º da CRFB), caráter alimentar dos salários e afins (§1º-A do artigo 100 CRFB) - para, em juízo concreto de proporcionalidade (como deve ser, até que o Congresso Nacional reescrutine o Pacto de San José nos termos do § 3º do artigo 5º da CRFB), compreender que, na hipótese de depositários judiciais infieis que têm condições de apresentar o bem constrito ou de substituí-lo pelo importe equivalente, a natureza alimentar do crédito exequendo (como ocorre, de regra, na execução trabalhista - o que inclusive a aproxima, *per analogiam*, do próprio permissivo do artigo 7º, 7, do Pacto), associada à necessidade de se conferir efetividade à execução trabalhista (exatamente por aquele recorrente caráter alimentar), justificam a inflexão do princípio da não-detenção por dívidas, no marco do permissivo constitucional (artigo 5º, LXVII, *in fine*). O que permite afirmar que, no Processo do Trabalho, mercê do tipo de crédito a satisfazer (§ 1º-A do artigo 100 da CRFB) e da usual hipossuficiência econômica dos credores, a manutenção da possibilidade de prisão do depositário judicial infiel - quando possível a devolução da coisa ou a sua substituição pecuniária - é medida de inteiro rigor e justiça, em estrito juízo concreto de proporcionalidade (= *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*).

II.e. A questão da natureza jurídica da prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz: *contempt of court*

Já no plano jurídico-semântico, deve-se ter em conta que, no caso do depositário judicial (i.e., daquele que consensualmente aceita a coisa em depósito, no curso de processo judicial e na forma do inciso IV do artigo 665 do CPC), a infidelidade não consubstancia apenas inadimplência creditícia. Consubstancia também - e sobretudo - ato atentatório à autoridade do juiz e à dignidade do Poder Judiciário (desafiando, a par da própria prisão, a sanção processual do artigo 601 do CPC - multa não superior a 20% do débito atualizado em execução -, estabelecida "sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material"). A isso corresponde, no direito anglo-saxônico, a figura do *contempt of court*.

Com efeito, a prisão do depositário infiel, tal como prevista no artigo 5º, LXVII, *in fine*, não é, no caso de depósitos judiciais assumidos consensualmente por sujeito economicamente capaz, uma mera prisão civil por dívidas. Tutela também a autoridade do magistrado e a dignidade do Poder Judiciário, que dizem com o próprio princípio da segurança jurídica (*caput* do artigo 5º da CRFB). Afinal, não é à toa que a autoridade dos julgados é um dos princípios sensíveis da Carta Constitucional de 1988 e de todo e qualquer Estado de Direito (a ponto de autorizar, entre nós, a intervenção federal e estadual, nos termos dos artigos 34, VI, e 35, IV, da CRFB).

Daí ser possível, razoável e necessário entrever, na prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, hipótese assemelhada à prisão por *contempt of court* assim admitida, com grande liberalidade, na pátria-mãe das democracias republicanas (i.e., nos Estados Unidos da América) e em outros muitos Estados

Democráticos de Direito - que, sobre serem democráticos (e antes mesmo disso), são também de Direito.

O que nos obriga a um breve olhar sobre o instituto do *contempt*, para melhor entendimento.¹⁸

A sua origem histórica radica no Direito Romano (em especial durante a fase da *cognitio extraordinaria*); e, por meio dele, no direito inglês medieval. Na Inglaterra do século XIII, seguindo-se de perto o modelo romano das *legis actiones*, criava-se um *writ* para cada espécie de violação de direitos dos súditos (para se chegar, somente em 1679, ao *Habeas Corpus Amendment Act*). Entretanto, quando não havia um *writ* para determinado caso, não restava ao súdito senão reclamar a clemência do rei, fazendo-o perante a *Chancery* (que, segundo LIMA GUERRA, atuavam como “cortes de consciência”¹⁹). Provia-se ali a tutela específica das obrigações, a ponto de se conduzir o réu à prisão, caso se recusasse a cumprir o que lhe determinava a decisão do *chancellor* (estando, nesse caso, *in contempt of court*, dizendo-se dele a *contemnor*²⁰); e ali permaneceria, sob a autoridade do rei, até que resolvesse obedecer ao quanto determinado. Pode-se bem dizer que essas ações afirmativas desempenharam um papel relevante - senão vital - na construção, entre os ingleses, da ideia de um “poder” judiciário (que, no futuro - *Act of Settlement*, 1701 -, chegaria a amearhar garantias de independência em face da própria Coroa).

Em Portugal - e, por extensão, no Brasil -, as Ordenações Filipinas já previam, entre nós, instituto com efeitos semelhantes (Livro V, Título 128). Eram as “cartas de segurança”, que traziam consigo o germe da nossa jurisdição mandamental: se desobedecidas pelo destinatário, poderiam sujeitá-lo à prisão. Mas o legislador republicano abdicou dessa tradição, sobretudo por influência do direito francês. O que não significa, por outro lado, que a prisão por *contempt of court* seja estranha ao nosso sistema: não é, nem histórica, nem positivamente, como se dirá.

Antes, porém, interessa afinal conceituar o instituto. Seguindo CRUZ E TUCCI²¹, que se reporta a HOZARD e M. TARUFFO,

[...] a expressão *contempt of court* designa em termos gerais a recusa em acatar a ordem emitida por uma corte de justiça. Como consequência desse comportamento, o destinatário da ordem pode sofrer uma sanção pecuniária ou restritiva de liberdade, dependendo da gravidade do *contempt*, sempre com o intuito de constranger a parte a cumprir a determinação judicial [...].

¹⁸ Cfr. BORTOLUZZI, Roger Guardioli. Sanção por descumprimento de ordem judicial, *in Páginas de direito*, José Maria Tesheiner, Mariângela Milhóranza (org.), Porto Alegre, [s.e.], 2009 (http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2003/sancaopordescumprimentodeordemjudicial_roger.htm, ISSN 1981-1578 - acesso em 23.07.2009). O texto é fruto das pesquisas do autor para sua dissertação de mestrado e nele se baseia parte das informações que se seguem abaixo.

¹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87-89.

²⁰ Para o dado histórico e a terminologia, cfr., por todos, “*Contempt Power, Judicial*”, *in Encyclopedia of the american constitution*, Earl C. Dudley Jr., Woodbridge, Macmillan Reference, 2000, p. 671-672. Para uma visão menos técnica (e acidamente crítica), v. Rik Scarce, *Contempt of Court: A Scholar's Battle for Free Speech from behind Bars*, Walnut Creek, Altamira Press, 2005, *passim*.

²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-20 (g.n.).

É sanção processual que, diga-se, não se limita às partes. O próprio CRUZ E TUCCI, adiante, esclarece que a responsabilização pelo *contempt of court* pode recair sobre o litigante “ou outro integrante do processo”, razão pela qual se exige “uma ordem que imponha especificamente a quem é dirigida uma obrigação de fazer ou de abster-se de fazer.”²²

No que toca à tipologia, a doutrina norte-americana conhece duas modalidades de *contempt of court*, a saber, o *civil contempt of court* (que é praticada por litigante ou terceiro em detrimento de uma das partes no processo) e o *criminal contempt of court* (bem mais grave, é praticada por litigante ou terceiro em detrimento da própria autoridade judiciária). Distingue-se ainda entre o *contempt of court* direto (praticado na presença da autoridade, durante os procedimentos judiciais) e o *contempt of court* indireto (a que corresponde o descumprimento de ordens judiciais fora das dependências da própria corte e/ou sem a presença da autoridade judiciária).²³

E no Brasil hodierno, à luz da legislação em vigor e da própria Constituição de 1988? Admite-se a figura da prisão por *contempt of court*?

Não temos dúvidas de que sim (embora de modo extremamente casuístico). Vejamos.

Do ponto de vista principiológico, há uma indiscutível compatibilidade do instituto com princípios estruturantes - notadamente o princípio do Estado de Direito²⁴ (como visto) - e também com princípios instrumentais - notadamente o princípio da cooperação processual²⁵ (de que é corolário o dever de lealdade) e do acesso à

²² *Idem, ibidem.*

²³ Cfr., para a distinção, o sistema *Wex* do *Legal Information Institute* (LII) da *Cornell University Law School* (http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_indirect; http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_direct - acessos em 23.07.2009).

²⁴ Pode-se enunciar o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) como o estado de soberania das leis, não da vontade das partes (João Paulo II, *Centesimus Annus*, n. 44); mas entre as suas dimensões essenciais geralmente se destacam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, o que inclui, em relação aos atos jurisdicionais, a estabilidade ou eficácia *ex post* dos julgados. Ou, como decidiu o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal em 13.11.2007 (Ac. n. 0164-A/04),

o princípio do Estado de Direito concretiza-se através de elementos retirados de outros princípios, designadamente, o da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, [...] Os citados princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança assumem-se como princípios classificadores do Estado de Direito Democrático, e que implicam um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas a que está imanente uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado (<http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/29199184>, <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>, acesso em 24.07.2009 - g.n.).

Em suma, não há Estado de Direito onde as decisões jurisdicionais do Estado-juiz não se cumprem ou podem ser facilmente rechaçadas por expedientes extrajudiciais.

²⁵ Sobre o princípio da cooperação processual e suas implicações, veja-se, de nossa lavra, *Direito à Prova e Dignidade Humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*, São Paulo: LTr, 2007, *passim* (em especial o capítulo I).

justiça²⁶ (em sentido material).

De lege lata, temos já a positivação geral do instituto, em versão abrandada, tanto no artigo 600 do CPC (atos atentatórios à dignidade da Justiça) - notadamente em seu inciso III (resistência injustificada às ordens judiciais) -, com as sanções do artigo 601 (que, insista-se, ressalva as “outras sanções de natureza processual ou material”)²⁷, como também, mais recentemente (Lei n. 10.358/2001), no parágrafo único do artigo 14 do mesmo Diploma que sanciona precisamente os vários modos de se frustrar o dever de cooperação processual (por partes ou terceiros, nos termos dos artigos 340 e 341 do CPC).

E, não bastasse, em casos específicos, houve mesmo a previsão legal de restrições de liberdade em detrimento de quantos desafiem a autoridade do juiz ou, em casos específicos, as suas obrigações legais diretas (sem que jamais se tenha arguido seriamente qualquer inconstitucionalidade a tal respeito). São (ou foram), sem dúvida, hipóteses especiais de prisão por *contempt of court* que a Constituição da República de 1988 recepcionou. Vejamo-las:

(a) a prisão civil de emitente, sacado ou aceitante que se recusar a restituir título requisitado judicialmente, desde que haja prova da efetiva entrega do título e da recusa de devolução (artigos 885²⁸ e 886 do CPC);

²⁶ Sobre as dimensões formal e material do princípio de acesso à justiça, cfr., por todos, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, *passim*.

²⁷ Nesse sentido, identificando hipótese de *contempt of court* na norma do artigo 600 do Código de Processo Civil, veja-se, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p.178; e, do mesmo autor, *A reforma do código de processo civil*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, *passim* (comentando, à época, a alteração do artigo 601 pela Lei n. 8.953/94).

²⁸ *In verbis*:

O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução (g.n.).

É, de todos, o exemplo mais eloquente a fundar a tese.

²⁹ *In verbis*: “Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem” (g.n.). Veja-se que não se trata necessariamente de prisão em flagrante delito (artigo 302 do CPP), até porque não se referem às demais hipóteses legais desse tipo de prisão cautelar (incisos II a IV), nem tampouco se discriminam entre pessoas capazes ou incapazes. A melhor exegese, portanto, é a de que a prisão é civil e tem por objetivo permitir a penhora e/ou a apreensão dos bens, neutralizando a ação contrária do recalcitrante (logo, seria melhor a expressão “detenção” e não “prisão”). Ao depois, lavrado o auto de resistência pelos oficiais de justiça (artigo 663, 1ª parte) e feita a entrega da pessoa à autoridade policial (artigo 663, *in fine*), caberá a esta proceder conforme a lei: (a) se houver crime que admita a prisão processual penal em flagrante delito (como, e.g., no delito de coação no curso do processo, *ut* artigo 344 do CP), ouvirá o detido, o condutor e as testemunhas (artigo 304 do CPP), lavrará o auto de prisão em flagrante, recolherá a pessoa e encaminhará o auto à autoridade judicial (podendo arbitrar a fiança, nos delitos punidos com detenção; do

(b) a prisão civil por resistência à ordem de constrição vazada em mandado, prevista no artigo 662 do CPC²⁹;

(c) a prisão civil (ou “administrativa”³⁰) do falido ou do síndico resistente ao cumprimento de ordens judiciais (artigos 35, 37, 60, § 1º e 69, § 5º, todos do Decreto-lei n. 7.661/45, em vigor até dezembro de 2004, mas abolidos com a Lei n. 11.101/2005, que manteve apenas a hipótese do artigo 99, VII³¹).

Nada obsta, portanto, que se reconheça, para o processo judicial em geral - e, muito particularmente, para o Processo do Trabalho (dada a recorrente natureza

contrário, aguardará que a autoridade judicial criminal o faça, *ut* artigo 322, parágrafo único, CPP); (b) se se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei n. 9.099/95) - modalidade que hoje abarca todas as *fattispecies* em que o réu se livra solto (artigo 321 do CPP) -, como ocorre na desobediência (artigo 330 do CP), no desacato (artigo 331 do CP) e na própria resistência simples (artigo 329 do CP), o delegado lavrará o termo circunstanciado, colherá o compromisso de comparecimento perante a autoridade judicial criminal e liberará o detido; (c) no caso de menor ou incapaz, convocará os pais ou responsáveis e lhes confiará o detido, documentando o fato.

³⁰ Dizia-se, antes de 1988, da «prisão administrativa» do falido, com o declarado propósito de “compelir o paciente ao cumprimento de obrigações” legais (cfr. STF, RHC 60142/SP, rel. Min. RAFAEL MAYER, j. 03.09.1982). Sob a égide da Constituição de 1967/1969, chegou-se mesmo a afastar uma arguição de inconstitucionalidade desse tipo de prisão (STF, RHC 54694/RJ, rel. Min. THOMPSON FLORES, j. 27.08.1976). E, mesmo após a promulgação da Carta de 1988, o Supremo seguiu admitindo-a em tese, nos termos do Decreto-lei n. 7.661/45, como se constata na seguinte ementa (julgamento de 24.05.1994):

Falência de instituição financeira precedida de liquidação extrajudicial pelo Banco Central: inadmissibilidade da prisão administrativa do ex-liquidante, com base nos arts. 35 e 34, V, da Lei de Falências, porque supostamente equiparado ao falido, por força do art. 191 daquele diploma ou do art. 25 e parágrafo da Lei 7.492/86. 1. São figuras inconfundíveis a do liquidante, órgão de sociedade comercial em liquidação e, por isso, equiparado ao falido pelo art. 91 da Lei de Falências, e a do liquidante, órgão do Banco Central na liquidação extrajudicial de instituições financeiras, que o art. 34 da L. 6.024/74 adequadamente equipara, não ao falido, mas ao síndico da falência. 2. Também no art. 25, parágrafo único, da Lei 7.492/86, para o efeito de atribuir-lhes responsabilidade penal pelos crimes nela definidos, o que se contém é a assimilação, logicamente congruente, do liquidante das financeiras ao síndico, não a sua equiparação ao falido, substancialmente arbitrária; por outro lado, a regra é de incidência restrita à lei penal extravagante em que inserida e à imputação das infrações criminais nela definidas, campo normativo que não cabe estender ao problema, de todo diverso, da atribuição ao liquidante administrativo de instituição financeira de crimes falimentares próprios do falido ou a imposição de deveres e sanções processuais a ele, falido, também exclusivamente dirigida (STF, HC 70743/DF, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 24.05.1994 - g.n.).

Afastou-se, pois, a constrição, porque não se tratava propriamente de falido, mas de ex-liquidante de instituição financeira; mas admitiu-se, em tese, a figura da prisão administrativa como “sanção processual”, sem qualquer dúvida de recepção ou constitucionalidade.

³¹ O preceito utiliza a expressão “prisão preventiva” e se refere a crimes falimentares, mas (a) não exige todos os requisitos do artigo 312 do CPP (= prisão preventiva “típica”), pois basta que haja “provas da prática de crime definido nesta Lei”; e - mais relevante - (b) a prisão é decretada pelo juiz cível (i.e., pelo juiz prolator “da sentença que decretar a falência do devedor”, nos termos do artigo 99, *caput*)...

alimentar dos créditos exequendos) -, a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, *ex vi* do inciso LXVII do artigo 5º da CF e do § 3º do artigo 666 do CPC, pelo qual “A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito”. Houve, aqui, uma opção legislativa inconteste, ulterior à ratificação do Pacto de San José, não circunscrita à hipótese de “prisão por dívida” (porque a natureza jurídica é bifronte, açambarcando a defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário) e, alfim, coerente - formal e substancialmente - com o permissivo constitucional em vigor. Logo, uma opção inexorável, mercê do próprio artigo 2º da CRFB (“poderes independentes e harmônicos entre si”).

III. CONCLUSÕES

Pelo quanto demonstrado, pode-se enfim pontuar e acrescentar, mas já à guisa de conclusões, o que segue.

3.1. A efetividade da jurisdição - e, como seu corolário, a efetividade da execução - é cláusula indissociável da garantia constitucional de *procedural due process of law* nos Estados Democráticos de Direito.

3.2. O Enunciado n. 17 da PSV n. 03, ao declarar ilícita a prisão civil do depositário infiel “qualquer que seja a modalidade de depósito”, sumula tese ainda não pacífica no Excelso Pretório, visto haver decisões e manifestações de resultado semelhante que, nada obstante, baseiam-se em diversas razões de decidir, num amplo espectro teórico (que se espria da mera legalidade até a supraconstitucionalidade das normas do Pacto de San José da Costa Rica).

3.3. De outra parte, pela doutrina dominante, as normas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos não poderiam ser alçadas à condição de normas constitucionais, senão pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CRFB (EC n. 45/2004) - que, nessa parte, perfaria interpretação autêntica da norma do § 2º do artigo 5º da mesma Carta. Assim, a suposta constitucionalidade da norma do artigo 7º, n. 7, do Pacto de San José estaria condicionada a uma reescrutinação do tratado no modo do § 3º, para ulterior aprovação mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (como se deu, recentemente, com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo).

3.4. Ademais, a se admitir que os §§ 2º e 3º do artigo 5º da CRFB positivam regimes diversos de incorporação de convenções e tratados sobre direitos humanos, é certo que o primeiro modo (= derivação principiológica imediata) não pode alcançar normas-regra, que condicionam ou dimensionam as chamadas liberdades gerais (essas, sim, dotadas de caráter principiológico). De conseguinte, as regras que excepcionam o princípio da não-detenção por dívidas, se alçadas ao panteão constitucional (caso em tela, *ut* artigo 5º, LXVII, *in fine*), só podem ser suprimidas ou modificadas, por força de tratados ou convenções internacionais, em regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política (§ 3º do artigo 5º da CRFB), já que diz respeito à esfera de razoável conformação do Poder Legislativo.

3.5. Não bastasse, a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, sobre estar autorizada pela norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB, não se resume à mera “prisão civil por dívidas”. Tem irrefragável natureza bifronte, consubstanciando também medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário, à maneira de *contempt of court* (o que não está vedada, nesses termos, pelo Pacto de San José da Costa Rica).

3.6. Para mais, deve-se compreender que, nas execuções trabalhistas, a natureza alimentar de que geralmente se revestem os títulos exequendos reforça a tese da possibilidade jurídica, gozando de reconhecimento constitucional indireto (§1º-A do artigo 100 da CRFB) e aproximando, pela relativa identidade ontológica, as hipóteses de prisão civil de depositário judicial infiel e de prisão civil de alimentante inadimplente (artigo 7º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica).

3.7. Alfim, a par do incalculável prejuízo para a efetividade das execuções trabalhistas, a aprovação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 representaria, para a Justiça do Trabalho, uma inexplicável supressão hermenêutica de competência constitucional expressa, eis que, afastada a competência penal das Varas do Trabalho (ADI n. 3684/2006, rel. Min. CEZAR PELUSO) e inviabilizada a prisão civil de depositários judiciais infieis, não restaria qualquer hipótese possível de constrangimento ao *ius libertatis* perpetrado por juízes do trabalho. Isso significará, na prática, a derrogação oblíqua da norma do inciso IV do artigo 114 da CRFB (quanto à competência material da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento de *habeas corpus*) - o que evidencia que, sistematicamente, essa não é uma interpretação constitucional aceitável.

Consequentemente, pelo plexo de convicções que tais elementos engendram, não resta ao intérprete outra ilação, que não aquela repulsante e peremptória: sobre desatender formalmente aos pressupostos do artigo 103-A da CRFB, o Enunciado n. 17 da PSV n. 03, pela sua exorbitante generalização, fere de morte o único recurso efetivo de satisfação judicial de direitos sonogados por devedores e/ou depositários de má-fé. Nessa precisa medida, não atende à concepção hodierna de jurisdição (= função de tutela de direitos materiais), enfraquece a segurança e a autoridade dos julgados (tisonando o princípio do Estado de Direito), revoga direta e indiretamente Texto Constitucional e, no Processo do Trabalho, pode vir a comprometer, no limite, a própria dignidade da pessoa do credor (na medida em que permite a chicana processual em detrimento de quem tem urgência para dar sustento a si mesmo e à família, na ausência de fontes alternativas de renda). Recuse-se, sim, a constitucionalidade daquelas hipóteses de prisão civil que se ligam a obrigações contratuais e títulos de crédito; não, porém, àquela que funciona, antes, como um mecanismo fundamental de “eficacização”³² das sentenças judiciais maliciosamente resistidas - e, muito particularmente, das sentenças trabalhistas.

³² O neologismo “eficacização” foi empregado, entre nós, por PONTES DE MIRANDA, ainda sob a égide do CPC de 1939. Cfr. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VIII, p. 286-287.

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- BORTOLUZZI, Roger Guardiola. Sanção por descumprimento de ordem judicial. *In: Páginas de direito*. José Maria Tesheiner, Mariângela Milhoranza (org.). Porto Alegre: [s.e.], 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do código de processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Execução civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- DUDLEY JR., Earl. *Encyclopedia of the american constitution*. Woodbridge: Macmillan Reference, 2000.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- _____. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge ds Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.
- MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. *In: Revista Consultor Jurídico*. São Paulo: Conjur, 10.04.2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VIII.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- SCARCE, Rik. *Contempt of court: A scholar's battle for free speech from behind Bars*. Walnut Creek: Altamira Press, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

AS LACUNAS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA*

Sônia das Dores Dionísio**

1 - INTRODUÇÃO

Incumbiram-me de um tema que me é muito caro, porque sempre achei que uma sentença cumprida é a mais perfeita expressão da concretização da justiça. Galeno Lacerda¹ expressa esse sentimento de forma poética, e tão bonita, que vou reproduzir porque é exatamente isso que sentimos:

Se a força depender do Código atual, o espírito que lhe anima a letra saberá infundi-la. E não haverá consolo maior à alma de um juiz do que tanger o processo com inteligência e sabedoria, para, de suas mãos deslumbradas, ver florir a obra plástica e admirável da criação do justo, do humano, na vida.

Essa grandiosa obra só é possível de ser realizada se o intérprete sintonizar-se com as necessidades do seu tempo, tendo em mente que a expressão concreta de justiça só se efetivará com o cumprimento das decisões judiciais.

Antes, porém, devo enfrentar o tema relacionado às Lacunas do Direito Processual do Trabalho, porque é dele que extrairéi a razão subjacente da grandeza de sentenciar.

2 - DAS LACUNAS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Os doutrinadores, e em especial Coqueijo Costa², dizem que o Direito Processual é, por definição objetiva, um direito instrumental, cuja finalidade é tornar efetivo e real o Direito Substantivo. Partindo dessa definição, temos a premissa de que: se o Direito do Trabalho foi concebido com o propósito fundamental de nivelar desigualdades, a estrutura do processo é que deve atender à natureza da lide, ou seja, deve guardar feição legítima com a natureza dos direitos que nele se controvertem e não o contrário, como ensina De Litala.³

* Palestra proferida no III CONGRESSO DE DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO - O Direito do Trabalho e os 20 anos da Constituição Federal - Vitória-ES, promovido pela AMATRA-17 e AESAT-ES.

** Juíza Titular da 11ª Vara do Trabalho de Vitória. Conselheira da EMATRA - Escola de Magistratura do Trabalho da 17ª Região, Diretora do Fórum Trabalhista de Vitória, Membro fundador e integrante do Conselho Fiscal do IPEATRA - Instituto de Pesquisas e Assuntos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho. Co-autora da obra Conciliação Extrajudicial Prévia - Análise Interpretativa (Ed. Líder, 2000).

¹ O código e o formalismo processual, palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil em Porto Alegre, *Revista AJURIS*, 1983.

² *Direito processual do trabalho*. Ed. Forense, 1984.

³ *Derecho procesal del trabajo*. Ed. E.J.E.A, 1949.

Então, se os conflitos trabalhistas são intrinsecamente distintos das controvérsias comuns, é indispensável a existência de um direito processual que, atento a essa finalidade, seja adequado à natureza e às características daqueles direitos.

E foi sob essa perspectiva que o Direito Processual do Trabalho nasceu, desenvolveu-se e adquiriu autonomia científica.

Apesar disso, e passados tantos anos, ainda se ressentia de algumas lacunas, as quais o legislador de outrora, ciente de que não pudera esgotar todos os instrumentos e procedimentos que poderiam permear as lides trabalhistas, valeu-se do mecanismo do uso subsidiário das fontes.

Assim, por meio do art. 769 da CLT, criou o princípio da subsidiariedade e se expressou da seguinte forma:

Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

A redação desse dispositivo é eloquente: na hipótese de lacunas, o Direito Processual Comum será fonte subsidiária do DPT.

Mas, a propósito dessas lacunas, Alcides Mendonça Lima⁴ propaga que elas são de duas ordens:

- a) de instituto;
- b) em instituto.

A primeira se refere à omissão completa de certos institutos, e que, por seu conteúdo e existência, é imprescindível só ao acesso ao juízo trabalhista, como, por exemplo, do dolo e da má-fé processual, reconvenção, litisconsórcio, intervenção de terceiros, declaração incidente, medidas cautelares típicas, consignação em pagamento, ação rescisória, etc.

A segunda diz respeito à ausência de normas em institutos já consagrados, mas de modo imperfeito ou deficiente, como, por exemplo, inépcia de petição inicial e autorização para o seu indeferimento, renúncia e desistência da ação, renúncia do recurso (os arts. 840 e 893/899 não esgotam o tema), causas da suspensão e interrupção dos prazos processuais (os arts. 774 a 776 também não esgotam o tema), recurso adesivo, etc.

De qualquer modo, a adoção do princípio da subsidiariedade tem por pressuposto qualquer dessas omissões, e de que a fonte seja inteiramente compatível com o processo laboral, o que equivale dizer: que não esteja regulada de outro modo, que seja adaptável aos mesmos princípios e particularidades do procedimento e que não ofenda os princípios trabalhistas.

Mas essa é uma leitura clássica do princípio da subsidiariedade.

Penso que, atualmente, tal qual defendem Luciano Athayde Chaves⁵ e Mauro

⁴ *O processo civil no processo trabalhista*. Ed. LTr, 1991.

⁵ As lacunas no direito processual do trabalho. In *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. Ed. LTr, 2007.

Schiavi⁶, a utilização da subsidiariedade no Processo do Trabalho está reclamando uma leitura moderna.

Isso porque, e sob a perspectiva da interpretação histórica e teleológica, a restrição foi imposta para evitar que o uso de procedimentos estranhos à CLT delongasse e retardasse as demandas trabalhistas, cuja tônica célere e simples se confrontava não só com o então CPC contemporâneo à sua edição (1939) como também com o que lhe sucedeu, ou seja, o de 1973.

A lógica de seus mentores se baseava em uma espécie de mantra: nada de se utilizar novos recursos, outras formalidades, outros procedimentos que possam atrapancar o desfecho do processo trabalhista. No que tinham muita razão.

Contudo, o que anda ocorrendo atualmente?

O Direito Processual do Trabalho, que a meu ver reclama há muito uma codificação, vem sendo negligenciado pelo legislador. Com isso, assistimos ao Direito Processual Civil em movimento de influxo, buscando inspiração na “Velha Senhora CLT”, adotando os princípios mais pungentes do nosso direito instrumental, como é o caso, por exemplo, da celeridade e da simplicidade, que vem se expressando desde a reforma de 1992, através da adoção, por exemplo, da citação e intimação postal, do automatismo dos atos de rotina, da obrigatoriedade da conciliação, disponibilidade da prova pericial (art. 427, *caput*), dentre outros.

Entretanto, com o passar do tempo, o movimento não ficou limitado a essas meras inspirações. Seu avanço chegou a tal ponto que ultrapassou o modelo inspirador, pois o Direito Processual do Trabalho perdeu seu papel de condutor da locomotiva para o de mero papel de passageiro. Devemos, então, ceder lugar a um processo mais moderno, mais atento aos anseios da sociedade.

Por isso, a aplicação do princípio da subsidiariedade não pode ficar a reboque de uma interpretação meramente literal do texto do art. 769 da CLT, que vem se revelando contrário à finalidade e à natureza do Direito do Trabalho.

Nesse ponto, advirto, parafraseando Gógol, que o Brasil precisa parar de colecionar Almas Mortas. Se o legislador do século passado tentou evitar que o Processo do Trabalho se tornasse irmão gêmeo do custoso e demorado ‘processo comum’, e se este está hoje à sua frente, e, portanto, mais afinado com os anseios sociais, e em especial com uma das “jóias da Coroa”, como é caso do Direito Fundamental da “razoável duração do processo”, indago:

Por que havemos de manter apego rigoroso a uma interpretação rígida, que o desloca do papel de condutor da efetividade e concretização do direito material ao de mero passageiro ou de mero expectador?

Por essas razões é que, a exemplo dos doutrinadores citados, defendo uma leitura moderna do art. 769 da CLT, embora reconheça que as normas processuais da CLT ainda se constituam no mais forte manancial de alimentação da efetividade do nosso direito material. Todavia, e em alguns aspectos, deve ceder lugar ao Processo Comum, quando este se apresenta mais avançado e mais adequado para servir ao propósito da proteção daquele cuja lei material procurou favorecer.

⁶ *Os princípios do direito processual do trabalho e a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário.* <http://www.ufrnet.br>

Esse é o caso específico da última reforma que disseminou com a denominada autonomia do processo de execução dos títulos judiciais.

E se a duração razoável do processo é hoje, por força da CF, direito fundamental do homem, não há razão para que o Judiciário trabalhista não adote toda e qualquer norma que venha resultar na efetivação desse direito. Em especial porque os princípios, sobretudo os que emergem de normas infraconstitucionais, quando colidentes com princípio constitucional, perdem razão de prevalência, pois, como dizem os constitucionalistas, nessas hipóteses aplica-se a denominada 'filtragem constitucional', prevalecendo sempre o princípio constitucional.

Não prego a abolição da CLT. Não é isso. Defendo apenas que a hermenêutica que envolve a aplicação do princípio da subsidiariedade tenha seu tônus acentuado na interpretação histórica e teleológica.

3 - DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Nada do que disse anteriormente teria sentido se não fosse, obviamente, para defender, em caráter subsidiário, a aplicação das modernas regras do CPC quanto ao Cumprimento da Sentença.

A propósito dessa alteração, o Professor Sálvio de Figueiredo Teixeira⁷ expunha, desde 1999, as razões do anteprojeto da última reforma:

[...] o que se propõe é a supressão do processo executivo autônomo, em se tratando de obrigações de dar coisa certa ou incerta, e das obrigações de fazer ou de não fazer, o que importa dizer que, nessas modalidades de obrigações, em se tratando de título judicial (sentença), a execução será uma simples fase, sem possibilidade de embargos do devedor, a exemplo do que ocorre hoje com as ações possessórias, com as ações de despejo e com a ação de nunciação de obra nova. Dá-se, aí, um "processo sincrético", no qual se fundem cognição e execução.

Obviamente sabemos que essa proposição foi convertida na Lei n. 11.232/2005, a qual pôs fim à inexplicável e insana necessidade de submeter uma decisão cognitiva obrigacional a um novo processo autônomo de execução.

E aquilo não tinha lógica, pois, se o devedor já tinha ciência, por meio de uma decisão judicial trânsita em julgado, de que teria obrigação pessoal ou patrimonial a cumprir, qual a razão de começar tudo de novo, como se estivesse sujeito a um novo processo, tal qual a uma execução de título extrajudicial?

Ora, se a sentença é o pronunciamento do juiz que examina não só a relação jurídica processual, mas também material, e que impõe obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa certa e/ou pagar, esse pronunciamento tem de ser mera e simples fase do processo (art. 162 do CPC), qual o motivo para que se inaugurasse um novo processo através da sua "citação", se este já não mais poderia se insurgir contra o seu conteúdo?

A propósito dessa autofagia do processo, lembro-me dos meus primeiros passos acadêmicos na UFMG. Já naqueles tempos comprava 'briga' com meus

⁷ O prosseguimento da reforma processual. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 95, p. 09-11/1999.

professores sobre esse tema, pois não me conformava com a própria autodestruição do processo, pois, em minha lógica juvenil, indagava aos meus mestres: “Por que começar tudo de novo, se a pessoa já sabe que deve e o quanto deve?”

Obviamente, recebia respostas não apenas ontológicas, mas também pragmaticamente ancoradas no art. 741 do CPC.

Vejo, no entanto, que o meu inconformismo juvenil e embrionário não se revelou, mais de duas décadas depois, desarrazoado, pois o legislador deu uma tremenda guinada ao adotar o sincretismo processual, ao estabelecer que o cumprimento da sentença traduz mera continuação do processo de cognição, o qual só é concluído mediante a efetiva entrega do direito que foi definido no título judicial.

Em vista disso, devemos repensar: se lidamos com um direito cuja finalidade é conferir igualdade ao desigual, e do qual se extrai insofismável natureza alimentar, temos de conferir primazia à proteção desse direito. E isso só se dá através da adoção de instrumentos que viabilizem o atendimento da urgência que esse direito reclama. Mas para isso precisamos realizar uma releitura dos arts. 769 e 880 da CLT.

Essa releitura, além de atender aos aspectos que foram abordados, atende também aos peculiares princípios do Processo do Trabalho, os quais são infensos à higidez normativa.

Penso, ainda, que, se o Direito é a lógica do ponderável, e não do imponderável, admitir, em nome da prevalência do art. 769 da CLT, a inauguração de um novo processo para dar efetividade a uma decisão judicial protegida pela coisa julgada é não só agredir a racionalidade, mas também o direito fundamental da razoável duração do processo.

Ainda que as abordagens que foram feitas não sejam suficientes, podemos lembrar que o art. 213 do CPC diz que: “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.” Sendo esse o conceito da citação, qual o motivo para que o réu seja novamente “citado”?

Para se “defender” da sentença? Como isso seria possível se a própria Lei Consolidada impede que ele a rediscuta? (§ 1º do art. 879 da CLT).

A lógica é imponderável: se a sentença cognitiva já traduziu respeito às garantias dos direitos constitucionais outorgados ao cidadão, seja ele autor ou réu, através da observância do primado do direito ao devido processo legal e de suas derivações, não há motivo para que se inaugure um processo autônomo.

Foram, no meu juízo, essas as razões da adoção do sincretismo entre a fase de cognição e de execução, ou seja, a sentença já não se constitui em ato que “põe termo ao processo”- como dizia a anterior redação do art. 162 do CPC, mas mera fase do processo, e o seu cumprimento, a sua continuação.

Logo, se não houver cumprimento espontâneo da obrigação líquida imposta na decisão que transitou em julgado, o devedor se sujeita às sanções impostas pelo art. 475-J do CPC:

Art. 475-J. 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.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

É de notar-se que o texto não se refere em momento algum à intimação do devedor. O pressuposto é claro: se não houve pagamento voluntário da obrigação/valor imposto na sentença, haverá acréscimo da multa e penhora de bens. Logo, transcorrido o prazo, caberá ao juiz simplesmente expedir mandado de penhora, seja via virtual, como é o caso da penhora *on line*, ou física e material. Somente depois da penhora é que o devedor será intimado, conforme § 1º do referido artigo.

Além de pôr fim a uma inexplicável e indesejável demora processual, o legislador pensou e apostou no progresso sociológico. Mirou no futuro ao adotar a multa ao cidadão que não cumpre de forma espontânea as decisões de seus juízes. Estabeleceu um novo padrão cultural e de evolução da ética social, dentre os quais se inclui, obviamente, o respeito às decisões do Poder Judiciário.

É certo que há certa cizânia acerca da aplicação da multa, a qual já chegou ao TST, sendo que uma de suas Turmas vem se pronunciando de forma contrária à sua aplicação. Mas devemos observar que não foi o processo sincrético que esteve sob julgamento: o que foi levado à Corte foi a defesa do velho padrão sociocultural, que vigora neste País há 500 anos e que poderia metaforicamente ser sintetizado através do seguinte anátema:

Descumprí a lei;
 Fui acionado;
 Defendi de tudo que é jeito;
 Perdi;
 Recorri;
 Demorou;
 Ao fim, fui intimado a pagar quantia tal, no prazo X;
 Não paguei e não vou pagar. Agora não;
 Impuseram multa;
 (Que multa é essa se estou fazendo tudo direitinho?)
 Não a mereço;
 Recorro de novo:
 Tenho 500 anos de história a me proteger dessa tentativa boba de me obrigar a cumprir decisão judicial voluntariamente.

Apesar disso, creio fortemente no dia em que o cidadão brasileiro verá uma sentença judicial não mais como matéria-prima para as suas diatribes e sim como expressão de segurança do Estado de Direito, percebendo que o vigor das instituições democráticas depende do respeito que o povo devota às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, e que a cidadania tem duas faces: hoje poderá ser réu, mas amanhã poderá ser autor.

Rousseau afirmou que o homem não nasce mau: é corrompido pela sociedade. Então, que a sociedade contribua para a sua redenção e não para sua perdição.

Para finalizar, volto à multa, para lembrar que todas as modificações processuais que importaram na imposição de modificação de conduta, de forma *in continenti*, geraram reações de todos os matizes. Algumas podemos dizer até raivosas, como foi o caso da proteção das tutelas urgentes (arts. 287 e 461 do CPC), mas com o passar do tempo a sociedade as compreendeu.

Creio firmemente que acontecerá o mesmo quanto ao art. 475-J, sobretudo se todos os órgãos da Justiça do Trabalho, de forma harmônica, passarem a adotá-lo.

Vitória, novembro de 2008.

REFERÊNCIAS

- CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no direito processual do trabalho. *In Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. Ed. LTr, 2007.
- COSTA, Carlos T. Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 2ª ed., Forense, 1984.
- DE LITALA, Luigi. *Derecho procesal del trabajo*. Ed. E.J.E.A, 1949.
- LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual, palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil em Porto Alegre, *Revista AJURIS*, 1983.
- LIMA, Alcides Mendonça. *O processo civil no processo trabalhista*. 3ª ed., LTr, 1991.
- SCHIAVI, Mauro. *Os princípios do direito processual do trabalho e a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário*. <http://www.ufrnet.br>
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O prosseguimento da reforma processual. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 95, p. 09-11/1999.

AUSPÍCIOS DE INTEGRAÇÃO SISTEMÁTICA DO PROCESSO DO TRABALHO - O EXEMPLO URUGUAIO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO E MODERNIDADE E DEMOCRACIA

Vitor Salino de Moura Eça*

INTRODUÇÃO

Nosso fantástico vizinho Uruguai, como é de conhecimento geral, é pródigo em gerar grandes pensadores na área do direito, notadamente no Direito do Trabalho. Gostaria de limitar os exemplos aos juslaboralistas, professores consagrados internacionalmente, tais como Américo Plá Rodríguez, Héctor-Hugo Barbagelata e Hélios Sarthou, além de seus também geniais discípulos Oscar Ermida Uriarte, Juan Raso Delgue, e mais recentemente Mario Garmendia Arigón, Rosina Rossi, Cristina Mangarelli e Alejandro Castello. Todavia, meu coração de adorador do Direito Processual não me faz esquecer de Eduardo Couture, ícone do processo latino-americano e igual merecedor de eternas homenagens.

Os modelares doutrinadores agora estão a nos dar diversos exemplos para tratamento adequado a uma iniciativa legislativa, como veremos. Fazem mais, demonstram que a lei mais antiga não se torna ruim pelo simples passar do tempo; que uma lei nova deve passar por múltiplos referendos populares e se estruturar sobretudo em princípios.

Antes disso, imprescindível revelar que as relações processuais laborais no Uruguai, ao contrário do que tem sido cada vez mais comum, não se encontram estratificadas num código específico, mas sim no *Código General del Proceso*, que regulamenta todas as situações processuais do país, exceto em matéria processual penal.

Ocorre que a Suprema Corte de Justiça identificou a necessidade de dotar o Uruguai de um código específico para atuar na matéria processual do trabalho, diante dos peculiares princípios desse seguimento jurídico. Entretanto, imbuída dos mais lúdimos deveres democráticos, em vez de encaminhar um projeto fechado e já formatado à casa legislativa, impondo-o autocraticamente à nação, formulou consulta aos especialistas da matéria, entendendo-se como tais os juízes, professores e toda a comunidade acadêmica.

O tratamento que a matéria mereceu evidencia maturidade política, institucional e serve de exemplo de como devem as leis emergirem quando consubstanciadas em modernidade e democracia.

O ANTEPROJETO

Partindo da ideia de se criar um Código de Processo do Trabalho, a Suprema Corte de Justiça instituiu uma comissão composta por Juízes do Trabalho, Professores de Direito do Trabalho e representantes do Ministério do Trabalho,

* Juiz do Trabalho no TRT/3. Doutor em Direito Processual. Professor Adjunto III da PUC-Minas.

que concluiu pela conveniência de um código autônomo, diante da autonomia regulamentar de nosso ramo do direito e levando ainda em consideração as diretrizes estabelecidas na Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, que, em seu artigo 36, estabelece a necessidade de jurisdição especializada em matéria trabalhista, primando pela rápida entrega da prestação jurisdicional.

O anteprojeto, bem enxuto, é composto de apenas 32 artigos, e é inspirado em princípios¹, sobretudo os da oralidade, celeridade, gratuidade integral, imediação, concentração, lealdade, publicidade e efetividade da tutela dos direitos materiais. Além disso, dota o Juiz das faculdades inquisitivas, próprias do processo penal, de modo a privilegiar o princípio da verdade real. Ademais todas as demandas devem passar por prévia tentativa de conciliação extrajudicial.

Nosso propósito não é detalhar o anteprojeto, mas destacar os métodos utilizados em sua elaboração, nos moldes mencionados. Ao final, o leitor poderá conhecer, em língua portuguesa, a proposta uruguaia.

Importante destacar do anteprojeto que toda sua organização estrutura-se em princípios tuitivos que inspiram uma boa atuação dos valores protecionistas que permeiam para as relações processuais do trabalho, bem a gosto da ciência processual contemporânea.

Como salientamos, no país em questão, o anteprojeto conta com ardentes defensores, que querem ver o Uruguai alinhado aos países que dispõem de legislação específica para matéria processual trabalhista, rol em que se inscrevem principalmente os juslaboralistas.

Há doutrinadores, no entanto, que são frontalmente contrários à nova lei, pugnando por seguir aplicando o diploma atual, que é o Código Geral de Processo, com os matizes que caracterizam o direito material e processual do trabalho, apontando as vantagens deste último modelo.

A CRÍTICA

Os defensores do código único aduzem que o ideal é que a comunidade jurídica conheça bem o seu diploma processual, e que cada um o interprete segundo as peculiaridades do ramo jurídico que estiver atuando, seja ele trabalhista, civil, administrativo e assim por diante. Dizem ainda que os princípios que exercem seus efeitos num setor acabam beneficiando os demais, impulsionando-os e tornando a lei processual eficaz e dinâmica.

Aqui há de se abrir um parêntese para ponderar uma realidade. O julgador de matéria trabalhista fica compelido todo o tempo a imprimir uma atuação mais célere dos mesmos institutos, do que quando a norma está atuando na jurisdição civil. E num paralelo com o que conosco ocorre na atualidade, os juslaboralistas uruguaios não precisarão cobiçar os institutos de processo comum, quando estes forem mais objetivos ou vantajosos, como, lamentavelmente, tem acontecido entre nós.

¹ Os institutos de processo seguem sendo tratados no Código Geral de Processo. O objetivo aqui foi exatamente privilegiar os princípios que inspiram a aplicação do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, como metas objetivas para assegurar o direito material. Lado outro, a idealização por meio de princípios garante uma atuação cientificamente adequada.

Os argumentos são ponderados de parte a parte. O importante agora é que haja debate incessantemente, de modo a quem for capaz de formular o melhor fundamento possa convencer o oponente. O método, contudo, revela-se altamente vantajoso, pois, ou a lei antiga será enriquecida com os debates, ou a lei nova já entrará em vigor com sua interpretação lúcida.

CONCLUSÃO

As inovações trazidas pelo anteprojeto uruguaio não se constituem, isoladamente, em retumbante avanço, sobretudo se considerarmos nossa densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Entretanto, os mecanismos utilizados para sua consecução, sim, são notáveis.

O convite formulado pela Suprema Corte para que os operadores do direito opinem sobre a conveniência e oportunidade de se ter uma nova lei importa em iniciativa moderna e democrática e deve servir de inspiração para todo e qualquer processo de elaboração legislativa. Isso porque, a legitimidade da norma deve existir não somente a partir do momento de sua elaboração formal, por meio dos legisladores constituídos, mas acima de tudo contar com a participação democrática direta desde o momento de sua concepção, de modo a que os cidadãos decidam se desejam determinada norma, e, uma vez demonstrada sua necessidade, que a construção do direito esteja estribada na vontade popular, seguindo diretrizes principiológicas estruturais e fruto dos próprios destinatários da norma.

O mais sensacional de tudo é perceber, ao contrário do que acontece por aqui, que uma nova lei não passa a ser imediatamente desejada pelo fato de ser nova. Não significa a garantia de um direito melhor. A norma vindoura precisa mostrar-se suficientemente adequada para que se possa romper com a anterior, já incorporada à cultura nacional. Isso porque a antiga está na consciência das pessoas, e já foi experimentada e pode ser melhor interpretada porque sua exegese encontra-se madura e bem dosada na doutrina, na jurisprudência, e por fim entre os trabalhadores, que são os seus destinatários.

A demonstração de que não precisamos de muitas leis para atuar bem o direito é fascinante. Igualmente digno de nota o fato de ser melhor se aperfeiçoar a lei já existente, por meio de interpretação mais refinada do que simplesmente se criar outra, renovando o esforço hermenêutico e projetando-o no tempo. E, para finalizar, a demonstração vigorosa de iniciativa legislativa fruto de participação popular efetiva, por meio de quem mais entende do assunto. Isso é verdadeira demonstração de atuação do direito em modernidade e democracia.

Anexo I - Exposição de Motivos e o Anteprojeto Uruguaio APRESENTAÇÃO DO ANTEPROJETO DE LEI Tradução livre do Autor

O presente anteprojeto é o resultado do trabalho da Comissão de Estudos da Reforma do Processo do Trabalho, convocada pela Suprema Corte de Justiça e integrada por representantes do Poder Judiciário, do Ministério de Trabalho e Segurança Social e do Instituto de Direito do Trabalho e da Segurança Social da Faculdade de Direito da Universidade da República.

A Comissão entende que em matéria trabalhista é necessário um novo Código, constituindo um processo verdadeiramente autônomo, especial e rápido. Nosso país é o único país da América Latina e um dos poucos no mundo que carece de um processo trabalhista autônomo.

O surgimento de um processo trabalhista diferenciado encontra sua explicação na particularidade do conflito que constitui seu objeto. A identificação de uma classe de conflitos (diferentes dos conflitos de Direito Privado) e o reconhecimento da autonomia científica do Direito do Trabalho conduzem naturalmente à especialização da Justiça do Trabalho (RODRIGUEZ, Américo Plá. Os conflitos do trabalho. Necessidade de criar para eles uma justiça especializada. Montevideo, 1947 [exposição aprovada na 2ª Conferência Nacional de Advogados, Salto, setembro de 1947]; BARBAGELATA, Héctor-Hugo: "As iniciativas sobre justiça do trabalho", rev. *Direito trabalhista*, t. XVII, p. 201).

O Direito trabalhista é uma disciplina jurídica autônoma que opera como um ordenamento compensador ou igualitário, e necessita de um processo judiciário igualmente autônomo, adequado às suas particularidades e, portanto, distinto do processo comum. O processo autônomo trabalhista tem sua razão de ser na adequação do mesmo aos objetivos, finalidades, princípios e normas do Direito essencial. Couture representa esse pensamento nestes termos: "Um novo direito processual, estranho a todos os princípios tradicionais, sem excetuar um só deles, deve surgir para estabelecer, mediante uma nova desigualdade, a igualdade perdida pela distinta condição que têm, na ordem econômica da vida, os que põem seu trabalho como substância do contrato, e os que se servem dele para a satisfação de seus interesses" (*Estudos de direito processual civil*. Buenos Aires: Depalma, t. III, p. 288).

A importância do novo processo é tanta que permite definir uma tendência expansiva, que se concretiza na adoção por parte do processo comum de princípios próprios do Direito Processual do Trabalho (ou originariamente afirmados por este).

Calamandrei (*Direito processual civil*. Buenos Aires, 1962, t. III, p. 362) sublinha os esboços do novo processo, dos quais destacamos a finalidade (a serviço da verdade real) e a simplicidade procedimental.

a) A concepção publicista do processo se manifesta em todo o processo que persegue interesse público; a função do juiz não pode ser a de expectador passivo; o juiz deve ser um estimulador das partes, um buscador ativo da verdade, mesmo que as partes não saibam ou não queiram descobri-la.

b) A humanização do novo processo pressupõe seu retorno à simplicidade e sua redução ao mínimo de formalismo, para que as partes possam rápida e lealmente se entenderem.

Distintas normas internacionais relativas aos direitos humanos trabalhistas estabelecem a necessidade de uma jurisdição especializada, com um procedimento adequado à rápida solução dos conflitos (artigo 36 da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais -1948).

Por sua parte, a Constituição da República Uruguaia preceitua, em seu artigo 57, que o trabalho está sob amparo especial, e seu artigo 18 estabelece que a lei é o instrumento idôneo para fixar a ordem e as formalidades dos julgamentos. É por via da lei que se deve assegurar que os processos cumpram o mandamento constitucional, para o qual é necessário diferenciar a tutela jurisdicional, tendo em vista as particularidades da relação que se regula.

No direito uruguaio, existiram normas processuais isoladas (Leis n. 10.449/43 e 12.590) e finalmente um processo trabalhista especial (Decreto-lei n. 14.188) que foi derogado pela Lei n. 15.982/88 (Código Geral do Processo), aplicável ao julgamento dos conflitos individuais de trabalho, sem prejuízo de algumas disposições especiais.

Há algum tempo, o Instituto de Direito do Trabalho e da Segurança Social, da Faculdade de Direito da Universidade da República, tinha indicado os inconvenientes mais notórios da carência de um processo trabalhista especial. Nesse sentido, o trabalho técnico realizado pela Comissão recolheu as experiências favoráveis do atual sistema, mas se afastou do mesmo sempre que se detectou uma solução melhor.

O projeto de lei se propõe instalar um processo trabalhista autônomo identificando alguns princípios do processo trabalhista, reafirmando os enunciados do processo geral, mas clamando por uma aplicação especial (e essencialmente efetiva) de princípios comuns como a oralidade, a imediatidade, a concentração e a celeridade.

Compreende os seguintes princípios:

- a) a gratuidade do processo para o trabalhador;
- b) a celeridade e a simplicidade procedimental, ante a necessidade de se atender de maneira rápida, singela e econômica às reclamações trabalhistas, considerando-se desejável um processo mais rápido e menos custoso que o civil, e que outorgue garantias para a pronta solução do conflito. Como assinala Couture, “não é possível desconhecer que um processo que dura tanto tempo constitui uma tentação para o litigante malicioso”, sendo possível “vencer por fadiga quando não se pode vencer por direito” (*Projeto de Código de Procedimento Civil*. Montevideo, 1945);
- c) a concentração, em um mesmo ato, de todas as diligências possíveis, em ininterrupta continuidade;
- d) a publicidade do processo, que constitui uma garantia democrática de atuação judicial;
- e) a imediatidade: a relação pessoal do juiz com as partes e com as testemunhas, o conhecimento direto por parte do tribunal e, em consequência, o predomínio da oralidade.

Como ensina Barbagelata, o que verdadeiramente caracteriza e define o Direito Processual do Trabalho “é a irrenunciabilidade dos direitos que constituem a ordem pública social. De tal irrenunciabilidade, deriva uma indisponibilidade processual, que situa o processo trabalhista em bases totalmente diferentes do processo comum [...] Toda a questão da prova, passando desde os ônus até sua apreciação, deve ser reexaminada em função dessa peculiaridade” (Os meios de prova no processo trabalhista, em rev. *Direito trabalhista*, n. 119, p. 560).

Em consequência, o projeto reitera a disposição relativa aos poderes do juiz, decorrentes do Decreto-lei n. 14.188. Nas palavras do Nelson Nicolliello: o Direito Processual do Trabalho procura obter a “verdade da vida”.

O projeto insiste que os efeitos e as propostas das normas de Direito do Trabalho, bem como os seus princípios desdobram-se no âmbito do processo.

A finalidade do processo é a efetividade dos direitos materiais. É o critério básico: o processo não é um fim em si mesmo, nem constitui uma ordem independente, mas sim é um instrumento para o cumprimento dos fins e princípios do Direito material (o que não significa desconhecer a autonomia científica do Direito Processual).

Couture ensina que o legislador interpreta a lei processual não só de acordo com os princípios de Direito Processual: interpretar a lei processual é interpretar todo o Direito Processual, em sua plenitude, a partir dos preceitos básicos de ordem constitucional; mas, por sua vez, o Direito Processual não é um reino independente do Direito e as leis processuais são tão leis como as leis não processuais; todo ato de interpretação jurídica constitui uma operação de inserção do texto interpretado no imenso âmbito do Direito. A obra do intérprete se caracteriza, pois, por essa unidade de visão do enorme campo ao qual o texto interpretado pertence.

O amparo especial do trabalho (que a Constituição recomenda à lei) mantém seus efeitos em todos os planos, inclusive o processual.

Dessa perspectiva, trabalhou-se sobre a necessidade de abreviar os julgamentos trabalhistas, de eliminar as atitudes processuais dilatatórias, de maneira a atender à eficácia e cumprimento das sentenças judiciais.

Configuraram-se dois processos trabalhistas autônomos. Um geral ou ordinário, sem limite de quantia, e outro de instância única, para assuntos de menor quantia. Como se poderá entender, a configuração desses processos trabalhistas autônomos implica a especialização tanto procedimental (processos especiais) como estrutural (julgados e/ou tribunais especializados).

Ambos os processos foram adequados aos princípios e normas do Direito do Trabalho, e seus respectivos trâmites foram estruturados para eliminar ou, ao menos, atenuar os efeitos contrários ao cumprimento das normas processuais e substanciais aplicáveis.

O trabalho da Comissão se apresenta dividido em seis capítulos e trinta e dois artigos, que basicamente referem-se aos princípios que informam ambos os processos; a competência dos tribunais trabalhistas; a etapa de conciliação prévia ao julgamento; o trâmite do processo trabalhista ordinário previsto para assuntos sem limite de quantia e o trâmite do processo trabalhista para assuntos de menor quantia, chamados de instância única, além das notificações às partes do processo, a representação judicial e a interpretação e integração das normas processuais que se incluem no mesmo.

Ademais dos aspectos técnicos que se incluem no projeto de processo trabalhista, a Comissão entende necessário aumentar o número de tribunais e varas exclusivas para julgar os processos de menor quantia. Na opinião da Comissão é também imprescindível a implementação de programas institucionais que sigam incrementando a capacitação contínua dos magistrados. Do mesmo modo, considera imprescindível que o Ministério de Trabalho e Segurança Social garanta a rapidez e eficácia do trâmite da audiência de conciliação administrativa prévia.

Finalmente, a Comissão considera necessária a informatização do processo trabalhista. Entretanto, não abordou a questão, dado que a Suprema Corte de Justiça tem um estudo geral sobre a matéria.

CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS

Art. 1º. Os processos trabalhistas se ajustarão aos princípios de oralidade, celeridade, gratuidade, imediatidade, concentração, publicidade, boa-fé e efetividade da tutela dos direitos substanciais. O tribunal, de ofício, poderá averiguar ou complementar a prova dos fatos objeto de controvérsia, ficando investido, em tais casos, com todas as faculdades inquisitivas previstas para a ordem processual penal.

CAPÍTULO II - COMPETÊNCIA

Art. 2º. Os tribunais com jurisdição trabalhista conhecerão as matérias decorrentes de conflitos individuais de trabalho.

CAPÍTULO III - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

Art. 3º. CONCILIAÇÃO PRÉVIA. Antes de se iniciar o julgamento em matéria trabalhista, deverá se tentar a conciliação prévia, ante o Centro de Negociação de Conflitos Individuais do Trabalho ou Agência do Ministério de Trabalho e Segurança Social, conforme corresponda ao domicílio do empregador ou ao lugar no que se cumpriram as prestações.

Nas cidades, povos ou vilas nos quais não existam Agências do Ministério de Trabalho e Segurança Social, o reclamante ficará dispensado de tentar a conciliação administrativa. Nos processos de menor quantia tampouco será necessário cumprir esse requisito.

Art. 4º. CONTEÚDO DA ATA. Os itens reclamados deverão constar na citação e na ata lavrada na audiência de conciliação.

Se o chamado entende que existe um terceiro total ou parcialmente responsável, deverá individualizá-lo na audiência, ficando consignado em ata. Sua omissão nesse aspecto, assim como sua ausência à audiência constituirão presunções simples contrárias a seu interesse no processo.

Art. 5º. DOMICÍLIO. O domicílio declarado pelas partes na audiência de conciliação administrativa prévia será tido como válido para o processo, sempre que se iniciar dentro do prazo de um ano contado da data da ata respectiva.

Art. 6º. SOLICITAÇÃO DE COMPARECIMENTO. Se a audiência prévia não ocorrer dentro de trinta dias contados da solicitação da audiência, o trabalhador poderá solicitar uma certidão com a qual poderá interpor a demanda.

CAPÍTULO IV - PROCESSO TRABALHISTA ORDINÁRIO

Art. 7º. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. Com exceção do estabelecido em normas que prevejam procedimentos especiais, em matéria trabalhista o processo reger-se-á pelo previsto nesta lei.

Art. 8º. DEMANDA. A demanda apresentar-se-á por escrito na forma prevista no artigo 117 do Código Geral do Processo. Deverá incluir o valor total da pretensão e a liquidação detalhada de cada um dos itens reclamados, o que deverá ser controlado pelo juiz, que poderá determinar emenda em três dias, sob pena de indeferimento da inicial.

Art. 9º. CITAÇÃO E RESPOSTA DO RÉU. Interposta a demanda corretamente, o juiz determinará a expedição de mandado de citação; ao mesmo tempo convocará as partes para uma audiência dentro de um prazo não maior aos sessenta dias contados a partir da data da apresentação da demanda. O demandado responderá por escrito na forma prevista no artigo 130 do Código Geral do Processo, dentro do término de dez dias úteis, peremptórios e inadiáveis, devendo opor ao mesmo tempo, se as tiver, todas as exceções referidas no artigo 133 do Código Geral do Processo.

Art. 10. CITAÇÃO DE TERCEIROS. Em nenhum caso admitir-se-á a intervenção de terceiros.

Art. 11. DAS EXCEÇÕES. As exceções deverão ser opostas em três dias úteis. Vencido o prazo, decidir-se-á sobre sua admissão.

Art. 12. DAS DECISÕES SOBRE AS EXCEÇÕES. Todas as exceções serão resolvidas na sentença definitiva, salvo a de incompetência em razão do lugar ou valor. Nesses casos a decisão deverá ocorrer em seis dias e caberá recurso de apelação com efeito suspensivo, que deverá ser interposto no prazo de três dias, devendo ser contraminutado em igual prazo.

Art. 13. DILIGÊNCIAS PROBATÓRIAS. Dentro de quarenta e oito horas contadas da resposta do réu, o juiz fixará o objeto do processo e da prova, pronunciar-se-á sobre os meios probatórios e ordenará as diligências correspondentes, instrumentando tudo o que seja necessário para esgotar sua produção na audiência única.

Em caso de reconhecimento total do pedido, ou quando não se responder à demanda em tempo, o juiz fixará data para sentença definitiva.

Art. 14. AUDIÊNCIA ÚNICA. As partes deverão comparecer à audiência pessoalmente, salvo se existir um motivo justificado que habilite o comparecimento de um representante. A ausência injustificada do autor à audiência determinará o arquivo dos autos. Em caso de ausência não justificada do réu, o tribunal ditará a sentença imediatamente, tendo por certos os fatos afirmados pelo autor na demanda desde que a prova pré-constituída esteja nos autos com antecedência.

Iniciada a audiência, cumprir-se-ão as seguintes atividades:

1. As partes ratificarão o conteúdo da demanda e da resposta e poderão esclarecer seus termos, se os fatos resultarem obscuros ou imprecisos.

2. O juiz ordenará o pagamento dos créditos não controvertidos com juros e correção monetária e tentará a conciliação do restante do pleito. Essa decisão será recorrível, sem efeito suspensivo e constituirá título de execução.

3. A fixação de toda a prova pendente que o juiz entenda necessária.
4. As decisões proferidas em audiência, assim como a que fixa o objeto da lide e as provas admitirão os recursos de reposição e apelação com efeito suspensivo, os quais deverão ser interpostos na própria audiência.
5. As partes poderão formular suas alegações por escrito na audiência ou fazê-lo dentro do prazo que fixe o juiz e que não poderá exceder a dez dias corridos. Em tal caso, o término para ditar sentença definitiva ficará reduzido no mesmo número de dias dispostos para alegar por escrito.

Art. 15. SENTENÇA DEFINITIVA. O juiz poderá proferir a sentença definitiva na audiência única ou dentro dos vinte dias seguintes à mesma, a cujos efeitos fixará data, sem necessidade de realizar outra intimação.

Nos processos regulados por esta lei, as sentenças que condenem ao pagamento de créditos trabalhistas de qualquer natureza deverão estabelecer o montante líquido dos mesmos, incluídas as multas, juros e atualizações correspondentes.

Art. 16. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS. Nos processos regulados por esta lei, o montante líquido do crédito reconhecido por sentença gerará juros de seis por cento ao ano, contados da data de sua exigibilidade, além da atualização monetária prevista no Decreto-lei 14.500 de 8 de março de 1974 e dos danos e prejuízos estabelecidos pelo artigo 4º da Lei 10.449 de 12 de novembro de 1943.

Art 17. APELAÇÃO E SEGUNDA INSTÂNCIA. O prazo para interpor o recurso de apelação contra a sentença definitiva de primeira instância será de cinco dias peremptórios e inadiáveis contados da data de publicação. Se a sentença for proferida em audiência, o recurso deverá ser anunciado na mesma audiência, dispondo de cinco dias peremptórios e inadiáveis para expressar e fundar por escrito as razões. Se a sentença for proferida fora de audiência, o recurso será interposto por escrito, com a consignação de seus fatos e fundamentos.

Se a sentença for condenatória, o apelante deverá depositar cinquenta por cento do montante devido à ordem do Tribunal, com comprovação nos autos. Em caso de não se cumprir este requisito, a apelação não será conhecida.

Do recurso de apelação dar-se-á vista à parte pelo prazo de cinco dias peremptórios e inadiáveis.

Apresentadas as contrarrazões ou vencido o prazo para fazê-lo, os autos serão remetidos ao tribunal correspondente, em prazo não maior do que cinco dias úteis.

O tribunal decidirá dentro de trinta dias contados da chegada dos autos; em caso de divergência o prazo estender-se-á proporcionalmente. Recebidos os autos pelo tribunal, em prazo de quarenta e oito horas, marcar-se-á a data da sessão, deixando os autos durante sete dias corridos na Secretaria da Turma. Finalizado o prazo, virão os autos conclusos para decisão, que deverá ocorrer num prazo de dez dias. Em caso de divergência, serão juntados os votos divergentes e redigir-se-á o acórdão no mesmo prazo.

Art. 18. OUTROS RECURSOS. As decisões que resolvam os incidentes

serão recorríveis, com efeito suspensivo, na forma prevista no parágrafo final deste artigo.

Sem prejuízo do estabelecido nos artigos 12 e 14 número 4 da presente Lei, de todas as demais decisões não se admitirá outro recurso, a não ser o de agravo. Esse recurso deverá interpor-se em audiência se a decisão for proferida na mesma, ou dentro dos três dias, se a sentença for dada fora de audiência.

O recurso de reposição interposto contra a sentença interlocutória proferida fora da audiência deverá ocorrer num prazo de três dias.

CAPÍTULO V - PROCESSO DE MENOR QUANTIA

Art. 19. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. As demandas cujo valor da causa não supere a soma do \$ 81.000, que será atualizada anualmente pela Suprema Corte de Justiça, serão julgadas em instância única, pelo procedimento estabelecido nos seguintes artigos.

Art. 20. DEMANDA. A demanda será deduzida por escrito na forma prevista no artigo 8º desta Lei.

Art. 21. INTERPOSIÇÃO DA DEMANDA E CITAÇÃO DO RÉU. Aforada a demanda, dentro de quarenta e oito horas, o juiz determinará:

1. A expedição de mandado de citação, dando ciência à parte que deverá comparecer à audiência única munida de toda a prova que pretenda produzir.

2. Convocando as partes à audiência única em prazo não maior do que dez dias contados a partir da data da apresentação da demanda.

3. Examinando os meios probatórios oferecidos pelo autor, diligenciará para que a prova se esgote em audiência única.

Art. 22. AUDIÊNCIA ÚNICA. As partes deverão comparecer à audiência pessoalmente, salvo diante de motivo justificado, quando poderão mandar um representante.

A ausência injustificada do autor à audiência importará em arquivamento dos autos. Em caso de ausência injustificada do réu, o juiz proferirá a sentença imediatamente, tendo admitidos os fatos apontados pelo autor.

Na audiência cumprir-se-ão as seguintes atividades:

1. O demandado responderá à demanda e poderá opor exceções. Em nenhum caso, poderá solicitar a intervenção de terceiros.

2. Das exceções dar-se-á certidão ao autor, e será citado o excepto para responder em audiência. Todas as questões serão resolvidas na sentença definitiva.

3. O juiz tentará a conciliação e, em caso de insucesso, fixará o objeto da prova que admitirá.

4. Receberá as alegações por escrito de ambas as partes e proferirá a sentença na mesma audiência, ou dentro do prazo de seis dias sem necessidade de realizar outra audiência.

Art. 23. RECURSOS. Das decisões proferidas no curso do processo só se admitirá o recurso de agravo.

CAPÍTULO VI - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 24. REPRESENTAÇÃO JUDICIAL. Com a apresentação da demanda o advogado signatário ficará investido da representação judicial do trabalhador, com as mais amplas faculdades de disposição, salvo a cessão de créditos. Em todo momento poderá deixar ou fazer-se substituir na representação judicial.

Art. 25. NOTIFICAÇÕES. Com exceção do ato que ordena a citação, o réu deverá ser intimado pessoalmente em seu domicílio para a audiência única. E, para os demais atos, poderá o advogado ser intimado, nos termos do primeiro parágrafo do artigo 86 do Código Geral do Processo.

Art. 26. PRAZOS. Todos os prazos previstos na presente Lei são peremptórios e improrrogáveis.

Art. 27. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. A execução da sentença levar-se-á a cabo perante os juízes que tenham decidido o processo de conhecimento. Em caso de concordata, falência ou liquidação judicial do executado, os credores trabalhistas não estão obrigados a aguardar seus resultados para exercer as ações correspondentes à execução da sentença.

A distribuição do dinheiro que puder existir entre todos os credores trabalhistas com sentença trânsita realizar-se-á no Tribunal trabalhista que primeiro tenha conhecido a demanda.

Art. 28. GRATUIDADE. De conformidade com o disposto no artigo 1º, todas as atuações administrativas e judiciais serão gratuitas para a parte trabalhadora, incluídos impostos e taxas cabíveis.

Art. 29. MULTA. A omissão de pagamento dos créditos trabalhistas gerará automaticamente, desde sua exigibilidade, uma multa de 20% sobre o montante do valor devido.

Art. 30. INTERPRETAÇÃO. As normas processuais deverão ser interpretadas conforme os princípios enunciados no artigo 1º da presente Lei e os princípios e regras que integram o bloco de constitucionalidade (artigos 72 e 332 da Constituição).

Art. 31. INTEGRAÇÃO. Tudo o que não esteja previsto na presente Lei rege-se-á pelo disposto nas disposições especiais em matéria trabalhista e no Código Geral do Processo no que for aplicável, ajustando-se ao disposto nos artigos 1º e 30 desta Lei, desde que não seja incompatível com os princípios de Direito do Trabalho.

Art. 32. DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA. A presente lei aplicar-se-á às reclamações iniciadas a partir de sua entrada em vigor, mesmo que os atos preliminares tenham ocorrido antes.

DA GREVE AO BOICOTE: OS VÁRIOS SIGNIFICADOS E AS NOVAS POSSIBILIDADES DAS LUTAS OPERÁRIAS

Márcio Túlio Viana*

RESUMO

A greve consegue ser muitas coisas de uma vez só: é momento de liberdade, de pausa, de rebelião e de sonho; tem traços de homem e de mulher; arroubos de jovem e racionalidade de adulto. Exatamente por isso, as leis estão sempre tentando capturá-la, e ela sempre buscando fugir. Historicamente, a greve foi e tem sido a grande arma do sindicato não só para criar direitos, como para torná-los mais eficazes; e não apenas para fins trabalhistas, mas para a promoção das classes oprimidas em geral. Hoje, porém, a greve e o sindicato estão em crise - que se reflete, por extensão, no próprio Direito do Trabalho. Como meio de superar essa crise, o autor trata de um novo conceito de greve e - para além da própria greve - da prática do boicote, que se articula com os valores e as tendências desses tempos *pós-modernos*. Mas todas essas alternativas de luta são desafiadoras e complexas: implicam a participação de novos atores e poderão afetar a própria estrutura da organização sindical. *Besides, claims a new vision upon the law, considering the Brazilian Constitution.*

Palavras-chave: Greve. Boicote. Sindicato. Conflitos coletivos de trabalho. Globalização. Flexibilização.

SUMMARY

Strike manage to be many things at the same time: it's freedom, pause, rebellion and dream moment, it has men and women's traces, ecstasy of the youth and rationality of an adult. Exactly because of this, laws are always trying to capture it and it is always trying to escape. Historically, strike has been the union trade's great gun not only to create rights, but also to make them more efficient; and not only for labour purposes but to promote the general oppressed classes. Today, however, strike and union trade are in crisis - that reflects by extension on the labour law itself. As a way to surpass this crisis, the author deals with a new concept of strike and - to beyond the strike itself - of the practice of boycott that articulates itself with the values and tendencies of this post modern times. But all this fight alternatives are challenging and complex: they imply the participation of new actors and might affect the structure itself of the trade union organization.

Keywords: Strike. Boycott. Trade Union. Collective labor conflicts. Globalization. To become flexible.

* Professor nas Faculdades de Direito da UFGM e da PUC-Minas. Juiz do Trabalho aposentado.

1 INTRODUÇÃO

Tal como a opressão, que é o seu avesso, a resistência tem marcado a história dos trabalhadores. Suas formas são múltiplas. Seus significados também. Como uma espécie de camaleão, ela percebe e imita os modos e as cores do ambiente.

Em algumas épocas, por exemplo, foi individual e caótica. Era o que acontecia nas grandes plantações de cana, quando os escravos - fingindo faltas de jeito - danificavam as ferramentas de trabalho, que para eles eram *também* de tortura.¹

Outras vezes, foi racional e coletiva - como entre os *luddistas* do século XIX, que juravam sobre a Bíblia os seus segredos, enviavam ultimatos a políticos e patrões, identificavam (dentre todas) as máquinas inimigas e só depois as quebravam (em pedaços bem pequenos, para que não pudessem ser refeitas).²

Antes de Taylor e sua *gerência científica*, a resistência podia facilmente ser visível, aberta, e ao mesmo tempo despercebida - pois os operários conheciam mais que os chefes as suas tarefas, e as faziam lentamente, ou comodamente, regendo os seus cansaços e ditando a sua cadência.

Entre nós, em certas épocas, ela foi preguiçosa e também libertária - como aconteceu depois da Lei Áurea, quando muitos negros não só se negaram ao trabalho, mas negaram *o próprio trabalho*, memória e símbolo de sua degradação.³

Nas cruéis fazendas do Alabama, foi nostálgica, esperta, musical e cifrada - quando os escravos, proibidos de se comunicar, cantavam as suas conversas nas varandas dos senhores, trocando planos de fuga enquanto inventavam o *blues*.⁴

Com o nosso Castro Alves, foi poética e rimada - e nem por isso menos forte e terrível:

*Tinir de ferros... estalar de açoite...
Legiões de homens negros como a noite,
Horrendos a dançar...⁵*

Pelas mãos de Chico Buarque, uniu acordes e versos:

*Tem certos dias em que eu penso em minha gente
E sinto assim todo o meu peito se apertar...⁶*

¹ Essa prática levou alguns senhores a superdimensioná-los.

² A propósito, consulte-se especialmente THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, *passim*.

³ Ao recusar-se ao trabalho, negando o próprio trabalho, eles afirmavam a liberdade recém-conquistada. Naturalmente, muitos outros mendigavam por falta de opção (a propósito, cf. CARDOSO, Fernando Henrique. *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, *passim*.)

⁴ Conta-se que eles eram proibidos de conversar, mas, ao mesmo tempo, instados a cantar; por isso, conversavam enquanto cantavam, introduzindo entre as notas musicais as suas formas de resistência.

⁵ Trecho memorizado de "Navio Negreiro".

⁶ Trecho memorizado da canção "Gente Humilde", de Chico, Vinicius e Garoto.

Com o sistema capitalista, os modos de oprimir e resistir se organizaram, racionalizaram-se e até se institucionalizaram. Ao mesmo tempo, tornaram-se onipresentes, compondo a própria estrutura das relações de produção.

A explicação pode ser encontrada nos paradoxos do sistema. Como certa vez escrevemos⁷,

[...] o trabalhador, ao contratar, cede o domínio de seus gestos: é como se usasse a sua própria liberdade para perdê-la. No entanto, mesmo antes do contrato a liberdade tem algo de ficção: não detendo em suas mãos o capital e a matéria-prima, quem nasceu para ser empregado simplesmente não tem como escolher a autonomia, vale dizer, o seu contrário. Ainda assim - ou talvez por isso - o contrato é peça-chave do sistema, posto que o legitima.

Se fosse realmente livre para vender (ou não) a sua liberdade, o trabalhador a manteria - e o sistema seria outro. Desse modo, para que as relações de produção se perpetuem, é preciso não só que haja liberdade formal para contratar, mas que falte liberdade real para não contratar...⁸

Além disso, o empresário quer acumular, objetivo estranho ao trabalhador.⁹ E assim, tal como o produto que fabrica, este mesmo trabalhador se estranha e se aliena. Marx explica em que consiste essa alienação:

Primeiramente, no fato de que o trabalho é externo ao trabalhador, isto é, não pertence ao seu ser; em que em seu trabalho, o trabalhador não se afirma, mas se nega [...] Por isso, o trabalhador só se sente em si fora do trabalho, e no trabalho sente-se fora de si [...] Seu trabalho não é, portanto, voluntário, mas forçado, trabalho forçado [...] Por fim, o trabalhador apercebe-se da exterioridade do trabalho ao se dar conta de que não é seu mas sim de outro; de que o trabalho não lhe pertence; de que quando está no trabalho ele não é dono de si mesmo, mas pertence a outro [...].¹⁰

De outro lado, ao contrário do que acontece com os demais meios de produção, é impossível agir *diretamente* sobre a força-trabalho.¹¹ Em consequência, como ensina Catharino, o homem é “pessoalmente atingido”¹². E é nesse ponto que - em termos substanciais - a subordinação pode significar sujeição.

⁷ VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. In: FRANCO FILHO, Georgenor (Org.) *Presente e futuro das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 308-346.

⁸ Ainda a propósito do poder nas relações de trabalho, cf. também as obras de DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996; MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. São Paulo: LTr, 2005; COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

⁹ Nesse sentido, LEITE, Márcia de Paula. *O futuro do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1997, *passim*.

¹⁰ MARX, K. *apud* Hunt & Sherman. *História do pensamento econômico*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 76.

¹¹ A observação não é nossa; escapa-nos, infelizmente, o nome do autor.

¹² Na mesma direção, observava Russomano, em trecho de obra que também já não identifico, que não se pode contratar um braço: todo um homem vem junto com ele.

Tudo isso faz com que, no trabalho livre e (ao mesmo tempo) subordinado, os conflitos estejam sempre presentes, ainda que ocultos ou em potência. Assim, não se trata de mera patologia - mas, como dizíamos, da própria anatomia do sistema.

E esses conflitos não se reduzem ao choque entre as classes, mas se multiplicam no interior de cada uma delas, opondo empresários a empresários, sindicatos a sindicatos, sindicatos a trabalhadores, trabalhadores a sindicatos e até trabalhadores a trabalhadores.

Um exemplo é o recente sucesso, no meio empresarial, do livro “*A arte da guerra*”, escrito por um general chinês do ano 2000 aC. Mas também poderíamos lembrar o tempo em que músicos em greve quebravam as mãos dos que continuavam a tocar¹³, ou as revoltas operárias dos anos 60-70 (na Europa) e 70-80 (no Brasil), muitas delas à revelia dos sindicatos, ou em oposição a eles.

Mas a História nos mostra também uma curiosa tendência à mimetização. Ao longo dos tempos, trabalho e capital vão se moldando um ao outro, mesmo quando se enfrentam. O aprendizado é constante e recíproco.

É o que podemos ver na sátira de Chaplin aos *tempos modernos*, quando o herói, para se defender, esguicha óleo da fábrica nos seus perseguidores; ou nesses nossos tempos *pós-modernos*, quando a fábrica propõe e incentiva o trabalho em equipe, canalizando para si o sentimento coletivo dos seus empregados.

O último exemplo nos mostra também que o conflito nem sempre é aberto e visível. Com frequência, poderes e contrapoderes se esquivam e se disfarçam, tentando fraudar um ao outro, trocando a luz pelas sombras.

Assim é, por exemplo, quando a empresa transfere para a máquina ou para o próprio empregado uma parte de seu comando; ou quando nos pergunta - na traseira de sua *van* - se o seu motorista está “dirigindo bem”; ou ainda quando produz ideologias e recebe assentimentos.

Já o empregado, mesmo espremido entre as normas do regulamento e as incertezas do *ius variandi*, inventa pequenos gestos ou pausas que o defendem do *stress*; usa pragas ou olhares para desabafar seus rancores; e até de banheiros se serve para organizar suas greves.¹⁴

Às vezes, a resistência pode passar despercebida ao próprio agente que a pratica - como acontece com algumas empregadas domésticas, ao quebrar *sem querer* copos e pratos da patroa, protestando *sem saber* contra o trabalho humilhante.¹⁵

Outras vezes - como em certas formas de assédio - é a opressão que se disfarça tão bem que o próprio trabalhador questiona a sua condição de oprimido: não sabe ao certo se caçoam dele, ou se é dele mesmo a culpa dos gracejos; e então, ao invés de se defender, agride-se.

¹³ Episódio ocorrido nos Estados Unidos, em meados do século passado.

¹⁴ Esta última prática, segundo alguns sociólogos, como MARONI, Amnés (*A estratégia da recusa*. São Paulo: Brasiliense, 1982, *passim*), foi comum sobretudo nos últimos anos da ditadura militar, quando nascia o “novo sindicalismo”.

¹⁵ A observação é de FREUD, Sigmund. *A psicopatologia da vida cotidiana*: esquecimentos, lapsos de língua, atos descuidados, superstições e erros. Rio de Janeiro: Imago, 1976, *passim*.

É assim que se nota, como já fizemos uma vez¹⁶, que a resistência convive com a submissão: a história do agressor também é a do agredido, que ora se curva porque quer, ora por *não ter como reagir*.

2. OS SIGNIFICADOS DA GREVE

Em Paris, nos velhos tempos, aconteceu certa vez que o Rio Sena - de tanto jogar para fora as coisas que não queria - acabou construindo uma praça.

Essa praça foi batizada com o nome de *Grève* - palavra que significa "terreno plano e unido, coberto de graveto e de areia, ao longo do mar ou de um curso de água".¹⁷

Na I Revolução Industrial, era ali que os trabalhadores se reuniam para contar suas lorotas, xingar os patrões¹⁸, esperar pelos *gatos* ou praticar suas greves. Assim, com o passar do tempo, estar em (=na praça de) *Grève* passou a significar estar em (=fazendo) greve.

É curioso notar como as traduções dessa palavra em algumas línguas podem revelar os significados da própria greve.

Em Inglês, greve é *strike* - que se traduz pelo substantivo "ataque" e pelos verbos "golpear", "bater", "chocar-se".¹⁹

Em Espanhol, é *huelga* - que entre outras coisas significa "folga, férias, descanso, folguedo"; e tem a mesma raiz de *huelgo*, que se traduz por "fôlego, alento".²⁰

Em Italiano, greve é *sciopero* - que tem o mesmo prefixo de *sciolto*, "livre de ligações, de vínculos".²¹

Na verdade, e para dizer pouco, a greve é tudo isso ao mesmo tempo.

É *strike* enquanto violência. Golpeia o contrato de trabalho, pois questiona o que foi ajustado e desobriga o empregado de sua prestação principal.²² Daí por que, no campo do trabalho subordinado, o conteúdo dos acordos é sempre precário - resultado da natureza *anatomicamente* conflitual das relações.

Tal como acontece, em certa medida, com o seu contrário - o poder diretivo²³ - a greve sempre surpreende, ainda que esperada; e tanto incita quanto irrita, mesmo se rotineira. Em outras palavras, *choca*.

¹⁶ *Direito de resistência*, cit., p. 24.

¹⁷ GILLON, Étienne *et alii*. *Petit Larousse*. Paris: Librairie Larousse, 1960, p. 493.

¹⁸ Como nos conta Michele Perrot, em um de seus textos, era comum, no vocabulário operário, o uso de termos como "abutres", "chacais" e "vampiros", para designá-los.

¹⁹ *Dicionário Oxford Escolar*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 614.

²⁰ ALMOYNA, J. M. *Dicionário de Espanhol-Português*. Porto: Porto Editora, 1977, p. 612.

²¹ ZINGARELLI, N. *Lo Zingarelli Minore: vocabolario della Lingua italiana*. Bolonha: Zanichelli, 1994, p. 880.

²² Nesse sentido, é sugestivo o título que Segadas Vianna escolheu para a sua clássica obra, recentemente reeditada: *Greve: direito ou violência?* (São Paulo: Companhia do Livro, 2005.)

²³ Como se sabe, o poder diretivo especifica, a cada momento, o que foi ajustado apenas genericamente, e, nesse sentido, é ao mesmo tempo previsto (enquanto poder) e imprevisto (no modo de se manifestar); ou, em outras palavras, esperado enquanto gênero, e surpreendente enquanto espécie.

Mas a greve também é *huelga*: um momento de tomar fôlego, espécie de parênteses na rotina do trabalho. O trabalhador se desprende - ainda que não de todo²⁴ - do poder de comando que o oprime.

Entre nós, nos últimos anos da ditadura, a greve libertava os trabalhadores não só da cadeia de montagem, mas de um clima difuso de ameaças.²⁵ Por isso, nascia não apenas por razões econômicas, mas

[...] da necessidade que o trabalhador tem de respirar.²⁶

Tudo isso faz com que o não-trabalho tenha também o sabor de um folguedo. Quanto maior a opressão no trabalho maior a alegria na greve, qualquer que venha a ser o seu resultado.

A propósito, não custa lembrar os bailes, piqueniques e peças teatrais que os nossos anarquistas usavam não só para atrair e conscientizar os outros trabalhadores, como para festejar as suas greves. Ou a marcha italiana em defesa da estabilidade, que há alguns anos reuniu mais de um milhão de pessoas em Roma, numa manifestação ao mesmo tempo política e lúdica.²⁷

No mesmo sentido, greve é *sciopero*, que lembra “solto”. É a liberdade que volta, não obstante mitigada²⁸, temporária e sobretudo contraditória: em termos reais, o trabalhador se coloca fora do contrato²⁹, ainda que formalmente dentro dele, e para reentrar nele em seguida.

Em razão deste último objetivo, a greve pode passar de simples *strike* (ataque) a *strike up*, que se traduz por “travar relações”.³⁰ Se ela tem êxito, abre o diálogo, mas um diálogo em nível diferente: já agora, é o trabalhador (através do sindicato) quem propõe as condições para a sua subordinação.³¹

Exatamente por ter “saído” do contrato, o trabalhador pode enxergá-lo e enxergar-se de outro modo, comparando-se com os colegas de outras fábricas e checando a justiça de suas reivindicações com a própria reação da sociedade.

E é então, aqui, que a greve volta a ser *huelga*: o parêntese, o fôlego, serve também para repensar e tentar refazer - ainda que minimamente - a rotina do trabalho.

²⁴ Na verdade, o poder diretivo (em sentido amplo) permanece atuando secundariamente, como, por exemplo, através das obrigações de não violar segredo da empresa e não ofender física ou moralmente o empregador.

²⁵ Como se sabe, no período da ditadura, o poder diretivo patronal se articulou com o poder de repressão policial. Havia não só agentes infiltrados nas fábricas como policiamento ostensivo nas manifestações e ameaças explícitas de enquadramento dos trabalhadores na Lei de Segurança Nacional.

²⁶ Depoimento citado por ANTUNES, Ricardo. *A rebeldia no trabalho: o confronto operário no ABC paulista* - as greves de 1968 a 1980. Campinas: UNICAMP/Ensaio, 1988, p. 33.

²⁷ Muitos trabalhadores levaram as suas famílias e celebraram os comícios e a greve geral com vinhos, pães e salames ao ar livre.

²⁸ Por não ter os meios de produção, o trabalhador continua sem a opção real de deixar de ser subordinado; daí não ser completa a sua liberdade.

²⁹ A expressão é de DEL CASTILLO, Santiago Perez. *Direito de greve*. São Paulo: LTr, 1999, *passim*.

³⁰ *Novo Dicionário Barsa das Línguas Inglesa e Portuguesa*, Nova Iorque: Appletown Century Crofts, 1972, p. 532. Note-se que a expressão também tem outros significados.

³¹ Observaremos depois como esse quadro vem se alterando.

Por fim, greve é também *grève*: tal como o rio que transbordava, trazendo areias e seixos, ela faz o contrato sair de seu leito, incorporando novas cláusulas. Nesse sentido, como nota Tarso Genro, a greve se escora num trinômio:

*[...] ruptura da normalidade da produção, prejuízo para o capitalista; e proposta de restabelecimento da normalidade rompida.*³²

Ao mesmo tempo, ela irradia os seus efeitos para outras categorias e mesmo para além das relações de trabalho.

É curioso notar que, no mesmo momento em que a fábrica deixa de produzir mercadorias, a greve - que é também o seu contrário - passa a produzir direitos. E direitos não só *trabalhistas*, em sentido estrito, mas *humanos*, em sentido amplo.

Mas a greve tem muitos outros significados, para além da etimologia - e alguns deles, talvez, para além de nossa percepção.

Não se trata, como se costuma dizer, do exercício coletivo do direito individual de não trabalhar. Na verdade, esse direito nem existe fora da greve, pois o empregado tem um contrato a cumprir. Além disso, a quantidade muda a qualidade³³: o fato de se tratar de um fenômeno coletivo lhe dá outra natureza.

A propósito, observa Gide, em curioso exemplo, que qualquer um de nós pode andar em ziguezague, sem causar transtornos ou mesmo sem ser notado; no entanto, se muitas pessoas, de braços dados, fizerem-no, todos se sentirão atingidos.³⁴

Mas a greve é também um meio de conversa e de denúncia. Através dela, os trabalhadores contam à sociedade o que se passa entre as quatro paredes da empresa e revelam ao empregador o grau de sua indignação. Em troca, recebem desses interlocutores - através de suas próprias falas - palavras ou gestos de apoio ou indiferença, revolta ou retaliação.

E a greve conversa também com o próprio trabalhador: ensina-o a lutar pelos direitos que tem e (principalmente) pelos que ainda não tem; a inverter o medo que sente pelo medo que semeia; a ter orgulho, a sentir-se gente. Como disse certa vez um operário, ela às vezes acontece

*[...] mais pela honra do cara do que pelo aumento.*³⁵

Nesse sentido, a greve é metáfora³⁶; revela não só a indignação que os trabalhadores sentem diante das suas condições de trabalho, como o desabafo, mesmo inconsciente, pelo fato de se subordinarem a outros homens.

³² GENRO, Tarso. *Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1979.

³³ Marx faz observações nesse sentido, em vários de seus escritos, quando descreve as relações de produção.

³⁴ GIDE, Ch., *et alii*. *Le droit de grève*. Paris: F Alcan, 1909, p. 7.

³⁵ Trecho de depoimento colhido numa das greves dos anos 1978-80, segundo Frederico, *apud* ABRAMO, L. W. Greve metalúrgica em S. Bernardo: sobre a dignidade do trabalho, *in* CARDOSO, Ruth Correa *et alii*. *As lutas sociais e a cidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 214.

³⁶ GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. *Op. cit.*, p. 13.

Nas entrelinhas da greve, pode-se perceber que há um conflito visível e agudo, e outro maior e latente, que se oculta atrás dele e explode com ele. Para além das reivindicações do momento, a greve revive momentos anteriores de opressão.

Em toda greve, qualquer que seja o seu objeto imediato, cada trabalhador reafirma - real e simbolicamente - a condição contrária à de sua própria existência: por algum tempo, liberta-se, *in-subordina-se*, à semelhança daqueles ex-escravos que praticavam o ócio para afirmar a sua dignidade.

E, desse modo, o que ele *não faz* na fábrica, faz na greve: canta, conta, xinga, inventa, protesta, pensa, sonha e (paradoxalmente) se move. Ainda assim, porém, algumas coisas que ele *faz* na fábrica também faz na greve: insere-se numa organização, divide o trabalho com os companheiros, segue os ritmos ditados pelos líderes.

Mesmo o operário que treme diante do patrão consegue ousar na greve, pois a multidão o esconde e protege. Tal como na fábrica, onde ele é um entre muitos, na greve se torna quase invisível. Nesse sentido, a força do número não a torna apenas eficaz, mas possível. A greve de um só, ainda que fosse possível, seria vencida pelo medo.

A greve silencia as máquinas e abre o peito dos trabalhadores. Em nível coletivo, eles expressam a sua união, a sua força, a sua coragem. Afirmam-se *enquanto classe*, deixando nítida, assim, a existência de uma *outra* classe, que domina os meios de produção e por isso mesmo os domina.

Embora marcada sobretudo pela inação, a greve é irreverente, escandalosa³⁷ e explícita; pode-se vê-la, senti-la, quase tocá-la. Por ser assim tão aparente, é capaz de afetar a imagem da empresa, do sindicato ou dos trabalhadores. Nesse sentido, é um espelho.

No entanto, nem sempre acontece assim. Por exceção - e razões estratégicas - esse espelho pode se tornar opaco; e o escândalo, malpercebido. Um bom exemplo foi a recente greve dos controladores de voo, que, depois de enfrentar uma forte reação das classes alta e média, pareceu tomar o caminho das sombras, disfarçando-se por detrás de neblinas e radares.

Em casos como esse, a greve passa a ser explícita apenas entre os seus principais atores - o sindicato, de um lado, e o Governo, de outro - pois ambos podem ter interesse em ocultá-la.³⁸ Aos olhos da população, nem sempre é percebida como greve. Mistura-se com aqueles outros fenômenos, reais ou falsos, ou meio reais e meio falsos, assumindo a forma de uma espécie de cataclismo - o *apagão*.³⁹

³⁷ GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. Prólogo. In: MARTINEZ, M. Olga Sanchez. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*. Madri: Dykinson, 1997, *passim*.

³⁸ O possível interesse do Governo estaria no fato de que, se as coisas ficarem muito claras, terá de tomar uma atitude também precisa. Ora, se atendesse aos grevistas, poderia ferir hierarquias entre os militares, inclusive em termos salariais; e se, ao contrário, resolvesse reprimi-los, queimaria a sua imagem junto aos trabalhadores. Por outro lado, a ideia de um incontrolável "apagão" acaba servindo, ainda que não propositalmente, para afastar eventuais responsabilidades de controladores a propósito de acidentes aéreos.

³⁹ Como se sabe, esse é o termo criado pela mídia para descrever o fenômeno, o que nos remete à crise energética de alguns anos atrás, também sem culpados visíveis.

De certo modo, toda greve também conta e repete a história do próprio sindicato, pois nasce com um traço revolucionário (ao negar por algum tempo a subordinação) e termina de maneira mais ou menos conformista (ao aceitar tacitamente - ainda que com eventuais mudanças - as mesmas relações de produção).⁴⁰

Por tudo isso, a greve - tal como o sindicato - é ao mesmo tempo indisciplina e disciplina; nega e reafirma a condição operária, agredindo e legitimando o sistema. É revanche, revide, quase vingança; mas é também convite, apelo, insinuação. E, como símbolo que é, tem também o seu ritual, a sua *missa*.

Para Domenach, a greve tem “qualquer coisa de trágico e de quase religioso”⁴¹ - do mesmo modo que tem traços de loucura. Sua linguagem, como diz Garcia, é “a da parcialidade, do posicionamento, da contradição”.⁴² É difícil manter-se neutro.

Se - como cantam os versos *politicamente incorretos* de Grabbe⁴³ - a mulher é mais sentimento, e o homem, racionalidade, talvez possamos dizer que a greve é mulher enquanto desabafo, alegria, improviso; e homem, enquanto estratégia, cálculo, organização. Talvez mais mulher do que homem, como sugere a língua francesa.

E se pensarmos nos elementos da Natureza, a greve é *terra* enquanto aceita o sistema em sua essência, roubando-lhe a lógica para extrair-lhe o sangue; é *água* enquanto tempera e acalma as relações em conflito; e é *ar* - ou *vento* - enquanto experiência fugaz de liberdade, que pode trazer escondida a esperança de um novo mundo.

No caso da greve geral⁴⁴ - que já teve traços realmente anticapitalistas - esta esperança foi muitas vezes cantada em prosa e verso. Alguns, como Sorel, viam-na como um ensaio de guerra, ou a própria guerra já em curso. Para Pataud-Pouget, não poderia haver estratégia mais eficaz:

*Para vencer não se trata mais de fazer fuzilar [...] Basta cruzar pacificamente os braços. Só por este fato a vida civilizada fica suspensa: os padeiros não cozinharão o pão; os cozinheiros ficarão sentados diante dos fornos apagados; as imundícies entupirão as cidades; os cadáveres empestarão a atmosfera. A burguesia será obrigada a entregar-se.*⁴⁵

⁴⁰ Lembre-se de que o sindicalismo, no início, via a própria greve como uma forma de derrubar o sistema, especialmente em suas versões anarquista e marxista; mas pouco a pouco, sobretudo a partir do período taylorista-fordista-keynesiano, foi trocando as utopias do futuro pelas conquistas imediatas do presente, e convertendo-se, assim, numa importante peça do próprio capitalismo.

⁴¹ *Apud* BOUÈRE, Jean-Pierre. *Le droit de grève*. Paris: Sirey, 1958, p. 15.

⁴² GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. Prólogo. In: MARTINEZ, M. Olga Sanchez. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*. Madri: Dykinson, 1997, p. 17.

⁴³ “O homem pensa com largueza / A mulher sente com profundidade / O coração dele é o mundo / O mundo dela é o coração.” (trecho memorizado)

⁴⁴ Mesmo sem contestar o sistema, a greve geral tem servido para outros propósitos para além de direitos trabalhistas - como, por exemplo, para derrubar ditadores (como Ibañez, no Chile) e libertar cidades (como a Paris de 1944). No Brasil, entre vários outros episódios, esteve presente na defesa do monopólio do petróleo.

⁴⁵ *Apud* BOUÈRE, Jean-Pierre. *Le droit de grève*. Paris: Sirey, 1958, p. 15.

Para os sindicatos marxistas e anarquistas, a revolução aconteceria assim, talvez num único dia, ou numa “grande noite”, quando os trabalhadores de todo o mundo se uniriam na inação. Por isso, Mirabeau advertia:

*Cuidado! Não irrite o povo, que produz tudo e que, por ser formidável, pode ficar imóvel!*⁴⁶

Mesmo a greve apenas reivindicativa guarda um resíduo de sonho. E, como dizíamos, esse sonho se realiza - ainda que homeopaticamente - se não *depois*, pelo menos *durante* o seu curso. Até certo ponto, a greve antecipa aquele futuro cheio de liberdades, em que o trabalhador se reapropria de seus tempos e movimentos.⁴⁷

E quando a greve é de ocupação ativa, esse futuro se faz ainda mais claro e presente: os trabalhadores retomam os próprios meios de produção, ainda que de forma passageira e sem a pretensão de subtraí-los ao empregador. Por alguns dias ou semanas, muda pelo menos a posse, embora a propriedade se conserve.

Cada greve envolve nova distribuição de poderes, o que pode significar mudanças nas coragens e nos medos, nas inquietações e nos sonhos, nos modos de opressão e nas futuras formas de resistência.

Outro efeito importante da greve foi - historicamente - o próprio direito de greve. Ele nasceu com ela, depois dela, graças a ela. A explicação pode ser encontrada em Afonso Arinos: às vezes nós assistimos à criação invencível de um direito fora da lei.

Mesmo quando vencida, a greve fortalece as solidariedades e o sentimento de classe. Os trabalhadores correm os mesmos riscos e se identificam na mesma esperança. Ao mesmo tempo, fora dos muros da fábrica, (re)encontram-se numa outra dimensão e se (re)conhecem de outras maneiras.

A greve é fator de desordem, mas também princípio de organização.⁴⁸ Por isso, qualquer que seja o seu resultado em termos de conquista de direitos quase sempre ajuda a preparar a greve seguinte. Ao mesmo tempo, ajuda a manter, desequilibrar e recompor o próprio sistema, exibindo, cicatrizando e reabrindo as suas feridas.

Como já notamos, a greve usa a própria racionalidade do modo capitalista de produzir.⁴⁹ A empresa não pode parar, pois a concorrência é feroz. Por isso mesmo, a lógica da greve é o prejuízo.

⁴⁶ *Apud* BOUÈRE, Jean-Pierre. *Le droit de grève*. Paris: Sirey, 1958, p. 15.

⁴⁷ Volta e meia, surgem pretensões (em geral não atendidas) que espelham um pouco disso, como na greve da Volks de 1978, quando os trabalhadores exigiam o direito de suspender os próprios chefes, caso praticassem injustiças...

⁴⁸ GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. *Op. cit.*, p. 15.

⁴⁹ Esse fenômeno é ainda mais perceptível em certas greves atípicas, como na “greve trombose”, em que os trabalhadores param o setor-chave da linha de produção, inviabilizando *por tabela* o trabalho de seus companheiros - que podem se dizer disponíveis para o trabalho, receber os seus salários e ajudar o “fundo de greve”.

3 OS OLHARES SOBRE A GREVE

Ao longo dos tempos, a greve tem sido vista com bons e maus olhos. Os juristas mais antigos tinham mais dificuldade em aceitá-la. Mas a maioria parece ter simpatia por ela.

Para Carnelutti,

[...] o direito de guerra é a negação do direito e, tanto quanto o direito de greve, contém uma contradictio in adjecto.

Para Cesarino,

[...] trata-se de consagração do direito de fazer justiça pelas próprias mãos.

E Durand observa que

[...] o vencedor não é o que tem razão, mas o que pode agir ou resistir mais tempo.

Já para Hauriou, a greve é

[...] um ato de violação que se compara à legítima defesa, figura que só se admite pela impossibilidade de ser o Estado onipresente.

Na lição de Trindade,

[...] identifica-se o direito de greve a um direito natural do homem, no campo do Direito do Trabalho, como é o da resistência à opressão no terreno político.

A propósito desta última afirmação, é importante notar que há duas formas de resistência - pelo direito já posto e para se pôr o direito. A primeira pode ser exercida pelo indivíduo ou pelo grupo. Já a outra, no campo trabalhista, só pelo grupo.

É aí que entra a greve. Embora também sirva de arma contra violações da lei, ela se presta especialmente para fabricar a lei, num contexto em que a lei não se ajusta ao direito ou à justiça.

Nesse sentido, completa o mesmo Trindade que se trata de um

[...] sistema para denunciar uma dose de injustiça na lei; dose insuportável, apelando à lei fundamental.⁵⁰

No início do século XX, uma revista alemã abriu um concurso para premiar com 200 marcos a melhor resposta a esta pergunta: “por que você se declara em greve?” A resposta vencedora dizia:

⁵⁰ TRINDADE, Washigton Luiz da. *O superdireito nas relações de trabalho*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1982.

Como operário, só possuo uma mercadoria para vender: minha força de trabalho. Quero ter o direito de vendê-la a um preço decoroso, isto é, ao preço mais elevado possível, tal como faz o patrão, que me dá trabalho, com as suas mercadorias.

Além disso, e sempre de acordo ou em conformidade com os métodos seguidos pelo meu patrão, faço parte de uma associação que estabelece o preço a que devo vender a minha força de trabalho. Membro dessa associação, por esse fato me obrigo a não vender a minha única mercadoria a preço mais baixo ao que o preço estabelecido.

Se eu não quero pagar ao capitalista a sua mercadoria pelo preço por ele fixado, ele não m'a dá; se ele não quer pagar pela minha mercadoria o preço que fixamos, eu não lh'a dou. Eis aqui a greve.

No mesmo sentido, observa Roberto Santos⁵¹ que o empresário dispõe, como lhe apraz, da matéria-prima, das máquinas e dos produtos. Pode utilizá-los, vendê-los ou estocá-los estrategicamente, seguindo as leis da oferta e da procura.

Já o trabalhador tem apenas uma mercadoria - a força de trabalho - e não pode deixar para usá-la mais tarde. O máximo que pode fazer é adiar o seu uso por um breve tempo, mas essa estratégia só dá resultado se todos a adotarem de uma só vez.

Na verdade, ocupam as greves um lugar tão importante, tão *estratégico*, que sem elas "não é possível entender a História contemporânea".⁵²

4 A GREVE E A CONSTITUIÇÃO

A greve é um potro bravo; será possível domá-la? A nossa Constituição, como tantas outras, tenta fazê-lo - se bem que de um modo bem leve, roçando apenas os seus pelos:

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade

*§ 2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.*⁵³

Seja como for, como escreve Garcia,

[...] o Direito não pode entender nem desejar a greve. Sempre a teme, e sua consagração é um pretexto para conjurá-la, para atraí-la e enganá-la, para apoderar-se dela e desativá-la. Foi por isso, para torná-la sua e poder comprá-la, que fez a

⁵¹ SANTOS, Roberto A. O. Uma contribuição sociológica à renovação da teoria jurídica da greve, *in Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, ano 1, n. 1, São Paulo: LTr, 1993, p. 123-124.

⁵² MARTINEZ, M. Olga. *Op. cit.*, p. 14.

⁵³ Constituição da República. *In: CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16.

*greve entrar no reino dos direitos. Sua consagração, cheia de ardis, a realizou seu pior inimigo. Como tantas outras consagrações...*⁵⁴

Desse modo, essa greve atraída, possuída e devolvida pelo Direito pode acabar se tornando uma alternativa para a *outra* greve: aquela que desafia, surpreende, desarticula e ameaça, “provocando um curto-circuito nos relatos do jurista”.⁵⁵ É como se tivesse havido uma troca.

De fato, com o passar do tempo, a greve foi perdendo para o Direito boa parte de sua face utópica, guerreira e louca. Como uma espécie de compensação, o Direito lhe concedeu regalias, começando por excluir a falta contratual do grevista - tal como faz nos casos de legítima defesa e figuras afins.⁵⁶

A greve é ao mesmo tempo *pressão* para construir a norma e *sanção* para que ela se cumpra. Por isso, serve ao Direito de três modos sucessivos: primeiro, como fonte material; em seguida, se transformada em convenção, como fonte formal; por fim, como modo adicional de garantir que as normas efetivamente se cumpram.⁵⁷

Em todos esses sentidos, a greve tem traços revolucionários também em termos jurídicos, pois - ao contrário do que normalmente faz - o Estado deixa explodir o conflito e permite que as próprias partes produzam, a partir dele, o seu próprio direito.

Para Lobo Xavier, a greve

*[...] é ação sem jurisdição.*⁵⁸

4.1 A natureza jurídica da greve

Costuma ensinar a doutrina que a greve é direito individual, exercido coletivamente. Esse modo de pensar legitima o *fura-greve*, que estaria exercendo o sacro-direito de cavar o seu pão.

Preferimos inverter os termos da frase. A greve nos parece um direito coletivo, que cada indivíduo pode e *deve* exercer, integrando-se ao grupo.

É que nesse caso, como vimos, a quantidade altera a qualidade; o fato de só poder ser exercido em grupo, e especialmente o fato de *servir para o grupo* fazem com que a greve não afete apenas o indivíduo isolado.

É nesse sentido que se deve entender a lição de Trindade:

*Não é (a greve) direito dos interessados, mas processo de conquista de direitos.*⁵⁹

⁵⁴ GARCIA, J. Ignacio Martinez. Prefácio. In: *La huelga ante el derecho - conflictos, valores y normas*. M. Olga Martinez, Madri: Dykinson, 1997.

⁵⁵ GARCIA, J. Ignacio Martinez. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁶ A propósito, cf. DEL CASTILLO, Santiago Perez. *Direito de greve*. São Paulo: LTr, 1999, *passim*.

⁵⁷ Mesmo as normas não conquistadas pela mesma greve, como também a própria lei.

⁵⁸ Apud LOBO, Dias. *Responsabilidade objectiva do empregador por inactividade temporária devida a perigo de lesão à vida e saúde do trabalhador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, *passim*.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 17.

Aliás, é ainda o *fura-greve* quem nos ajuda a ilustrar essa questão.

Ao exercer o seu suposto direito, ele dificulta ou inviabiliza o direito real da maioria. O que faz não é apenas trabalhar, mas - com perdão do trocadilho infame - atrapalhar o movimento. Ele realmente *fura* a greve, como se abrisse um buraco num cano de água. E o seu gesto também tem algo de simbólico: mostra que a identidade operária não é coesa, que há resistências internas.

Tal como o grevista, o *fura-greve* fala: põe em cheque o movimento, denuncia a própria greve. Mas, ao resistir à resistência, revela dupla submissão. Ele *luta contra os que lutam* por um novo e maior direito; esvazia o sindicato, dificulta a convenção coletiva e fere o ideal de pluralismo jurídico e político.⁶⁰ Apesar disso, infelizmente, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT reconhece o princípio da liberdade de trabalho dos não-grevistas.⁶¹

Em termos constitucionais, o conflito entre o grevista e o *fura-greve* se expressa na oposição entre as normas que garantem a liberdade individual e as que valorizam a autonomia coletiva. Um modo, talvez, de compatibilizá-las seria o de deixar ao *fura-greve* a possibilidade de demonstrar, caso a caso, a falta de representatividade de seu sindicato. Só nesse caso o seu “direito” perderia as aspas, tornando-se de fato um direito.

4.2 O conceito jurídico de greve

Em sentido amplo, há greves de operários, estudantes e prostitutas⁶²; de trabalho, de comida (ou de fome) e de palavras (ou de silêncio); de ocupação ativa ou passiva; greve geral ou parcial; greve intermitente, trombose, de zelo, de amabilidade (ou de falta de), tartaruga ou solução - e ainda muitas outras mais.⁶³

Na verdade, todas essas práticas têm um traço em comum: o protesto, a denúncia e a pressão exercidos coletivamente, por um certo tempo e através de uma ruptura com a rotina. Em todos esses casos, deixa-se de fazer (ou altera-se) algo que usualmente se faz.

Já em termos jurídicos, a greve tem significado mais específico. Como a Constituição não a define, a lei ordinária se apressa a fazê-lo, conceituando-a como “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, da prestação de serviços a empregador”.

Ocorre, porém - como ensina Pinho Pedreira - que o conceito legal está em crise.⁶⁴ Já não corresponde à realidade. Além disso, acaba restringindo a norma constitucional.

⁶⁰ No mesmo sentido, COELHO, Rogério. A greve, os grevistas e os não grevistas. *Revista LTr* 53-11/1341, São Paulo.

⁶¹ GERNIGON, B.; ODERO, A.; e GUIDO, H. Princípios da OIT sobre o direito de greve. In: *Direito Sindical da OIT: normas e procedimentos*. Genebra: OIT, 1998, p. 40.

⁶² Um exemplo foi a “greve do balaiço fechado”, relatada por alguns autores, em Estados do nordeste.

⁶³ A propósito, cf. o nosso artigo Conflitos coletivos de trabalho e o livro *Direito de resistência*, já citados.

⁶⁴ PEDREIRA, Luiz de P. *A greve com ocupação de locais de trabalho*. São Paulo: 1993, p. 98.

Por isso, na doutrina comparada, autores como Javillier e Palomeque López tentam aproximá-lo do seu sentido comum, identificando a greve com toda e qualquer ruptura com o cotidiano. Para nós, essa é a lição mais correta, desde que se acrescente que aquele *cotidiano rompido* é o da *prestação de serviços*.⁶⁵

Na verdade, é juridicamente possível adotar essa tese, mesmo em face da lei brasileira. Basta: a) ou considerá-la inconstitucional, na medida em que parece reduzir o campo do art. 9º da CF; b) ou interpretar com mais largueza a expressão “suspensão [...] *parcial* da prestação de serviços”, de forma a incluir nela aquelas hipóteses atípicas.

Note-se que o Comitê de Liberdade Sindical da OIT admite algumas modalidades de greves atípicas - como o *lock-in*⁶⁶, a greve de zelo e a greve de rendimento - desde que pacíficas⁶⁷; e já concluiu que os interesses dos trabalhadores “englobam também a busca de soluções para questões de política econômica e social”.⁶⁸ Em consequência,

[...] a declaração de ilegalidade de uma greve nacional de protesto contra as consequências sociais e trabalhistas da política econômica do governo e sua proibição constituem grave violação da liberdade sindical.⁶⁹

Pela mesma razão, ainda de acordo com a OIT, pode haver greve mesmo quando o conflito não é suscetível de desembocar numa convenção coletiva.⁷⁰

5 O SINDICATO E A GREVE EM TEMPOS PÓS-MODERNOS

Mais do que um subproduto do sistema, o sindicato é resultado de um seu *modo de ser*, representado pela fábrica concentrada.⁷¹ Foi ela que reuniu os trabalhadores entre quatro paredes, para melhor controlá-los e racionalizar a produção. Mas foi também ela que os ensinou a lutar.

Essa contradição - que fez nascer o sindicato e com ele o próprio Direito - vem sendo pouco a pouco superada. Com as novas tecnologias, que permitem *produzir sem reunir*, a fábrica se fragmenta, dividindo os trabalhadores e minando as normas de proteção - seja alterando, revogando, negociando, relendo ou simplesmente ignorando os seus comandos.

No modelo pós-fordista, a empresa - e especialmente a fábrica - exige uma superfície lisa, sem arestas, exatamente porque depende da adesão completa dos trabalhadores, para envolvê-los nas práticas do *just in time*.⁷² Sem esse

⁶⁵ VIANA, Márcio T. *Direito de resistência*, cit., p. 285.

⁶⁶ Ou greve de ocupação.

⁶⁷ GERNIGON, B.; ODERO, A.; e GUIDO, H. *Op. cit.*, p. 21.

⁶⁸ GERNIGON, B.; ODERO, A.; e GUIDO, H. *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ Com essa expressão queremos designar não necessariamente a fábrica fordista, mas toda e qualquer fábrica, exceto a disseminada (que no período anterior à I Revolução Industrial, e por algum tempo depois dela, era representada pelo trabalho a domicílio).

⁷² CHICCI, Federico. *Lavoro e capitale simbolico: una ricerca empirica sul lavoro operaio nella società post-fordista*. FrancoAngeli: Milano, 2008, p. 145.

comprometimento - que vai para muito além da força-trabalho, alcançando a dimensão humana - o novo modelo simplesmente *não funciona*.

Nesse ambiente quase corporativo, alimentado pela cooptação ou pelo desemprego - vale dizer, pelo amor ou pelo terror - há pouco lugar para conflitos coletivos e o desenvolvimento de contrapoderes. O espírito coletivo desliza do sindicato para o trabalho em grupo, *a equipe*; em troca da identidade de classe, a empresa propõe ao operário que ele se identifique *com ela própria*.

Como já notou alguém, não se trata mais, ou não se trata tanto de enfrentamentos diretos, frente a frente, como num campo de batalha; o novo modelo *corrói por dentro* o sindicato, minando a sua capacidade de representar a classe trabalhadora, e a própria autopercepção dos trabalhadores enquanto classe.⁷³

Naturalmente, há outras razões que explicam a fragmentação do universo operário - como, por exemplo, a difusão de contratos atípicos, as terceirizações *para dentro e para fora*⁷⁴, a dissimulação do conflito capital e trabalho⁷⁵ e o hiperindividualismo dos nossos tempos, que não só nos libera dos antigos vínculos - ideológicos e associativos - como nos faz sentir (ou querer sentir) senhores de todas as nossas decisões.⁷⁶

Seja como for, a crise do sindicato é também a crise da greve - ou vice-versa. Cada vez mais ela se restringe às categorias fortes e sobretudo às que têm segurança no emprego. Ao mesmo tempo, as greves típicas vão cedendo lugar às atípicas, que oferecem menos risco ao trabalhador.

Para atenuar um pouco esses problemas, pode-se pensar, no campo jurídico, em algumas soluções - como, por exemplo, a re-ratificação da Convenção n. 158 da OIT⁷⁷, o combate às terceirizações⁷⁸ e a revisão doutrinária e jurisprudencial do conceito de greve, como ensaiamos no item precedente.

Já no campo parajurídico, uma saída interessante é a prática do boicote - especialmente quando estiver em jogo o "trabalho decente".⁷⁹

⁷³ Nesse sentido, pesquisa realizada pelo mesmo autor acima citado indica que, mesmo num país de forte tradição sindical como a Itália, e numa cidade engajada politicamente como Bolonha, a identidade operária vai se tornando cada vez mais frágil (*op. cit.*, p. 119 e segs.).

⁷⁴ Na falta de coisa melhor, imaginamos essas duas expressões, há já alguns anos, para indicar as duas faces da terceirização: quando a empresa se joga dentro de outra, externalizando etapas de seu ciclo produtivo (*out-sourcing*), e quando, ao contrário, uma outra se coloca com os seus empregados dentro dela (como é o caso do trabalho temporário). Ambas refletem substancialmente o mesmo fenômeno e a mesma estratégia de externalizar custos.

⁷⁵ CHICCI, Federico. *Op. cit.*, p. 119.

⁷⁶ Nesse sentido, GILLES Lipovetsky. *L'empire de l'éphémère: la mode et son destin dans les sociétés modernes*. Paris: Gallimard, 1987, *passim* - fala em *sistema-moda*, marcado pela fluidez, pela fugacidade, pelas mutações constantes e imprevistas, mas também pelo paradoxo de um mimetismo conjugado com a afirmação das individualidades.

⁷⁷ Que trata da proteção ao emprego, foi ratificada e depois denunciada (a nosso ver, ilegalmente) pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso e se encontra há anos em análise no STF.

⁷⁸ Restringindo mais o seu campo e/ou tornando-as tão onerosas como a contratação direta.

⁷⁹ A expressão tem sido utilizada pela OIT, para designar o trabalho em condições pouco (ou não) humanas, como a escravidão e o trabalho infantil.

6 O BOICOTE, ONTEM E HOJE

Dizem que em fins do século XIX havia um certo irlandês, chamado James Boycott, que gerenciava com mão de ferro uma vasta propriedade rural. Seus métodos de trabalho eram tão cruéis que a comunidade vizinha deixou de comprar os produtos da fazenda.

A palavra *boicotagem* vem daí. Ao longo dos tempos, e sem perder o significado original, ela foi se enriquecendo com as práticas e adicionando novos sentidos.

Os exemplos se multiplicam.

Ora é a própria empresa que boicota, através de listas negras. Ora são os sindicatos que criam *selos* para identificar as empresas “limpas”. Entre nós, o MTE denuncia os que exploram o trabalho escravo, virtualmente impedindo que consigam financiamentos.

Assim, como se vê, James Boycott perdeu o emprego, mas ganhou um lugar na História... E hoje, mais do que nunca, a lição que a comunidade lhe deu pode se tornar especialmente útil, dando novo alento às lutas sindicais.⁸⁰

Mas, para compreender isso melhor, o Leitor terá de nos permitir umas poucas divagações.

Para começar - e como já o fizemos em outro artigo⁸¹ - é importante perceber como a evolução da ciência e da técnica permitiu um certo nivelamento entre os produtos, muitos dos quais já alcançaram - ou estão perto de alcançar - um nível de perfeição quase absoluta.

Assim é, por exemplo, que os relógios não mais se atrasam, os novos CDs nunca *chiam*, os automóveis já não frequentam as *retíficas* e até os pneus raramente furam. Na verdade, a vida curta desses e de outros produtos tem muito menos a ver com a sua durabilidade material do que com as pequenas novidades que a fábrica vai introduzindo, a todo instante, em cada novo modelo, envelhecendo assim o seu antecessor. E também se relacionam com a obsessão pelo presente, pela última novidade, pelo que está na moda, em detrimento do que já passou - obsessão esta alimentada pelo *marketing* e sintonizada com a própria compressão do tempo.

Desse modo, tanto um *selo verde* apostado sobre uma mobília de madeira⁸² como a notícia de que a marcenaria do vizinho usou mãos infantis podem se tornar um traço importante de distinção entre produtos que - sem isso - mostrar-se-iam igualmente perfeitos; atendem de forma melhor à busca constante de pequenas diferenças e desse modo passam a compor as estratégias de concorrência.⁸³

O fenômeno da chamada *responsabilidade social da empresa* se insere nesse contexto. Apesar de seus reconhecidos paradoxos e limitações⁸⁴, o que lhe

⁸⁰ Quem primeiro nos chamou a atenção para essa possibilidade foi o Professor Giancarlo Perone, da Università di Roma II Tor Vergata.

⁸¹ Trabalho escravo e lista suja: um modo original de se remover uma mancha, *in* www.oitbrasil.org.br.

⁸² A propósito, cf. VIANA, Virgílio M. *As florestas e o desenvolvimento sustentável na Amazônia*. Manaus: Valer, 2006, *passim*.

⁸³ COVA, Veronique; COVA, Bernard. *Alternatives marketing*. Paris: Dunod, 2003, *passim*.

⁸⁴ O Observatório Nacional da CUT tem observado, por exemplo, uma defasagem não só entre o discurso e as práticas das empresas multinacionais como entre as próprias práticas desenvolvidas nos países centrais e as realizadas nos países periféricos.

garante uma eficácia crescente é sobretudo o valor que a imagem da marca e do produto vai adquirindo para o consumidor.

É que também ele, consumidor, está cada vez mais preocupado com a sua própria imagem - não só física quanto imaterial. Além de frequentar academias, quer parecer *politicamente correto*, não só aos outros como a si mesmo; e, num mundo cada vez mais desigual, compensa talvez, dessa forma, o sentimento de culpa que o invade.⁸⁵

Mas os tempos *pós-modernos* são também tempos de perda de identidade e de rompimento de laços sociais. E até mesmo essas carências podem ser supridas - magicamente - pelo produto que compramos, cuja marca também nos marca e nos (re)une a pessoas iguais a nós.⁸⁶

E é por tudo isso que vão se disseminando novas estratégias entre os consumidores. Cada vez mais, especialmente nos países europeus, surgem grupos formais e informais que se comprometem a comprar ou a vender produtos fabricados em países mais pobres e com respeito aos direitos humanos.

É claro que não são apenas aquelas as causas que nos levam ao consumo consciente e ao boicote - direto ou indireto - que o acompanha. As razões psicológicas podem estar, e geralmente estão, conectadas com as nossas histórias de vida e com as nossas utopias.

De igual modo, a prática da responsabilidade social não se reduz, necessariamente, a meras jogadas de *marketing*. Tal como aconteceu há duzentos anos com Owen e tantos outros, é possível, e até provável, que haja empresários realmente sensíveis às novas *questões sociais*.

Seja como for, o importante é que os impulsos se casam, as práticas se aproximam, e - embora isso nem sempre aconteça - o interesse pessoal e as carências psicológicas de uns podem interagir positivamente com as crenças, os sonhos e os projetos políticos de outros.

Assim, o mesmo modelo que induz o trabalho escravo, infantil ou simplesmente precarizado acaba fornecendo instrumentos para o seu combate. A imagem da empresa, boa ou má, contamina o produto que ela fabrica e - por extensão - o próprio cidadão que o consome.

Essa realidade é tão mais intensa quanto mais ágeis, penetrantes e ávidos vão se tornando os meios de comunicação de massa. Se os satélites já são capazes de identificar até o capacete de um soldado, e se na tribo dos pataxós, em plena Amazônia, os índios assistem novelas na TV, é porque quase não há limites para o que a mídia pode saber e a quem pode atingir.

Ainda que boa parte do mundo permaneça excluída das necessidades mais básicas, a *Internet* permite a um universo crescente de pessoas trocar saberes e vivências, ver e ouvir grandes mestres e visitar as maiores bibliotecas. Não foi por acaso que em 2006, em Belo Horizonte, a Prefeitura disponibilizou computadores para que o povo fizesse propostas ao *orçamento participativo*.

Mas o nosso tempo, também, é um tempo em que os direitos humanos - não só pela evolução das ideias, mas até pela involução das práticas - alcançam

⁸⁵ TORRES I PRAT, Joan. *Op. cit.*, *passim*.

⁸⁶ COVA, Veronique; COVA, Bernard. *Op. cit.*, *passim*.

os seus patamares mais altos, em termos de importância.⁸⁷ Hegemônicos e ao mesmo tempo heterogêneos, não há quem negue - pelo menos no discurso - que eles devem se estender por todos os lugares e sobre todas as relações.

A própria globalização nos mostra que os direitos do trabalho, a proteção da atmosfera e a defesa dos nossos rios e matas já não dizem respeito apenas às políticas internas de um ou de outro país. O que acontece aqui repercute ali, e - do mesmo modo que os direitos individuais interagem com os sociais e os políticos - uma cidadania negada ou uma árvore cortada pode vir a interessar a todas as pessoas do mundo.

Nesse sentido, observa Flávia Piovesan que a globalização “propicia e estimula” a abertura da Constituição para a normatização externa.⁸⁸ Os indivíduos deixam de ser considerados apenas cidadãos em seus próprios Estados, para se tornarem “sujeitos de Direito Internacional”⁸⁹, passíveis de serem protegidos através de denúncias formuladas por entidades ou grupos diversos, de quaisquer outros países.

Por fim, vivemos um tempo em que os vazios deixados pelo Estado-nação - cada vez mais fragilizado - são reocupados não só de forma autoritária pelo grande capital, mas de modo democrático pela sociedade civil, que, aos trancos e barrancos, vai multiplicando as suas associações de bairros, as pequenas cooperativas de produção e as estratégias coletivas de sobrevivência.

Tudo isso nos faz crer que, com o passar dos anos, a prática do consumo solidário pode vir a se tornar hegemônica; e, então, quando sairmos para comprar um novo tênis, a presença ou a ausência de trabalho digno será um componente tão importante quanto as bolhas de ar que irão proteger os nossos pés.

Ora, um dos novos desafios do sindicato é exatamente explorar e canalizar essas tendências, fazendo do boicote uma alternativa para a greve. Se isso vier realmente a acontecer, ele terá encontrado *fora do trabalho* o ambiente de solidariedade que - em seu interior - vem sendo corroído não só pela fábrica em rede, mas pela própria concorrência entre os trabalhadores.

Note-se que tanto o boicote como aquelas práticas de responsabilidade social se encaixam muito bem nos princípios constitucionais. O primeiro, inserindo-se no espectro do direito de resistência; as últimas, despontando como exemplo da função social da empresa, tão teorizada e tão pouco praticada.

7. CONCLUSÃO

Como vimos, a greve é resistência frontal e coletiva a um ataque direto e centralizado; é liberdade que se opõe e ao mesmo tempo convida a novas formas de disciplina; é festa e por isso confiança, é investimento e desse modo esperança.

⁸⁷ A propósito, cf. o excelente livro de DELGADO, Gabriela Neves de. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. Para uma abordagem também inovadora, cf. a já clássica obra de SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de transformação social*, da mesma editora.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 46.

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 62.

Mas hoje começa a enfrentar uma realidade diferente - em que os ataques são indiretos, os combates são difusos e os contratos nascidos do conflito podem ser até piores que os antigos. Assim, a greve vai se tornando menos festa que "festiva"; já não confia tanto em si mesma, já não celebra tanto a esperança.

Assim, são os próprios significados da greve que apontam os seus limites. Sem os mesmos sentidos de antes, ela se torna menor, menos greve. Mas nem tudo está perdido: se nunca mais, provavelmente, a greve será o que era, pelo menos poderá ter uma longa e digna sobrevida, se o Direito afrouxar as suas mãos, deixando-a escorrer por seus dedos.

Desse modo, a greve poderá escolher, a cada instante, uma variante diferente, sem que tenha de desafiar os tribunais; e, para além de si mesma, avançará até às práticas do boicote. E não se trata de uma alternativa, no sentido de "ou isso, ou aquilo". A curto prazo, pelo menos, greve e boicote podem andar juntos, ainda que o boicote - pressupondo a produção - pareça o oposto da greve...

E quando se fala em boicote, é importante lembrar, mais uma vez, como o sindicato e a empresa têm-se imitado, ao longo dos tempos - cada qual se servindo das armas do outro. Assim, numa época em que, para o empresário, a imagem passa a ser também um produto, nada melhor que o sindicato *a compre*, apropriando-se dela em defesa dos trabalhadores.

O deslizamento das lutas operárias do campo de produção para a esfera do consumo nos sugere uma nova e instigante utopia: a de um sindicato organizado já não apenas em volta de categorias ou ofícios, mas em torno de uma indignação geral contra o sistema, ou pelo menos contra as suas distorções mais fortes - reunindo empregados e desempregados, operários e engraxates, flanelinhas e ascensoristas, prostitutas e *sem-terra*.⁹⁰

Na verdade, se repararmos bem, todos esses personagens têm identidades para além do trabalho: são pequenos consumidores, embora (cada vez mais) precarizados. Aliás, a precarização é outro ponto que pode uni-los - o que não os impede de contar com o apoio de todos aqueles que, como nós, podem já ter tido filhos ou escrito livros, mas querem ainda plantar outras árvores.

OBRAS CITADAS

- ALMOYNA, J. M. *Dicionário de espanhol-português*. Porto: Porto Editora, 1977.
- ANTUNES, Ricardo. *A rebeldia no trabalho: o confronto operário no ABC paulista* - as greves de 1968 a 1980. Campinas: UNICAMP/Ensaio, 1988.
- BOFF, Leonardo. *O despertar da águia*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- BOUÈRE, Jean-Pierre. *Le droit de grève*. Paris: Sirey, 1958.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- CARDOSO, Ruth Correa *et alii*. *As lutas sociais e a cidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

⁹⁰ É o que vem tentando fazer, até onde sabemos, a nova central sindical CONLUTAS.

- CHICCI, Federico. *Lavoro e capitale simbolico: una ricerca empirica sul lavoro operaio nella società post-fordista*. Franco Angeli: Milano, 2008.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.
- DEL CASTILLO, Santiago Perez. *Direito de greve*. São Paulo: LTr, 1999, *passim*.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.
- *Dicionário Oxford Escolar*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FERRI, F. Do concurso de agentes na suposta criminalidade animal. In: BOGEA, Antenor. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- FREUD, Sigmund. *A psicopatologia da vida cotidiana: esquecimentos, lapsos de língua, atos descuidados, superstições e erros*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- GENRO, Tarso. *Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1979.
- GIDE, Ch., et alii. *Le droit de grève*. Paris: F Alcan, 1909.
- GILLON, Étienne et alii. *Petit Larousse*. Paris: Librairie Larousse, 1960.
- HUNT, S. & SHERMAN, P. *História do pensamento econômico*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- LEITE, Márcia de Paula. *O futuro do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles. *L'empire de l'éphémère: la mode et son destin dans les sociétés modernes*. Paris: Gallimard, 1987.
- LUNA, Luiz. *O negro na luta contra a escravidão*. Brasília: MEC, 1976.
- MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. São Paulo: LTr, 2005.
- *Novo dicionário balsa das línguas inglesa e portuguesa*. Nova Iorque: Appletown Century Crofts, 1972.
- THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. In: FRANCO FILHO, Georgeton (Org.) *Presente e futuro das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.
- VIANNA, José de Segadas. *Greve: direito ou violência?* São Paulo: Companhia do Livro, 2005.
- ZINGARELLI, N. *Lo Zingarelli Minore: vocabolario della lingua italiana*. Bolonha: Zanichelli. 1994.

O CONTRATO DE TRABALHO DO SÉCULO XXI E O ESQUECIDO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Andréa Aparecida Lopes Cançado*

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos. (Fernando Pessoa)

RESUMO

No decorrer da história, grandes alterações ocorreram no mundo do trabalho, na forma de produzir riqueza dentro do sistema capitalista, com a introdução de diferentes métodos de organização e de gestão de empresas. Em decorrência dessas modificações, é analisada a pertinência da relação de emprego com o atual modo de produção de bens. Mencionam-se, nesse aspecto, algumas especificidades que clamam uma nova leitura e impõem novas atitudes aos operadores do direito e aos próprios trabalhadores para se alcançar a efetividade dos direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Contrato de trabalho. Subordinação. Efetividade. Fraternidade.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 O MOMENTO ATUAL - CAOS**
- 3 O CONTRATO DE TRABALHO DO SÉCULO XXI**
- 4 UMA REFLEXÃO**
- 5 ALGUMAS IDEIAS**
- 6 NOVA LEITURA DO CONTRATO DE TRABALHO**
- 7 PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - BREVES APONTAMENTOS**
- 8 CONCLUSÃO**
- 9 REFERÊNCIAS**

* Andréa Aparecida Lopes Cançado é mestre em Direito do Trabalho na PUC-MG, especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo CAD e assistente de desembargador/TRT 3ª Região.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas manhãs dos sábados do outono, ocorreram encontros¹ entre alunos, professores e magistrados, que propiciaram o convívio com pessoas, com o estudo e a prática do direito de forma nunca apresentada em salas de aula ou nas salas do Poder Judiciário. Objetivou-se levar Direitos Humanos, Direito do Trabalho e cidadania aos moradores de um aglomerado da capital das Alterosas.

Os ouvintes - aposentados, analfabetos, jovens desempregados, estudantes, empregados, informais - ficavam maravilhados, sentiam-se importantes diante da apresentação das regras justralhistas. Todos queriam contar seus casos, fazer perguntas, dar opiniões, ainda que à sua frente estivesse um palestrante letrado, doutor, que também se encantou e se surpreendeu com a possibilidade e a capacidade de bem compreender os “nois pode”, “nois precisa”, “nois não quer ser passados prá trás”, que acabaram por revelar fatos inimagináveis lá nos bancos das escolas e dos gabinetes de juizes da Justiça do Trabalho.

Um momento especial ocorreu quando um senhor disse que não sabia ler e nem escrever e indagou se, ainda assim, poderia participar do curso. A professora explicou a ele que o conhecimento é algo que se aprende na vida e não necessariamente na escola ou nas universidades e que certamente ele teria muito a ensinar, considerando a experiência adquirida no decorrer dos vários anos de sua vida. Ela falou que a presença dele era importante e o fez sentir, de fato, **MUITO IMPORTANTE** como ser humano.

A partir daquele instante, o senhor participou assiduamente do curso e inclusive levou um amigo ao encontro seguinte, quando manifestou seu pensamento inúmeras vezes, elaborou perguntas e, ao fim, revelou que o desconhecimento do Direito do Trabalho o fez acreditar nas palavras do ex-patrão, de que deveria esperar, pelo menos cinco anos², para procurar o “Ministério do Trabalho”, a fim de reivindicar qualquer direito, considerando a sua aposentadoria por invalidez, decorrente de acidente do trabalho.

Naquele momento, ficou por demais evidente a necessidade de se tutelar a relação firmada entre aquele que oferta a sua força de trabalho, na luta pela sobrevivência, e aquele que a recebe, no intuito de produzir riqueza. Revelou-se também fundamental a ação, no sentido de efetivamente proclamar os direitos trabalhistas a todos os ventos, para que se tornem conhecidos por todos os trabalhadores e também por todos os empregadores, a fim de conscientizá-los de suas obrigações para com aquele que trabalha em prol de seu empreendimento, ao ponto de fazê-los sentir vergonha por descumprir a legislação trabalhista.

¹ Trata-se do projeto “Cidadania e justiça também se aprendem na escola”, curso “Meu direito ao trabalho e à justiça cidadã”, patrocinado pela AMATRA/3ª Região e realizado pelo programa Pólos Cidadania da Faculdade de Direito da UFMG, coordenado pelas professoras Miracy Barbosa de Souza Gustin e Sielen Barreto Caldas.

² A teor do inciso XXIX do artigo 7º da Constituição da República, é de cinco anos o prazo prescricional da pretensão do trabalhador quanto aos créditos resultantes da relação de emprego, até o limite de dois após a extinção do contrato.

Apresentou-se, ainda, a urgência de se questionar o discurso hegemônico de que, na sociedade de então, não há espaço para o já ultrapassado contrato de emprego e suas regras protetivas. Estaria a relação de emprego, de fato, incompatível com o atual modo de produção de bens? Há algo a ser feito?

Essas as indagações iniciais a que se propõe responder neste estudo.

2 O MOMENTO ATUAL - CAOS

Considerando as transformações da sociedade contemporânea e das mudanças de paradigmas, apresenta-se essencial pensar a historicidade do Direito do Trabalho, no que se refere à sua evolução e a seus fins.

O contrato de trabalho surge quando o homem consegue ser livre³ juridicamente e lhe é permitido, ao menos em tese, prestar voluntariamente serviço a outrem. Nesse momento, ele se encontrava sem terra e sem ferramentas, separado do meio de produção. Assim, destituídos dos meios de produção, os homens não têm escolha, passam a vender a sua força de trabalho para que possam comprar alimentos, roupas e moradia de que necessitam para sobreviver.⁴ Essa relação jurídica efetiva-se entre uma pessoa humana que trabalha e o sistema econômico capitalista. Aquele se obriga a prestar, pessoalmente, serviços não-eventuais, de forma subordinada e remunerada, em prol do que detém o capital. Este almeja a crescente e ininterrupta lucratividade, que se obtém da circunstância de o valor-trabalho ser inferior ao valor da coisa por ele produzida e comercializada.

E assim o Direito do Trabalho aparece para regular essas relações jurídicas decorrentes da prestação de serviço subordinado, colocando limites legais externos no homem apetitivo⁵ com objetivo de implementar a paz e a harmonia social.

O trabalho executado pelos seres humanos - objeto do contrato - nos anos de ouro do modelo taylorista-fordista era concentrado, operário, manual e repetitivo, o qual, em face das alterações da forma de organização dos meios de produção, do avanço tecnológico e da atual ideologia neoliberal capitalista, não mais se restringe ao proletariado industrial. Em tempos recentes, implementaram-se várias outras maneiras de trabalhar (à distância, globalizado, intelectual, terceirizado, franqueado, parassubordinado, os sem carteira, além da crescente utilização da força de trabalho autônoma e pseudoautônoma, entre outras), surgindo, também, novas profissões. Tem-se o poliformismo da relação de trabalho.

Nas palavras de Maria Regina Gomes Rendinha⁶,

³ A liberdade do trabalhador não é a real como a de Fernão Capelo Gaivota, o qual, ao contrário de seus pares que simplesmente voavam para comer, buscou ser livre à revelia das velhas convenções sociais e realizou o sonho de atingir voos inimagináveis por qualquer de sua espécie (conforme BACH, Richard. *A história de Fernão Capelo Gaivota*. Nórdica: Rio de Janeiro); ele se encontra preso ao poderio econômico do detentor dos meios de produção.

⁴ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed., Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, p. 149.

⁵ A expressão é de Luiz Werneck Vianna.

⁶ RENDINHA, Maria Regina Gomes. *Relação laboral fragmentada*. Apud SILVA, Wanise Cabral. *As fases e as faces do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 135.

O saldo foi o alargamento da “epigenia”⁷ do contrato de trabalho, quer pelo aparecimento de espécies genuinamente novas, quer pela reabilitação de figuras esquecidas ou marginais, quer ainda pela hibridação resultante do aproveitamento dos esquemas próprios de regulação do capital, como, por exemplo, o trabalho temporário, ou mesmo a “deslaborização” do vínculo de trabalho.

Não obstante as diversas inovações laborais e a mutabilidade da própria história dos homens, o que tem revelado grande parte da literatura trabalhista e a vida real é que as relações de trabalho são naturalmente desequilibradas, permanecendo a velha e sempre exploração do homem pelo homem; a prevalência do capital em detrimento do social; o sucesso dos poderosos e a bancarrota dos mais fracos.

O que talvez seja mais inesperado é o modo como as novas tecnologias de produção e as novas formas coordenantes de organização permitiram o retorno dos sistemas de trabalho doméstico, familiar e paternalista, que Marx tendia a supor que sairiam do negócio ou seriam reduzidos a condições de exploração cruel e de esforço desumanizante a ponto de se tornarem intoleráveis sob o capitalismo avançado. O retorno da superexploração em Nova Iorque e Los Angeles, do trabalho em casa e do “teletransporte”, bem como o enorme crescimento das práticas de trabalho do setor informal por todo o mundo capitalista avançado, representa de fato uma visão bem sombria da história supostamente progressista do capitalismo.⁸

E é dentro desse contexto que o contrato de trabalho passa por um momento histórico grave: não é formalizado e cumprido como determina o Direito do Trabalho, alcançando, portanto, um número reduzido de trabalhadores: “a ordem jurídica trabalhista não chega a abranger sequer 30% da população economicamente ativa ocupada do país”^{9, 10}

⁷ Epigenia é a alteração da composição química de um mineral sem alteração química de sua forma anterior.

⁸ HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 175.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito do trabalho e inclusão social - o desafio brasileiro. *Revista LTr*, n. 10, outubro/2006, p. 1168.

¹⁰ Observou-se uma elevação no índice de empregados formais nos anos subsequentes à edição da obra em referência no item anterior, embora não se alcance, ainda, a metade da população ativa no país. Em 2008, previu-se que o índice de trabalhadores do setor privado com carteira assinada seria de 43,9% da população ocupada, como informam os dados do IBGE - estimativa para o mês de junho/2008, relativo às regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porte Alegre (ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadoresibge/, acesso em 17.08.2008). Conforme reportagem da *Revista Época* n. 536/25, agosto/2008, p. 72, “[...] em seis anos, os números mostram que a contratação formal praticamente dobrou”, passando de 680,4 mil trabalhadores em 2001 para 1,361 milhão de empregados em 2007 (fonte: FGV/Caged). Isso, porque o país entrou, novamente, em ritmo de desenvolvimento, o que, contudo, não alterou, pelo menos até agora, a prática do descumprimento das obrigações trabalhistas.

De fato, embora, na atual sociedade pós-moderna, o fato social trabalho continue sendo a fonte primordial de subsistência dos homens, vinculando o indivíduo ao sistema econômico capitalista, a relação de emprego formal tem atingido cada vez mais um número menor de trabalhadores, “ampliando a distância entre ricos e pobres, aniquilando a consciência de cidadania nas relações de trabalho e promovendo o caos social.”¹¹

Como adverte Márcio Pochmann:

A desordem do trabalho tomou conta do país. Conquistas históricas em termos de proteção e valorização do trabalho foram esterilizadas, o que tem condenado crescentes parcelas da população ao trabalho como obrigação pela sobrevivência.¹²

Por isso, o Direito do Trabalho, instrumento essencial para a construção de uma justiça social dentro do regime capitalista, não tem cumprido as suas funções primordiais, em especial a de melhorar as condições de pactuação da força de trabalho na vida econômico-social e de atenuar as distorções socioeconômicas, implementando uma distribuição mais equânime de renda.

Nessa linha de raciocínio, o estudo do contrato de emprego, em face das novas formas de estruturar os meios de produção dentro do atual contexto socioeconômico e político, é de grande importância. É imprescindível que se defina a sua pertinência ao atual mundo do trabalho, para que se possa estabelecer sua reafirmação ou reestruturação, em uma tentativa de revitalizar o Direito do Trabalho como instrumento de distribuição de justiça social.

Preleciona a professora Gabriela Neves Delgado que,

[...] apesar do Direito do Trabalho demarcar precisamente sua seara de proteção (qual seja, a relação de emprego e, por expressa determinação constitucional, as relações de trabalho avulsas), isso não significa que deva ser compreendido como uma área jurídica estanque e, portanto, isenta de reformulações.¹³

Em estudo dirigido por Luiz Otávio Linhares Renault, concluiu-se que, neste momento em que o Direito do Trabalho sofre constante pressão dos fatos sociais, cabe ao intérprete subir no dorso da lei e olhar para frente, fazendo-o instrumento de justiça social. É relevante que o Direito do Trabalho, mesmo com a sua atual estrutura, alcance vários outros trabalhadores que permanecem excluídos de sua proteção.

¹¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A fúria. *Revista LTr*, vol. 66, n. 11, novembro/2002, p. 1294.

¹² POCHMANN, Márcio. *Direito ao trabalho: da obrigação à consequência*. Práticas de cidadania. Coord. Jaime Pinsky. Ed. Contexto: 2004, p. 107.

¹³ DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. *In Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 61.

O que se propõe é que o Direito do Trabalho se faça perpassado, traspassado, costurado, dominado e arrastado pela Constituição Federal, em especial pelos seus fundamentos, princípios e objetivos, desenhando-lhe um novo perfil, uma vez que valorizada, numa proporção mais abrangente, a pessoa humana do trabalhador, respeitada em sua dignidade e no valor que o seu trabalho possui em tudo que se constrói no mundo em que se vive.¹⁴

Essa é a nossa luta. Esse é o nosso desafio.¹⁵

3 O CONTRATO DE TRABALHO DO SÉCULO XXI

A realidade atual parece repetir os dilemas do surgimento do Direito do Trabalho, quando existia exacerbada exploração do trabalhador através de formas distintas da relação de emprego e, nesses tempos pós-modernos, como afirma Segadas Vianna, as regras, princípios e normas justralhistas não mais podem cingir a

[...] regular as relações de emprego apenas quando se apresentam como contrato de trabalho, com empregado e empregador; estende seu campo de ação, seu âmbito de proteção, e vai amparar o trabalhador em todas as suas atividades profissionais [...]. Toma, assim, o Direito do Trabalho um conteúdo mais amplo, mais vivo e mais humano, procurando realizar seu grande objetivo da paz social, sob a qual todos os homens terão sua dignidade respeitada, com a qual os direitos do Capital e do Trabalho serão recíprocos.¹⁶

É importante, contudo, repisar que, na atual economia e na contemporânea sociedade, o vértice do Direito do Trabalho posto não é, ainda, todo trabalhador, “mas um tipo especial dele, o empregado”.¹⁷

Em face dessa peculiaridade, o discurso dos donos do capital e dos meios de produção é que as atuais relações de trabalho, em decorrência da nova tecnologia, da dispersão dos trabalhadores que não mais ficam limitados ao chão da grande fábrica, mas, encontram-se longe, às vezes do outro lado do mundo, não mais se amoldam ao velho contrato de emprego.

Atualmente, as palavras de ordem invocadas nas relações de trabalho são, fundamentalmente, flexibilização e desregulamentação, que, na verdade, constituem formas de substituir e eliminar as conquistas históricas dos trabalhadores do mundo da produção.

¹⁴ RENAULT, Luiz Otávio Linhares; BARRETO, Sielen Caldas; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes; PAGANI, Marcella. *O direito do trabalho e todos os trabalhos com direito*. CONPEDI/2007.

¹⁵ A expressão é do professor Márcio Túlio Viana.

¹⁶ VIANNA, Segadas; MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1995, p. 108.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*, 26. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 93-94.

Exemplo disso é a intitulada parassubordinação, cuja figura jurídica tem origem no direito italiano e vem se apresentando gradativamente neste país.

A esse respeito, Lorena Vasconcelos Porto¹⁸ coloca que a relação jurídica parassubordinada, na Itália, não passou, na verdade, de mais uma manobra engendrada pelo capitalismo para excluir direitos trabalhistas:

[...] a parassubordinação gerou resultados diametralmente opostos àqueles sustentados por seus defensores. Estes afirmavam que ela seria uma forma de estender parte da proteção do Direito do Trabalho a trabalhadores autônomos, que dela são excluídos. Mas, na verdade, ela ocasionou a restrição do conceito de subordinação, reduzindo-o à sua noção clássica ou tradicional. Disso resultou que trabalhadores tradicionalmente - e pacificamente - enquadrados como empregados passaram a ser considerados parassubordinados, sendo, assim, privados de direitos e garantias trabalhistas. Foram estendidas pouquíssimas tutelas aos parassubordinados e, mesmo assim, em entidade bastante inferior às correspondentes aplicáveis aos empregados. O resultado é que o custo de um trabalhador parassubordinado é muito inferior àquele de um empregado, o que torna a figura uma via preferencial de fuga ao Direito do Trabalho. Assim, sob a aparência de ampliativa e protetora, a figura é, na essência, restritiva e desregulamentadora. É exatamente o oposto da tendência expansionista necessária para a realização das finalidades e objetivos do Direito do Trabalho.¹⁹

Em conclusão, a estudiosa foi enfática ao sustentar que a regulamentação da parassubordinação não deve ser permitida pelo Direito pátrio, ressaltando que a medida importaria retrocesso nas condições de trabalho do povo brasileiro, o que é vedado constitucionalmente (art. 3º, II, e art. 7º, *caput*).

De fato, a CLT, malgrado a afirmação hodierna de que é vetusta, já não mais é a mesma, tendo absorvido grandes alterações, como, por amostragem, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o banco de horas, o trabalho a tempo parcial, entre outras.

Contudo, é importante perceber que ainda se tem uma boa legislação protetiva²⁰, consubstanciada nos tratados e convenções internacionais e da OIT, na própria Constituição da República, que consagra a dignidade do homem, do trabalhador, e clama a efetivação dos direitos fundamentais e sociais lá proclamados, entre os quais o Direito do Trabalho, além, é claro, das normas infraconstitucionais, em especial a Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁸ Em brilhante palestra acerca do trabalho parassubordinado proferida em reunião temática do Instituto Jurídico de Ciências Sociais.

¹⁹ Para um estudo mais aprofundado, vide PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

²⁰ O Ministro e professor Mauricio Godinho Delgado fala na existência de três grandes eixos jurídicos, positivados pelo Direito do Trabalho. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 1323.

O Direito do Trabalho é instrumento de construção da democracia, tanto que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, coincide com uma das principais funções do Direito do Trabalho: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III do artigo 3º da CRF). A República do Brasil consagra a justiça social ao eleger como fundamento a “proteção da dignidade humana”, bem assim os “valores sociais do trabalho” (artigo 1º, incisos III e IV). Determinou-se, no *caput* do artigo 170 da Constituição, que a ordem econômica deve fundar-se na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, observando, ainda, o “valor social da propriedade” (inciso III), e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII). Tudo muito bem construído.

O que se tem de concreto, portanto, é uma boa legislação em vigor apta a proteger o trabalhador, mas que não se efetiva e não alcança ao fim a que se destina, porque o contrato de emprego não se formaliza, conquanto a força de trabalho humana continue sendo utilizada para produzir riqueza: verdadeiro caos, pois. Prevalece o “direito dos negócios” em detrimento do próprio direito estatal.

Torna-se forçoso, portanto, amoldar o contrato de trabalho aos novos modelos de trabalho surgidos, definindo o caminho da luta para frear o desmantelamento do Direito do Trabalho e seus princípios protetores daquele que doa sua força - o trabalho vivo - à produção capitalista. Permitir a redução das relações de emprego a patamares insignificantes dentro do mundo do trabalho importa eliminar a grande tela de proteção do trabalhador, cuja construção foi tão cara à humanidade.

O ponto de partida não é outro senão o fato de que a maioria dos homens continua desprovida de propriedade e de ferramentas, vendendo sua força de trabalho ao capitalista. Não há autonomia do trabalhador.

Por isso, sem embargo de entendimento outro, acredita-se que, não obstante a existência de várias outras classificações, os trabalhadores ainda podem ser divididos em dois grupos: os empregados e os não-empregados, considerando a autonomia e a capacidade produtiva dos prestadores de serviço, bem assim a subordinação²¹, cuja leitura atualmente, em face das modificações do modo de executar os trabalhos, nada impede seja analisada por outro foco.

A abordagem que ora se faz não visa a enfrentar o tema da proteção dos não-empregados²², sem que se possa cogitar de discriminação. Isso, porque os verdadeiros não-empregados, autônomos, neste estudo, constituem aqueles que possuem “a terra e as ferramentas”, ou seja, que são capazes de, por si, relacionarem com o capitalista, sem aviltarem a sua dignidade.

²¹ O conceito e a compreensão da subordinação devem receber uma nova conotação em face da inevitável e constante mutação dos fatos sociais, que constrói a história. A esse respeito, bem escreveu Lorena Vasconcelos Porto. A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico, 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

²² Tema também instigante e que deve ser continuamente pensado pelos movimentos sociais, considerando que todos nós trabalhadores somos destinatários dos direitos humanos, sociais, fundamentais que asseguram uma vida digna, com a garantia de um patamar mínimo existencial.

A ideia é proteger os que urgentemente necessitam de proteção. De fato, se a forma de produção de riqueza utiliza a força humana e dela retira a lucratividade, como sempre se deu no sistema capitalista, por que, então, não protegê-la, permitindo ao trabalhador uma vida digna, em consonância e harmonia com os princípios e fundamentos constitucionais deste país e, principalmente, considerando que é o ser humano o centro de todo o ordenamento jurídico, o qual deve ser respeitado por seus semelhantes e pelo Estado.

Nessa trilha, Gabriela Neves Delgado afirma que o Direito do Trabalho precisa transgredir “para possibilitar a consolidação da essência humana pelo trabalho digno, fazendo com que o ser trabalhador entenda o sentido de ser parte e de ter direitos na sociedade em que se vive”.²³ Esse o ideal.

E o primeiro passo é agir no sentido de tentar reduzir a evidente contradição existente entre o ordenamento posto, o propósito teórico de pleno respeito à dignidade do trabalhador e a prática ainda distante dos ideais que se professam, como demonstra a realidade contemporânea da fome, da miséria, da exclusão social, do emprego informal da maioria dos trabalhadores deste país.

Os obstáculos para a harmonia da convivência entre o capital e a força de trabalho não são de ordem jurídica, uma vez que, como mencionado alhures, não faltam leis que regulem essa relação. A problemática, ao que parece, depende de atitudes mais profundas, morais, espirituais, fraternas, que se conferem à pessoa humana e de como consideramos e se trata o outro.

Oportuno mencionar uma passagem de Ítalo Mancini²⁴:

O nosso mundo, para nele vivermos, amarmos e santificarmos-nos, não é dado por uma neutra teoria do ser, não é dado pelos acontecimentos da história ou pelos fenômenos da natureza, mas é dado pelo existir destes inauditos centros de alteridade que são os rostos, rostos a serem olhados, respeitados, acariciados.

4 UMA REFLEXÃO

Um outro momento daqueles encontros do outono se destacou, com especial intensidade, acerca da ineficácia do Direito do Trabalho. Tratou-se da discussão advinda de um problema colocado ao grupo²⁵ sobre a modificação da relação de trabalho, com extirpação de direitos, em ofensa ao artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.²⁶

²³ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 240.

²⁴ *Apud* MARTINI, Carlo Maria. *Em que crêem os que não crêem*. Umberto Eco e Carlo Maria Martini: tradução Eliana Aguiar, 10. ed., Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 41.

²⁵ O grupo constituído por moradores do aglomerado do bairro Serra, em Belo Horizonte/MG, que participava do curso “Meu direito ao trabalho e à justiça cidadã”, implementado pelo programa Pólos Cidadania da Faculdade de Direito da UFMG.

²⁶ Artigo 468 da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

A maioria dos participantes noticiou ter vivenciado essa prática empresarial e disse que, na ocasião, deixou ou teve vontade de deixar o emprego, porque se sentiu lesada e explorada. Uma integrante do grupo relatou sua história, contando que, certa vez, sua patroa, de fato, viu-se compelida a modificar o pactuado: reduziu o salário e também sua jornada de trabalho para três dias semanais. No entanto, ela continuou a comparecer ao trabalho todos os dias, porque sentiu que a empregadora - velha, doente e sozinha - não poderia sobreviver sem a sua força de trabalho. Segundo ela, a situação perdurou por algum tempo e ela não se sentiu, sequer por um único momento, lesada ou ofendida em sua dignidade. Passado algum tempo, conforme foi revelado, as condições de trabalho retornaram ao rumo inicial e hoje o vínculo sequer existe, já que conseguiu uma melhor colocação no mercado de trabalho. Enquanto relatava a sua história, a protagonista deixou transparecer que, por algum motivo não revelado, sente profunda gratidão por sua empregadora. Ao fim de seu relato, a professora do módulo ali presente não ousou avaliar a atitude do empregador, esquivando-se de afirmar se ela foi ou não correta, houve, também, um entendimento uníssono pelos integrantes do grupo acerca de que nada de errado havia ocorrido naquele caso. Daquela situação fática, aos olhos de todos ali presentes, não ficou evidenciado qualquer arranhão a direito da empregada.

Naquele instante, como resultado de uma grande revelação, ficou evidente a necessidade gritante de todos cidadãos exercitarem a fraternidade, inclusive no campo do direito, adotando-a como princípio norteador do Direito e do Processo do Trabalho, se realmente se quiser diminuir os conflitos sociais trabalhistas e tornar efetivo o veto à violação da dignidade do homem, à sua utilização como mero objeto a serviço de outrem.

Marco Aquini²⁷ assim fala:

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo "uns em relação aos outros", o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.

5 ALGUMAS IDEIAS

Neste ponto, a pergunta que inevitavelmente surge é: o que se pode então fazer para proteger o trabalhador da pós-modernidade?

Sem a pretensão de esgotar, são sugeridos dois caminhos²⁸ para reflexões e debates, ainda que seja para simplesmente rechaçá-los, porque, ao final, haverá a tranquilidade da certeza de que se tentou (com fracassos ou não) melhorar o mundo e as pessoas que nele vivem.

²⁷ AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antônio Maria Baggio (organizador); traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008, p. 133.

²⁸ Esses caminhos já se encontram abertos e são trilhados por alguns cidadãos e operadores de direito. O que se propõe é o fomento da utilização dessas vias, em uma tentativa de mudar a realidade social.

* repensar, apontar e divulgar os novos contornos dos elementos fático-jurídicos configuradores do vínculo de emprego, de forma a alcançar, cada vez mais, um número maior de trabalhadores: todos aqueles que não detêm os meios de produção, trabalhadores despojados de autonomia, “de terra e de suas ferramentas”.

* aprender, ensinar e exercitar a fraternidade, tanto nas escolas de direito quanto no Poder Judiciário e nas próprias relações jurídicas, adotando-a inclusive como princípio norteador da prática e interpretação das regras trabalhistas, seja pelas partes, pelos advogados, promotores, juizes e servidores públicos, a fim de diminuir os conflitos e de implementar as regras justralhistas.

Tais modificações devem ocorrer pela via interpretativa²⁹, que prescinde da atuação legislativa e permite ação imediata. Se a ação é necessária, ela deve ser efetivada por todos os atores sociais.

Como lembra Lílian Katiusca Melo Nogueira³⁰, “não se deve esperar que as mudanças decorram do legislador para serem implementadas, da mesma forma que não se pode esperar que a plateia se encha para, posteriormente, montar a peça. [...] Quem sabe faz a hora, não espera acontecer!”

6 NOVA LEITURA DO CONTRATO DE TRABALHO

Seria o contrato de emprego no mundo pós-moderno uma ilusão?

Para responder, são lançadas as palavras do filósofo e sociólogo esloveno Slavoj Žižek³¹:

[...] a ilusão não está no saber, mas já está do lado da própria realidade, daquilo que as pessoas fazem. O que elas não sabem é que sua própria realidade social [...] é guiada por uma ilusão, por uma inversão fetichista. O que desconsideram [...] não é a realidade, mas a ilusão que estrutura sua realidade, sua atividade social. Eles sabem muito bem como as coisas realmente são, mas continuam a agir como se não soubessem. A ilusão, portanto, é dupla: consiste em passar por cima da ilusão que estrutura nossa relação real e efetiva com a realidade. E essa ilusão desconsiderada e inconsciente é o que se pode chamar de “fantasia ideológica”.

²⁹ Restringe-se à via interpretativa para que se possa atuar de imediato, sem dependência do Poder Legislativo que cumpriu bem sua missão e, hodiernamente, em face da ideologia dominante neoliberalista passa a retroceder, mitigando direitos trabalhistas, ainda que sob o argumento de que se pretende tutelar outras formas de trabalho, a exemplo do que ocorreu com a parassubordinação no Direito italiano.

³⁰ NOGUEIRA, Lílian Katiusca Melo. Sindicalismo e direitos humanos: para além da *‘libertá complexa’*. In *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 145.

³¹ ŽIZEK, Slavoj. Um mapa da ideologia. *Apud* SILVA, Wanise Cabral. *As fases e as faces do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 37.

De fato, todos, leigos ou estudiosos, têm consciência de que o contrato de trabalho, cujos elementos fático-jurídicos configuradores encontram-se nos artigos 2º e 3º da CLT - ou a leitura que deles se faz -, não atente à atual sociedade, uma vez que não é formalizado. Está em crise.

Para os budistas, crise é a chave do crescimento, pois, no beneplácito, todos permanecem inertes. Logo, o instante é de mudança positiva, de ruptura com o molde antigo, para repensar uma forma que atenda às novas demandas sociais.

Assim, uma vez definido que a relação de emprego ainda é pertinente ao mundo do trabalho e que ela deve apenas se vestir com novas roupas, de cores e modelos variados, em substituição ao já surrado e apertado macacão de fábrica, porquanto constitui a chave de conectividade às regras justralhistas protetivas, o primeiro passo a ser dado, na linha do estudo proposto, é conferir uma nova leitura a um dos elementos tipificadores do contrato - a subordinação³² - já que é ela a pedra de toque utilizada pelos operadores do direito para diferenciar empregados de não-empregados, desmistificando o discurso neoliberal de que o atual modo de produzir quase não depende mais de empregados.

Paulo Emílio de Vilhena³³, em seu clássico *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, já dizia que a subordinação não mais poderia ser vista da mesma forma conceitual que a viram juristas e magistrados de vinte, trinta ou cinquenta anos passados. Ensina esse autor que a subordinação “é um conceito dinâmico, como dinâmicos são em geral os conceitos jurídicos se não querem perder o contato com a realidade social a que visam exprimir e equacionar”, e explica:

[...] com o desenvolvimento da atividade industrial e a evolução das práticas de negócios, as linhas mestras desses padrões conformadores do estado de subordinação também se alteram e evoluem.

A missão do pesquisador reside em detectar essas alterações, através das quais o conceito jurídico sofreu revisão em suas bases [...].

Debite-se o fenômeno à própria evolução do Direito do Trabalho (com força expansiva constante) ou à incorporação de quaisquer atividades em seu campo de gravitação [...].³⁴

Preleciona Vilhena³⁵ que o critério clássico e tradicional de equacionar a subordinação como “um poder de dirigir a que corresponde um dever do trabalhador de obedecer” não mais se sustenta, ela é “algo mais do que isto”.

Então, agora, considerando a dinâmica dos conceitos, a fórmula é a mesma: neste século XXI, não mais podemos apreender a subordinação como foi compreendida nos últimos anos do século passado.

Luiz Otávio Renault poeticamente, como lhe é peculiar, dá a tônica:

³² É importante dizer que todos os outros elementos tipificadores do contrato de emprego requerem uma nova veia interpretativa, principalmente, além da subordinação, a pessoalidade e também a não-eventualidade.

³³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 464.

³⁴ *Idem*, p. 463.

³⁵ *Idem*, p. 475.

Subordinação é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo - corpo a corpo ou boca/ouvido - típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial, ainda que se trate de Clínica Médica. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras em células de produção. Empregada é aquela que não faz o que quer e, sob essa ótica, não se pode negar que haja uma transferência de parte do seu livre arbítrio em troca da contraprestação ajustada. Empregada é quem faz o que lhe é determinado por quem comanda a prestação de serviços. Autônomo, ao revés, é aquele que dita as suas próprias normas. Tem a liberdade de trabalhar, pouco ou muito, e até de não trabalhar. Faz o que quer, como quer e quando quer, respeitando, obviamente, os contratos que livremente celebra. Diz-se que a subordinação é jurídica: nasce e morre para e no contrato de emprego, dela se servindo a empregadora, dentro da lei, para atingir os seus objetivos. Liricamente, haveria um sistema de freios e contrapesos, porque todo direito (principalmente de pessoa para pessoa, de subordinante para subordinado) tem de ser exercido com parcimônia, sem abuso. Cruamente, sabe-se que não é bem assim. Faltam à empregada o freio e o contrapeso, vale dizer, o direito de resistência, que é irmão gêmeo da garantia de emprego. Assim, a subordinação deve ser analisada como quem descortina o vale do alto de uma montanha - repleto de encantos e de cantos, de segredos e de gredas. Múltiplas e diversificadas são as formas de subordinação: inclusive aquela caracterizada por muita sub e pouca ação. As suas cores, as suas tonalidades e sonoridades variam: a voz da tomadora de serviços pode ser grave ou aguda, como pode ser um sussurro, ou mesmo o silêncio. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente, mãe e filha. Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Trabalhadores com vínculo e sem vínculo empregatício. Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo *justrabalista*. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao *fog* jurídico, que cerca os casos limítrofes,

esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, *data venia*, permite que a empresa deixe de atender à sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma que atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se se quiser, a subordinação, que, modernamente, em face da empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica.³⁶

Lorena Vasconcelos Porto, em sua recente dissertação de mestrado, lembra as lições de Paulo Emílio de Villhena, em perfeita harmonia com as recomendações da OIT, no sentido de que, na análise de um caso concreto, “prudente é o juiz que, ao apreciar a controvertida situação das partes em uma relação de trabalho, posta-se do outro lado da equação fática e examina também se os supostos da autonomia ocorrem e se são bastantes para absorverem a penumbrosa face da suposta subordinação”.³⁷

A fim de estabelecer parâmetros mais objetivos para que o intérprete possa configurar a subordinação, alcançando um contingente maior de trabalhadores - pseudoautônomos, parassubordinados, entre outros - a estudiosa apresentou um novo conceito, somando-o ao conceito clássico, que intitulou subordinação integrativa. Ela parte da noção de subordinação objetiva - que consiste na inserção da prestação laboral do empregado na dinâmica empresarial - e a ela se agregam outros elementos definidores:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume riscos de ganhos ou de perdas e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.³⁸

Nessa linha de ampliação do conceito de empregado, Mauricio Godinho Delgado rememorou, de forma perspicaz, a ideia da subordinação estrutural, assim por ele definida:

[...] é a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.³⁹

³⁶ Ementa RO/00366-2007-025-03-00-3/TRT 3ªR./Quarta Turma. Rel. Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. DJMG 26.04.2008, p. 11.

³⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

³⁸ *Idem*.

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In SILVA, Alessandro *etti alli* coordenadores. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 86.

Essa nova abordagem da subordinação também foi intitulada de integrativa⁴⁰ ou, ainda, reticular⁴¹ e está reiteradamente sendo utilizada pela jurisprudência do Tribunal Regional da Terceira Região, principalmente em terceirizações, e assim é sintetizada:

EMENTA: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TERCEIRIZAÇÃO - VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR. No magistério do em. Mauricio Godinho Delgado, a subordinação estrutural é a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Incide, dessa forma, o entendimento jurisprudencial firmado pelo item I, da Súmula n. 331 do Colendo TST: "A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 02/01/1974)." Recurso desprovido.

(RO-00612-2007-026-03-00-3 - Desembargador Relator Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello. DJ. 23.02.2008)

EMENTA: "SUBORDINAÇÃO RETICULAR" - TERCEIRIZAÇÃO - EXTERNALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS - EMPRESA-REDE - VÍNCULO DE EMPREGO COM BANCO - 1. A nova organização produtiva concebeu a empresa-rede que se irradia por meio de um processo aparentemente paradoxal, de expansão e fragmentação, que, por seu turno, tem necessidade de desenvolver uma nova forma correlata de subordinação: a "reticular". 2. O poder de organização dos fatores da produção é, sobretudo, poder, e inclusive poder empregatício de ordenação do fator-trabalho. E a todo poder corresponde uma antítese necessária de subordinação, já que não existe poder, enquanto tal, sem uma contrapartida de sujeição. Daí que é decorrência lógica concluir que o poder empregatício do empreendimento financeiro subsiste, ainda que aparentemente obstado pela interposição de empresa prestadora de serviço. O primado da realidade produtiva contemporânea impõe reconhecer a latência e o diferimento da subordinação direta.

(RO-01251-2007-110-03-00-5 - Juiz Convocado José Eduardo de R. Chaves Júnior. DJ. 11.04.2008)

Acrescenta-se que a nova organização do trabalho, pelo sistema de acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores, desaparecendo o antigo sistema de hierarquia clássica. Assim,

⁴⁰ RODRIGUES, Bruno Alves. Novo paradigma de subordinação na relação de emprego. *In Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, jan./jun.2004, p. 72-73 e também Vilhena fala da inserção do trabalhador na empresa: a integração da atividade do prestador na atividade da empresa. Conforme VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 466-467.

⁴¹ José Eduardo de R. Chaves Júnior - RO-01251-2007-110-03-00-5. Pub. 11.04.2008.

torna-se possível evidenciar a subordinação mediante atos de mera coordenação⁴² do trabalho, “com diversas e diferentes variáveis”.⁴³

É nesse sentido que a jurisprudência, ainda tímida, vem se desenvolvendo:

EMENTA: PARASSUBORDINAÇÃO - “JORNALISTA CORRESPONDENTE” - NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO RELACIONADO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Encontra-se sob o manto da legislação trabalhista, porquanto presentes os pressupostos do art. 3º, da CLT, a pessoa física que prestou pessoalmente os serviços de correspondente jornalístico, onerosamente. Ao exercer a atividade relacionada com a busca de notícias, bem como com a respectiva redação de informações e comentários sobre o fato jornalístico, o profissional inseriu-se no eixo em torno do qual gravita a atividade empresarial, de modo que, simultaneamente, como que se forças cinéticas, a não eventualidade e a subordinação, esta última, ainda que de maneira mais tênue, se artritaram e legitimaram a caracterização da relação empregatícia. As novas e modernas formas de prestação de serviços avançam sobre o determinismo do art. 3º, da CLT, e alargam o conceito da subordinação jurídica, que, a par de possuir diversos matizes, já admite a variação periférica da parassubordinação, isto é, do trabalho coordenado, cooperativo, prestado extramuros, distante da sua original concepção clássica de subsunção direta do tomador de serviços. Com a crescente e contínua horizontalização da empresa, que se movimenta para fora de diversas maneiras, inclusive via terceirização, via parassubordinação, via micro *ateliers* satélites, adveio o denominado fenômeno da desverticalização da subordinação, que continua a ser o mesmo instituto, mas com traços modernos, com roupagem diferente, caracterizada por um sistema de coordenação, de amarração da prestação de serviços ao empreendimento por fios menos visíveis, por cordões menos densos. Contudo, os profissionais, principalmente os dotados de formação intelectual, transitam ao lado e se interpenetram na subordinação, para cujo centro são atraídos, não se inserindo na esfera contratual do trabalho autônomo, que, a cada dia, disputa mais espaço com o trabalho subordinado. Neste contexto social moderno, é preciso muito cuidado para que os valores jurídicos do trabalho não se curvem indistintamente aos fatores econômicos, devendo ambos serem avaliados à luz da formação histórica e dos princípios informadores do Direito do Trabalho, de onde nasce e para onde volta todo o sistema justralhista. O veio da integração objetiva do trabalhador, num sistema de trocas coordenadas de necessidades, cria a figura da parassubordinação e não da para-autonomia. Se a região é de densa

⁴² Note-se que o modo de relacionamento das empresas, umas com as outras, também se alterou. Tanto que grande parte da doutrina e da jurisprudência admite que o reconhecimento do grupo econômico trabalhista prescinde da existência de uma empresa líder e empresas lideradas, tal como prescreve o § 2º do artigo 2º da CLT, exigindo-se apenas que haja uma relação de coordenação entre elas. Essa mesma modificação também ocorre no relacionamento entre empregador e empregado, que não mais, necessariamente, revela-se na forma subordinante/ subordinado.

⁴³ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Justiça do Trabalho - um novo rosto à procura de uma nova identidade. *Revista LTr*, vol. 70, n. 08, agosto/2006, p. 937.

nebulosidade, isto é, de verdadeiro *fog* jurídico, a atração da relação jurídica realiza-se para dentro da CLT e não para dentro do Código Civil, que pouco valoriza e dignifica o trabalho do homem, que é muito livre para contratar, mas muito pouco livre para ajustar de maneira justa as cláusulas deste contrato.

(RO-00073-2005-103-03-00-5 - TRT 3ª R. - Quarta Turma - Desembargador Relator Luiz Otávio Linhares Renault)

Enfim, “a moral da história” é que grande parte das novas formas de utilização da força de trabalho humana pela produção capitalista têm, em sua essência e origem, a moldura do contrato de emprego, que apenas recebeu uma nova pintura. Logo, o Direito do Trabalho continua apto a tutelar tais relações jurídicas e a conferir mais proteção em maior alcance.

Tudo depende...

Se esse mundo ainda tem jeito

Apesar do que o homem tem feito

Se a vida sobreviverá...⁴⁴

7 PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - BREVES APONTAMENTOS

A reestruturação do contrato de trabalho, conforme se colocou, inicia-se pela via interpretativa, com um novo olhar sobre os elementos fático-jurídicos configuradores do vínculo de emprego. Essa nova abordagem, contudo, somente será capaz de modificar a realidade social, não constituindo apenas mais um argumento ideológico, se for norteada pelo esquecido princípio da fraternidade.

É com essa ideia que se tenta colaborar com o “renascer da esperança [...]”. Esperança de conseguir recompor os agentes de transformação social num amplo bloco de solidariedade. Esperança fundada no agir, no nosso próprio fazer que se fazendo se completa com tantos outros fazeres. O fazer que soma”.⁴⁵

O valor da fraternidade foi proclamado pela Revolução Francesa, juntamente com os valores da liberdade e da igualdade. No desenrolar da história, estes dois últimos transformaram-se em relevantes valores jurídicos, declarados de forma explícita em muitas Constituições modernas. E o que teria acontecido com o valor da fraternidade, cuja bandeira também se levantou? Seria possível falar de fraternidade como dever jurídico?

Fausto Gorla, professor de direito romano da Universidade de Turim, responde-nos:

Os juristas romanos evocavam uma espécie de parentesco que liga todos os homens para justificar a proibição de armar ciladas aos outros [...] No entanto, eles não ligavam a isso obrigações de conteúdo positivo. Nos nossos dias, para dar ao quesito

⁴⁴ Depende de nós. Ivan Lins.

⁴⁵ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Apresentação da obra *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, XVIII.

uma resposta afirmativa, poderíamos nos referir ao artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1º de dezembro de 1948.⁴⁶

De fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1789, base das Constituições de vários países do mundo, inclusive do nosso, assim dispõe em seu artigo primeiro:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São todas dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Vincenzo Buonuomo⁴⁷ bem explica que, percorrendo a Declaração Universal, em especial o artigo 29, é possível encontrar uma real indicação dos efeitos da fraternidade, que acompanham a dimensão individual de sua posse e o efetivo exercício dos Direitos Humanos com uma dimensão comunitária: “cada indivíduo tem deveres para com a comunidade, único lugar onde é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”.

A esse respeito, preleciona Daniel Sarmiento⁴⁸ que a perspectiva de que caberia a cada indivíduo perseguir egoisticamente os seus interesses privados, o que produziria como somatório geral o bem comum, gerou o esgarçamento dos laços sociais e provocou o sentimento geral de vazio existencial, “do indivíduo ‘sozinho na multidão’, ingredientes desta náusea, deste mal-estar na Modernidade que assola as sociedades capitalistas ocidentais”. E, como resposta a esse quadro social pós-moderno, apresenta o renomado professor uma saída mais moderna, que é o resgate e o aprofundamento, a partir de uma perspectiva racional e republicana, de um dos pilares do ideário moderno: “a solidariedade, ou fraternidade, tal como enunciada no lema dos revolucionários, parceiros da Modernidade”.⁴⁹

Retomando o caminho percorrido pela humanidade, constata-se que, a partir da proclamação da Declaração Universal, documento de transcendental importância na defesa dos direitos humanos, a sociedade iniciou a luta pela efetivação da trilogia da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

No século seguinte à intuição da Declaração Universal, priorizou-se a liberdade, o que culminou com a afirmação do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, determinante para a clássica concepção dos direitos fundamentais intitulados de primeira dimensão ou geração. Essa fase foi marcada pela afirmação dos direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, proclamando-se a não-intervenção estatal. Apresentam-se direitos de cunho

⁴⁶ GORIA, Fausto. *Riflessioni su fraternità e diritto*. Disponível em http://www.comunionediritto.org/index2.php?option=com_content&task=view&id=27&pop=1&page=0&Itemid=42, acesso em 02.05.2008. Tradução nossa.

⁴⁷ BUONUOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no direito da comunidade internacional. *In Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense*. Anais/Giovanni Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008, p. 36.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2. ed., 2006, p. 296.

⁴⁹ *Idem*, p. 297.

negativo, porquanto dirigidos a uma abstenção e não a uma ação positiva do Estado.⁵⁰

O direito à liberdade, no entanto, não engloba só a liberdade física - traduzida no direito de ir, vir e permanecer - mas também várias outras modalidades, com outros significados, como a liberdade de pensamento, de expressão, de crença, de informação, de credo, de associação.

Ainda que o direito à liberdade tenha se consolidado no desenrolar do século XIX, percebe-se que, para ser de fato livre, é indispensável que o homem se encontre também livre da miséria, do analfabetismo, do subemprego, da subalimentação, da submoradia, mazelas próprias do capitalismo desumano, explorador da força de trabalho, a que foram conduzidos os homens pelo individualismo dos séculos anteriores.

Assim, o combate pela liberdade continua tanto para conservar as já conquistadas, mas principalmente para assegurar a verdadeira liberdade a todos os povos.

No século passado, em uma tentativa de alcançar a real liberdade, exaltou-se a igualdade. Movimentos surgiram pela luta da igualdade entre homens e mulheres, brancos e negros, formando-se todo um ideário contra a discriminação por raça, sexo, cor, origem, credo, o que levou à obtenção do reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado uma ação positiva na realização de justiça social.

Porém, conforme lembra a professora Léa Elisa Silingowschi Calil⁵¹

[...] não se pode olvidar de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Perpetua-se idêntica injustiça diferenciar indivíduos, v.g., por sua cor de pele, como dar tratamento uniforme a pessoas que têm, de fato, motivos para serem tratadas de modo diferenciado (ninguém se sente discriminado pela lei que obriga atendimento preferencial a idosos, grávidas ou portadores de deficiência).

A liberdade, nesse estágio do desenvolvimento, não é mais perante o Estado, mas por intermédio do Estado, que deve agir assegurando a igualdade e liberdade dos indivíduos. Têm-se os denominados direitos de segunda geração, os direitos sociais, que se caracterizam por outorgarem aos homens direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, direitos fundamentais dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho). Saliente-se, contudo, que, a exemplo da fase anterior, também os direitos sociais se reportam à pessoa individual.⁵²

E, tal como pela liberdade, permanece constante a luta pela manutenção da igualdade.

Agora, neste século, tem-se a defesa prioritária da fraternidade.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53-55.

⁵¹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Liberdade, igualdade e fraternidade*. Disponível em <http://www.mundodosfilosofos.com.br/lea4.htm>, acesso em 02.05.2008.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

A dignidade do homem não deve ser considerada apenas em uma perspectiva individualista, estática e de mão única, mas dinâmica, visando à realização da pessoa em comunidade, à sua participação com outras pessoas num contexto relacional.

À luz do pensamento de Hasso Hofmann e de Peter Häberle, informa Sarlet⁵³ que a dignidade deve ser compreendida sob a perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo, de tal forma que a consideração e reconhecimento recíproco da dignidade no âmbito da comunidade podem ser definidos como uma espécie de ponte-dogmática, ligando os indivíduos entre si.

A fraternidade que se pretende difundir exprime igualdade de dignidade em todos os homens:

Faz-se preemente que a solidariedade⁵⁴ norteie as ações de governantes, empresários e das pessoas em geral. Neste novo século o foco da proteção dos direitos deve sair do âmbito individual e dirigir-se, definitivamente, ao coletivo. São direitos inerentes à pessoa humana; não considerada em si, mas como coletividade; o direito ao meio ambiente, à segurança, à moradia, ao desenvolvimento. É necessário que tomemos consciência de que nossos direitos apenas nos serão assegurados de fato, quando estes forem também garantidos para todos os demais. Enfim, é o momento de se realizar o bem comum.⁵⁵

Em idêntico sentido, coloca a professora Gabriela Delgado Neves, com apoio em Jussara Maria Moreno Jacintho, ao precisar o conceito de dignidade da pessoa humana:

Inobstante esse seu atributo individual, não há como negar à dignidade da pessoa também uma natureza comunitariamente elaborada. Desse modo, ao tempo em que é individual, peculiar a cada um de nós, pode-se falar também em uma dignidade humana conjunta, social, justamente em razão de sermos todos iguais em dignidade, em direitos, o que fatalmente nos obriga a exercer o direito à dignidade de forma inter-relacional, respeitando-nos na medida em que a igualdade torna-nos todos titulares de um mesmo direito. Não foi outro o entendimento preconizado pela Declaração de Direitos Universal de 1948.⁵⁶

⁵³ *Idem*, p. 56.

⁵⁴ Acerca dos termos solidariedade x fraternidade, explica-se que, antes da Revolução Francesa, a fraternidade era sentida como um valor, com significado de solidariedade entre irmãos, e que, após a Revolução, foi sendo gradualmente substituída e simplificada para solidariedade.

⁵⁵ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Liberdade, igualdade e fraternidade*. Disponível em <http://www.mundodosfilosofos.com.br/lea4.htm>, acesso em 02.05.2008.

⁵⁶ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. Dignidade humana: princípio constitucional. *Apud* DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. *In* *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 45.

Em uma interessante abordagem, Salvador Morillas Gómez⁵⁷ concluiu que cada norma jurídica, ao impedir a lesão dos direitos alheios, contém, em si, o princípio da fraternidade e lista algumas normas que vão além do *neminem laedere* e impõem os direitos jurídicos, cuja observância tutela os sujeitos relacionados: princípio da boa-fé (dever de manter comportamentos corretos e leais nas relações, para além do estipulado pelas partes); proibição do abuso do direito (coíbe o exercício do direito antissocial); proibição de fraudar a lei (a empresa que considera algo como benefício para sua gestão, mas na realidade omite a finalidade de obter um benefício próprio, encobre a lesão dos direitos alheios - terceirização trabalhista). Especialmente nas relações de trabalho, ressalta o autor que prevalece a exigência de tutelar a parte mais fraca, em caso de conflito (princípios *in dubio pro operario*, da norma mais favorável, da condição mais favorável e da indisponibilidade dos direitos, entre outros) e no trato entre o empregado e o empregador, torna-se evidente a fraternidade diante da obrigação mútua de cumprir os próprios deveres dentro dos princípios da boa-fé e da diligência, sendo que esses deveres ampliam-se nas relações entre os colegas de trabalho e, ainda, com a hierarquia da empresa.

Contudo, é certo, não se pode sustentar que a fraternidade seja o ponto focal das estruturas empresariais e do modo de sua atuação. Mas, será que não seria possível percorrer esse caminho?

Amy Uelmen, com amparo em *Uma teoria de justiça* de John Rawls, apresenta uma proposta:

Rawls vê o princípio da diferença como um modo para ir além do mero sentimento e poder dar à fraternidade um espaço maior e universal nas teorias de justiça. Explica: “família, na sua concepção ideal e, muitas vezes, na prática, é um dos locais no qual o princípio de maximizar a soma das vantagens é rejeitado. Em geral, os membros de uma família não desejam ter alguma vantagem, a não ser que com isso promovam os interesses dos membros restantes.

Se levarmos isso em consideração, como conceito fundamental, poderá ter impacto profundo no modo de olhar para o Direito societário.⁵⁸

É importante deixar claro que não se está aqui a defender a imposição do dever legal de cada indivíduo ser fraterno, até porque não há como atuar objetivamente no campo afetivo do ser humano; apenas se pretende que cada indivíduo se comporte como se o fosse ou o sentisse.

Sob esse enfoque, Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁹ cita como exemplo de atitude fraterna nas relações de trabalho a concessão da gratificação natalina. Por

⁵⁷ GÓMEZ, Salvador Morillas. Pistas de fraternidade na aplicação do Direito Empresarial. In *Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense*. Anais/Giovanni Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008, p. 89-93.

⁵⁸ UELMEN, Amy. Fraternidade como categoria jurídica no direito empresarial: aplicações na *common law* norte-americana. In *Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense*. Anais/Giovanni Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008, p. 77.

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: valoração e reparação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 69.

um bom tempo, o patrão bondoso, generoso, solidário, voluntariamente concedia a seus empregados, além do salário, uma quantia a mais às vésperas do Natal. Com o passar do tempo, o legislador entendeu que não se deveria ir contra esse comportamento fraterno e, mais, ele deveria ser estendido a todos os empregados do país, instituindo, por lei, o pagamento do conhecido 13º salário. Isto é, tornou-se impositiva a atitude fraterna de o patrão agraciar seus empregados nas vésperas das festas natalícias, ainda que não mais exista esse sentimento ou desejo.

Nesse encadeamento de ideias, o empregador que proclama aos quatro cantos a sua liberdade de contratar, de terceirizar ou sublocar a força de trabalho humana, que invoca a igualdade de condições com empresários do mundo inteiro e, por intermédio dessa suposta igualdade, consegue o direito de reduzir custos sacrificando o valor-trabalho, deve também se lembrar da fraternidade que o coíbe de possuir, em seu estabelecimento, trabalhadores em idênticas condições, mas auferindo diferentes salários, simplesmente porque alguns deles são “terceirizados”. É o princípio da fraternidade que também o lembrará de conferir tratamento digno a todos os seres humanos, sejam eles seus companheiros de negócio, sejam eles seus empregados. Será, pois, a fraternidade que fixará o ponto de harmonia entre a liberdade e a igualdade, uma vez que constitui um dos objetivos deste Estado Democrático de Direito.⁶⁰

Assim, o que se propõe é que a fraternidade, elevada ao *status* de princípio constitucional, deve nortear não só o legislador, mas de forma decisiva também o operador do direito na solução judicial de conflitos trabalhistas.

Aqui, alguém pensará, trata-se de uma utopia?

Certamente que não, mas se a resposta é negativa ou positiva nada importa, afinal, o que seria desse mundo e dos homens sem a utopia, que é a força que impulsiona a luta, o desbravar de novos caminhos, a criação de novas regras de convivência social. A liberdade e a igualdade também não foram, um dia, grande utopia?

Aliás, João Baptista Herkenhoff⁶¹, militante de Direitos Humanos no Brasil, diz que é justamente “esta concepção de ‘utopia como motor propulsor do Direito’” o que tem aguçado a sua reflexão nos últimos tempos.

Retomando a trilha, cabe lembrar, ainda, que o princípio da fraternidade atua também promovendo a efetividade jurisdicional e, nesse aspecto, ele já é uma realidade jurídica; não utopia, pois.

Em recente mesa-redonda, cujo tema foi *Desafios e possibilidades para a efetividade da jurisdição trabalhista*, a terceira do 5º Curso de Formação Inicial da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), Mônica Sette Lopes relatou várias experiências práticas para combater a litigiosidade “com inteligência”. Para ela, é importante ressaltar a força que um juiz tem quando é sereno nas audiências, evitando acirrar ainda mais os conflitos e promovendo conciliações. Outro ponto por ela lembrado foi a cordialidade com

⁶⁰ Um dos objetivos da República Federativa do Brasil é “construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]” (artigo 3º da Constituição da República).

⁶¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. V. 1 Guarulhos/São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 31.

os advogados.⁶² Ora, trata-se da prática da fraternidade, promovendo a dignidade humana de todos, não só do empregado, mas também do empregador, dos advogados e da própria Justiça, que, assim, apresenta-se célere e eficaz na entrega da prestação jurisdicional.

Outro exemplo da atuação da fraternidade a promover a dignidade da pessoa humana é a proposta das professoras Miracy Gustin e Sielen Caldas: “a ênfase dos cursos de Direito deveria ser, pois, aquela voltada para o campo dos direitos humanos e da realização da cidadania”.⁶³

Elas justificam:

Já não bastam, portanto, instituições de ensino superior com estruturas modernizadas (ou supostamente modernizadas) que desconheçam as novas condições de aprendizagem de inserção nas culturas local, nacional e globalizada. Os cursos deverão se preocupar com indivíduos emancipados que sejam capazes de construir suas carreiras em sintonia com as demandas e opções sociais e possuir habilidades suficientes para adequar seu conhecimento às características da sociedade, aos grupos profissionais e aos novos tipos de organizações e movimentos sociais, que se transformam incessantemente. Entendidas como trajetórias sociais, essas carreiras deverão pressupor, portanto, o re-pensamento e a reinvenção do mundo e dos processos de deliberação democrática.⁶⁴

Esse modelo de ensino favorece os alunos, que têm a oportunidade de conhecer e melhor se preparar para atender à demanda que os espera após o jubileamento, e também os professores e, ainda, toda a sociedade, principalmente os excluídos sociais que poderão contar com a incessante atuação de pessoas preparadas para lidar com as suas necessidades, promovendo a participação delas na riqueza social. É a vida em “elevadas condições de dignidade”.⁶⁵

8 CONCLUSÃO

No caminho da construção diária da história da humanidade, alçamos a pós-modernidade. Nesses novos tempos, grandes alterações ocorreram no mundo do trabalho, na forma de produzir riqueza dentro do sistema capitalista, com a introdução de diferentes métodos de organização e de gestão de empresas, em uma constante busca pela lucratividade e melhores condições de competitividade.

⁶² Conforme Notícias diversas. TRT da 3ª Região. Diretoria Judiciária. Subsecretaria de divulgação. Ano VI, n. 70, de 14.05.2008.

⁶³ GUSTIN, Miracy Barbosa Souza; CALDAS, Sielen Barreto. A prática de direitos humanos nos cursos de direito e a relação universidade/movimentos sociais: o caso do programa pólos de cidadania. In *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 246.

⁶⁴ *Idem*, p. 249.

⁶⁵ A expressão é de Gabriela Delgado Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. In *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 63.

Nessa linha de pensamento, o que se tem falado é que a relação de trabalho não mais se amolda ao velho contrato de emprego, porque não mais atende aos novos modos de produzir, o que leva à equivocada conclusão de que o labor subordinado tornou-se obsoleto. De fato, o que se tem visto é a velha e sempre exploração do homem pelo homem, o constante descumprimento da legislação trabalhista e o engendramento de tramas empresariais, com o fomento à criação de novos tipos de contratos para excluir, cada vez mais, das relações de trabalho as regras, institutos e princípios do Direito do Trabalho, que visam a proteger aquele que doa sua força, o trabalho vivo, à produção capitalista.

Assim, ou seja, considerando a pertinência do contrato de emprego no atual modo de produzir riqueza e não ignorando as mudanças ocorridas no mundo do trabalho, sugere-se que seja conferida uma nova leitura aos seus elementos fático-jurídicos tipificadores, em especial a subordinação jurídica, com a finalidade de ampliar a sua abrangência e de coibir o desmantelamento do Direito do Trabalho.

Essa nova via interpretativa há de ser norteada pelo esquecido princípio da fraternidade, o qual fixará o ponto de harmonia entre a liberdade e a igualdade, como tentativa de exprimir igual dignidade em todos os homens.

Neste século XXI, revela-se imperioso o exercício da esquecida fraternidade, que deve ser ensinada, aprendida e exercitada tanto nas escolas de direito quanto no Poder Judiciário e em todas as relações jurídicas, sendo adotada inclusive como princípio norteador da prática e da interpretação das regras trabalhistas, a fim de diminuir os conflitos e de efetivar as regras justralhistas.

O desafio é a conscientização de que “o outro sou eu e todos nós somos a humanidade”.

Encerra-se este ensaio, lembrando as sempre pertinentes palavras de Bobbio: “em relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder”.⁶⁶

9 REFERÊNCIAS

- AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. *In O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antônio Maria Baggio (organizador); traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.
- BACH, Richard. *A história de Fernão Capelo Gaivota*. Rio de Janeiro: Nórdica.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BUONUOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no direito da comunidade internacional. *In Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense*. Anais/Giovanni Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 81.

- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Liberdade, igualdade e fraternidade*. Disponível em <http://www.mundodosfilosofos.com.br/lea4.htm>.
- CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Aurélio Mota de, organizadores. *Direito & fraternidade: ensaios, prática forense*. Anais. São Paulo: LTr, 2008.
- DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. In *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In SILVA, Alessandro *etti alli* coordenadores. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. Direito do trabalho e inclusão social - o desafio brasileiro. *Revista LTr*, n. 10, outubro/2006.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Justiça do Trabalho - um novo rosto à procura de uma nova identidade. *Revista LTr*, vol. 70, n. 08, agosto/2006.
- GÓMEZ, Salvador Morillas. Pistas de fraternidade na aplicação do direito empresarial. In *Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense*. Anais/Giovanni Caso [et al] organizadores. São Paulo: LTr, 2008.
- GORIA, Fausto. *Riflessioni su fraternità e diritto*. Disponível em http://www.comunionediritto.org/index2.php?option=com_content&task=view&id=27&pop=1&page=0&Itemid=42 .
- GUSTIN, Miracy Barbosa Souza; CALDAS, Sielen Barreto. A prática de direitos humanos nos cursos de direito e a relação universidade/movimento sociais: o caso do programa pólos de cidadania. In *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1993.
- HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Apresentação da obra *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. V. 1 Guarulhos/São Paulo: Acadêmica, 1994.
- _____. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. Aparecida/ São Paulo: Santuário, 1997.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed., trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. Dignidade humana: princípio constitucional. *Apud* DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. In *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: valoração e reparação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*, 26. ed., São Paulo: LTr, 2006.
- NOGUEIRA, Lílian Kátiusca Melo. Sindicalismo e direitos humanos: para além da 'libertá complexa'. In *Trabalho e movimentos sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique, Gabriela Neves Delgado, Márcio Túlio Viana, Patrícia Henriques Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- POCHMANN, Márcio. *Direito ao trabalho: da obrigação à consequência*. Práticas de cidadania. Coord. Jaime Pinsky. Ed. Contexto, 2004.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte/MG.
- RENDINHA, Maria Regina Gomes. Relação laboral fragmentada. *Apud* SILVA, Wanise Cabral. *As fases e as faces do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares; BARRETO, Sielen Caldas; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes; PAGANI, Marcella. *O direito do trabalho e todos os trabalhos com direito*. CONPEDI/2007.
- RODRIGUES, Bruno Alves. Novo paradigma de subordinação na relação de emprego. In *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, jan./jun.2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2. ed., 2006.
- SILVA, Wanise Cabral. *As fases e as faces do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A fúria. *Revista LTr*, vol. 66, n. 11, novembro/2002.
- UELMEN, Amy. Fraternidade como categoria jurídica no direito empresarial: aplicações na *common law* norte-americana. In *Direito & Fraternidade: ensaios, prática forense*. Anais/Giovanni Caso [et al], organizadores. São Paulo: LTr, 2008.
- VIANNA Segadas; MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 15. ed., atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1995.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.
- ZIZEK, Sivoj. Um mapa da ideologia. *Apud* SILVA, Wanise Cabral. *As fases e as faces do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

Produzido na primavera de 2008.

O DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE SOCIAL DA PESSOA HUMANA NO CAPITALISMO

Livia Mendes Moreira Miraglia*

O Direito do Trabalho, enquanto direito social fundamental, pode ser compreendido sob dois aspectos. No que cinge ao direito ao trabalho, tem-se o direito individual subjetivo de todo homem de acesso ao mercado de trabalho e à capacidade de prover a si mesmo e à sua família, mediante seu próprio trabalho, que deve ser digno.

Em relação ao Direito do Trabalho propriamente dito, refere-se ao direito social, coletivo, inerente a determinado grupo merecedor de proteção especial em face de sua desigualdade fática: os trabalhadores. Fixa o “patamar mínimo civilizatório”¹ sem o qual não se aceita viver, derivado da igualdade substancial e que tem como substrato a dignidade da pessoa humana.

No que tange à dignidade da pessoa humana é possível afirmar a existência de duas dimensões: individual e social. O aspecto individual alude à integridade física e psíquica do homem e se relaciona com as liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira geração.²

A dignidade social diz respeito à afirmação do homem enquanto ser pertencente a uma sociedade e está intrinsecamente ligada às liberdades positivas e à igualdade substancial proposta pelos direitos fundamentais de segunda e terceira geração. Ademais, funda-se no parâmetro do mínimo existencial a ser assegurado a todas as pessoas.

* Bolsista do CNPQ. Doutoranda em Direito do Trabalho pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Substituta de Direito do Trabalho da UFMG. Advogada.

¹ A expressão é de Mauricio Godinho Delgado.

² Registre-se, em primeiro plano, que a tipologia de geração de direitos, originalmente proposta por T. H. Marshall (*In: Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967), pode ser criticada, contemporaneamente, por dar a impressão de uma sequência temporal obrigatória de inovações jurídicas estritamente centrada nos países de capitalismo central. Nos demais países, as conquistas dos direitos ali mencionados foram, muitas vezes, diferenciadas, justapostas ou, até mesmo, de certo modo, invertidas - como aconteceu em determinados países latino-americanos, a exemplo do México revolucionário da Constituição de 1917. Entretanto, justifica-se o seu emprego em face da larga utilização e consolidação das expressões, a fim de ilustrar o surgimento e a concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos individuais e sociais, ao longo da história. Embora a expressão “geração” possa imprimir a conotação de superação de uma geração de direitos pela seguinte, é de se ver que os direitos consagrados por essa teoria permanecem nos diplomas constitucionais modernos, sendo certo que se observam o aperfeiçoamento e a universalização do seu alcance de forma dinâmica e constante. Desse modo, alguns autores preferem utilizar a denominação “dimensões de direitos”. Cabe salientar que se utiliza, principalmente, a expressão “geração de direitos”, ciente de suas críticas e insuficiências, como recurso de linguagem, a fim de não se confundir com as “dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana” a serem analisadas. Todavia, admite-se em diversas passagens do texto o uso das expressões “dimensões de direitos” e “gerações de direitos”, como sinônimos.

Ambas as características são interdependentes e se completam para formatar a concepção correta da dignidade da pessoa humana. Isso porque não há que se falar em direito à vida ou à liberdade sem que se garanta o acesso de todos à saúde, à educação e ao trabalho. E, também, não se pode falar em direito ao trabalho e à educação sem se afirmar o direito à vida e à liberdade.

A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana só é possível pela conjugação de suas duas dimensões: individual e social. O grande problema não é auferi-las do ordenamento jurídico pátrio, mas sim efetivá-las.

O discurso neoliberal em voga nos dias atuais propugna, propositalmente, o abandono da concepção social da dignidade da pessoa humana, restringindo-a a uma concepção individualista de mera proteção aos direitos de liberdade. O princípio da igualdade é olvidado, sob a falácia de que os homens já alcançaram o patamar de igualdade substancial possível, sendo bastante a igualdade meramente formal. Propõem os neoliberais a supressão dos direitos especiais garantidos a determinados grupos sociais, ao argumento de que o tratamento diferenciado constitui “tratamento privilegiado” e, portanto, injustificado.

Nesse cenário, afirma-se o Direito do Trabalho como o meio mais eficaz de consolidação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo.

Nessa toada é o magistério de Mauricio Delgado:

[...] a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.³

Na mesma linha de entendimento disserta Brito Filho, para quem “a dignidade deve produzir efeitos no plano material”. Isso porque não se pode falar em dignidade da pessoa humana se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar em dignidade sem direito à saúde, ao trabalho, enfim, sem o direito de participar da vida em sociedade com um mínimo de condições?⁴

Completa o autor: “Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao homem direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade”.⁵

³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 43-44.

⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004, p. 45.

⁵ *Idem, ibidem*.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho consolida-se como o principal instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, ao possibilitar a inclusão efetiva do indivíduo-trabalhador na sociedade capitalista. Cabe lembrar que a atividade estatal deve ser pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é o “centro convergente de direitos” de todo o ordenamento jurídico e a dignidade constitui o substrato mínimo a ser assegurado a todos igualmente.

Consoante Ledur: “[...] a dignidade da pessoa humana se consolida se ela é livre e possui meios materiais para prover à sua existência, para o que são necessárias garantias mínimas por parte do Estado”.⁶

Afirma o autor: “[...] a dignidade da pessoa humana exige que se criem condições reais para que também a pessoa seja autora e participante de sua realização”.⁷

Essa garantia mínima a ser assegurada pelo Estado é o Direito do Trabalho. É por meio do trabalho digno que o homem se afirma e se insere na sociedade capitalista. Além disso, possibilita ao indivíduo o acesso às condições de uma vida digna para ele e para a sua família.

Nesse sentido preceitua o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: “Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana.”⁸

As Constituições brasileiras de 1946 e 1967 já relacionavam, em seus arts. 145, § 2º, e 160, respectivamente, a dignidade da pessoa humana ao Direito do Trabalho, ao prescreverem que a todos é garantido trabalho que possibilite a existência digna. Trata-se de uma primeira referência à dignidade da pessoa humana, vinculando-a ao trabalho. Porém, foi menção tímida, pontual, isolada, não se espraiando por todo o espírito normativo constitucional.

Em 1988, contudo, novo paradigma normativo surge quanto a esse aspecto, elegendo a Norma Fundamental a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira e princípio basilar da ordem social e econômica.⁹

Em outras palavras, atesta-se que a existência digna está intimamente ligada à valorização do trabalho, de modo que não se obtém a realização plena da dignidade da pessoa humana quando o trabalho não for adequadamente apreciado, o que coloca em xeque ainda a própria organização republicana. Assevera-se que a ausência de trabalho digno afeta não apenas a pessoa que a ele não tem acesso, mas todo o seu grupo familiar e social. Ademais, os direitos sociais - dentre eles, o ramo justralhista - integram o rol de direitos fundamentais, cuja violação compromete a própria ideia de dignidade da pessoa humana.¹⁰

Para Ledur:

⁶ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 86.

⁷ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. *Op. cit.*, p. 101.

⁸ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. *Op. cit.*, p. 86.

⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁰ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. *Op. cit.*, p. 95-97.

[...] a realização do direito ao trabalho fará com que a dignidade humana assumirá nítido conteúdo social, na medida em que a criação de melhores condições de vida resultar benéfica não somente para o indivíduo em seu âmbito particular, mas para o conjunto da sociedade.¹¹

E continua o autor sobre a relação do princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de acesso ao trabalho digno:

[...] as normas que garantem os direitos econômicos devem assegurar, de sua parte, o direito a um nível de vida decente, como expressão e realização desse princípio fundamental. [...] como primeiro princípio dos direitos fundamentais, ele (o princípio da dignidade da pessoa humana) não se harmoniza com a falta de trabalho justamente remunerado, sem o qual não é dado às pessoas prover adequadamente a sua existência, isto é, viver com dignidade.¹²

Assim, deve-se garantir ao homem o direito de alcançar, mediante o seu trabalho, os recursos indispensáveis para desfrutar de uma vida digna. O trabalho regulado, ou emprego, é protegido pela legislação trabalhista, com o objetivo precípuo de melhorar as condições de vida do trabalhador e fixar o “patamar mínimo civilizatório” inerente a todos os empregados em face da sua condição peculiar na sociedade capitalista moderna. O empregado é considerado parte hipossuficiente da relação trabalhista, haja vista que submetido ao poder empregatício do detentor dos meios de produção.

Cabe lembrar que o Direito do Trabalho regula as relações de emprego e que relações de trabalho são gênero do qual a relação empregatícia é a espécie mais importante. Na relação de trabalho, o trabalhador se caracteriza como pessoa física que coloca sua mão-de-obra a serviço de outrem. Já na relação de emprego só é empregado aquela pessoa física que dispõe da sua força laboral com pessoalidade, subordinação, não-eventualidade e onerosidade.¹³

O Direito do Trabalho serve precipuamente aos empregados. Nessa esteira, as regras trabalhistas somente são aplicáveis aos trabalhadores na hipótese de existência de norma jurídica expressa nesse sentido.

Ressalte-se que o sentido maior do Direito do Trabalho - a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e a determinação do mínimo existencial - deve ser interpretado para todos os trabalhadores, pois o ordenamento jurídico pátrio não concebe a existência de ninguém em situações aquém do seu princípio básico: a dignidade da pessoa humana. Todavia, é forçoso compreender que nesse artigo não se propõe a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, por se tratar de matéria que exige estudo apurado e criterioso específico.

Trata-se da concessão e da garantia de vivência (e não apenas mera sobrevivência) digna a todos os trabalhadores. Elegem-se as diretrizes fundamentais do trabalho digno, a fim de certificá-lo como substrato da dignidade social da pessoa humana e, portanto, inerente a todo ser humano.

¹¹ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Op. cit., p. 98.

¹² LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Op. cit., p. 103.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 287.

1. O DIREITO DO TRABALHO NO PARADIGMA DO ESTADO NEOLIBERAL

O atual paradigma do modelo capitalista de produção e dentro do qual está inserida a sociedade moderna é o “Estado Neoliberal”. Com a crise do Estado de Bem-Estar Social e a ascensão da hegemonia ultraliberal nos planos político, econômico e cultural, o Estado Neoliberal firmou-se como o modelo estatal preponderante na sociedade contemporânea.¹⁴

O verbo preponderante do “sistema capitalista”, pilar do “Estado Neoliberal”, é “acumular”.¹⁵ Cada empresa luta para controlar o mercado, numa espécie de acirrada corrida pelo monopólio de determinado setor.

As fábricas, que antes eram pesadas, “verticais” e com rígidas hierarquias, passam a se “horizontalizar”. A empresa deve ser enxuta, com um quadro mínimo de empregados fixos, resumindo-se aos obreiros da sua atividade principal. Do mesmo modo que preconizavam a diminuição da máquina estatal, os neoliberais impeliam as empresas à chamada “horizontalização”.

De acordo com Viana, os trabalhadores das empresas neoliberais podem ser classificados em três grupos:

1. Um núcleo cada vez mais qualificado e reduzido, com bons salários, *fringe benefits*, perspectivas de carreira e certa estabilidade. De um trabalhador desse grupo se exige mobilidade funcional e geográfica, disposição para horas extras e - sobretudo - identificação com a empresa, como se ela fosse uma coisa dele.
2. Os exercentes de atividades-meio, como secretárias e *boys*, além de operários menos qualificados, trabalhando em tempo integral. A rotatividade é grande, os salários são baixos e as perspectivas de carreira quase inexistentes. É sobretudo o temor do desemprego que os faz submeter-se a qualquer condição.
3. Um grupo de trabalhadores eventuais, ou a prazo, ou a tempo parcial. Quase sempre desqualificados, transitam entre o desemprego e o emprego precário, e por isso são os mais explorados pelo sistema. É aqui que se encontra o maior contingente de mulheres, jovens e (no caso de países avançados) imigrantes. Esse grupo, tal como o anterior, tende a ser descartado para as parceiras.¹⁶

O empresário de hoje deve estimar o preço que acredita ser viável, fixar o lucro visado e cortar os custos excedentes, inversamente ao que ocorria no paradigma anterior - do Estado de Bem-Estar Social -, quando lhe era dado calcular os custos, projetar os lucros e fixar os preços.¹⁷

¹⁴ Sobre o assunto cf.: DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego* - entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. O autor traça, em toda sua obra, uma análise detalhada e profunda sobre a construção da matriz hegemônica ultraliberal e sua tentativa de desconstrução do primado do trabalho e do emprego.

¹⁵ A ideia é de VIANA.

¹⁶ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - O direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*. São Paulo, v. 63, n. 07, jul./1999, p. 886.

¹⁷ *Idem*, p. 900.

Nesse cenário, também o Estado e o Direito se enxugam. A palavra de ordem passa a ser “excluir”. O Estado torna-se mínimo, regulando apenas o que é essencial para o desenvolvimento do capital. O Direito restringe-se, haja vista a criação de formas de exploração da mão-de-obra que não se enquadram na definição clássica de relação de emprego, com o intuito precípuo de impossibilitar aos trabalhadores o acesso à esfera protetiva do ramo justralhista. O sindicato também se fragmenta e se esvazia. Os trabalhadores não mais compartilham dos mesmos anseios e preocupações. Pelo contrário, enxergam-se como inimigos, combatentes na luta pela “manutenção do emprego”, disseminada pelo “terror do desemprego”. O sindicato passa a lutar, quase que tão-somente, para não perder direitos já conquistados.

Para Mauricio Delgado a fase que se instaurou com a crise de 1970 e alcança os dias atuais é chamada de “crise ou transição” do Direito do Trabalho e representa exatamente, embora não coincidentemente, o momento vivenciado desde a implementação das políticas neoliberais.¹⁸

O Estado Neoliberal provoca a ruptura paradigmática, propiciando o aumento do desemprego, o arrefecimento do fordismo e o surgimento de postos de trabalho cada vez mais precários. A “ruptura” com os antigos “paradigmas” serve como pano de fundo para fundamentar a “flexibilização” dos direitos, principalmente os trabalhistas. Flexibilizam-se os empregos, as formas de contratação e de dispensa, de tempo e de função para atender às necessidades do mercado.¹⁹

Enquanto isso, o neoliberalismo evolui com seu ideal de um direito ancilar ao modelo econômico. De acordo com Castelo, gera-se um “déficit social” e até mesmo econômico ao se considerar as relações de trabalho sob o aspecto da produtividade político-econômica.²⁰

Segundo o jurista, não há “interesse ou preocupação sobre a base social-ética em que se assentam as obrigações contratuais e as relações humanas”.²¹

Vivencia-se uma época de “desvalorização do trabalho” e, conseqüentemente, do obreiro; cresce o número de pessoas que trabalham informalmente no terceiro setor da economia e que são submetidas a condições análogas à de escravo.

Os postos de trabalho são “precários” e há cada vez mais trabalhadores laborando em subempregos, que não oferecem qualquer proteção jurídica e que, muitas vezes, representam clara ofensa aos princípios constitucionais do trabalho.

Em verdade, no que diz respeito aos princípios constitucionais do trabalho é de se ver que a matriz neoliberal tenta despi-los de seu real significado, sobrepondo o lucro e o valor econômico ao valor-trabalho, em detrimento do próprio ser humano.

Assim, princípios como o da justiça social e o da valorização do trabalho são lidos à luz da reserva do possível e relegados a segundo plano. O discurso neoliberal impõe a mentalidade de que o Poder Público só pode se ocupar de tais

¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 97.

¹⁹ NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização* - uma análise dos paradigmas e paradoxos do direito e do processo trabalhista. São Paulo: Atlas, 2001, p. 65.

²⁰ CASTELO, Jorge Pinheiro. As atuais perspectivas econômicas e tendências sobre a terceirização. *Revista LTr*. São Paulo, v. 67, n. 03, mar./2003, p. 295.

²¹ *Idem, ibidem*.

valores depois de cumprida toda a agenda econômica e garantida a ajuda e o financiamento às empresas, sob o discurso falacioso de que a proteção dos empreendimentos gera, por si só, a consequente proteção dos obreiros.

É possível afirmar que o princípio mais abalado, embora também seja o mais falado, constitui a base de qualquer Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, assevera-se que a ofensa a um princípio constitucional constitui a pior das inconstitucionalidades, pois desestrutura o ordenamento jurídico, ofendendo a própria democracia.²²

O ideário neoliberal pugna pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, olvidando-se intencionalmente de sua dimensão social. Sustenta que a proteção à dignidade do ser humano se dá pela garantia de sua integridade física e psíquica e pela afirmação dos seus direitos de personalidade. Não por acaso, desprezam o sentido de dignidade social da pessoa humana ao desconsiderar a responsabilidade do Estado pela inserção social do homem e, em especial, do trabalhador, como ser integrante da comunidade.

É de se ver que o Estado Neoliberal deturpa o propósito dos princípios constitucionais do trabalho, pretendendo anular anos de lutas e de avanço social. Pior, parece se esquecer de que é a pessoa humana o centro convergente de direitos no Estado Democrático de Direito. Aliás, corrompe o significado do próprio modelo estatal sobre o qual se erige a sociedade moderna, pois não há que se falar em democracia sem respeito aos seus princípios basilares.

Imprescindível registrar a existência de uma visão teórica que entende não ter o Estado de Bem-Estar Social sido efetivamente desconstituído. Teria havido, sim, a construção de uma forte hegemonia cultural apregoadora da falência do Estado de Bem-Estar Social e da consequente ascensão do Estado Neoliberal como único regime estatal possível.

Nesse sentido, edificou-se discurso hegemônico acerca da desconstrução do primado do trabalho e do emprego e da necessidade de não-intervenção estatal na economia. De acordo com Mauricio Godinho:

A construção desse tipo de diagnóstico e de tais previsões sombrias fundamenta-se em três eixos de argumentação, às vezes expostos de maneira combinada: as mudanças provocadas pela terceira revolução tecnológica do capitalismo; as mudanças vinculadas à recente reestruturação empresarial, quer no plano da descentralização do empreendimento capitalista, quer no plano das alterações nos métodos e sistemas de gestão das empresas e de sua força de trabalho; a acentuação da concorrência capitalista, inclusive e especialmente no quadro do mercado mundial.²³

Logo em seguida, o autor demonstra que tal cenário de supremacia do modelo neoliberal não merece prosperar, haja vista que se erigiu sob argumentos exacerbados da realidade social:

²² A ideia de que a ofensa a um princípio constitui a pior das inconstitucionalidades é de Celso Antônio Bandeira de Melo.

²³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego - entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. *Op cit.*, p. 118-119. Conforme recomendação anterior, confira, também, o capítulo 3 da referida obra.

A falácia desse tipo de argumentação - que atua muito mais como instrumento justificador e apoloético de certo tipo desastroso de gestão pública da sociedade e do sistema econômico, que se tornou dominante na virada dos séculos XX e XXI - torna-se mais evidente quando se examina o tipo de política pública, notadamente econômico-financeira, seguida pelos Estados Nacionais capitalistas no mesmo período considerado, e seus gravíssimos efeitos sobre os níveis de desenvolvimento econômico e de emprego nas economias e sociedades envolvidas.

O curioso é que, não obstante haja notável coincidência temporal entre o profundo desemprego vivenciado por inúmeros países do Ocidente e o implemento rigoroso por seus respectivos Estados de inexpugnável política econômico-financeira de natureza liberal-monetarista, tal diagnóstico hegemônico e suas previsões sombrias tendem a desconsiderar em suas análises a relevância deste fator político-conjuntural.²⁴

É de se ver que o Estado de Bem-Estar Social persiste nos dias atuais.

Não se fala aqui apenas de alguns países centrais do capitalismo, como os países nórdicos ou outras nações europeias, que admitem expressamente suas políticas públicas intervencionistas, bem como a manutenção do *status* de modelo estatal social. Compreende-se que não há nenhum registro significativo de país que adote apenas e tão-somente as medidas neoliberais propagadas.

Nem mesmo o maior expoente das ideias neoliberais, os Estados Unidos da América, pode ser denominado de verdadeiro Estado Neoliberal. O que se percebe naquele país é a exportação de receituários neoliberais e a imposição de sua adoção para os países sobre os quais exerce maior influência econômica e social. Isso porque a mais influente nação do mundo capitalista atual nega-se veementemente a aplicar em suas próprias fronteiras as políticas neoliberais que prega.

Apenas a título de ilustração, cabe lembrar a recente “crise imobiliária americana”, em 2008, quando o FED (Banco Central americano) injetou bilhões de dólares para salvar um banco de investimentos à beira da falência. Ora, não se pode afirmar que um país que, embora dissemine a ideia de não-intervenção radical do Estado no mercado, atue dessa maneira e seja considerado como modelo de Estado Neoliberal. O certo é que os americanos sempre mantiveram a adoção interna de medidas keynesianas, utilizando o receituário neoliberal como forma de dominação dos mercados externos.²⁵

²⁴ *Idem, ibidem.*

²⁵ A notícia refere-se à crise imobiliária americana que vem preocupando o mundo e provocando queda nas bolsas de valores de diversos países. No tocante ao banco, cuida-se do Bear Stearns, o quinto maior banco de investimentos dos EUA. O Federal Reserve (FED) possibilitou o acesso à sua linha de liquidez de emergência, através do banco JP Morgan. As instituições se comprometeram a emprestar recursos em montante indefinido, a fim de evitar maiores consequências nas bolsas americanas e mundiais, o que agravaria a crise americana. Logo após, o Bear Stearns foi comprado pelo JP Morgan por um valor muito inferior ao de mercado (a US\$2,00 por ação). As presentes notícias foram veiculadas em diversos veículos de comunicação, dentre eles: www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080315; www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro.

Em relação às economias europeias, o caráter intervencionista é ainda mais evidente, haja vista que mantém sem qualquer constrangimento as políticas adotadas no Estado de Bem-Estar Social. Não por acaso observa-se que tais países têm se mostrado menos voláteis à “crise americana” do que o resto do mundo.

Tal posição se deve ao fato de que:

[...] o grau de sucesso de inserção das economias no mundo globalizado tende a ser diretamente proporcional a seu distanciamento do ideário ultraliberal. Nesta linha, os países que preservaram seus EBES na Europa ocidental têm se mostrado extremamente competitivos e dinâmicos no enfrentamento da economia globalizada. Trata-se de economias razoavelmente abertas, com forte inserção internacional (altas taxas de importação e de exportação, alto grau de intercâmbio empresarial externo e interno) e notável capacidade de desenvolvimento tecnológico. Tudo isso alcançado com a reprodução dos mais pujantes indicadores de bem-estar social.²⁶

Sendo assim, os efeitos desastrosos da adoção das políticas neoliberais não atingem com a mesma intensidade os EUA - líder da economia capitalista, que usualmente observa “terapias intervencionistas keynesianas” - e as economias e sociedades europeias, em que o saldo da implementação de alguns ideais ultraliberais é significativamente atenuado, “em face do largo colchão de garantias de seguridade social advindas da fase anterior à década de 1970”. Não obstante, os resultados são catastróficos nos países de economia periférica, exatamente em razão da ausência de contrapontos mínimos de caráter keynesiano.²⁷

No Brasil, conforme será detalhado no item seguinte, não se pode afirmar a inexistência de mecanismos intervencionistas com vistas à promoção do bem-estar social. É de se ver que a Constituição de 1988 é, essencialmente, instigadora da matriz social, em detrimento do receituário neoliberal, pugnando pelo dever do Estado de reduzir as desigualdades sociais, proteger o emprego e valorizar o trabalho, além de constituir como um de seus objetivos a realização da justiça social. Talvez o que falte por aqui seja vontade política de implementar as medidas necessárias para a consolidação de um verdadeiro Estado Social. É nesse sentido e pautado no espírito social que se edifica o próximo tópico.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE SOCIAL DA PESSOA HUMANA PELO DIREITO DO TRABALHO

A Constituição da República Federativa do Brasil datada de 1988 elegeu como modelo estatal o Estado Democrático de Direito. Consolidou a proposta de que o Estado brasileiro tem como fundamento e finalidade o ser humano e, assim sendo, constrói-se sobre os valores do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana. Os primeiros artigos da Carta Magna deixam transparecer que

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007, p. 28-29.

²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego - entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. *Op cit.*, p. 83-84.

o objetivo primordial da República brasileira é assegurar o desenvolvimento social, mediante a erradicação das desigualdades e a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. Pugna ser dever do Estado a promoção do bem comum.

Sendo assim, infere-se que o Estado brasileiro é um “Estado Social”, pois pugna pelo afastamento do individualismo no Direito e do absolutismo no Poder.²⁸ Visa a garantir a igualdade substancial e a concretizar a dignidade da pessoa humana em ambas as suas dimensões: individual e social.

Nessa esteira, qualquer interpretação dada aos princípios constitucionais do trabalho em que prevaleça o valor-econômico sobre o valor-social atenta contra a essência do Estado Democrático de Direito. Por isso, entende-se que a adoção do receituário neoliberal impede a efetivação e a realização plena desse modelo estatal.

No Brasil, a fase de consolidação e restauração do Estado Democrático de Direito coincidiu com o levante neoliberal observado nos países capitalistas centrais. Ou seja, a fase de “crise e transição do Direito do Trabalho” vivenciada nesses a partir da década de 1970 surtiu efeitos deletérios no cenário brasileiro.

Dessa feita, foi somente ao final da década de 1980 e início da década de 1990 que os resultados nefastos da nova ideologia emergente de desconstrução do ramo justrabalhista fizeram-se sentir, fase que coincidiu exatamente com o período em que o país retomava o Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, impediram-se a generalização e a consolidação do Direito do Trabalho, o que obstou sua efetiva utilização como instrumento de concretização da justiça social. Além disso, atesta-se que inibiu a realização e materialização plena do próprio Estado Democrático de Direito.

Sobre a concretização dos direitos humanos fundamentais, dentre eles os sociais, afirma Bonavides:

Os direitos humanos nas bases de sua existencialidade primária são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada.²⁹

Declara o autor que o Brasil atravessa uma crise de inconstitucionalidade, pois aqui se formou a ideia de que basta colocar formalmente na Constituição uma norma jurídica para que os mecanismos existentes a concretizem. A perda do senso de proporção entre os fins programáticos e a eficácia das normas constitucionais gera inconstitucionalidade e, via de consequência, torna a solidificação dos direitos fundamentais praticamente impossível. Assim, determina a inxequibilidade da própria Constituição, haja vista que a aparta da realidade. A crise constitucional fere a essência do Estado, da nação e da sociedade.³⁰

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 371.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. *Op. cit.*, p. 384.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. *Op. cit.*, p. 389-390.

De acordo com Bonavides, a crise do constitucionalismo moderno é provocada pela tentativa de efetuar os fins do Estado Social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem. Assim, o problema atual é juridicizar o Estado Social, por meio da garantia e da realização dos direitos sociais básicos. Assevera ainda que a crise constitucional e a não efetivação dos direitos sociais representam a crise da própria sociedade brasileira, pois os direitos fundamentais sociais são a “espinha dorsal do Estado social brasileiro”.³¹

Ou seja, as principais questões que hoje se impõem são: “Como efetivar o Estado Social se a ideologia neoliberalista predominante embaraça a leitura e interpretação dos princípios constitucionais à luz dos valores sociais?” “Como concretizar a dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito que ainda não se solidificou em razão do pensamento único que se dissemina e rejeita a dimensão social desse princípio basilar da sociedade moderna?”

É o que se tenta responder aqui, demonstrando que - embora não seja o único meio, com certeza, é o mais eficaz - o Direito do Trabalho é capaz de realizar plenamente a dignidade da pessoa humana e, desse modo, materializar o Estado Democrático de Direito eleito pela Constituição brasileira.

O modelo neoliberal, que se tornou suposto “pensamento único” na atualidade, é embasado por meias verdades, a fim de fundamentar a crise do Direito Laboral e pregar o fim do primado do trabalho e do emprego.³²

Sobre o tema, é digno de nota o parecer de Mauricio Delgado, para quem:

[...] passadas pouco mais de duas décadas do início da crise do ramo juslaborativo, não se tornaram tão consistentes as catastróficas predições de uma sociedade sem trabalho. Não se tornaram também consistentes as alardeadas predições de uma sociedade capitalista com intensas relações laborativas subordinadas e pessoais, mas sem algo como o Direito do Trabalho. Houve, sem dúvida, uma acentuada desregulação, informalização e desorganização do mercado de trabalho, [...], porém sem que se criassem alternativas minimamente civilizadas de gestão trabalhista, em contraponto com o padrão juslaborativo clássico.

Na verdade, parece clara ainda a necessidade histórica de um segmento jurídico com as características essenciais do Direito do Trabalho. Parece inquestionável, em suma, que a existência de um sistema desigual de criação, circulação e apropriação de bens e riquezas, com um meio social fundado na diferenciação econômica entre seus componentes (como o capitalismo), mas que convive com a liberdade formal dos indivíduos e com o reconhecimento jurídico-cultural de um patamar mínimo para a convivência na realidade social (aspectos acentuados com a democracia), não pode desprezar ramo jurídico tão incrustado no âmago das relações sociais, como o justralhista.³³

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 373-374.

³² Sobre o assunto cf.: DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego - entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. Op. cit.

³³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 98-99.

Em outras palavras, o Direito do Trabalho é instrumento fundamental para a superação da crise e da desigualdade social vivenciadas atualmente.

De fato, a situação atual clama mudanças, mas não no sentido que vem sendo proposto, e até mesmo, imposto pela fala neoliberal de desconstrução do Direito do Trabalho e pelo fim do primado do trabalho e do emprego. A solução é exatamente contrária: o ramo justralhista precisa ser “maleável” e amplo como a fábrica. Mas, assim como ela não relega o lucro, o ramo trabalhista deve valorizar seus princípios basilares e reforçar a sua função teleológica.

O Direito do Trabalho deve refletir a realidade social de determinada época, pois só assim se edifica como ferramenta de consolidação da justiça social. Desse modo, o ramo justralhista deve descentralizar-se, com o intuito de abranger o maior número possível de trabalhadores excluídos, incorporando as novas técnicas e formas de contratação de mão-de-obra, possibilitando-lhes, assim, o usufruto real de seu manto protetivo.

O Brasil precisa, na atual conjuntura, estabelecer mecanismos que de fato garantam a generalização do ramo jurídico trabalhista e a materialização dos seus princípios e fundamentos, pois só assim se alcança a plena democracia. Isso porque não há que se falar em Estado Democrático sem um sistema econômico-social valorizador do trabalho e do próprio trabalhador.

Já se asseverou que o Direito do Trabalho é o instrumento mais eficaz de inclusão do homem na sociedade capitalista moderna. Também se estabeleceu que a dignidade social da pessoa humana diz respeito aos meios necessários para a afirmação do ser humano enquanto parte integrante da sociedade. É certo que tanto o Direito do Trabalho quanto a dignidade social da pessoa humana propugnam a afirmação de um patamar mínimo existencial abaixo do qual não se admite viver.

CONCLUSÃO

Sendo assim, pode-se concluir que a dignidade social da pessoa humana está intrinsecamente ligada à generalização do Direito do Trabalho.

Nessa esteira, afirma-se que, apenas através do trabalho em situações dignas, onde se assegura a segurança e o respeito ao ser humano, a pessoa torna-se capaz de se afirmar e de se realizar plenamente enquanto ser social. Além disso, aduz-se como obrigação primordial do Estado a concretização da dignidade da pessoa humana, mediante a efetivação dos Direitos Sociais e, dentre eles, em especial o Direito do Trabalho, sendo inadmissível a invocação da reserva do possível para legitimar qualquer descumprimento. A intervenção estatal, por meio do direito, e principalmente do ramo justralhista, constitui o óbice mais efetivo à exploração desregrada do trabalho humano. O desenvolvimento econômico, político e social devem caminhar juntos com o direito, sem se olvidar de que o epicentro normativo do Estado Democrático de Direito é a pessoa humana, considerada em sua dignidade plena.

Para a concretização da dignidade da pessoa humana é indispensável a valorização do trabalho, por meio da efetivação das normas trabalhistas, pois é o labor a peça fundamental de afirmação individual e social do ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana e, em especial, o seu aspecto social, ressaltado

pelo valor-trabalho, devem nortear toda a produção e aplicação normativa, a fim de garantir a interpretação das leis conforme a Constituição, afastando-se a interpretação da Carta Magna à luz das leis infraconstitucionais³⁴, o que deturpa todo o sentido do ordenamento jurídico.

Além disso, é também dever de todos respeitar e proteger a dignidade humana, própria e alheia, sendo vedado o tratamento desumano em qualquer situação. Não é plausível conceber que um ser humano possa subjugar seu semelhante a condições degradantes, seja no âmbito laboral, seja em qualquer outra seara.

Sendo assim, pode-se concluir que a concretização da dignidade social da pessoa humana está intrinsecamente ligada à generalização do Direito do Trabalho, destituindo, em primeiro lugar, as roupagens falaciosas de relações de trabalho que mascaram verdadeiras relações de emprego. Ademais, cabe ao legislador estabelecer a abrangência da competência do ramo justralhista a número cada vez maior de trabalhadores que não consigam, por si só, alcançar o mínimo existencial que a todos deve ser garantido.

Forçoso aduzir que o Brasil encontra-se compelido a firmar em primeiro plano a dignidade da pessoa humana em ambos os aspectos, sob pena de o Estado Democrático de Direito que se propõe não passar de mero “direito de papel”. E isso só será possível mediante a concretização dos direitos sociais por meio da afirmação do Direito do Trabalho, pois esse é o meio mais eficaz de concretização do substrato dos direitos humanos fundamentais: a dignidade humana.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Regina Lyra. Nova edição. 4ª tiragem, São Paulo: Campus/Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. As atuais perspectivas econômicas e tendências sobre a terceirização. *Revista LTr*. São Paulo, v. 67, n. 03, mar./2003.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.
- _____. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 29, n. 102, abril-junho de 2001, p. 85-117.
- _____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004.

³⁴ A ideia é de Cármen Lúcia Antunes Rocha.

- _____. *Capitalismo, trabalho e emprego - entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2007.
- DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - O direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*. São Paulo, v. 63, n. 07, jul./1999.

O ESPAÇO JUDICIAL EUROPEU: A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA PENAL E CIVIL*

Georgina Garriga**

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
- II. CONSTRUÇÃO DA COOPERAÇÃO JUDICIAL EUROPEIA À LUZ DOS TRATADOS CONSTITUTIVOS
- III. A COOPERAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL:
 - A. Estruturas orgânicas dedicadas à cooperação judiciária penal.
 - A.1 A Rede Judiciária Europeia (Rede Penal)
 - A.1.1 Composição e funções da Rede Penal
 - A.1.2 Funcionamento da Rede Penal
 - A.2 Eurojust
 - A.2.1 Objetivos e competências da Eurojust
 - A.2.2 Composição e funcionamento da Eurojust
 - A.3 A interação funcional entre a Rede Penal e a Eurojust
 - B. Normativa do Terceiro Pilar sobre cooperação judiciária penal
- IV. A COOPERAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA CIVIL:
 - A. A Rede Judiciária Europeia em matéria civil e mercantil
 - A.1 Objetivos da Rede Civil e Comercial
 - A.2 Composição da Rede Civil e Comercial
 - A.3 Funcionamento da Rede Civil e Comercial
 - B. Normativa comunitária sobre cooperação judiciária civil
- V. A COOPERAÇÃO JUDICIAL E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS: A COMPETÊNCIA PREJUDICIAL
- VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. INTRODUÇÃO

A última década foi testemunha da notável evolução e desenvolvimento que a cooperação judiciária civil e penal experimentou na União Europeia e que se pode sentir sobre diversos níveis de atuação. Uma análise pormenorizada deles significaria elaborar diversos trabalhos de pesquisa que, como é de se compreender, excede o propósito que nos concerne. Pelo exposto, a finalidade do presente trabalho não é outra além de oferecer um panorama relativo à cooperação judiciária penal e civil no âmbito europeu em que estiverem refletidos os seus traços mais destacáveis desde sua gênese até o momento atual da construção europeia.

* Artigo original em espanhol. Traduzido pelo servidor da Escola Judicial Dalton Ricoy Torres. Inserido no *site* da Escola Judicial (<http://www.trt3.jus.br/escola/estudos/artigos.htm>) em seu idioma original.

** Professora Doutora em Direito Internacional Privado da Universidade de Barcelona. O presente trabalho se enquadra na execução do projeto de pesquisa subvencionado pelo Ministério da Educação e Ciência sobre "A cooperação internacional de autoridades: no âmbito de família e de processo civil" (SEJ2005-06646/JURI).

Partindo de tais ideias, consideramos oportuno dividir este trabalho em seis tópicos: dessa forma, após a Introdução, o segundo tópico tem por objetivo identificar quais foram as origens comunitárias e, talvez, extracomunitárias da cooperação judiciária penal e civil. As duas partes seguintes se estruturam simetricamente, mas diferenciando-se em função da matéria de que tratam. Desse modo, a terceira parte aborda a cooperação judiciária penal começando pela apresentação das estruturas orgânicas que contribuem para reforçar e agilizar a referida cooperação para terminar na descrição das normas que facilitam a sua incumbência e cujo fim último consiste em implantar um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça. Nesse sentido, à cooperação judiciária civil dedicamos a quarta parte, destacando, em primeiro lugar, a estrutura orgânica por excelência dedicada à cooperação judiciária civil no âmbito europeu e, em segundo lugar, a normativa comunitária a respeito. Logo em seguida, referir-nos-emos à competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (N.T.: este é o termo usado nos textos portugueses para se referir àquela prejudicial que, a pedido dos tribunais dos Estados-membros, quando aplicam o Direito Comunitário, precisa ser decidida pelos órgãos jurisdicionais da União Europeia) como poder que garante a interpretação e aplicação uniforme da normativa comunitária e europeia. Concluiremos o trabalho com uma série de considerações finais.

II. CONSTRUÇÃO DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EUROPEIA À LUZ DOS TRATADOS CONSTITUTIVOS¹

O artigo 2º do Tratado da União Europeia² (doravante TUE) estabelece dentre os objetivos que a União Europeia deve perseguir o de “manter e desenvolver a União como um espaço de liberdade, segurança e justiça em que seja garantida a livre circulação de pessoas, bem como medidas adequadas a respeito do controle

¹ Sobre a evolução da cooperação judiciária em matéria civil e comercial, vide, dentre outros: A. BORRÁS, “*La cooperación judicial en materia civil en el Tratado de Maastricht*”, *Perspectivas jurídicas actuales, Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, Editora Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1995, p. 387-395; A. BORRÁS, “*Il Titolo IV del Trattato dell’Unione Europea*”, *La cooperazione giudiziaria nell’Europa dei cittadini. Situazione esistente prospettive di sviluppo (Speciale documenti giustizia - 1, 1996)*, p. 260-272; N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “*Aceleración de la justicia civil en la Unión Europea*”, *Mecanismos de Cooperación Judicial Internacional*, 2006, p. 15-18; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “*La cooperación judicial internacional en materia civil*”, *Cooperación jurídica internacional*, Edição a cargo de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, J.R. REMACHA y TEJADA, Coleção Escuela Diplomática, 2001, n. 5, p. 47-58.

O desenvolvimento da cooperação judiciária penal pode-se consultar, dentre outros muitos, in M. MURILLO y GARCÍA-ATANCE, “*La cooperación jurídica internacional*”, *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p. 359-449; *La coopération en matière pénale au sein de l’Union Européenne*, EU - Copen Training Programme, 2007, p. 7-31; J.A. ZARAGOZA AGUADO, “*Nuevos instrumentos de cooperación judicial: la orden europea de detención*”, *Mecanismos de Cooperación Judicial Internacional*, 2006, p. 87-92; A.M. LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 21-44.

de fronteiras externas, asilo, imigração e prevenção e luta contra a delinquência”.³ Nesse espaço de liberdade, segurança e justiça convergem, de um lado, a cooperação judiciária em matéria civil e, de outro, a cooperação policial e judiciária em matéria penal. Pois bem, se o referido espaço se apresenta como o nexo de união de tais campos, ao contrário a sua colocação no contexto da União Europeia é díspar. Desse modo, enquanto a cooperação judiciária civil se localiza no âmbito ou pilar comunitário (primeiro pilar da União Europeia), a cooperação judiciária penal faz parte do chamado terceiro pilar da UE de natureza intergovernamental. Todavia, nos últimos tempos, certos autores não têm duvidado em qualificar a cooperação policial e judiciária em matéria penal como um âmbito de atuação híbrido a meio caminho entre o ordenamento comunitário e a cooperação propriamente intergovernamental.⁴

Em consequência, tomando o espaço de liberdade, segurança e justiça como ponto de partida e nexo de união entre a cooperação judiciária civil e a penal, esta parte do trabalho tem como finalidade levar a cabo uma revisão da construção europeia, da cooperação judiciária europeia nas suas esferas civil e penal à luz dos Tratados Constitutivos da União Europeia e da Comunidade Europeia (doravante CE). Para esse fim, partiremos da sua gênese em 1957, seguindo os marcos mais destacáveis até o momento. Por último, centraremos brevemente a nossa atenção no futuro.

Retrocedendo o olhar para o processo de convergência europeia, percebemos que, no início, o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, assinado em Roma em 25 de março de 1957, não previa a competência da

² Versão consolidada publicada no *Diário Oficial da União Europeia* C 325, de 24 de dezembro de 2002.

Deve-se ter em conta que, em 13 de dezembro de 2007, foi adotado o Tratado de Lisboa pelo qual se modificam o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, de 13 de dezembro de 2007 (*Diário Oficial da União Europeia* C 306, de 17 de dezembro de 2007). Em conformidade com a nova redação do artigo 2º do Tratado da União Europeia, a União Europeia “oferecerá aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que esteja garantida a livre circulação de pessoas, bem como medidas adequadas em matéria de controle das fronteiras externas, asilo, imigração e de prevenção e luta contra a delinquência”.

Pois bem, foi o Tratado de Amsterdã que, pela primeira vez, introduziu, dentre os objetivos que a União Europeia devia perseguir, o de manter e desenvolver a União como um espaço de liberdade, segurança e justiça. O Tratado de Amsterdã foi adotado em 2 de outubro de 1997 e publicado no *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 340, de 10 de novembro de 1997.

³ Sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça, vide, em caráter geral: A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madri, Tecnos, 3ª ed., 2002, reimpressão em 2003, p. 683-707; A. VALLE, “*La refundición de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio de libertad, seguridad y justicia*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, n. 3, p. 41-78.

⁴ Sobre essa questão vide: J. SANTOS VARA, “*La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las decisiones marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar. Comentario a la Sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, asunto Pupino*”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 8, outubro 2005, p. 3; A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 697.

Comunidade Europeia referente ao campo da cooperação judiciária, já que os seus objetivos se centravam fundamentalmente em campos estritamente econômicos. Tão-somente o então artigo 220 do TCEE (atual artigo 293 do CE) estabelecia a competência dos Estados-membros “para entabular negociações a fim de assegurar a seus nacionais, dentre outras vantagens, a simplificação das formalidades de reconhecimento e de execução das decisões judiciais e dos laudos arbitrais”. De acordo com essa base jurídica, os Estados-membros apenas estavam habilitados para celebrar convenções internacionais e, de acordo com ela, os Estados-membros adotaram a Convenção de Bruxelas sobre competência judicial e reconhecimento de decisões judiciais em matéria civil e comercial, de 27 de setembro de 1968.⁵ Desse modo, com base no mencionado artigo 220 do TCEE, adotaram a Convenção relativa aos processos de insolvência (N.T.: note-se que, em espanhol, não se faz a diferença entre insolvência e falência), de 23 de novembro de 1995 sem que chegasse a entrar em vigor.

Today, foi só no início da década de noventa que um Tratado Fundacional das Comunidades Europeias previu, de maneira expressa, as políticas de cooperação judiciária em matéria civil e de cooperação policial e judiciária em matéria penal. Nesse sentido, o Tratado de Maastricht⁶, cuja entrada em vigor se deu em 1º de novembro de 1993, significou um marco fundamental no processo de convergência europeia; porque criou a União Europeia fundada, por um lado, sobre as Comunidades Europeias (chamado de pilar comunitário)⁷ e, por outro, os outros dois pilares de natureza intergovernamental, quais sejam a Política Externa e de Segurança comum (segundo pilar, Título V do TUE) e a Cooperação em Matéria de Justiça e de Assuntos Internos (JAI) (terceiro pilar, Título VI do TUE). Estes dois últimos pilares perseguem também os objetivos da União (enumerados no Título I

⁵ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 27 de 26 de janeiro de 1998.

O Regulamento n. 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judicial, o reconhecimento e a execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial veio substituir a referida Convenção de Bruxelas nas relações entre todos os Estados-membros, exceto a Dinamarca, de modo que, a respeito desta, a citada Convenção de Bruxelas continuou em vigor. Pois bem, a Comunidade Europeia e a Dinamarca adotaram, em 19 de outubro de 2005, o Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Dinamarca relativo à competência judicial, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial para efeito de estender a aplicação das disposições do Regulamento n. 44/2001 e as suas normas de aplicação nas relações entre a Comunidade Europeia e a Dinamarca (*Diário Oficial da União Europeia* L 299 de 16 de novembro de 2005). De acordo com a Informação relativa à data de entrada em vigor do Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Dinamarca relativo à competência judicial, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial (*Diário Oficial da União Europeia* L 94 de 4 de abril de 2007), o referido acordo entrou em vigor em 1º de julho de 2007.

⁶ Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, publicado no *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 224 de 31 de agosto de 1992.

⁷ O primeiro pilar ou pilar comunitário é constituído pela Comunidade Europeia e pela Comunidade de Energia Atômica (25.03.1957). Anteriormente, o primeiro pilar integrava também a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (18.04.1951), mas o seu prazo de vigência expirou em 27 de julho de 2002.

do TUE); embora, para isso, não utilizem instrumentos de integração, mas de cooperação intergovernamental, razão pela qual estão à margem do sistema jurídico próprio das Comunidades Europeias, ou seja, à margem do Direito Comunitário, embora participem parcialmente do sistema institucional.⁸ E, nesse novo terceiro pilar, instaurado pelo Tratado de Maastricht, achavam-se a cooperação judiciária civil e penal.

Nesse contexto normativo, depois de o Tratado da União Europeia indicar, no seu artigo B como um de seus objetivos o de “desenvolver uma cooperação estreita no âmbito da justiça e de assuntos internos”, em seguida, o então artigo K do TUE enunciava expressamente a competência dos Estados-membros na seara da “cooperação judiciária em matéria civil” (artigo K.1, 6 do TUE) e da “cooperação judiciária em matéria penal” (artigo K.1, 7 do TUE). Competência que, na sua vertente civil, poder-se-ia implementar por iniciativa de um Estado-membro ou da Comissão e, na sua vertente penal, exercer-se-ia por iniciativa de qualquer Estado-membro e que, em todo caso, culminaria com a celebração de convenções aprovadas pelo Conselho, que deveriam finalmente ser adotadas pelos Estados-membros em conformidade com as suas respectivas normas constitucionais (artigo K.3 do TUE).⁹

O citado artigo K.3 do TUE foi a base jurídica de várias convenções internacionais que poderíamos classificar em função do âmbito de cooperação judiciária a que pertencem. Assim, no que se refere à cooperação judiciária em matéria civil, tiveram, como base jurídica, o referido artigo K.3 do TUE: a) a Convenção sobre transmissão e intimação de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial de 26 de maio de 1997 e b) a convenção relativa à competência judicial, o reconhecimento e a execução de decisões judiciais em matéria matrimonial, de 28 de maio de 1998, porém sem nenhum deles chegar a entrar em vigor.

Em relação à cooperação judiciária penal, com base no artigo K.3 do TUE, foram adotadas: a) a Convenção relativa à luta contra atos de corrupção em que estiverem implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia, de 26 de maio de 1997¹⁰; b) a convenção sobre decisões de privação do direito de dirigir, de 17 de junho de 1988, e c) a convenção entre os Estados-membros da Comunidade Europeia sobre a execução das condenações penais estrangeiras, de 13 de novembro de 1991. As duas últimas convenções não chegaram a entrar em vigor.

Do mesmo modo, o citado artigo K.3 do TUE foi também a base jurídica da Ação Comum do Conselho 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, para a criação de um marco de intercâmbio de magistrados de ligação (N.T.: conforme comunicação com a autora, esta é a tradução correta para “magistrado de enlace”, ou seja, “é aquele funcionário - juiz, magistrado ou promotor - que uma nação envia a outra,

⁸ A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 62.

⁹ J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “*La cooperación judicial internacional en materia civil*”, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰ *Boletim Oficial do Estado*, de 28 de março de 2006. Não obstante, a sua entrada em vigor ocorreu em 28 de setembro de 2005.

na qual exercerá as suas funções - com base em acordos internacionais - de auxílio para seu país para fins de agilizar a cooperação internacional. Entretanto, a sua presença não substitui a carta rogatória, mas serve para assegurar a sua correta e mais rápida tramitação” - palavras da própria autora) que permita melhorar a cooperação judiciária entre os Estados-membros da União Europeia¹¹ aplicável aos dois campos substantivos da cooperação judiciária.

Paralelamente, mas à margem da União Europeia, a Bélgica, a França, a Holanda, Luxemburgo e a República Federal da Alemanha¹² adotaram o Acordo de Schengen relativo à supressão gradual dos controles nas fronteiras comuns, de 14 de junho de 1985.¹³ O referido acordo foi complementado pela Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 19 de junho de 1990.¹⁴ A finalidade de ambos os acordos consistia, em primeiro lugar, em suprimir os controles nas fronteiras internas do citado espaço Schengen, para o qual se fazia necessário adotar medidas de cooperação judiciária internacional que permitissem paliar os riscos que a supressão de referidos controles pudesse implicar e, em segundo lugar, harmonizar medidas em matéria de vistos e asilo.

O passo seguinte, no contexto que nos interessa, foi a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã¹⁵ em 1º de maio de 1999. Esse Tratado introduziu como objetivo da União Europeia, como ressaltamos, o de “manter e desenvolver a União como um espaço de liberdade, segurança e justiça, no qual esteja garantida a livre circulação de pessoas, bem como medidas adequadas a respeito do controle das fronteiras externas, asilo, imigração e prevenção e luta contra a delinquência”. Nesse sentido, no que se refere à cooperação judiciária civil e penal, esse Tratado trouxe consigo uma reestruturação dos pilares sobre os quais a União Europeia se edifica. Assim, a partir de sua perspectiva civil, o Tratado de Amsterdã levou a cabo aquela que se convencionou denominar de “comunitarização” do Direito

¹¹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 105 de 27 de abril de 1996. A sua entrada em vigor ocorreu em 27 de abril de 1996. A partir da perspectiva do ordenamento jurídico espanhol, a disposição adicional primeira da Lei 16/2006, de 26 de maio, na qual se regulamenta o Estatuto do Membro Nacional da Eurojust e as relações com este órgão da União Europeia (*Boletim Oficial do Estado* 126 de 27 de maio de 2006), veio revogar a regulamentação que, dos magistrados de ligação, estabelecera a Lei 66/1997 de 30 de dezembro, de medidas fiscais, administrativas e de ordem social.

¹² Posteriormente, uniram-se ao Acordo de Schengen e à sua Convenção de Aplicação: a Itália (1990); a Espanha e Portugal (1991); a Grécia (1992); a Áustria (1995); a Dinamarca, a Finlândia e a Suécia (1996). Inclusive, em 1996, juntaram-se a Islândia e a Noruega, que não eram Estados-membros da União Europeia. Por outro lado, tanto a Irlanda como o Reino Unido ficaram de fora do acordo, uma vez que ainda não o aprovaram. Todavia, ambos os Estados têm a possibilidade de “*opt in*” em relação a algumas ou todas as normas do acervo Schengen (N.T.: acervo é como, na UE, está-se chamando a base comum de direitos e obrigações que vinculam todos os seus Estados-Membros). Sobre isso, vide: *La coopération en matière pénale au sein de l’Union Européenne*, EU - Copen Training Programme, 2007, p. 22-26.

¹³ Sua entrada em vigor se deu em 2 de março de 1986.

¹⁴ Sua entrada em vigor se deu em 26 de março de 1995.

¹⁵ Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997 (*Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 340, de 10 de novembro de 1997).

Internacional Privado¹⁶, uma vez que atribuiu à Comunidade, de maneira expressa, competência para “adotar medidas no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil, em conformidade com o artigo 65” (artigo 61, c, do CE)¹⁷ com a finalidade de atingir um espaço de liberdade, de segurança e de justiça.¹⁸ Desse modo, o campo da cooperação judiciária em matéria civil que, até esse momento, assentara-se sobre a cooperação intergovernamental, passou a fazer parte do catálogo das

¹⁶ A bibliografia dedicada à comunitarização do Direito Internacional Privado é vastíssima, tomem-se, como exemplos, os seguintes: J. BASEDOW, “*The communitarization of the conflicts of laws under the Treaty of Amsterdam*”, *Common Market Law Review*, Junho de 2000, v. 37, n. 3, p. 687-708; J. BASEDOW, “*European conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*”, *International conflict of laws for the Third Millennium, Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, editado por Patrick J. Borchers e Joachim Zekoll, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, Nova Iorque, 2001, p. 175-192; A. BORRÁS, “*Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999-2, v. LI, p. 383-426; A. BORRÁS, “*La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro*”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, p. 285-318; A. BORRÁS, “*La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema*”, *Revista Jurídica Española LA LEY*, 2002, v. 5, p. 1657-1667; A. BORRÁS, “*Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir*”, *Recueil des Cours*, 2005, tomo 317, p. 421-466; M. GARDEÑES SANTIAGO, “*El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, v. 11, ano 6, p. 231-249; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “*La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam*”, *Revista General del Derecho*, maio de 1998, n. 644, p. 5847-5862; Ch. KOHLER, “*Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam*”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, n. 1, p. 1-30; Ch. KOHLER, “*Le Droit international privé européen après le Traité d’Amsterdam*”, *Divenire sociale e adeguamento del Diritto, Studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè Editore, Milão, 1999, p. 191-217; S. LEIBLE, A. STAUDINGER, “*El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, p. 89-115; P.A. MIGUELASENSIO, “*El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado*”, *Revista Jurídica Española LA LEY*, 1998, v. 2, p. 1907-1909; P.A. MIGUELASENSIO, “*La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998-1, v. L, p. 373-376; F. POCAR, “*La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una ‘european conflict of laws revolution’?*”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2000, n. 4, p. 873-884.

¹⁷ Leve-se em conta que a competência comunitária no campo da cooperação judiciária em matéria civil é delimitada pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo 5º do CE). O primeiro deles significa que o poder legislativo que adotar as normas deve ser aquele que mais perto dos cidadãos estiver. Nesse sentido, corresponde, em primeiro lugar, aos Estados-membros adotar as medidas dirigidas a regulamentar as relações entre indivíduos. Na sua falta, a Comunidade deverá assumir essa função. Portanto a intervenção institucional está submetida a um teste de eficácia, já que a Comunidade só poderá exercer a sua competência normativa quando esta for mais eficaz do que a atuação estatal para atingir o fim comunitário previsto. Por outro lado, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, “Nenhuma ação da Comunidade excederá o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado.”

¹⁸ A respeito disso, vide o artigo 2º do TUE e o que dissemos no começo do presente tópico.

chamadas competências compartilhadas entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros mediante a transferência dessa matéria do Título VI do TUE (terceiro pilar da União Europeia) para o Título IV do CE (primeiro pilar da União Europeia), que tem como título “Vistos, asilo, imigração e outras políticas relacionadas à livre circulação de pessoas”.

Isso teve como resultados, dentre outros, certas convenções internacionais celebradas anteriormente entre os Estados-membros serem transformadas em instrumentos de integração comunitária como ocorreu, por exemplo, com a Convenção de Bruxelas sobre competência judicial e reconhecimento de decisões judiciais em matéria civil e comercial, de 27 de setembro de 1968; a Convenção relativa aos Processos de Insolvência, de 23 de novembro de 1995; a Convenção sobre Transmissão e Intimação de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial, de 26 de maio de 1997, e, por último, a Convenção relativa à competência judicial, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria matrimonial, de 28 de maio de 1998. Após a comunitarização do Direito Internacional Privado, todos eles adotaram a forma de regulamentos comunitários adotada pelo Conselho, transformando-se respectivamente no Regulamento n. 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judicial, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial¹⁹; o Regulamento n. 1346/2000 do Conselho, de 20 de maio de 2000, sobre processos de insolvência²⁰; o Regulamento n. 1348/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo à intimação e à transmissão dentro de Estados-membros de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial²¹ e o Regulamento n. 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria matrimonial e de responsabilidade parental no qual se revoga o anterior Regulamento n. 1347/2000.²²

De resto, o Tratado de Amsterdã manteve a base jurídica constituída pelo anterior artigo 220 do TCEE que, em consequência da renumeração provocada pelo Tratado, passou a ser o artigo 293 do CE.

Por conseguinte, tendo-se desmarcado a cooperação judiciária civil do terceiro pilar, este passou a incluir apenas, como o seu título indica, a “Cooperação policial e judiciária em matéria penal” que manteve a sua natureza intergovernamental com a possibilidade de, se assim o acordarem as instituições comunitárias, essa matéria poder passar a formar parte do primeiro pilar comunitário (artigo 42 do TUE).²³

¹⁹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 12 de 16 de janeiro de 2001 e suas posteriores modificações.

²⁰ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 160 de 30 de junho de 2000.

²¹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 160 de 30 de junho de 2000.

²² *Diário Oficial da União Europeia* L 338 de 23 de dezembro de 2003.

²³ Com base no artigo 42 do TUE: “O Conselho poderá decidir unanimemente, por iniciativa da Comissão ou de um Estado-membro, ante consulta ao Parlamento Europeu, que as ações nos âmbitos contemplados no artigo 29 sejam incluídas no título IV do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, determinando as condições de votação que lhe corresponderem. O Conselho recomendará a adoção dessa decisão por parte dos Estados-membros em conformidade com as suas respectivas normas constitucionais”.

Por outro lado, as modificações do Tratado de Amsterdã também atingiram o acervo Schengen que, recordemos, até esse momento permanecera à margem do âmbito europeu. Nesse sentido, mediante o Protocolo pelo qual se integra o acervo Schengen, no âmbito da União Europeia²⁴, ao Tratado de Amsterdã, uma parte do acervo Schengen foi integrada ao âmbito europeu²⁵ e foi distribuída, em função da matéria, entre o primeiro e o terceiro pilar. Para tais efeitos, o Conselho adotou a decisão 1999/436/CE do Conselho, de 20 de maio de 1999, no qual se determina, em conformidade com as disposições pertinentes do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, a base jurídica de cada uma das disposições ou decisões que constituem o acervo Schengen.²⁶

Por último, o Tratado de Amsterdã ofereceu a possibilidade, aos Estados-membros interessados, de estreitarem seus vínculos de integração jurídica, de criarem uma cooperação reforçada nesse campo.

Enfim, o Tratado de Amsterdã implantou os alicerces sobre os quais o sistema atual repousa. Pouco tempo depois o chamado “Plano de Ação de Viena do Conselho e da Comissão, de 3 de dezembro de 1998, sobre a melhor maneira de aplicar as disposições do Tratado de Amsterdã relativas à criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça”²⁷ estabeleceu “os objetivos prioritários para os próximos cinco anos e um calendário de medidas necessárias para a realização desse espaço de liberdade, segurança e justiça previsto pelo Tratado de Amsterdã”.²⁸ Em seguida, o Conselho de Chefes de Estado e de Governo reunidos em Tampere (15 e 16 de outubro de 1999) acordou uma série de conclusões para a implementação do referido espaço europeu. Dentre as quais, caberia destacar, por um lado, a proclamação do princípio do reconhecimento mútuo como a “pedra angular da cooperação judiciária em matéria civil e penal na União”²⁹ e, por outro, a solicitação, ao Conselho, de levar a cabo a criação da Eurojust.³⁰

²⁴ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 340 de 10 de novembro de 1997.

²⁵ Os artigos 4º e 5º do protocolo estabelecem o regime particular que envolve a Irlanda e o Reino Unido, caracterizado pelo “*opt in*”, em virtude do qual qualquer desses dois Estados “poderá solicitar, a qualquer momento, participar de alguma ou de todas as disposições desse acervo” (artigo 4º do protocolo).

²⁶ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 176 de 10 de julho de 1999. Desse modo, deve-se levar em conta a decisão 1999/435/CE do Conselho, de 20 de maio de 1999, sobre a definição do Acordo de Schengen para efeito de determinar, em conformidade com as disposições pertinentes do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, a base jurídica de cada uma das disposições ou decisões que constituem esse acervo (*Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 176 de 10 de julho de 1999).

²⁷ *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, C 19 de 23 de janeiro de 1999.

²⁸ Vide a primeira parte do “Plano de Ação de Viena do Conselho e da Comissão, de 3 de dezembro de 1998, sobre a melhor maneira de aplicar as disposições do Tratado de Amsterdã relativas à criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça”.

²⁹ § 33 das *Conclusões da Presidência*, Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999.

³⁰ § 46 das *Conclusões da Presidência*, Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999.

Após a expiração do programa de Tampere, o Conselho Europeu de Bruxelas, celebrado nos dias 4 e 5 de novembro de 2004, adotou o “Programa de Haia” com o fim de continuar o trabalho iniciado pelo programa que o precedeu e consolidar o espaço de liberdade, segurança e justiça.³¹ Nesse Conselho Europeu, foi passado à Comissão o encargo de adotar um Plano de Ação no qual figurassem propostas de ações concretas para consolidar a liberdade e reforçar a segurança e a justiça na União Europeia. Tudo isso acompanhado de um calendário para a adoção e aplicação das referidas propostas. Tendo assumido esse encargo, o Conselho e a Comissão adotaram o “Plano de Ação do Conselho e da Comissão no qual se aplica o Programa de Haia de fortalecimento da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia”.³²

A última modificação dos tratados fundacionais se deu mediante o Tratado de Nice de 26 de fevereiro de 2001³³ cuja entrada em vigor ocorreu em 1º de fevereiro de 2003. Pois bem, diferentemente de seus antecessores, esse tratado introduziu poucas alterações no âmbito europeu e, em particular, no contexto da cooperação judiciária civil e penal e da cooperação policial. Dentre elas poderiam destacar-se, de um lado, a ampliação do processo de codecisão nas matérias compreendidas no Título IV do Tratado da CE, salvo algumas exceções (artigo 251 da CE)³⁴ e, por outro, a inclusão da referência expressa à Eurojust no artigo 31 do TUE.

Como conclusão do que acabamos de expor, por um lado, a cooperação judiciária em matéria civil está integrada ao primeiro pilar comunitário e, por outro, a cooperação policial e judiciária em matéria penal constitui-se no âmbito próprio do terceiro pilar intergovernamental. Essa diferença relativa à competência de tais políticas é a causa de os instrumentos normativos que desenvolvem ambas as áreas serem de natureza diversa. Enquanto as instituições comunitárias adotam instrumentos de integração para desenvolver a cooperação judiciária em matéria civil (regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres), nesse sentido, o desenvolvimento normativo da cooperação judiciária, em matéria penal, realiza-se mediante a adoção de decisões-quadro (N.T.: termo utilizado na jurisprudência portuguesa para “decisión marco”), decisões, posturas comuns e normas convencionais.

³¹ O Programa de Haia: Consolidação da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia inclui-se como anexo às *Conclusões da Presidência*, do Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de novembro de 2004.

³² *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, C 198 de 12 de agosto de 2005.

³³ *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, C 80, de 10 de março de 2001.

³⁴ Em relação à área de cooperação judiciária em matéria civil, o Tratado de Nice modificou o processo de adoção de normas de Direito Derivado pelo Conselho, ao acrescentar o § 5º ao artigo 67 do CE, em virtude do qual assentou o processo de codecisão (artigo 251 do CE) para a adoção de normas no âmbito do Direito Internacional Privado, exceto no Direito de Família, no qual a unanimidade se consolidou. Acerca disso, vide, dentre outros: J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “*Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé*”, *Recueil des Cours*, 2000, tomo 287, p. 130; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “*Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, n. 10, p. 647; A. BORRÁS, “*Efectos respecto a terceros del ejercicio de competencia por la Comunidad Europea en el ámbito del Derecho internacional privado*”, *Revista Jurídica de la Universidad de La Laguna. Homenaje al Prof. Antonio Pérez Voituriez*, 2001, v. 1, p. 114.

Pois bem, recentemente três acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (doravante TJCE) aprimoraram as diferenças entre o primeiro e o terceiro pilar da União Europeia, procedendo a uma certa aproximação entre eles no que se refere a questões pontuais. Referimo-nos ao acórdão do caso Maria Pupino, de 16 de junho de 2005 (processo n. C-105/03), ao acórdão do caso Comissão/Conselho, de 13 de setembro de 2005 (processo n. C-176/03) e ao acórdão do caso Comissão/Conselho, de 23 de outubro de 2007 (processo n. C-440/05). O primeiro deles aborda a extensão dos princípios de cooperação leal e de interpretação conforme o contexto do terceiro pilar no sentido de analisar a aplicação desses princípios à Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima no processo penal. Com isso, a equiparação entre diretivas comunitárias e decisões-quadro aumenta.³⁵ Por outro lado, o acórdão do caso Comissão/Conselho lança a questão da competência da Comunidade Europeia em matéria de Direito Penal.³⁶ Nesse sentido, o Tribunal de Luxemburgo, depois de afirmar que “a Comunidade não é competente em matéria de Direito Penal nem em matéria de Direito Processual Penal”³⁷, acrescenta que isso “não é óbice para o legislador comunitário adotar medidas relacionadas ao Direito Penal dos Estados-membros que achar necessárias para garantir a plena efetividade das normas que prolatar em matéria de proteção meio ambiental; quando a aplicação, por parte das autoridades nacionais competentes para sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasivas, constituir-se numa medida indispensável para combater os graves atentados contra o meio ambiente”.³⁸ Pois bem, se o acórdão do TJCE se cinge ao âmbito meio ambiental, a Comissão adotou o Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre as consequências do acórdão do Tribunal de 13/09/2005 prolatado no processo C-176/03 (Comissão contra o Conselho)³⁹ em que estende a referida decisão a outras políticas comuns e às liberdades comunitárias. Por último, na linha do acórdão do caso Comissão/Conselho, de 13 de setembro de 2005, caberia

³⁵ Comentaram o acórdão do caso Maria Pupino, dentre muitos: J. SANTOS VARA, *op. cit.*, p.23.; D. SARMIENTO, “*Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto de las decisiones marco*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, n. 10, p. 32; A. SANTAMARÍA DACAL, “*Dos ejemplos de ‘comunitarización’ del tercer pilar*”, *Noticias de la Unión Europea*, junho 2007, n. 257, p. 120-121; J.F. CASTILLO GARCÍA, “*La comunitarización del tercer pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo*”, *Revista General de Derecho Europeo*, outubro 2006, n. 11, p. 7-9.

³⁶ Comentando o acórdão do caso Comissão/Conselho, vide, dentre outros: M. CAMPINS ERITJA, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, n. 1, p. 276-281; A. CEBADA ROMERO, “*La competencia penal de la CE en materia de protección del medio ambiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de septiembre de 2005, C-176/03, Comisión/Consejo*”, *Revista General de Derecho Europeo*, fevereiro 2006, n. 9, p. 19; C. HAGUENAU-MOIZARD, “*Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, n. 2, p. 369-389; A. SANTAMARÍA DACAL, *op. cit.*, p. 121-123; J.F. CASTILLO GARCÍA, *op. cit.*, p. 23-31.

³⁷ § 47, ATJCE (N.T. acórdão do TJCE, pois no original é STJCE, i.e., “sentencia”) de 13 de setembro de 2005, caso Comissão/Conselho, processo C-176/03.

³⁸ § 48, ATJCE, de 13 de setembro de 2005, Comissão/Conselho, processo C-176/03.

³⁹ COM(2005) 583 final.

destacar o último dos acórdãos enumerados, o caso Comissão/Conselho, de 23 de outubro de 2007, prolatado também em matéria meio ambiental.

Em suma, a interpretação desenvolvida pelo Tribunal de Luxemburgo nos dois citados acórdãos conduziu a doutrina a propugnar a aproximação entre o primeiro e o terceiro pilar da União Europeia.⁴⁰

Por outro lado, após a infrutífera implantação do tratado no qual se estabelece uma Constituição para a Europa, de 30 de setembro de 2003⁴¹, o futuro nos concedeu a adoção do Tratado de Lisboa no qual são modificados o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, de 13 de dezembro de 2007⁴² (doravante Tratado de Lisboa). Nesse sentido, esse novo Tratado de Lisboa estabelece que “A União se fundamenta no presente Tratado e no Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante denominados “os Tratados”). Ambos os tratados têm o mesmo valor jurídico. A União substituirá e sucederá a Comunidade Europeia” (artigo 1.3 do TUE). O referido tratado suprime a estrutura da UE edificada sobre três pilares, de modo que a cooperação judiciária em matéria penal e em matéria civil acaba convergindo para o sistema comunitário. Ambas as matérias estão contidas no título IV do Tratado de Funcionamento da União Europeia (atual Tratado da CE) de nova denominação “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”. A disposição que encabeça esse título proclama a competência da União Europeia sobre cooperação judiciária penal e civil (artigo 61, §§ 3º e 4º respectivamente) para, em seguida, passar para a sua regulamentação em diferentes capítulos. Desse modo, enquanto o capítulo 3º é dedicado à cooperação judiciária em matéria civil, o capítulo 4º se ocupa da cooperação judiciária em matéria penal.⁴³

⁴⁰ Em relação a essa questão, vide quaisquer dos comentários citados nas notas acima 35 e 36.

⁴¹ *Diário Oficial da União Europeia*, C 310, de 16 de dezembro de 2004. O Tratado no qual se estabelecia uma Constituição para a Europa, de 30 de setembro de 2003, também contemplava a modificação da estrutura da União Europeia mediante a supressão dos três pilares, reagrupando a cooperação judiciária em matéria civil e penal, bem como a cooperação penal, no seio da União Europeia (artigos III-269 a III-277).

⁴² *Diário Oficial da União Europeia*, C 306, de 17 de dezembro de 2007.

⁴³ No entanto, a natureza da cooperação judiciária penal foi levada em conta no Tratado de Lisboa, já que, conforme o seu artigo 69, B § 3: “Quando um membro do Conselho considerar que um projeto de diretiva contemplado nos §§ 1º ou 2º afeta aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal, poderá solicitar que o projeto (N.T.: termo usado na tradução portuguesa do Tratado) seja remetido ao Conselho Europeu, caso em que ficará suspenso o processo legislativo ordinário. Ante a deliberação e, no caso de se atingir consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a partir da suspensão, devolverá o projeto ao Conselho, pondo fim, com isso, à suspensão do processo legislativo ordinário.

Se não houver acordo dentro desse mesmo prazo e, pelo menos, se nove Estados-membros quiserem estabelecer uma cooperação reforçada com base no projeto de diretiva de que se tratar, comunicá-lo-ão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão. Nesse caso, a autorização para iniciar a cooperação reforçada a que se referem o § 2º do artigo 10 do Tratado da União Europeia e o § 1º do artigo 280, D, do presente Tratado, considerar-se-á concedida e aplicar-se-ão as disposições relativas à cooperação reforçada”.

Nesse sentido, o capítulo 5º do Tratado de Funcionamento da União Europeia regulamenta a cooperação policial.

III. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL

Com base no processo de construção da cooperação judiciária europeia, no presente tópico, dispomo-nos a abordar, por um lado, os mecanismos orgânicos utilizados para reforçar a cooperação judiciária penal no espaço judiciário europeu e, por outro, a exposição da normativa que, em matéria de cooperação judiciária penal, foi adotada até o momento no âmbito europeu.

A supressão das fronteiras comuns, no território europeu, desencadeou, como efeito negativo, o aumento e desenvolvimento da delinquência transnacional. Esse dado foi o fator determinante que contribuiu para forjar a convicção, nas instituições comunitárias e nos próprios Estados-membros, de criar dispositivos de cooperação judiciária penal encarregados de salvaguardar a segurança e os direitos fundamentais dos cidadãos, evitando a impunidade delitiva.

A gênese do processo de construção orgânica da citada cooperação judiciária se acha na criação, pela Ação Comum 96/227/JAI, de 22 de abril de 1996, de um marco de intercâmbio de magistrados de ligação que permita melhorar a cooperação judiciária entre os Estados-membros da União Europeia.⁴⁴ Esse marco de intercâmbio abrange conjuntamente o âmbito civil e penal. Assim sendo, o aparecimento de novos problemas vinculados à evolução e intensificação do processo de convergência europeia impulsionou a criação de organismos de cooperação judiciária especializados que pudessem articular os processos convenientes para dar respostas a esses problemas. Nessa conjuntura, caberia destacar a criação da Rede Judiciária Europeia mediante a Ação Comum 98/428/JAI, de 29 de junho de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do TUE⁴⁵ (doravante Ação Comum 1998) e, posteriormente, a criação da Eurojust para reforçar a luta contra as formas graves de delinquência por meio da decisão n. 2002/187/JAI do Conselho, de 28 de fevereiro de 2002.⁴⁶

Na sequência, abordaremos cada um dos organismos enunciados, destacando as suas características principais bem como a interação que apresentam entre si.

A. Estruturas orgânicas dedicadas à cooperação judiciária penal⁴⁷

⁴⁴ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 105, de 27 de abril de 1996. Sobre as funções que os magistrados de ligação desempenham vide, L. RODRÍGUEZ SOL, "Los magistrados de enlace", *Revista Jurídica Española LA LEY*, 2000, D-136, p. 1590-1596; J. TIRADO ESTRADA, "Mecanismos prácticos de organización y coordinación de la cooperación judicial en la Unión Europea. Especial referencia a Eurojust", *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, IV-2002, p. 557-562.

⁴⁵ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 191 de 7 de julho de 1998.

⁴⁶ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 63 de 6 de março de 2002.

⁴⁷ Além do mais, levem-se em conta, por um lado, a Rede Europeia de Formação Judicial (www.ejtn.eu) criada em 13 de outubro de 2000 e, por outro, a Iniciativa (2002/C 242/09) do Reino da Bélgica com vistas à adoção da decisão do Conselho em que se cria uma rede europeia de pontos de contato nacionais para a justiça reparadora (*Diário Oficial das Comunidades Europeias*, C 242, de 8 de outubro de 2002).

A.1 A Rede Judiciária Europeia Penal (Rede Penal)⁴⁸

O objeto deste tópico consiste, em primeiro lugar, em abordar a composição da Rede Penal para então expor as funções que esta desempenha por meio de seus membros e terminar na descrição do seu funcionamento. O pano de fundo desse sucinto repasse da estrutura da Rede Penal não é outro além de mostrar a sua contribuição para a melhora e agilização da cooperação judiciária penal para atingir o objetivo da União Europeia enunciado no mencionado artigo 2º do TUE, isto é, o de conseguir e manter um espaço de liberdade, segurança e justiça.

A.1.1 Composição e funções da Rede Penal

Com base no estabelecido no artigo 2º da Ação Comum 1998, formam parte da Rede Penal: a) as autoridades centrais responsáveis pela cooperação judiciária internacional, as autoridades judiciárias ou outras autoridades competentes que tiverem responsabilidades específicas no âmbito da cooperação internacional; b) um ou mais pontos de contato designados por cada Estado-membro; c) os magistrados de ligação; e d) um ponto de contato designado pela Comissão para as áreas que forem da sua competência.

Em relação à designação dos pontos de contato, a Ação Comum de 1998 guarda silêncio a respeito; portanto, a Presidência do Conselho e a Secretaria da Rede Penal lançaram essa questão no relatório que elaboraram, cumprindo a ordem que figura no artigo 12 da Ação Comum de 1998, em virtude da qual o Conselho deverá avaliar o funcionamento da Rede Penal com uma frequência trienal. Desse modo, a Presidência do Conselho e a Secretaria da Rede Penal elaboraram e adotaram, em março de 2005, o referido relatório sobre a avaliação do seu funcionamento durante o período de 2002-2004.⁴⁹ Nele, pôs-se de manifesto a disparidade numérica na designação dos pontos de contato entre os Estados-membros da União Europeia.⁵⁰ Circunstância que, em certas ocasiões, dificulta a tomada de posições unitárias em cada país. Por isso que os autores do relatório recomendaram aos pontos de contato a designação de um deles, em cada Estado-membro, que desempenhasse trabalhos de coordenação interna para efeito de resultar, de cada Estado-membro, uma posição unitária e, portanto, evitem-se contradições entre os pontos de contato pertencentes a um mesmo Estado-membro.

No que se refere às funções dos pontos de contato, estas giram ao redor do objetivo primordial que a Rede Penal persegue e que não é outro além de atingir uma melhor e mais fluida cooperação judiciária entre os Estados-membros da União

⁴⁸ A Rede Penal conta com um *site* que pode ser consultado em: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/>.

Sobre a Rede Penal vide, dentre outros: A. GALCO PECO, "La Red Judicial Europea y los nuevos instrumentos de agilización y coordinación", *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, IV-2002, p. 391-398; J. TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, p. 462-568.

⁴⁹ Documento 6724/1/05, REV 1, LIMITE, EJM 10. Bruxelas, 9 de março de 2005.

⁵⁰ J. TIRADO ESTRADA assinala, como ponto fraco da Rede Penal, a sua composição descentralizada, *op. cit.*, p. 567-568.

Europeia com o fim de conseguir e manter um espaço de liberdade, segurança e justiça. Nesse sentido, os pontos de contato servem de intermediários ativos no âmbito da cooperação judiciária. Para tais efeitos, exercem a sua incumbência, servindo tanto às autoridades judiciais e a outras autoridades competentes em seus respectivos países quanto aos pontos de contato e autoridades judiciais de outros Estados-membros com o fim de estabelecer contatos os mais diretos possíveis. Inclusive, prestam a sua ajuda às autoridades e pontos de contato mencionados para elaborar requerimentos de cooperação judiciária de forma eficaz ou para melhorar a cooperação judiciária em geral. Por último, os pontos de contato “facilitarão a coordenação da cooperação judiciária nos casos em que vários pedidos de autoridades judiciais de um Estado-membro exigirem uma execução coordenada noutro Estado-membro” (artigo 4º da Ação Comum de 1998).

No âmbito de suas funções, o relatório da Presidência do Conselho e da Secretaria da Rede, de 2005, destacou a operacionalidade dos contatos informais entre os pontos de contato para agilizar a cooperação judiciária, apesar de ainda se revelarem insuficientes para trabalhar na luta contra o crime organizado. Nesse sentido, os autores do relatório recomendaram o estabelecimento de um fórum de discussão onde se pudessem debater os problemas de natureza judiciária europeia.⁵¹

No exercício das suas funções, os pontos de contato contam com um *site*⁵² em que estão identificados, de maneira atualizada, os pontos de contato designados por cada Estado-membro. Inclusive, esse *site* engloba toda a informação jurídica e prática relativa aos sistemas judiciais e processuais de cada um dos Estados-membros e os textos dos instrumentos aplicáveis à matéria (vide o artigo 8º da Ação Comum de 1998). Por último, nele localiza-se um Atlas que alberga a identificação das autoridades competentes, em cada Estado-membro, para receber e executar os requerimentos de auxílio judicial. A veracidade e exatidão do conteúdo do *site* da Rede Penal são de responsabilidade dos Estados-membros (artigo 9º da Ação Comum de 1998). Todavia o relatório da Presidência do Conselho e da Secretaria da Rede, de 2005, pôs de manifesto as carências que ainda cercavam não só a página da *internet* da Rede Penal, mas também o Atlas nesses momentos.⁵³

Por outro lado, a partir da perspectiva do ordenamento jurídico espanhol, o Conselho Geral do Poder Judiciário (doravante CGPJ) elaborou o chamado *Prontuário de Auxílio Judicial Internacional em matéria penal*⁵⁴ que constitui um guia prático na matéria. Nesse guia, constam, de um lado, os instrumentos normativos sobre cooperação judiciária internacional em matéria penal em vigor na Espanha e, de outro, a identificação do membro espanhol integrante da Eurojust

⁵¹ Relatório de avaliação da Rede Penal da Presidência do Conselho e da Secretaria da Rede Penal, março 2005, p. 37.

⁵² O *site* da Rede Penal está disponível em: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/>.

⁵³ Relatório de avaliação da Rede Penal da Presidência do Conselho e da Secretaria da Rede Penal, março 2005, p. 36.

⁵⁴ O *Prontuário de Auxílio Judicial Internacional, em matéria penal*, está acessível em: <http://www.poderjudicial.es/>.

e dos pontos de contato da Rede Penal⁵⁵, da Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial e da Rede Ibero-americana de Cooperação Judiciária em matéria civil e penal. Sobre cada um deles, foram publicados todos os seus dados para facilitar o seu contato cuja revisão e atualização são realizadas trimestralmente.

A.1.2 Funcionamento da Rede Penal

O funcionamento da Rede Penal está delineado pelo artigo 3º da Ação Comum de 1998 que a estrutura com base em duas modalidades. A primeira delas se assenta sobre as relações diretas entre os pontos de contato para efeito de exercer as funções que lhes compete. A segunda modalidade consiste na participação dos membros da Rede Penal em reuniões periódicas cujo objetivo é, de um lado, o de se constituir num fórum de debate para tratar das dificuldades que os Estados-membros enfrentam no contexto da cooperação judiciária, em particular, no que concerne à aplicação dos instrumentos normativos adotados no âmbito da União Europeia e, por outro, “permitir que os pontos de contato se conheçam e intercambiem a sua experiência, em particular, no tocante ao funcionamento da rede” (artigo 5º da Ação Comum de 1998).

A periodicidade de ditas reuniões está vinculada às necessidades observadas pelos seus membros (artigo 6º da Ação Comum de 1998). Todavia, na prática, os pontos de contato vêm se reunindo pelo menos semestralmente.⁵⁶

Por último, a Ação Comum de 1998 (artigo 3º, c) prevê que a Rede Penal funcione com a ajuda de uma rede de telecomunicações. Não obstante, o Relatório da Presidência do Conselho e da Secretaria da Rede, de 2005, indicou que o citado sistema de telecomunicações ainda não fora adotado até a data da redação do Relatório.⁵⁷

A.2 Eurojust⁵⁸

⁵⁵ A Espanha tem doze pontos de contato distribuídos da seguinte maneira: dois pontos de contato no CGPJ (um vogal e o Chefe do Serviço de Relações Internacionais), dois no Ministério da Justiça (a Subdiretora Geral de Cooperação Jurídica Internacional e o Chefe da Área de Auxílio Judicial), um magistrado de ligação em Rabat (destinado ao Ministério da Justiça e designado para a missão diplomática), um no Tribunal Superior de Justiça de Múrcia, cinco na Promotoria Geral do Estado e um na Promotoria do Tribunal Provincial de Málaga. Em relação à sua identificação pode-se consultar o Prontuário de Auxílio Judicial Internacional penal elaborado pelo CGPJ acessível em: <http://www.poderjudicial.es>.

⁵⁶ J. TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, p. 564.

⁵⁷ Relatório de avaliação da Rede Penal da Presidência do Conselho e da Secretaria da Rede Penal, março 2005, p. 42-43.

⁵⁸ A Eurojust tem, à sua disposição, um *site* acessível em: <http://www.eurojust.europa.eu/>. Sobre a Eurojust vide, dentre outros, R. JIMÉNEZ, “Eurojust, un paso más en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII-2003, p. 417-448; J. TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, p. 569-618. Nesse sentido, para uma visão crítica da operatividade da Eurojust vide, B. SCHÜNEMANN, “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?”, *El derecho procesal penal en la Unión Europea, Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, T. ARMENTA DEU, F. GASCÓN INCHAUSTI (Coord.), Colex, 2006, p. 30-32.

Em estreita colaboração com a Rede Penal, trabalha a Eurojust. Como destacamos anteriormente, o Conselho Europeu de Tampere, celebrado nos dias 15 e 16 de outubro de 1999, acolheu o pedido dirigido ao Conselho de criar a Eurojust. Esse propósito foi complementado pelo Tratado de Nice, de 2001, que, no seu articulado, introduziu uma referência expressa às funções de que foi encarregada a Eurojust. Assim, o então artigo 31.2 do TUE⁵⁹ destacava três esferas de atuação da Eurojust: a) seu papel na coordenação entre as autoridades nacionais dos Estados-membros encarregadas da punição do delito; b) sua contribuição nas investigações relativas a questões de delinquência transfronteiriça grave, especialmente em casos de delinquência organizada, levando em conta, em particular, as análises da Europol; e, por último, c) sua contribuição para facilitar a execução das cartas rogatórias e dos pedidos de extradição em colaboração com a Rede Penal. Por último, no Conselho Europeu de Laeken, celebrado nos dias 14 e 15 de dezembro de 2001, insistiu-se de novo na importância da sua criação.⁶⁰

Finalmente, o Conselho fundou a Eurojust mediante a Decisão 2002/187/JAI de 28 de fevereiro de 2002 na qual se cria a Eurojust para reforçar a luta contra formas graves de delinquência⁶¹ (doravante, decisão da Eurojust), não sem antes ter adotado, no final de 2000, a decisão na qual se cria uma Unidade Provisória de Cooperação Judiciária⁶² cuja vigência foi condicionada à colocação em marcha da Eurojust.

Especial atenção merece a personalidade jurídica de que goza a Eurojust (artigo 1º da Decisão da Eurojust) e que a qualifica como órgão da União Europeia com capacidade de celebrar acordos internacionais com outros sujeitos de Direito Internacional. A Eurojust tem a sua sede em Haia.

Por último, o artigo 69 D do Tratado de Lisboa contempla as funções que, em especial, a Eurojust deve desempenhar: “a) o início de diligências de investigação penal, bem como a proposta de instauração de ações penais pelas autoridades nacionais competentes, em particular, as relativas a infrações que prejudicarem os interesses financeiros da União; b) a coordenação das investigações e das ações mencionadas na letra “a”; c) a intensificação da cooperação judiciária, dentre outras coisas, mediante a solução de conflitos de jurisdição e uma estreita cooperação com a Rede Judiciária Europeia”.

⁵⁹ O Tratado de Lisboa no qual são modificados o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, de 13 de dezembro de 2007, contempla as funções da Eurojust no seu artigo 69 D.

⁶⁰ Para uma detalhada descrição das origens da Eurojust, vide: J. TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, p. 570-587.

⁶¹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 63 de 6 de março de 2002.

A adaptação da decisão da Eurojust ao ordenamento jurídico espanhol levou-se a cabo mediante a Lei 16/2006, de 26 de maio, na qual se regulamenta o Estatuto do Membro Nacional da Eurojust e as relações com este órgão da União Europeia (*Boletim Oficial do Estado* 126 de 27 de maio de 2006).

⁶² Decisão 2000/799/JAI do Conselho, de 14 de dezembro de 2000, na qual se cria uma Unidade Provisória de Cooperação Judiciária (*Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 324 de 21 de dezembro de 2000).

A.2.1 Objetivos e competências da Eurojust

Com o aumento das formas graves de delinquência de natureza transnacional, a Eurojust procura fundamentalmente, por um lado, melhorar e promover a coordenação entre as autoridades competentes dos Estados-membros, as investigações e as ações judiciais entre os Estados-membros e, por outro, melhorar a cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-membros, em especial, facilitando o exercício do auxílio judiciário internacional e dos pedidos de extradição.⁶³

Em suma, os objetivos da Eurojust podem ser redirecionados para o apoio às autoridades competentes dos Estados-membros para dar maior eficácia às suas investigações e atuações (artigo 3º da Decisão da Eurojust).⁶⁴

Para tanto, o artigo 4º da Decisão da Eurojust delimita o seu âmbito competencial que termina numa cláusula de encerramento geral. Assim, a Eurojust agirá primeiro em relação aos tipos de delinquência e infrações nos quais a Europol tiver, em cada momento, competência de ação na aplicação do artigo 2º da Convenção da Europol de 26 de julho de 1995; segundo, sobre determinados tipos de delinquência, quais sejam: delinquência informática; fraude e corrupção, bem como qualquer infração penal que afetar os interesses financeiros da Comunidade Europeia; lavagem de produtos de delito; delitos contra o meio ambiente e, por último, participação numa organização criminosa no contexto da Ação Comum 98/733/JAI do Conselho, de 21 de dezembro de 1998, relativa à tipificação penal da participação de uma organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia. Em terceiro e último lugar, a Eurojust também é competente acerca de outras infrações cometidas em conexão com os tipos de delinquência e as infrações que acabamos de enunciar.

O âmbito de competências da Eurojust termina numa cláusula de encerramento em virtude da qual poderá, a título complementar e em conformidade com os seus objetivos, colaborar com investigações e ações judiciais a pedido da autoridade competente de um Estado-membro quando se tratar de infrações diferentes das superficialmente citadas (artigo 4.2 da Decisão da Eurojust).

Na esfera de suas competências, a Eurojust pode agir, seja por meio dos seus membros nacionais (artigo 6º da Decisão da Eurojust), seja de forma colegiada (artigo 7º da Decisão da Eurojust).

⁶³ Nesse sentido, J. TIRADO ESTRADA sintetiza as funções da Eurojust do seguinte modo: “é tanto de intermediário-facilitador como de impulsor, embora moderado, ou, então, privilegiado favorecedor da coordenação - das investigações ou ações judiciais, às quais pode prestar um apoio direto”; *op. cit.*, p. 597.

⁶⁴ A respeito das suas competências, B. SCHÜNEMANN critica, como um dos traços que caracterizam a inoperância da Eurojust, o fato de “nem sequer conter um verdadeiro direito de iniciar uma instrução penal perante as promotorias nacionais. Depois de informadas pela Eurojust, estas têm a possibilidade simplesmente de não agir, sendo necessário para tanto apenas uma fundamentação”, *op. cit.*, p. 31.

A.2.2 Composição e funcionamento da Eurojust

A Eurojust é integrada por um membro nacional de cada Estado-membro que esteja na qualidade de juiz, promotor ou policial com competências equivalentes. Cada um dos quais poderá contar com o apoio de um assistente (artigo 2º da Decisão da Eurojust).⁶⁵ O membro nacional é a via por meio da qual flui a informação entre a Eurojust e as autoridades competentes do Estado a que pertence. O seu compromisso se completa com os contatos que mantém constantemente com os outros membros nacionais no exercício de suas funções.

Além do mais, os membros nacionais se organizam de maneira colegiada por meio do chamado Colégio (artigo 10 da Decisão da Eurojust) a quem corresponde o desempenho das funções da Eurojust, que devem ser exercidas colegiadamente (artigo 7º da Decisão da Eurojust), e, além do mais, é o responsável pela organização e funcionamento da Eurojust (artigo 28.1 da Decisão da Eurojust). O Colégio é presidido por um presidente escolhido pelos membros nacionais. Pois bem, a existência do Colégio não obsta que os membros nacionais possam também executar suas funções individualmente nas circunstâncias previstas pela própria Decisão da Eurojust.

Por outro lado, a Eurojust é assistida, no exercício de suas funções, por uma secretaria comandada por um diretor administrativo eleito pelo Colégio da Eurojust (artigos 28.5 e 29 da Decisão da Eurojust).

Para a execução das suas funções, a Eurojust conta com um orçamento cujas bases se acham especificadas na própria Decisão da Eurojust (artigos 33 a 38 da Decisão da Eurojust).

Fazendo outras considerações, o regime jurídico da Eurojust se encerra com uma regulamentação pormenorizada do tratamento dos dados pessoais que se acham à disposição da Eurojust por causa de investigações implementadas. Nesse sentido, a regulamentação desses dados tem como finalidade a salvaguarda e proteção dos direitos fundamentais das pessoas que puderem ver-se atingidas moralmente durante seu tratamento. Para tanto, merece ser destacada a criação de uma entidade independente que fiscaliza o seu adequado tratamento (artigos 14 a 25 da Decisão da Eurojust).

A.3 A interação funcional entre a Rede Penal e a Eurojust⁶⁶

Para efeito de a luta contra as formas graves de delinquência ser o mais eficaz possível, os organismos dedicados a ela, mediante a sua contribuição para o desenvolvimento e fortalecimento da cooperação judiciária penal, deveriam

⁶⁵ O *site* da Eurojust engloba os membros nacionais dos Estados-membros que formarem parte dele. Por outro lado, o *Prontuário de Auxílio Judicial Internacional Penal* elaborado pelo CGPJ identifica detalhadamente o membro nacional espanhol para o seu fácil acesso e comunicação.

⁶⁶ Nesse sentido, sobre as relações que a Eurojust mantém com as autoridades espanholas, vide os artigos 13 a 17 da Lei 16/2006 de 26 de maio na qual se regulamenta o Estatuto do Membro Nacional da Eurojust e as relações com este órgão da União Europeia. Por último, sobre a natureza das relações funcionais entre ambos os mecanismos, vide, J. TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, p. 609-611; A. GALCO PECO, *op. cit.*, p. 397-398.

coordenar seus esforços. Nesse sentido, cabe dedicar algumas linhas às relações funcionais que a Rede Penal mantém com a Eurojust⁶⁷; já que, em certas ocasiões, produzem-se justaposições, no que se refere às suas esferas materiais de atuação, que provocam confusões em terceiros quanto às funções que cada uma delas desempenha.

A origem normativa de referidas relações se acha no artigo 26 da Decisão da Eurojust. Esse dispositivo fixa as bases sobre as quais a colaboração funcional deverá se assentar e se desenvolver.

A evolução posterior da colaboração entre a Rede Penal e a Eurojust foi modelada sucintamente nos relatórios anuais⁶⁸ que a Eurojust elabora no cumprimento do comando estabelecido no artigo 32 da Decisão da Eurojust. Deles, depreende-se que a referida colaboração se desenvolveu num clima distenso e amigável⁶⁹ e que foi consolidando-se paulatinamente sobre diversos pilares, dentre os quais caberia destacar, em primeiro lugar, a instalação da secretaria da Rede Penal na sede da Eurojust em Haia, sem que isso implique confusão das funções que competem a cada organismo, e, em segundo lugar, com base nas relações diretas entre os membros de cada uma das organizações. Essas relações pessoais têm seu reflexo nas seguintes modalidades de atuação: (i) na tramitação de casos conjuntamente; (ii) na transmissão de processos de uma organização a outra em função da sua competência; (iii) na participação dos membros da Rede Penal nas reuniões da Eurojust e na participação dos membros desta última de reuniões da primeira; e, por último, (iv) na circunstância de certos membros nacionais da Eurojust serem também pontos de contato da Rede Penal.

O passo seguinte na evolução da interação entre ambas as estruturas orgânicas foi a criação, em 2005, da chamada Equipe de Trabalho da Rede Judiciária Europeia e de Magistrados de Ligação com o objetivo de se tornar um vínculo de união permanente entre a Rede Penal, a Secretaria e o Colégio da Eurojust.

Na atualidade, a colaboração entre ambas as organizações é dirigida para constituir laços muito mais estreitos, já que se pretende criar um único organismo mediante a fusão de ambas as estruturas ou a integração da Rede Penal na Eurojust. Nesse sentido, pronunciou-se a Eurojust no relatório que elaborou sobre o futuro de ambos os organismos⁷⁰ com a finalidade de a Comissão Europeia levar em consideração tal proposta para efeito de adotar um comunicado sobre isso.

⁶⁷ Desse modo, não se deve esquecer da colaboração da Eurojust, por um lado, com a Europol (<http://www.europol.europa.eu/>), cuja atividade obedece ao acordo de colaboração assinado entre ambos os organismos em 9 de junho de 2004 e, por outro, com o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) (N.T.: este é o nome encontrado em traduções portuguesas embora a tradução literal seja: "Escritório Europeu de Luta contra a Fraude"), cuja consulta pode ser feita por meio do *site*: http://ec.europa.eu/anti_fraud/.

⁶⁸ Os relatórios anuais da Eurojust podem ser consultados em: http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm.

⁶⁹ O Colégio da Eurojust qualificou a Rede Penal como a sua "*sister organization*"; vide o relatório da Eurojust que pretende ser a sua contribuição ao Comunicado que a Comissão Europeia deve apresentar sobre o futuro da Eurojust e da Rede Penal (Documento 13079/07, EUROJUST 48, EJN 26, COPEN 133; Bruxelas, 20 de setembro de 2007).

⁷⁰ O relatório está reunido no documento 13079/07, EUROJUST 48, EJN 26, COPEN 133, Bruxelas, 20 de setembro de 2007.

B. Normativa do Terceiro Pilar sobre cooperação judiciária penal⁷¹

O espaço de liberdade, segurança e justiça não poderia ser alcançado sem uma normativa dirigida para estreitar os laços entre os Estados-membros para assim fortalecer o sistema de cooperação judiciária europeia. Por isso, o presente tópico é dedicado a destacar os instrumentos normativos que favorecem que a cooperação entre as autoridades judiciais e administrativas dos Estados-membros seja mais estreita e eficaz, embora a enumeração de ditos instrumentos, de forma alguma, pretenda ser exaustiva. Nesse sentido, o já mencionado Conselho Europeu de Tampere colocou o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais estrangeiras como pedra angular do sistema de cooperação judiciária internacional em matéria civil e penal da União Europeia.⁷² Desse modo, para conseguir implementar efetivamente esse princípio, destacou-se a conveniência de se elaborar um calendário e um programa de supressão de medidas intermediárias. Por isso, o Conselho Europeu solicitou do Conselho e da Comissão que adotassem, no mais tardar em dezembro de 2000, um programa de medidas para pôr em prática o princípio do reconhecimento mútuo.

Respondendo a tal pedido, o Conselho apresentou o “Programa de medidas destinado a pôr em prática o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal”⁷³ (30 de novembro de 2000). Esse programa “reúne os distintos campos em que os Estados-membros deveriam empregar os seus esforços durante os próximos anos para chegar a um reconhecimento mútuo progressivo das decisões penais na União Europeia”.⁷⁴ Posteriormente, como destacamos, o Conselho e a Comissão adotaram o “Plano de Ação do Conselho e da Comissão no qual se aplica o Programa de Haia sobre fortalecimento da liberdade, segurança e justiça na União Europeia”⁷⁵ com a finalidade de consolidar o supracitado espaço de liberdade, segurança e justiça.

⁷¹ Em relação à aplicação da normativa relativa à cooperação judiciária penal, pode-se consultar o Atlas Judiciário Europeu em matéria penal acessável no *site* da Rede Penal: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/>.

⁷² Deve-se levar em conta que a consideração do princípio do reconhecimento mútuo em matéria de cooperação judiciária penal fora previamente reunida no *Corpus Juris* de disposições de Direito Penal e de Processo Penal Comunitário de 1997, embora já haja versões posteriores. Esse documento foi elaborado por um grupo de especialistas, em nível europeu, com o objetivo de levar a cabo a regulamentação dos interesses financeiros da Comunidade Europeia com o fito de alcançar um espaço judiciário europeu. Para uma explicação detalhada da evolução do princípio do reconhecimento mútuo no âmbito da cooperação judiciária penal vide: L.M. BUJOSA VADELL, “*Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea*”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII-2003, p. 451-462.

⁷³ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C, 15 de janeiro de 2001.

⁷⁴ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C, 15 de janeiro de 2001, p. 12.

⁷⁵ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C, 198 de 12 de agosto de 2005. Vide supra, o tópico II dedicado à “Construção da cooperação judiciária europeia à luz dos Tratados Constitutivos”.

O princípio do reconhecimento mútuo, cuja origem se acha no princípio da confiança mútua, começou a ser implantado paulatinamente, tanto na vertente civil quanto na penal da cooperação judiciária, graças à adoção de normas comunitárias e de normas derivadas do terceiro pilar europeu.⁷⁶ Pois bem, a implantação mimética do referido princípio em matéria de cooperação judiciária penal foi posta em dúvida por certos autores por entenderem que a sua projeção no campo penal não pode ser um mero reflexo do seu desenvolvimento e funcionamento em matéria de cooperação judiciária civil.⁷⁷ De fato, o impacto das medidas coercitivas de Direito Penal sobre os direitos fundamentais do cidadão aconselha que a primeira abordagem ao princípio do reconhecimento mútuo se realize salvaguardando tais direitos.⁷⁸ Finalmente, como G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ afirma, “o reconhecimento mútuo em matéria civil e em matéria penal apresentam diferenças que os tornam substancialmente diferentes e incomparáveis”.⁷⁹

A produção normativa referente ao terceiro pilar não foi tão frutífera quanto se poderia pensar de acordo com as expectativas geradas pelo já mencionado “Programa de medidas destinado a pôr em prática o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal”. Seja como for, no campo do reconhecimento e execução de decisões judiciais e de outros atos processuais, destacam-se, em ordem cronológica, o Acordo Relativo à Aplicação, entre os Estados-membros das Comunidades Europeias, da Convenção do Conselho Europeu sobre o traslado de pessoas condenadas, assinado em Bruxelas em 25 de maio de 1987⁸⁰; a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002 relativa à

⁷⁶ Nesse sentido, no *Cadre général de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne*, ressalta-se o importante papel que o princípio do reconhecimento mútuo implementou, por um lado, no Direito Comunitário e, por outro, no campo da cooperação judiciária civil e comercial. Por isso, tais experiências terem servido de inspiração para importar o referido princípio para a esfera penal. Vide: *Cadre général de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne*, EU- Copen Training Programme, 2007, p. 43.

⁷⁷ Vide: B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 23-25; G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, “*La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de reconocimiento mutuo. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas*”, *El derecho procesal penal en la Unión Europea, Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, T. ARMENTA DEU, F. GASCÓN INCHAUSTI (Coord.), Colex, 2006, p. 43-44 e, em particular, a nota de rodapé n. 18, p. 44.

⁷⁸ Nesse sentido, L.M. BUJOSA VADELL sustenta a necessidade de adotar um “ponto intermediário entre a conveniência de acolher acórdãos jurisdicionais penais estrangeiros e o respeito a certas garantias mínimas, para que o incremento da cooperação não signifique convalidar infrações a direitos fundamentais”; *op. cit.*, p. 454.

Sobre o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras e o tratamento dos direitos fundamentais no processo vide, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS “*Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso*”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, 2005, Tomo II, Universidade de Córdoba, Universidade de Sevilha, Universidade de Málaga, p. 695-716.

⁷⁹ G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁰ *Boletim Oficial do Estado* de 31 de maio de 1996.

ordem de detenção europeia e a procedimentos de entrega entre Estados-membros⁸¹; a Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução, na União Europeia, de decisões de congelamento das provas e dos bens (N.T. essa é a tradução portuguesa do diploma legal “embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas”)⁸²; a Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo de sanções pecuniárias⁸³ e a Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo de decisões de confisco de produtos do crime.⁸⁴

O denominador comum da normativa europeia, nessa esfera material de atuação, consiste na agilização do processo de reconhecimento e execução. Inclusive, a normativa europeia tende a reduzir os motivos pelos quais as autoridades judiciais do Estado rogado possam se opor à execução das decisões estrangeiras. Em particular, no que se refere à decisão relativa à ordem de detenção europeia e à entrega, supera-se a aplicação do princípio da dupla incriminação, reinante em matéria de extradição, em relação aos tipos delituosos catalogados no seu artigo 2.⁸⁵

Em relação à assistência judiciária internacional, cabe destacar a normativa que, em seguida, detalhamos: a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985, relativa à supressão gradual de controles nas fronteiras comuns, assinado em 19 de junho de 1990⁸⁶; a convenção estabelecida com base na letra “c” do § 2º do artigo K.3 do Tratado da União Europeia relativo à luta contra atos de corrupção em que estiverem implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia, assinado em Bruxelas em 26 de maio de 1997⁸⁷; a Ação Comum 98/427/JAI de 29 de junho de 1998,

⁸¹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 190 de 18 de julho de 2002. Sua transposição ao ordenamento jurídico espanhol se deu mediante a Lei 3/2003 de 14 de março (*Boletim Oficial do Estado* 65, de 17 de março de 2003).

⁸² *Diário Oficial da União Europeia* L 195 de 2 de agosto de 2003. Foi transposta para o ordenamento jurídico espanhol mediante a Lei 18/2006 de 5 de junho (*Boletim Oficial do Estado* 134 de 6 de junho de 2006).

⁸³ *Diário Oficial da União Europeia* L 76 de 22 de março de 2005.

⁸⁴ *Diário Oficial da União Europeia* L 328 de 24 de novembro de 2006.

⁸⁵ Sobre a supressão do princípio da dupla incriminação vide, dentre outros muitos: M. CEDEÑO HERNÁN, “La orden de detención europea y entrega europea. Especial consideración del non bis in idem como motivo de denegación”, *El derecho procesal penal en la Unión Europea, Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, T. ARMENTA DEU, F. GASCÓN INCHAUSTI (Coord.), Colex, 2006, p. 81; W. MIGUEL KÜHN, “Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, janeiro de 2007, n. 12, p. 14-18; J.A. ZARAGOZA AGUADO, *op. cit.*, p. 92; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *Diario LA LEY*, n. 6069, de 26 de julho de 2004; N. GONZÁLEZ VIADA, “Comentario a la sentencia de 3 de mayo de 2007, Asunto C-303/07”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, n. 4, p. 1217.

Para uma visão especialmente crítica vide: B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁶ *Boletim Oficial do Estado* 81 de 5 de abril de 1994.

⁸⁷ *Boletim Oficial do Estado* 74 de 28 de março de 2006.

adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, sobre boas práticas de assistência judiciária em matéria penal⁸⁸; o Ato do Conselho, de 29 de maio de 2000, que estabelece a convenção relativa à assistência judiciária em matéria penal entre os Estados-membros da União Europeia⁸⁹ e o Protocolo de 16 de outubro de 2001⁹⁰ que complementa a convenção precedente; a Decisão 2005/876/JAI do Conselho, de 21 de novembro de 2005, relativa aos intercâmbios de informação entre os registros de antecedentes penais⁹¹ e, em último lugar, a decisão, que complementa a anterior, 2005/671/JAI de 20 de setembro de 2005 sobre o intercâmbio de informação e cooperação sobre delitos de terrorismo.⁹²

Sem dúvida alguma, dos instrumentos normativos sobre assistência judiciária que acabamos de citar, o que mais relevância tem na prática é a convenção relativa à assistência judiciária em matéria penal entre os Estados-membros da União Europeia de 2000. Essa veio complementar e agilizar o sistema de auxílio judiciário previamente estabelecido pela Convenção do Conselho Europeu sobre assistência judiciária em matéria penal, de 20 de abril de 1959⁹³, e pela Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 1990 ao prever, por um lado, em caráter geral, a assistência judiciária direta entre as autoridades competentes (artigo 6º da Convenção de 2000) e, por outro, a superação da regra tradicional *locus regit actum* em favor do princípio *forum regit actum* em virtude do qual a lei processual do Estado rogante regerá a prática do auxílio judiciário no Estado rogado (artigo 4º da Convenção de 2000).

Para concluir este tópico, poderíamos trazer à colação o relatório sobre a execução do Programa de Haia em 2006 elaborado pela Comissão⁹⁴, que põe de manifesto o avanço normativo desigual da cooperação judiciária penal em relação à civil durante o transcurso do ano que o avaliou, no sentido da implantação do princípio do reconhecimento mútuo. Nesse sentido, o relatório destaca que a produção normativa no campo penal da cooperação judiciária foi muito menor do que no campo civil.⁹⁵

IV. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA CIVIL

Como destacamos, a supressão das fronteiras internas no território europeu, além de infelizmente propiciar o desenvolvimento da delinquência transnacional, por outro lado, favoreceu um paulatino e incessante incremento dos intercâmbios transfronteiriços entre pessoas naturais e jurídicas que, desse modo, provocou o aumento de processos judiciais em que está presente um elemento de estraneidade.

⁸⁸ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 191 de 7 de julho de 1998.

⁸⁹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 197 de 12 de julho de 2000.

⁹⁰ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 326 de 21 de novembro de 2001.

⁹¹ *Diário Oficial da União Europeia* L 322 de 9 de dezembro de 2005.

⁹² *Diário Oficial da União Europeia* L 253 de 29 de setembro de 2005.

⁹³ *Boletim Oficial do Estado* de 17 de setembro de 1982.

⁹⁴ Comunicado da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, relatório sobre a execução do Programa de Haia em 2006, COM(2007) 373 final.

⁹⁵ Comunicado da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, relatório sobre a execução do Programa de Haia em 2006, COM(2007) 373 final, p. 2-3 e p. 13-14.

Por isso, os juízes terem-se visto levados a utilizar as cartas rogatórias e outros atos de cooperação judiciária internacional cada vez com maior frequência.⁹⁶ Nesse contexto, as instituições comunitárias tiveram de fazer frente aos problemas surgidos dos supracitados processos mediante a criação de mecanismos orgânicos e de uma normativa comunitária acorde com a natureza transnacional da problemática. Tudo isso com a finalidade de facilitar e agilizar o acesso dos cidadãos à justiça e para garantir que os processos judiciais tramitem de maneira mais rápida e eficaz, sendo respeitosos com a proteção das devidas garantias processuais.

A) A Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial⁹⁷

No que se refere à Rede Civil e Comercial, abordaremos, em primeiro lugar, os seus antecedentes para, em seguida, assinalar as suas características principais e terminar sua exposição com algumas linhas dedicadas à interação que esta apresenta com outras redes judiciárias nacionais, em particular, as conexões que apresenta com a Rede Judiciária Espanhola de Cooperação Judiciária Internacional.

Novamente, devemos trazer à colação a Ação Comum 96/227/JAI de 22 de abril de 1996 na qual se cria um marco de intercâmbio de magistrados de ligação que permita melhorar a cooperação judiciária entre os Estados-membros da União Europeia.⁹⁸ Essa Ação Comum representa o início da cooperação judiciária civil de natureza orgânica entre os Estados-membros. Todavia a faculdade que a Ação Comum concede aos Estados-membros de designar magistrados de ligação destinados a outros Estados-membros não foi acolhida de maneira generalizada por todos eles e quando o fizeram, a designação teve, como destino, Estados-membros em concreto. Pois bem, essa falta de uniformidade foi superada pela Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial criada mediante a decisão do Conselho n. 2001/470/CE de 28 de maio de 2001⁹⁹, visto que esta prevê a designação de pontos de contato em todos os Estados-membros.

O propósito de criar a Rede Civil e Comercial em 2001 foi acolhido pelo “Plano de Ação de Viena” do Conselho e da Comissão, de 3 de dezembro de 1998, sobre a melhor maneira de aplicar as disposições do Tratado de Amsterdã relativas à criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça¹⁰⁰ e, posteriormente, essa ideia se firmou no Conselho Europeu de Tampere, que tratou especificamente, como indicamos, do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça. Em

⁹⁶ F.J. FORCADA MIRANDA, “*El auxilio judicial internacional y la red judicial española de cooperación judicial internacional*”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de seminarios*, Universidade de Sevilha, 2005, p. 148.

⁹⁷ Sobre a Rede Civil e Comercial vide: M. del POZO PÉREZ, “*Reflexiones sobre la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil e IBER-RED*”, *Diario LA LEY*, ano XXVIII, n. 6717, segunda-feira 21 de maio de 2007, 14 p. A Rede Europeia dispõe de um *site* acessável em http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm. Nesse *site*, figuram os instrumentos comunitários que regulamentam a cooperação judiciária em matéria civil e comercial classificados por matérias.

⁹⁸ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 105 de 27 de abril de 1996.

⁹⁹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 174 de 27 de junho de 2001.

¹⁰⁰ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 19 de 23 de janeiro de 1999.

particular, com relação à cooperação judiciária civil, o Conselho Europeu convidou a Comissão, em cooperação com outros fóruns pertinentes, como o Conselho Europeu, a pôr em marcha uma campanha de informação e a publicar “guias do usuário” sobre a cooperação judiciária na União e sobre os sistemas jurídicos dos Estados-membros. Além do mais, também solicitou que se estabelecesse “um sistema de informação de fácil acesso, mantido e atualizado por uma rede de autoridades nacionais competentes,” com a finalidade de facilitar o acesso à justiça.¹⁰¹ Por último, devemos lembrar que, no citado Conselho, proclamou-se o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais como a pedra angular da cooperação judiciária em matéria civil e penal na União Europeia.¹⁰²

Por motivo de tais comandos, a Comissão tomou a iniciativa de criar a Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial que culminou com a adoção da decisão de 28 de maio de 2001, na qual se cria a mencionada Rede Civil e Comercial e que teve, como modelo, a Rede Judiciária Europeia em matéria penal, criada mediante a Ação Comum 98/428/JAI de 29 de junho de 1998, adotada pelo Conselho.¹⁰³

A.1 Objetivos da Rede Civil e Comercial

O objetivo geral que preside a atividade da Rede Civil e Comercial consiste em melhorar, simplificar e acelerar a cooperação judiciária entre os Estados-membros. Para conseguir o mencionado objetivo, Rede Civil e Comercial persegue, como objetivos imediatos, os três que se enunciam a seguir: em primeiro lugar, facilitar a cooperação entre os Estados-membros nas áreas civil e comercial, tanto nos setores em que existem normas comunitárias em vigor quanto nos que não existe normativa vigente. Pois bem, nas áreas em que existem atos comunitários em vigor, a Rede Civil e Comercial não tem, como objeto, substituir os mecanismos de cooperação que os referidos atos normativos estabelecerem. Em segundo lugar, os esforços da Rede Civil e Comercial são orientados para melhorar a aplicação efetiva e prática da normativa comunitária e das convenções em vigor entre dois ou mais Estados-membros. Por último, a Rede Civil e Comercial procura estabelecer um sistema de informação direcionado ao público em geral e aos especialistas em particular.¹⁰⁴

As funções que a Rede Civil e Comercial desempenha estão vinculadas aos objetivos que acabamos de enumerar. Nesse sentido, no que se refere ao objetivo de facilitar a cooperação entre os Estados-membros, a Rede Civil e Comercial deve procurar a boa tramitação de processos de caráter transfronteiriço e a agilização dos requerimentos de cooperação judiciária entre os Estados-membros. Com relação a isso, deveríamos trazer à colação o Relatório da Comissão

¹⁰¹ § 29, *Conclusões da Presidência*, Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999.

¹⁰² § 33, *Conclusões da Presidência*, Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999.

¹⁰³ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 191 de 7 de julho de 1998.

¹⁰⁴ Os três referidos objetivos foram enunciados no artigo 3º da decisão 2001/470/CE de 28 de maio de 2001.

do Conselho ao Parlamento Europeu e ao Comitê Econômico e Social Europeu sobre aplicação da Decisão do Conselho n. 2001/470/CE, na qual se cria uma Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial¹⁰⁵, adotado em maio de 2006, no qual se faz constar que a Rede Civil e Comercial conseguiu reduzir a tramitação das intimações por meio do seu sistema de relações diretas entre pontos de contato.¹⁰⁶ Inclusive, a Comissão demonstra ser a oportunidade e a ocasião em que a Rede Civil e Comercial “deveria desempenhar um papel essencial na assistência à aplicação da lei de um Estado-membro pelos tribunais de outros Estados-membros”.¹⁰⁷

Em relação à aplicação efetiva e prática da normativa comunitária e das convenções internacionais em vigor entre dois ou mais Estados-membros, a Rede Civil e Comercial deve potencializar a correta aplicação dos instrumentos comunitários. Em particular, o mencionado Relatório da Comissão¹⁰⁸ assinala que foram objeto de especial atenção, por parte dos membros da Rede Civil e Comercial, os regulamentos citados a seguir: o regulamento n. 1348/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo à intimação e à transmissão, nos Estados-membros, de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial¹⁰⁹; o regulamento n. 1346/2000 do Conselho, de 20 de maio de 2000, sobre processos de insolvência¹¹⁰ e o regulamento n. 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre órgãos jurisdicionais dos Estados-membros no âmbito da obtenção de provas em matéria civil ou comercial.¹¹¹

Sendo assim, os pontos de contato elaboraram guias práticos de aplicação do citado regulamento n. 1206/2001 e do regulamento n. 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, no qual se revoga o regulamento n. 1347/2000.¹¹²

Pois bem, deve-se destacar que, para melhorar a aplicação dos instrumentos comunitários, é sumamente importante a informação, sobre os problemas de aplicação que os órgãos jurisdicionais encontrarem na prática, ser devidamente canalizada para os pontos de contato para estes transferirem-na para a Rede Civil e Comercial e poder ser discutida em nível europeu. A respeito disso, a Comissão, no seu relatório, constatou que ainda não se atingiu um nível satisfatório de transmissão de informação. Nesse sentido, seria conveniente que as reuniões semestrais dos pontos de contato se dedicassem a tratar de tais dificuldades concretas para melhorar a aplicação da normativa comunitária. No objetivo de atingir tal fim, a Comissão recomenda que a Rede Civil e Comercial possa ser utilizada como “fórum permanente de debate”.¹¹³

¹⁰⁵ SEC(2006) 579. Bruxelas, 16 de maio de 2006, COM(2006) 203 final.

¹⁰⁶ § 3.1 do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

¹⁰⁷ § 3.1 do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

¹⁰⁸ § 3.2 do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

¹⁰⁹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 160 de 30 de junho de 2000.

¹¹⁰ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 160 de 30 de junho de 2000.

¹¹¹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 174 de 27 de junho de 2001.

¹¹² *Diário Oficial da União Europeia* L 338 de 23 de dezembro de 2003.

¹¹³ § 3.2 do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

Por último, no que se refere à Rede Civil e Comercial como fonte de criação de um sistema de informação acessível ao público, deve-se indicar que esta dispõe de um *site* acessível desde março de 2003.¹¹⁴ Esse *site* oferece a possibilidade de o cidadão e os profissionais acessarem a informação relativa a 18 temas jurídicos nos 20 idiomas oficiais e vinculados a todos os Estados-membros e ao ordenamento jurídico comunitário. O relatório da Comissão destaca que o resultado da sua consulta foi muito satisfatório até o momento.¹¹⁵

A.2 Composição da Rede Civil e Comercial¹¹⁶

Em relação à sua composição, a Rede Civil e Comercial é constituída pelos membros citados em seguida: a) pontos de contato designados pelos Estados-membros; b) autoridades centrais previstas nos instrumentos comunitários e convenções internacionais; c) magistrados de ligação e d) qualquer outra autoridade judiciária ou administrativa que exercer responsabilidades na seara da cooperação judiciária.

O Relatório da Comissão destaca que a designação de pontos de contato implicou uma média entre dois e cinco por cada Estado-membro; enquanto, por exemplo, a Grécia e a Alemanha designaram nove e dezessete pontos de contato respectivamente. Nesses casos, os Estados-membros devem garantir a sua correta coordenação.¹¹⁷ Portanto os Estados-membros que designarem mais de um ponto de contato deveriam nomear um ponto principal para o intercâmbio de informação na Rede Civil e Comercial.

Em relação aos pontos de contato, estes desempenham como funções: (i) proporcionar a informação necessária para a boa cooperação judiciária entre os Estados-membros; (ii) facilitar o trâmite de pedidos de cooperação judiciária; (iii) procurar soluções para os problemas que puderem surgir por motivo de um pedido de cooperação judiciária; (iv) colaborar na preparação e atualização do sistema de informação destinado ao público e (v) colaborar na organização de reuniões dos pontos de contato.¹¹⁸

Ao chegar a esse patamar, dever-se-ia ressaltar novamente a importância da adequada e fluida comunicação entre os pontos de contato e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros para efeito de os primeiros estarem devidamente informados das dificuldades que os juízes nacionais enfrentam nos processos de natureza transfronteiriça que exigirem cooperação judiciária. Nesse sentido, a Comissão constatou que a informação flui adequadamente nos Estados-membros que, como a Espanha, contam com redes nacionais judiciais de cooperação judiciária. Assim sendo, por exemplo, na Espanha, o Acordo

¹¹⁴ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm.

¹¹⁵ § 3.3 do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

¹¹⁶ Vide o artigo 2º da decisão 2001/470/CE de 28 de maio de 2001.

¹¹⁷ § 2º do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

¹¹⁸ O artigo 5º da decisão 2001/470/CE, de 28 de maio de 2001, enumera detalhadamente as funções que competem aos pontos de contato.

Por outro lado, leve-se em conta que, de momento, os pontos de contato só são acessíveis diretamente pelas autoridades administrativas e judiciárias dos Estados-membros, mas está sendo considerado ampliar também o seu acesso a profissionais. A respeito disso, vide o § 4.2 do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

Regulamentar do Pleno do Conselho Geral do Poder Judiciário, de 28 de maio de 2003¹¹⁹, aprovou a normativa regulamentadora da Rede Judiciária Espanhola sobre Cooperação Judiciária Internacional (doravante Rede Espanhola)¹²⁰ que já vinha funcionando de maneira provisória desde 1999. Na atualidade, os artigos 81 a 85 do regulamento 1/2005, sobre Aspectos Acessórios das Diligências Judiciais, aprovado pelo Acordo do Pleno do CGPJ, de 15 de setembro de 2005¹²¹, contêm o regime aplicável à Rede Espanhola.

Desde o início, a Rede Espanhola foi integrada por 62 magistrados distribuídos por todo o território nacional e agrupados em duas divisões: civil e penal. O Serviço de Relações Internacionais do CGPJ é responsável pela sua coordenação e pelo seu adequado funcionamento. Em particular, no que se refere à sua relação com as redes judiciárias de cooperação internacional existentes, os membros da Rede Espanhola prestam apoio aos pontos de contato integrados às Redes Europeias e Ibero-americana. Nesse sentido, a Rede Civil e Comercial tem quatro pontos de contato na Espanha localizados dois no CGPJ (um vogal e um jurista do Conselho) e dois no Ministério da Justiça (um na Subdiretoria Geral de Cooperação Jurídica Internacional e outro na Chefatura da Seção de Auxílio Civil).¹²² Ao que acabamos de dizer, deveríamos acrescentar que todos os membros da Rede Espanhola são membros da Rede Civil e Comercial na qualidade de autoridades judiciárias designadas segundo o artigo 2º, d, da Decisão 2001/470/CE de 28 de maio de 2001.

Por último, merece ser destacada a utilidade prática do Prontuário de Auxílio Judicial Internacional Civil¹²³, elaborado pelo CGPJ, que, semelhante ao Prontuário de Auxílio Judicial Internacional Penal, constitui um guia prático em matéria de cooperação transfronteiriça. Nesse guia, constam, por um lado, os instrumentos normativos sobre cooperação judiciária internacional em matéria civil em vigor na Espanha e, por outro, a identificação dos pontos de contato da Rede Civil e Comercial, da Rede Judiciária Europeia em matéria penal e da Rede Ibero-americana de Cooperação Judiciária em matéria civil e penal. Tais dados são revisados e atualizados trimestralmente.

Voltando a atenção para a questão dos pontos de contato da Rede Civil e Comercial, a Comissão destacou que um dos obstáculos mais imediatos a superar consiste no fato de alguns dos pontos de contato não estarem disponíveis em caráter exclusivo para a Rede Civil e Comercial. Por isso, a sua capacidade de desempenharem tarefas na rede ser limitada. Por esse motivo, a Comissão recomenda que os pontos de contato possam se dedicar plenamente à Rede Civil e Comercial no sentido de favorecer seu ótimo funcionamento.¹²⁴

¹¹⁹ *Boletim Oficial do Estado* de 4 de junho de 2003.

¹²⁰ Em relação à Rede Judiciária Espanhola sobre Cooperação Judicial Internacional, o Conselho Geral do Poder Judiciário tem um *site* acessível em: <http://www.poderjudicial.es>. Nesse sentido, vide, J. FORCADA MIRANDA, *op. cit.*, p. 139-149.

¹²¹ *Boletim Oficial do Estado* de 27 de setembro de 2005.

¹²² No que se refere à identificação de cada um dos pontos de contato, pode-se consultar o Prontuário de Auxílio Judicial Internacional Civil elaborado pelo CGPJ acessível em: <http://www.poderjudicial.es>.

¹²³ Pode ser consultado em: <http://www.poderjudicial.es>.

¹²⁴ § 2.1 e conclusão (1) do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

A.3 Funcionamento da Rede Civil e Comercial¹²⁵

Não poderíamos concluir a sucinta exposição sobre a Rede Civil e Comercial sem dedicar algumas linhas ao seu funcionamento. A decisão 2001/470/CE, de 28 de maio, prevê dois tipos de reuniões: em primeiro lugar, a que engloba unicamente os pontos de contato cuja periodicidade for semestral e, em segundo lugar, as reuniões a que convergirem todos os membros da Rede Civil e Comercial por convocação da Comissão quando achar conveniente. Nesse sentido, o relatório da comissão destaca que a participação, nas reuniões, dos pontos de contato atingiu um nível médio antes de 2005, o que representa uma média de dois delegados sobre os quatro possíveis.¹²⁶

B. Normativa comunitária sobre cooperação judiciária civil¹²⁷

O presente tópico persegue o objetivo de mostrar o estado normativo comunitário atual da cooperação judiciária civil, tendo em conta que, como adiantamos, um verdadeiro espaço europeu de liberdade, segurança e justiça requer uma normativa adequada que assente as bases sobre as quais se possa edificar solidamente. Por tudo isso, logo em seguida, destacaremos, sem medo de exaustão, os instrumentos comunitários que estão favorecendo que a cooperação, entre as autoridades judiciárias e administrativas dos Estados-membros, seja mais estreita e operante. Nesse sentido, devemos trazer à colação, uma vez mais, o Conselho Europeu de Tampere que proclamou o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais estrangeiras como pedra angular do sistema de cooperação judiciária internacional em matéria civil e penal da União Europeia. Desse modo, para poder implementar efetivamente o citado princípio, ressaltou-se a necessidade de elaborar um calendário e um programa de supressão de medidas intermediárias.¹²⁸ Nesse sentido, o Conselho Europeu solicitou ao Conselho e à Comissão que adotassem, no mais tardar em dezembro de 2000, um programa de medidas para pôr em prática o princípio do reconhecimento mútuo.

¹²⁵ O funcionamento da Rede Civil e Comercial está contemplado nos artigos 9º a 12 da decisão 2001/470/CE de 28 de maio de 2001.

¹²⁶ § 2.2 do Relatório da Comissão, SEC(2006) 579.

¹²⁷ Em relação à aplicação da normativa comunitária de cooperação judiciária civil, pode-se consultar o Atlas Judiciário Europeu: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm. Sobre o conteúdo desse Atlas, vide: J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "El atlas judicial europeo: un eficaz instrumento al servicio del operador jurídico", *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*, Jornadas de Cooperação Judiciária Europeia celebradas em Madri nos dias 25, 26 e 27 de outubro de 2004, 2005, p. 43-66.

¹²⁸ Vide: Mª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: estado actual de la cuestión", *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de seminarios*, Universidade de Sevilha, 2005, p. 30; A. BORRÁS, "Le Droit international privé communautaire:...", *op. cit.*, p. 407-418; M. GUZMÁN ZAPATER, "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, v. 10, ano 5, p. 405-438.

No cumprimento desse pedido, o Conselho, como vimos que já fizera em relação à cooperação judiciária penal, apresentou o denominado “Projeto de medidas para a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria civil e comercial”¹²⁹ (30 de novembro de 2000). Esse projeto estabeleceu uma série de etapas para os trabalhos que deveriam se desenvolver na União Europeia com a finalidade de conseguir a supressão definitiva do *exequatur* nas seguintes matérias:¹³⁰ patrimonial, direito de família, regimes matrimoniais, sucessões e testamentos. Posteriormente, o “Plano de Ação do Conselho e da Comissão pelo qual se aplica o Programa de Haia sobre reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia”¹³¹ veio consolidar o espaço de liberdade, segurança e justiça.

Na esfera da cooperação judiciária civil, o princípio do reconhecimento mútuo se projetou sobre diversos campos dos quais poderíamos destacar, em primeiro lugar, os instrumentos normativos relativos ao âmbito do reconhecimento e execução de decisões judiciais como, por exemplo, o regulamento n. 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial¹³²; o regulamento n. 1346/2000 do Conselho, de 20 de maio de 2000, sobre processos de insolvência¹³³; o regulamento n. 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria matrimonial e de responsabilidade parental que revoga o regulamento n. 1347/2000¹³⁴; o regulamento n. 805/2004 do Conselho e do Parlamento Europeu, de 21 de abril de 2004, que estabelece um título executivo europeu para créditos não impugnados¹³⁵; o regulamento n. 1896/2006 do Conselho e do Parlamento Europeu, de 12 de dezembro de 2006, que estabelece um processo monitorio europeu¹³⁶ e, por último, o regulamento n. 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu de pequeno montante.¹³⁷

¹²⁹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 12 de 15 de janeiro de 2001. Sobre o citado projeto vide: A. BORRÁS, “Programme de mesures relatif à l’application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale”, *L’Europe du droit*, Bruxelas, 2002, p. 461-467; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en material civil y mercantil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000-2, v. LII, p. 662-668.

¹³⁰ M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 30.

¹³¹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* C 198 de 12 de agosto de 2005. Vide, *supra*, o tópico II dedicado à “Construção da cooperação judiciária europeia à luz dos Tratados Constitutivos”.

¹³² *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 12 de 16 de janeiro de 2001.

¹³³ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 160 de 30 de junho de 2000.

¹³⁴ *Diário Oficial da União Europeia* L 338 de 23 de dezembro de 2003.

¹³⁵ *Diário Oficial da União Europeia* L 146 de 30 de abril de 2004.

¹³⁶ *Diário Oficial da União Europeia* L 399 de 30 de dezembro de 2006. A entrada em vigor do referido regulamento ocorreu em 31 de dezembro de 2006, mas a sua aplicação plena não ocorrerá antes de 12 de dezembro de 2008, com exceção dos seus artigos 28 a 31, que já serão aplicáveis desde 12 de junho de 2008.

¹³⁷ *Diário Oficial da União Europeia* L 199 de 31 de julho de 2007.

Desse modo, no que se refere ao campo próprio da assistência judiciária internacional, merecem especial atenção os previamente enunciados: o regulamento n. 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativo à intimação e à transmissão, entre os Estados-membros, de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial (“intimação e transmissão de documentos”)¹³⁸ e que revoga o regulamento (CE) n. 1348/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000¹³⁹, e o regulamento n. 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros no âmbito de obtenção de provas em matéria civil ou comercial.¹⁴⁰ Ambos os instrumentos normativos vieram acrescentar-se, por um lado, aos já vigentes: à Convenção de Haia relativa à intimação e transmissão, no estrangeiro, de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial, de 15 de novembro de 1965¹⁴¹, e à Convenção de Haia relativa à obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial, de 18 de março de 1970, e, por outro, à Convenção Interamericana sobre cartas precatórias ou rogatórias, de 30 de janeiro de 1975.¹⁴²

Por último, não deveríamos concluir essa pequena lista exemplificativa sem citar a Diretiva n. 2003/8/CE do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, destinada a melhorar o acesso à justiça nos litígios transfronteiriços mediante o estabelecimento de regras mínimas comuns relativas à justiça gratuita em ditos litígios.¹⁴³

O denominador comum que inspira a normativa comunitária que acabamos de citar consiste não só em acelerar os procedimentos de assistência judiciária internacional; mas, além do mais, em utilizar uma série de formulários normatizados cuja finalidade consiste em agilizar e simplificar esse procedimento. Isso porque se exige unicamente que as autoridades competentes, em cada caso, preencham os referidos formulários no idioma que, nesse caso, cada Estado-membro tiver adotado para tanto.¹⁴⁴

Sob forma de consideração final, deveríamos lembrar que o Relatório sobre a execução do Programa de Haia, elaborado pela Comissão em 2006¹⁴⁵, destacou que os avanços no âmbito da cooperação judiciária civil no sentido da implementação do princípio do reconhecimento mútuo tinham sido notáveis durante o ano avaliado.¹⁴⁶

¹³⁸ *Diário Oficial da União Europeia* L 324 de 10 de dezembro de 2007.

¹³⁹ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 160 de 30 de junho de 2000.

¹⁴⁰ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 174 de 27 de junho de 2001.

¹⁴¹ O texto das Convenções adotadas pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado pode ser consultado no *site* da própria Conferência: <http://www.hcch.net>.

¹⁴² O texto das Convenções adotadas pelas Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado é acessável em: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm.

¹⁴³ *Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 26 de 31 de janeiro de 2003.

¹⁴⁴ Os formulários que cada um dos instrumentos normativos exige, a fim de serem preenchidos pela autoridade competente, são acessáveis no Atlas Judiciário Europeu: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm.

¹⁴⁵ Comunicado da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, Relatório sobre a execução do Programa de Haia em 2006, COM(2007) 373 final.

¹⁴⁶ Comunicado da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, Relatório sobre a execução do Programa de Haia em 2006, COM(2007) 373 final, p. 2-3 e p. 13-14.

V. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS: A COMPETÊNCIA PREJUDICIAL

No presente tópico, dispomo-nos a abordar a participação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (doravante TJCE), mediante a sua competência prejudicial, como garantidor da interpretação e aplicação uniforme do ordenamento jurídico comunitário e europeu no âmbito europeu, à medida que a referida função aperfeiçoa o bom funcionamento da cooperação judiciária penal e civil.

Como tivemos ocasião de assinalar nos tópicos precedentes, a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, em 1º de maio de 1999, produziu diversas modificações na área da cooperação judiciária civil e penal. Nesse sentido, a competência prejudicial do Tribunal de Justiça também se viu afetada, embora em distinto grau, em função do âmbito sobre o qual teria de ser exercida, isto é, o primeiro ou o terceiro pilar europeu. Por isso, dedicamos o presente tópico para destacar as características mais relevantes da referida competência prejudicial; distinguindo, para tanto, a esfera civil (primeiro pilar) da penal (terceiro pilar) da cooperação judiciária.

A partir da perspectiva da cooperação judiciária civil, a introdução expressa de um preceito no Tratado da CE em que se atribuiu ao Alto Tribunal Comunitário competência interpretativa sobre as disposições do Título IV do CE (“Vistos, asilo, imigração e outras políticas relacionadas com a livre circulação de pessoas”), bem como sobre a interpretação e a validade das normas de Direito Derivado adotadas em virtude de dito Título, significou ampliar o âmbito competencial do Tribunal de Justiça em razão da matéria. A consequência imediata disso foi o abandono da técnica utilizada, até o momento, para atribuir ao TJCE competência prejudicial consistente em elaborar protocolos anexos às Convenções de Direito Complementar dependentes de ratificação.

No que concerne à competência prejudicial do Tribunal de Luxemburgo, o artigo 68 do CE¹⁴⁷ prevê a suscitação de questões prejudiciais, tanto durante o transcurso de um processo judicial (artigo 68.1 do CE) quanto fora de tal processo (artigo 68.3 do CE).

¹⁴⁷ Com base no artigo 68 do CE: “1) O artigo 234 terá aplicação ao presente título nas seguintes circunstâncias e condições: quando uma questão sobre a interpretação do presente título, sobre a validade ou a interpretação de atos das instituições comunitárias baseados no presente título for suscitada num processo pendente ante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não forem suscetíveis de ulterior recurso judicial de Direito Interno, tal órgão jurisdicional pedirá ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre aquela, se achar necessária uma decisão a respeito para poder prolatar o seu acórdão. 2) O Tribunal de Justiça não terá, de forma alguma, competência sobre as medidas ou decisões adotadas com base na alínea 1 do artigo 62 relativas à manutenção da ordem pública e à salvaguarda da segurança interna. 3) O Conselho, a Comissão ou um Estado-membro poderá pedir que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre uma questão de interpretação do presente título ou de atos das instituições comunitárias baseados no presente título. O acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça em resposta a tal pedido não se aplicará a sentenças de órgãos jurisdicionais dos Estados-membros que tiverem força de coisa julgada”.

Durante o transcurso de um processo judicial, os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros podem dirigir ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial quando acharem conveniente, para poderem prolatar os seus acórdãos, solicitando que, em caráter prévio, o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a interpretação de uma determinada norma comunitária. Nesse caso, o acórdão do TJCE vinculará não só o órgão jurisdicional que suscitou a questão prejudicial, mas também os órgãos jurisdicionais de todos os Estados-membros da União Europeia.¹⁴⁸

Quanto à questão da legitimidade, o § 1º do artigo 68 do CE restringe os órgãos jurisdicionais legitimados para suscitar tais questões, se o compararmos com o previsto no artigo 234 do CE que prevê a competência prejudicial do TJCE em relação ao ordenamento jurídico comunitário. De fato, o § 1º do artigo 68 do CE permite suscitar uma questão prejudicial apenas aos tribunais dos Estados-membros cujas decisões não forem suscetíveis de ulterior recurso segundo o seu Direito Interno. Por conseguinte, o artigo 68 do CE elimina a possibilidade de os órgãos jurisdicionais inferiores poderem submeter questões prejudiciais. De sorte que a atividade do Tribunal de Justiça seja aliviada e, portanto, possa se pronunciar com maior rapidez sobre as questões de que conhecer.¹⁴⁹

Entretanto, o § 2º do artigo 234 do CE prevê que não só os órgãos jurisdicionais cujas decisões não forem suscetíveis de ulterior recurso possam suscitar questões prejudiciais, mas que, também, as instâncias inferiores possam se dirigir ao Tribunal de Luxemburgo para suscitar uma questão prejudicial sobre a interpretação do Tratado da Comunidade e sobre a interpretação e a validade de atos adotados por instituições comunitárias. Pois bem, dada a natureza de *lex specialis* de que o artigo 68 do CE se reveste, esse preceito deveria ser aplicável prioritariamente às questões prejudiciais que tiverem, como objeto, questões vinculadas ao campo do Direito Internacional Privado.

De modo oposto ao que acabamos de expor, o Tratado de Lisboa, no qual se modificam o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, regulamenta a competência prejudicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE), estendendo o sistema previsto pelo atual artigo 234

¹⁴⁸ Sobre a questão prejudicial, vide: A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 464-472.

De modo contrário, os acórdãos que o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL prolatar, em consequência da suscitação de uma opinião consultiva, carecem de efeitos vinculantes. Assim o destaca A. DREYZIN de KLOR in "*La primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?*", *Revista Española de Derecho Europeo*, julho-setembro 2007, n. 23, p. 445-446 e p. 550.

¹⁴⁹ Nesse sentido, vide: L.N. GONZÁLEZ ALONSO, "*La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, n. 4, p. 515; N. FENNELLY, "*The Area of 'Freedom, security and justice' and the European Court of Justice - a personal view*", *International Comparative Law Quarterly*, 2000, v. 49, parte 1, p. 4; S. SÁNCHEZ LORENZO, "*Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el reglamento 44/2001*" em S. SÁNCHEZ LORENZO, M. MOYA ESCUDERO, (editores), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madri, 2003, p. 41. Deste modo, em relação às diferenças entre o artigo 68 do CE e o artigo 234 do CE vide: J.L. IGLESIAS BUHIGUES, "*La cooperación judicial internacional en materia civil*", *op. cit.*, p. 54-56.

do CE tanto para o âmbito da cooperação judiciária civil quanto para o âmbito da cooperação penal. Assim, depois de o artigo 9, F, do TUE estabelecer a competência prejudicial do TJUE sobre a interpretação do Direito da União e sobre a validade dos atos adotados pelas instituições, o Tratado de Funcionamento da União Europeia regulamenta o citado mecanismo (artigo 234). Para tanto, serve-se do sistema implantado pelo atual artigo 234 do CE, embora inclua alguma modificação. Consequentemente, a legitimidade ativa para suscitar questões residirá não só nos órgãos jurisdicionais cujas decisões não forem suscetíveis de ulterior recurso, mas também nos órgãos jurisdicionais inferiores cujas decisões forem suscetíveis de posterior recurso. Enquanto os primeiros dos órgãos citados serão obrigados a submeter a questão prejudicial, ao contrário, aos tribunais inferiores, ser-lhes-á facultado. Inclusive, o Tratado de Lisboa acrescenta um último § ao artigo 234 relativo às pessoas privadas de liberdade, segundo o qual “Quando se suscitar uma questão desse tipo num processo pendente ante um órgão jurisdicional nacional em relação a uma pessoa privada de liberdade, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciar-se-á com a maior brevidade”.

Como indicamos no começo da presente epígrafe, as questões prejudiciais podem ser suscitadas durante um processo judicial, como acabamos de analisar, ou no fim de um litígio. Nesse segundo caso, o § 3º do artigo 68 do CE prevê a possibilidade de o Conselho, a Comissão ou os Estados-membros submeterem ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial sobre a interpretação do Título IV ou sobre atos adotados por instituições comunitárias com base no Título IV. Nesse caso, como E. PÉREZ VERA assinala, tratar-se-ia de uma espécie de recurso de interpretação “no interesse do Direito Comunitário” referente a essas matérias.¹⁵⁰ A introdução desse recurso no articulado do Tratado de Amsterdã foi uma forma de compensação por ter limitado a legitimidade ativa para suscitar questões prejudiciais no Tribunal de Justiça.¹⁵¹ Assim sendo, o Tratado de Lisboa, no qual são modificados o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia,

¹⁵⁰ E. PÉREZ VERA, “*El Derecho internacional privado y la Unión Europea*”, *La Unión Europea ante el siglo XXI: Los retos de Niza, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 2001, 2003, p. 182. Neste sentido, vide: L.N. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, p. 523-527; N. FENNELLY, *op. cit.*, p. 7-8.

¹⁵¹ L.N. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, p. 524.

Esse motivo justificou que o projeto, no qual se estabelece uma Constituição para a Europa, de 30 de setembro 2003, não acolhesse o recurso de interpretação no interesse do Direito previsto como medida corretiva na falta da legitimidade ativa dos órgãos jurisdicionais inferiores. De fato, dado que o referido projeto previa a legitimidade ativa de todos os órgãos jurisdicionais para suscitarem questões prejudiciais, não era necessário o recurso de interpretação no interesse do Direito.

Assim sendo, a Comissão, defendendo a postura de que qualquer órgão jurisdicional nacional pode recorrer ao TJCE, sustentou a eliminação do artigo 68.3 do CE, já que, nesse caso, perderia a sua razão de ser. Sobre isso, vide o Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu, ao Comitê das Regiões e ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias relativo à adaptação das disposições do Título IV do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia referentes às competências do Tribunal de Justiça, com a finalidade de garantir uma proteção jurisdicional mais efetiva (COM (2006) 346 final), p. 3.

elimina o recurso de interpretação no interesse do Direito como, anteriormente, já o fizera o Projeto em que se estabelece uma Constituição para a Europa, de 30 de setembro 2003.

Todavia, a competência prejudicial que o TJCE exerce, no âmbito do primeiro pilar, não tem paralelo no terceiro pilar devido, naturalmente, à sua natureza intergovernamental. Nesse sentido, o artigo 35 do TUE é o dispositivo central sobre o qual se articulam os poderes do Tribunal de Justiça e, em particular, a sua competência prejudicial. Esse preceito configura a referida competência como facultativa, já que está submetida à aprovação expressa e unilateral de cada um dos Estados-membros "mediante uma declaração realizada no momento de se assinar o Tratado de Amsterdã ou em qualquer momento posterior" (artigo 35.2 do TUE). Isso implica que a competência prejudicial do Tribunal de Justiça não é homogênea no âmbito europeu.¹⁵²

Por outro lado, o Tribunal de Luxemburgo pode exercer a sua competência prejudicial apenas "sobre a validade e interpretação das decisões-quadro e das decisões sobre a interpretação de convenções celebradas em conformidade com o presente título e sobre a validade e interpretação das suas medidas de aplicação" (artigo 35.1 do TUE). Em consequência, ficam à margem da citada competência, de um lado, as posições comuns e, de outro, as convenções internacionais a que o seu controle de validade se refere.

Por último, o sistema prejudicial desenhado pelo artigo 35 do TUE termina cumprindo a sua natureza facultativa, estabelecendo a possibilidade de os Estados-membros determinarem os órgãos jurisdicionais competentes para suscitarem questões prejudiciais em função de as suas decisões serem ou não suscetíveis de ulterior recurso (artigo 35.3 do TUE).

De qualquer modo, é indubitável que o Tribunal de Justiça não é competente "para controlar a validade ou proporcionalidade das operações realizadas pela polícia ou outros órgãos com funções coercitivas de um Estado-membro, nem sobre o exercício de responsabilidades que competem aos Estados-membros a respeito da manutenção da ordem pública e da salvaguarda da segurança interna" (artigo 35.5 do TUE).

Pois bem, o artigo 35 do TUE não prevê o efeito dos acórdãos que o TJCE prolatar no exercício da sua competência prejudicial. Esse silêncio normativo levou certos autores a defenderem os seus efeitos vinculantes para órgãos jurisdicionais de todos os Estados-membros, inclusive para aqueles pertencentes a países que não tiverem adotado a competência prejudicial do Tribunal de Justiça nesta seara.¹⁵³ Essa é a única solução que permite assegurar a interpretação e aplicação uniforme da normativa adotada com base no terceiro pilar europeu.

¹⁵² A situação do aceite, até essa data, da competência prejudicial do TJCE, via artigo 35.2 do TUE, pode ser consultada no informativo relativo às declarações da República Francesa e da República da Hungria sobre seu aceite da jurisdição do Tribunal de Justiça para se pronunciar, em caráter prejudicial, sobre os atos a que se refere o artigo 35 do Tratado da União Europeia (*Diário Oficial das Comunidades Europeias* L 327, de 14 de dezembro de 2005).

¹⁵³ Nesse sentido, vide: L.N. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, p. 531; A. VALLE, *op. cit.*, p. 69; J. SANTOS VARA, *op. cit.*, p. 5.

Por outro lado, o Tratado de Lisboa, no qual são modificados o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, modifica, por completo, esse contexto normativo na medida em que a competência prejudicial do TJUE se estender também à cooperação judiciária penal. Pois bem, o novo artigo 240-B do citado Tratado de Lisboa acolhe a mesma limitação que o atual artigo 35.5 do TUE impõe à competência prejudicial e que, em conformidade com o artigo 240-B, será aplicável no âmbito das “disposições dos capítulos 4º e 5º do título IV da terceira parte relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça”.¹⁵⁴

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abertura das fronteiras comuns favorecendo o desenvolvimento das liberdades comunitárias gerou um incremento constante e incessante de transações transfronteiriças, bem como de relações entre nacionais comunitários que se deslocam a outros Estados-membros. Infelizmente, essa mobilidade transfronteiriça veio acompanhada de um incremento da delinquência transnacional.

A salvaguarda da segurança cidadã, por um lado, e a manutenção de um pleno e efetivo exercício de políticas comunitárias, por outro, exigem uma colaboração cada vez maior entre as autoridades policiais, judiciárias e administrativas dos Estados-membros da União Europeia que, desse modo, seja respeitosa e protetora dos direitos fundamentais e das garantias processuais mínimas dos cidadãos.

Nesse sentido, o legislador comunitário e os Estados-membros estão respondendo, em maior ou menor medida, a referidas necessidades mediante a adoção de normas que regulamentam problemas prementes a cada momento. Uma mostra disso é, como tivemos ocasião de assinalar, o âmbito da cooperação judiciária civil. Pois bem, a partir da perspectiva da cooperação judiciária penal, a estreita vinculação que esta apresenta com a soberania dos Estados (com o seu *ius puniendi*) e com a sensibilidade social ao trato que os direitos fundamentais dos cidadãos puderem receber, nesse campo, são fatores que estão provocando uma lentidão da produção normativa em matéria de cooperação judiciária penal no âmbito europeu.

Nesse contexto normativo, as diferentes redes judiciárias e a Eurojust foram chamadas a desempenhar um papel primordial na aplicação efetiva da referida normativa para efeito de reforçar e desenvolver a cooperação judiciária internacional no sentido de conseguir que a União Europeia atinja um verdadeiro espaço de liberdade, segurança e justiça.

¹⁵⁴ Com base no artigo 240-B: “No exercício de suas atribuições a respeito das disposições dos capítulos 4º e 5º do título IV da terceira parte relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, o Tribunal de Justiça da União Europeia não será competente para comprovar a validade ou proporcionalidade de operações realizadas pela polícia ou outros órgãos com funções coercitivas de um Estado-membro, nem para se pronunciar sobre o exercício de responsabilidades que competem aos Estados-membros a respeito da manutenção da ordem pública e da salvaguarda da segurança interna.”

Por último, os dados que acabamos de expor e que constituem diferentes peças da engrenagem que representam a União Europeia ficam devidamente enlaçados graças à competência prejudicial do Tribunal de Justiça, que paulatinamente vai se estendendo sobre todo o espaço europeu de liberdade, segurança e justiça.

Tradutor: Dalton Ricoy Torres

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE PARA A DIMINUIÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Amanda Helena Guedes Azeredo*
Luiz Otávio Linhares Renault**

RESUMO

Este artigo é um breve estudo acerca de uma importante questão afeta às relações de emprego, inseridas em um contexto econômico ultraliberalista, que busca o lucro a qualquer custo, sem teia nem peia, ainda que para tanto seja necessário o sacrifício de condições dignas de trabalho. Pretende-se demonstrar que as práticas atuais, aliadas às inúmeras modificações flexibilizadoras do Direito do Trabalho, propiciam a prática do assédio moral, que traz graves consequências na vida dos empregados, afrontando o princípio da dignidade da pessoa humana. O propósito maior desta pesquisa é a demonstração da necessidade de mudança de postura, tanto do legislador quanto dos aplicadores do Direito, para impedir o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana através da prática do assédio moral.

Palavras-chave: Assédio moral. Princípio da dignidade da pessoa humana. Flexibilizações trabalhistas.

SUMMARY

This paper is a brief study of the employment relationships entered into an ultra-liberal economic context seeking to profit at any cost, even if to do so would require to sacrifice decent work condition for employees. The article intends to demonstrate that the current practices, together with the numerous flexible modification of the labor law, allows the practice of bullying with serious consequences in the employee's lives, as well as denies effectiveness of their dignity. The main purpose of this brief research is to demonstrate the need for change in both legislature and law enforcer's roles to prevent the failure of the Principle of Human Dignity through the practice of bullying.

Keywords: *Bullying. Principle of human dignity. Lexible modification of the labor law.*

* Especialista em Direito Civil pelo IEC/PUCMINAS, mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/MG e Professora Assistente I de Direito do Trabalho II e Prática Simulada II, na mesma instituição.

** Desembargador do TRT/3ª Região, Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-graduação da PUCMINAS.

INTRODUÇÃO

A globalização das economias estatais, vinculada à implementação do capitalismo ultraliberalista, em seus diversos matizes, vem alterando de maneira vertiginosa a estrutura das relações humanas, dentre as quais se incluem aquelas advindas do contrato de trabalho. O crescimento e a crise econômica, a reengenharia da produção, a disputa de mercado, o avanço tecnológico, principalmente com incentivo às pesquisas constituem o caminho natural do modelo vitorioso. Porém, a busca incessante do lucro pelo lucro, voltada para a acumulação de riqueza nas mãos de poucos em detrimento da maioria, assim como as práticas ultraliberais podem trazer drásticas consequências à sociedade, pelo fato de o ordenamento jurídico dos países, dos quais se destaca o Brasil, não estar preparado para apresentar soluções às controvérsias surgidas em virtude de todas essas mudanças.

As relações no ambiente de trabalho sofrem o impacto dessa nova realidade e padecem do mesmo mal. Diante de tanta competitividade, as empresas têm investido muito capital no aprimoramento das tecnologias que permitem diminuir os preços e aumentar a produtividade, tecnologia essa apta, inclusive, a substituir, massivamente, a mão-de-obra, mas se esquecendo do trabalhador.

Esse é, indiscutivelmente, um fator que contribui para fazer do ambiente de trabalho um local tenso, de extrema disputa entre os empregados pela manutenção do seu posto, com a deteriorização da relação de emprego, e em desrespeito aos direitos fundamentais do empregado, principalmente, o direito a um trabalho digno, formando-se um ambiente propício à prática do assédio moral.

A democracia assegura parcela do poder aos cidadãos destituídos de riqueza e não é por coincidência que a sua construção ocidental se deu simultaneamente ao surgimento e à afirmação do Direito do Trabalho, com seu ponto máximo quando da constitucionalização dos direitos fundamentais de natureza sócio-trabalhista.

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado ensina:

O Direito do Trabalho consolidara-se, respeitadas as peculiaridades nacionais europeias, como o patamar fundamental de afirmação da cidadania social da grande maioria das pessoas que participavam do sistema econômico mediante a oferta de seu labor e, nessa medida, veio a se constituir em um dos principais instrumentos de generalização da democracia no plano daquelas sociedades.

A Constituição Federal instituiu o Estado Democrático de Direito, tendo como seus fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Note-se que, em diversos artigos, a CR/88 reconhece a hipossuficiência do empregado, e prevê a defesa de seus direitos, principalmente o direito ao trabalho digno, maneira pela qual garante o exercício da democracia. Nessa esteira, a extensão dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana às relações de emprego torna-se primordial.

Portanto, a prática do assédio moral, vista como afronta à dignidade humana, é repudiada pelos princípios e regras constitucionais, uma vez que se trata de uma transgressão a valores intrínsecos a todo ser humano, bem como por ferir de morte a própria democracia, assegurada no nosso ordenamento.

Um dos maiores problemas da atualidade é a precarização do trabalho, ocasionada, principalmente, pela implementação de um sistema capitalista ultraliberal, marcado por políticas econômicas elitistas e de incessante busca do lucro.

Esse sistema de dismantelamento dos direitos trabalhistas propiciou o surgimento de alguns fatores que acarretaram fortes impactos no “mundo” do trabalho e do emprego, conduzindo à falsa conclusão de que o primado do trabalho está chegando ao fim e que, conseqüentemente, teria se instaurado a degradação da relação de emprego na sociedade (DELGADO, 2006c).

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2006c), estão na base do problema: a terceira revolução tecnológica, a reestruturação empresarial, o aprofundamento e a generalização da concorrência trabalhista, as modificações implementadas na configuração institucional e jurídica do mercado de trabalho e das normas que regulam suas relações integrantes e, por fim, a própria formação da matriz intelectual apologética quanto ao suposto fim do emprego e do trabalho.

O medo, a insegurança, o *stress*, a concorrência entre os empregados, a distância entre empregador e empregados, tudo isso, decorrente principalmente do fantasma do desemprego, gera um ambiente de trabalho propício à prática do assédio moral, sem que haja, na grande maioria das vezes, qualquer resistência ou contrarreação.

Os empregados humilhados, muitas vezes, preferem o silêncio ao desemprego; preterem a sua saúde física e mental ao mercado de trabalho. “A luta pela manutenção do emprego como meio de sobrevivência de si e dos familiares transformou-se, para aqueles que ainda trabalham, em prioridade máxima e fonte de sofrimento” (BARRETO, 2003, p. 109).

O assédio moral não é um fenômeno típico da pós-modernidade; é um ato que, basicamente, nasceu na empresa fordista, ou, pelo menos, nela se tornou visível, e que se proliferou e se intensificou no toyotismo, ganhando, por conseguinte, destaque no atual modelo de produção.

Na perspectiva de nosso ordenamento jurídico, o assédio moral deveria ter uma ocorrência mais moderada, pois ele se tipifica como uma afronta à dignidade da pessoa humana. Note-se, por mais paradoxal que possa parecer, que, no período em que mais se defendem os direitos fundamentais do cidadão e a sua dignidade, mais crescem os índices de vítimas do assédio moral nas relações de emprego.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho constitui o instrumento jurídico apto a adequar a legislação ao cenário mundial competitivo, sem que isso signifique a desvalorização do empregado.

[...] o que se propõe é o exercício efetivo da cidadania, em prol de uma sociedade mais justa, tendo o direito do trabalho como um de seus instrumentos. A luta democrática, assim, representa a luta pela criação e efetivação de direitos [...] (SOUTO MAIOR, 2000, p. 81).

É preciso que se compreenda de uma vez por todas que o trabalho realizado sob a prática do assédio moral ofende o princípio basilar de nosso Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, pois, diante dessa triste

realidade, o empregado é submetido a humilhações e a abalos, comprometedores de sua saúde física e mental, com graves repercussões não só na empresa, mas também na economia, na previdência, assim como nos âmbitos familiar e social do trabalhador.

O ASSÉDIO MORAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O estudo do assédio moral no cenário jurídico atual ainda é insatisfatório, principalmente se nos atentarmos às graves consequências que tal ato pode causar ao empregado e à sociedade.

Apesar de não ser um fato restrito à pós-modernidade, poucos foram os juristas que se dedicaram a uma pesquisa sobre o tema e, talvez, seja esse um dos fatores que contribuiu para a ausência de uma legislação eficaz contra essa prática.

Marie-France Hirigoyen, psiquiatra e psicanalista, foi uma das primeiras a se aventurar no estudo de tal fenômeno e conseguiu reunir dados importantes, precisos e fundamentais para a compreensão do assédio moral no âmbito da relação de emprego. Seu estudo é hoje considerado o de maior relevância no cenário mundial, e está documentado em suas duas obras: *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano* e *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*.

No Brasil, Margarida Barreto, com dissertação de mestrado no ramo da psicologia (2003), possui uma das mais conhecidas e bem sucedidas pesquisas sobre o tema.

Com efeito, o liberalismo exacerbado, a incessante busca pelo lucro, a consequente desvalorização do ser humano e o temor ao desemprego criam um ambiente de trabalho tenso, estressante e altamente competitivo, reunindo os ingredientes para o incremento do assédio.

Tem-se como protótipo do bom empregado aquele que acata às ordens sem questioná-las, aquele que é versátil e multiqualificado, admite a flexibilidade no horário de trabalho ou, até mesmo, é capaz de resolver problemas pessoais de seu empregador. O sistema caracteriza-se, portanto, pela apropriação não apenas do trabalho, mas da pessoa do empregado, corpo e alma; mãos e cabeça; dia e noite, presencialmente e virtualmente.

Barreto diagnosticou (2003):

A nova face dos recursos humanos é identificada com a visão global: deve-se pensar além das fronteiras do seu cargo, de sua empresa e de seu país, e exigir dos trabalhadores flexibilizados, transformados em "parceiros", a inserção no cotidiano de novos modelos e valores competitivos. Esses novos valores sugeriam aumento do controle do corpo, da técnica, do ritmo e da intensidade do trabalho. Foram estabelecidas novas metas: produzir com qualidade e em quantidade a baixos custos. O tempo passou a ser administrado pela empresa e tornou-se atemporal. Para o capital, o trabalhador deixa de ser o objetivo da produção, e a produção ocupa seu lugar. A riqueza passa a ser o objetivo fundamental da produção (p. 100).

O emprego tem se postado à frente da saúde e da dignidade dos empregados: para manter a relação jurídica, o empregado se submete à ordem e

à desordem; ao mando e ao desmando da empresa. As relações intraempresariais deterioram-se e surgem atritos entre os empregados e o empregador e, até mesmo, entre os próprios empregados.

Mas, o que é o assédio moral?

A dificuldade de definição do assédio moral é oriunda, em parte, da vulgarização do termo, muitas vezes utilizado coloquialmente para identificar práticas gerais de mal-estar no ambiente de trabalho, como *stress*, legítima utilização do poder diretivo do empregador ou assédio sexual.

Hirigoyen destacou (2002):

Por isso é importante o uso rigoroso do termo “assédio moral”, para se evitar a inclusão de elementos diferentes. A expressão, ao passar à linguagem corrente, terminou por englobar outros problemas que talvez não decorram, no sentido clínico do termo, do assédio moral, mas que expressam um mal-estar mais geral das empresas [...]. (p. 10)

Segundo Margarida Barreto (2000), o assédio moral é:

[...] a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego. (2000)

Portanto, podemos notar que o conceito contém, em geral, quatro pressupostos para a tipificação do assédio moral: a) conduta grave e intensa; b) prolongamento no tempo; c) intenção de causar dano psíquico ou moral à vítima; d) o dano/resultado causado. De acordo com a maioria, se não houver a presença simultânea desses quatro elementos, não há que se falar em assédio moral, mas em condutas que geram mal-estar no ambiente de trabalho.

A fronteira entre os dois tipos é, em muitos casos, bastante tênue e depende da estrutura física e psíquica da vítima.

De qualquer maneira, por isso e até apesar disso, o quarto pressuposto, efetivo dano, não nos parece sempre essencial, sob pena de quebra da isonomia, embora esteja presente na maioria dos casos.

Forçoso, portanto, reconhecer que o assédio moral, no que tange aos seus efeitos, não necessariamente dano/resultado, comporta gradações, cuja avaliação só poderá ser realizada diante do caso concreto, uma vez que cada pessoa reage de maneira ímpar às investidas de seu algoz, que pode ser o próprio empregador ou seus prepostos.

Por outro lado, existem diferenças entre assédio moral, assédio sexual e dano moral. O assédio sexual atenta contra a liberdade sexual, enquanto o assédio moral fere a dignidade psíquica do ser humano (MUNIZ, 2008). Essas duas condutas assediadoras, apesar de se diferirem, na esmagadora maioria dos casos, têm como consequência o dano, que pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Nessa

esteira, o dano moral é o dano extrapatrimonial, portanto, uma consequência do assédio sofrido, seja ele moral ou sexual.

A erradicação, ou quando pouco o efetivo combate do assédio moral, faz-se necessária para a plenitude da dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. Isso porque, muitas vezes ele pode causar traumas que ultrapassam os limites da vida e levam ao suicídio.¹

Barreto (2003) apresenta, em sua obra, resultados de pesquisas de campo, realizadas junto a algumas empresas e sindicatos:

Ao perderem a identidade de trabalhador, perdem ao mesmo tempo a dignidade ante o olhar do outro.

[...] Enquanto as mulheres subvertem o sofrimento, chorando, falando e contando para as outras o acontecido, os homens se calam e se isolam por vergonha. Sentindo-se “um ninguém”, desvalorizados e diminuídos, sem forças para aceitar o imposto, muitos pensam encontrar na morte o resgate da dignidade perdida. (p. 153)

O assédio moral pode e, via de regra, será considerado um trauma na vida do indivíduo. A humilhação repetitiva, de média ou longa duração, interfere na vida do trabalhador de modo direto, comprometendo a sua dignidade, suas relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde mental e física, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, para o desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações de trabalho.

O trabalhador vítima de assédio moral pode vir a sofrer doenças diversas, sejam elas psicossomáticas, como distúrbios alimentares e do sono, aumento da pressão arterial, ou depressão, ansiedade, crise de pânico, cansaço, insegurança, podendo chegar à morte, inclusive por suicídio, como acima exposto nos dizeres de Margarida Barreto (2003) e veiculado constantemente pela mídia.

O trabalhador assediado pode manifestar o endurecimento ou o esfriamento das relações no ambiente de trabalho,

[...] dificuldade de enfrentar agressões ou interagir em equipe, falta de confiança em si, alteração da capacidade de concentrar-se e memorizar, chegando até mesmo ao pedido de demissão, uma vez que sua auto-estima já está desgastada. (MUNIZ, 2008)

Margarida Barreto, no livro *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*, analisa, de forma crítica, o assédio moral, suas causas e consequências ao empregado (das mais brandas às mais perversas), bem como os sujeitos envolvidos na conduta. A autora fez uma pesquisa com 2.072 trabalhadores, em 97 empresas dos setores químicos, farmacêuticos, de plásticos

¹ Recentemente, a FranceTelecom se viu às voltas com inúmeros casos de suicídios de funcionários, com repercussão na mídia internacional. Vários funcionários cometeram suicídio e deixaram cartas acusando a empresa de assédio moral - produtividade; desvio de função; redução salarial; transferência do local de trabalho, etc. O mesmo ocorreu com alguns empregados da Peugeot.

e similares, na região da grande São Paulo, e constatou as práticas mais perversas dentro do ambiente do trabalho.

Nesse cenário, o valor do trabalho, como a forma de inserção do homem na sociedade, símbolo de responsabilidade, dignidade e capacidade, e garantidor de um “patamar civilizatório mínimo” (DELGADO, 2006c), diante da prática do assédio moral, passa a ser fonte de humilhação e atentado à pessoa humana.

Mas, o que fazer para evitar esse mal?

A dignidade da pessoa humana, com a Constituição Democrática de 1988, ganhou patamar de princípio e, mais do que isso, é o princípio fundamental de todo o sistema jurídico (DELGADO, 2005).

É o núcleo dos núcleos do ordenamento jurídico, sistemas e subsistemas.

Esse princípio preceitua que a pessoa humana é o valor central da sociedade, do direito e do Estado; impõe-se que a dignidade seja inerente à essência da pessoa e, portanto, não pode ser relativizada e nem há a necessidade de sua concessão. Delgado sintetiza (2005):

A dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica.

O conteúdo desse princípio, por basear-se na essência humana, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2006), não tem fronteiras, e, nas palavras de Gabriela Neves Delgado (2006), está em permanente construção.

Nesse diapasão, Sarlet (2006) conceitua a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração que o faz por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (p. 59-60)

Para Sarlet, não há a necessidade de que a dignidade humana seja expressamente concedida a cada homem, pois todos já a possuem como característica intrínseca a sua existência.

Seu valor é pré-jurídico; sua proteção, embora não devesse, necessita cada vez mais do ordenamento, mesmo em tempos de pós-positivismo.

Sarlet (2006) faz considerações importantes sobre esse aspecto da dignidade inerente à condição humana. O autor enfatiza que, apesar de não poder a dignidade ser concedida, pois todos já a possuem, há a necessidade de sua proteção e de seu reconhecimento, por parte do Estado e da própria comunidade.

Como se verifica, o problema não é tanto de natureza ontológica jusfilosófica ou mesmo de positivação, apesar da importância legislativa, porém, e acima de tudo, de afetação social-humanitária.

Obviamente que não se pode desprezar a rede de proteção estatal, via positivamente e efetivo funcionamento dos diversos órgãos dos três Poderes da República.

Quanto mais contundente for o ordenamento jurídico e mais eficaz forem as instituições maior será o grau de efetividade do princípio, que, pela sua importância, constitui fonte formal heterônoma concorrente.

Nas palavras de Delgado (2006),

[...] para se ter dignidade não é preciso necessariamente se ter direitos positivados, visto ser a dignidade uma intrínseca condição humana. De toda a forma, quanto à sua proteção, reconhece-se que o Estado, pela via normativa, desempenha função singular para a manutenção da dignidade do homem. (p. 205)

A Constituição de 1988 inseriu a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, ao lado da cidadania e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, incisos II e IV.

De conseguinte, expressa é a Carta Magna, como defendido por Sarlet, ao valorizar o direito ao trabalho e ao proteger a dignidade humana, inserindo tais valores como fundamentos do Estado, mediante constitucional garantia.

Frisamos que, como princípio constitucional da República, a dignidade humana ilumina todos os ramos jurídicos, sobretudo o Direito do Trabalho, tutelando o empregado nas fases pré, intra e pós-contratual. Isso porque, “se o trabalho é um direito fundamental, deve-se pautar na dignidade humana” (DELGADO, 2006, p. 209).

Ingo Wolfgang Sarlet salienta que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o norte de todo o ordenamento jurídico, sobre o qual deve se erigir toda a construção legislativa. Nesse sentido, afirma ser a dignidade pressuposto para efetivação de todos os direitos fundamentais, dos quais destacamos o trabalho digno, *in verbis*:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2001, p. 59)

Assim, se a dignidade é intrínseca à pessoa, inalienável e irrenunciável, cabe ao Estado a sua proteção e a sua promoção.

Entretanto, o que se verifica nas mais recentes alterações na legislação trabalhista no Brasil é a flexibilização e a desregulamentação ultraliberalistas da relação de emprego, com profundo desrespeito aos preceitos constitucionais indisponíveis quanto à dignidade do trabalhador, uma vez que o Direito do Trabalho é comumente visto como um empecilho ao crescimento econômico.

Preleciona Delgado (2006):

[...] efetivamente, a política trabalhista vigorante na maior parte da década de 1990 e no início do século XXI incentivou abertamente a redução do preço da força de trabalho por meio da diminuição direta ou indireta dos direitos trabalhistas - em suma, da flexibilização empregatícia do mercado laborativo.

O preceito fundamental da dignidade humana não tem sido observado sequer na legislação inovadora, o que desencadeia um processo de mitigação dos direitos assegurados ao empregado para lhe garantir um trabalho digno. O Direito do Trabalho não vem, sob essa ótica específica, portanto, cumprindo seu papel de "instrumento de justiça social" (SOUTO MAIOR, 2000), ao revés, tem se rendido às práticas ultraliberais. E são essas práticas que propiciam um ambiente de trabalho adequado ao assédio moral.

Com efeito, o assédio moral é um atentado à dignidade humana, que está se proliferando assustadoramente no território nacional, pela omissão da sociedade e do Estado no seu dever, conforme Sarlet, de assegurar e de garantir a dignidade humana no ambiente do trabalho, mediante uma legislação eficaz para erradicar ou diminuir drasticamente esse mal das relações de emprego.

O Brasil caminha timidamente na luta contra o assédio moral. Há legislações esparsas, geralmente municipais, entretanto, não há nenhuma norma de abrangência nacional sobre o tema. O que temos são projetos de leis que estão tramitando no Congresso Nacional.

CONCLUSÃO

De conseguinte, pugna-se que as transformações e as inovações legais justralhistas tenham por escopo resguardar e assegurar a dignidade da pessoa humana, como forma de evitar a degradação da relação de emprego, combatendo o assédio moral, utilizando-se de todas as técnicas de interpretação.

O pano de fundo da lei é a realidade social e não vice-versa.

Permitir o avanço de flexibilizações dos direitos trabalhistas, a qualquer custo, com o intuito de se construir um flextrabalhador, em desrespeito ao princípio da indisponibilidade dos direitos sociais e à imperatividade das leis trabalhistas, é negar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de emprego. É não querer trazer à tona um valor intrínseco ao trabalhador e emergente de todo o ordenamento jurídico, e que serve de couraça ao retrocesso constitucional.

Ao contrário do que possa parecer para alguns, o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, em especial quanto ao assédio moral, não é um argumento vazio de significado, porque não detalhado em suas especificidades pelo legislador, porém cheio de vida porque é o telhado de todos os demais direitos.

Sem dignidade e aviltado na sua essência humana, o trabalhador perde a sua cidadania e se vende ao capital como se fosse uma mercadoria.

O legislador e os aplicadores do Direito não podem permitir o avanço incontido desse mal. Enquanto não surgir uma legislação federal disciplinando a matéria, é fundamental que se conceda aos trabalhadores um sistema de efetivo controle apriorístico contra o abuso do comando da prestação de serviços, dificultando a prática do assédio moral, e esse instrumento tem de buscar as suas

raízes no princípio da dignidade da pessoa humana.

Erradicar e/ou diminuir a prática do assédio moral, ainda que com base na teoria do abuso econômico-social do direito contratual, é, antes de mais nada, efetivar a aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de emprego.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Margarida. *Violência, saúde e trabalho* - uma jornada de humilhações. 1. ed., São Paulo: Educ, 2003.
- _____. O que é assédio moral. 2000. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/assedio/amconceito.php>. Acesso em 15 out. 2007.
- BARROS, Alice Monteiro de. O assédio sexual no direito do trabalho comparado. *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênese, v. 70, p. 503, out. 1998.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2006b.
- _____. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. *Síntese Trabalhista*. Porto Alegre, v. 16, n. 186, p. 5-20, dez. 2004.
- _____. Princípios constitucionais do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 31, n. 117, p. 167-203, jan./mar. 2005.
- _____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004.
- _____. *Capitalismo, trabalho e emprego* - entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 1. ed., São Paulo: LTr, 2006c.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral. *Revista do TST*. Brasília, v. 68, p. 189-195, jul.-dez./2002.
- MUNIZ, Mirella Karen Bifano. Aspectos relevantes acerca do assédio moral e assédio sexual no direito do trabalho. 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/36075>. Acesso em 17 set. 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de projetos de pesquisa. Disponível em: <http://www.pucminas.br/biblioteca/>. Acesso em 02 out. 2007.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 04, 1999, p. 23-48.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. 1. ed., São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Mônica Sette Lopes*
Sofia Araújo Silva**

O que acontece nos filmes depois que os letreiros se apagam e a impressão de que todos foram-felizes-para-sempre se impregna na audiência que sai da sala de cinema aliviada? O que acontece com Branca de Neve depois de receber o beijo do príncipe que ela sequer conhecia?

As perguntas podem parecer impertinentes para falar de substituição processual sob o prisma da execução, mas elas se carregam de uma inquietação que deve ser correntemente abordada. Ultrapassada a fase de implantação do instituto, dissecado sob o prisma conceitual e de sua instrumentalidade jurídica, é essencial a certeza de que a vida continua e, com ela, naturalmente, vêm as perguntas: O que acontece no depois das substituições processuais?

Não se trata de um depois qualquer.

Quando a decisão, atingida pela autoridade da coisa julgada, contém uma declaração, uma condenação, um comando para a desconstituição ou a constituição de relação jurídica (ou de relações jurídicas), há providências que devem ser cumpridas ou atendidas pelo empregador. Não o fazendo espontaneamente, o devedor da conduta e/ou da obrigação faz configurar-se um ilícito, que leva à sanção, prefigurada na execução forçada, a qual constitui, estrutural ou formalmente, uma parte incidível da norma jurídica. Para assegurar a veracidade dessa conclusão, não é ociosa uma revista à estática kelseniana, que espanta ambivalências.¹

A execução, porém e de forma incoerente tendo em vista sua importância, parece não merecer a mesma atenção que a fase de conhecimento.² O *déficit* no enfrentamento das questões candentes da execução começa pelo tempo a elas reservado nos bancos escolares e chega às salas de audiência e até mesmo a certo desgosto ou desapego que ela suscita entre juizes, advogados e servidores. As diligências para dar-lhe efetividade esbarram numa certeza dificilmente superada. Ainda que as regras abstratamente consideradas sejam suporte para a direção a ser dada ao processo, cada execução é um sistema em que as soluções devem ser topicamente analisadas, a partir de uma sequência argumentativa específica. Nas ações em que tenha havido substituição processual firma-se a amostra vívida dessa constatação.

* Juíza da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Professora dos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG e professora residente do IEAT - Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da UFMG. Doutora em Filosofia do Direito.

** Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da UFMG.

¹ KELSEN, 1962, p. 150-152.

² Cf., em outra abordagem da mesma questão, LOPES, 2000, p. 187-219.

Se cabe alguma pequena digressão sobre a evolução da substituição processual em relação ao Processo do Trabalho, no Brasil, ela só se justifica, aqui, na medida em que relacionada com a problemática que se pretende abordar. Há aspectos que se põem sem qualquer margem de dúvida e para os quais a doutrina tem traçado linhas de aferição da maior segurança.³ A legitimidade especial ocorre porque o instituto da substituição é talhado para atender ao objetivo primeiro de defesa dos interesses dos trabalhadores, que são a parte hipossuficiente na relação de emprego.

A legitimidade *ad processum* (aptidão para atuar pessoalmente na defesa de direitos e obrigações), delineada no art. 6º do Código de Processo Civil brasileiro, está balizada pela Constituição que trouxe, em seus artigos 5º e 8º, incisos LXX, “b”, e III, respectivamente, a possibilidade de entidades associativas, em nome próprio, atuarem na defesa de interesses de seus filiados. Essa diretiva do sistema foi consolidando, na interpretação dada pelo STF, a posição do sindicato como substituto processual da categoria, numa conjunção com o art. 3º da Lei n. 8.073/90, que a autoriza de forma ampla, para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais de seus associados.⁴

A substituição processual enquadra-se, portanto, como legitimação extraordinária.⁵ O interesse do sindicato assenta-se em que ele tem o poder-dever de atender às demandas da categoria e elas dizem respeito não apenas aos direitos tipicamente coletivos, mas aos individuais, especialmente quando eles se caracterizam pela homogeneidade. De modo muito peculiar, isso ocorre nas demandas que se distinguem pela urgência de uma solução que seja unívoca, como se dá nos casos de dispensa em massa, por exemplo.

O ponto fulcral, porém, é exposto por Frederico Marques: “através do direito do substituído é que o substituto satisfaz direito próprio”.⁶ O direito próprio, nesse caso, é aquele que, em sua teleologia, justifica a existência do próprio sindicalismo, como meio de defesa dos interesses dos trabalhadores contrapostos aos da empresa. É esse o fator que dá lastro à personalidade jurídica dos sindicatos e à sua capacidade para deveres e direitos.

Qualquer aparente anomalia nessa modalidade de exercício de personalidade, que tem destinação para além da própria pessoa, desfaz-se na interação para um específico fim, na linha apontada por Gueiros Bernardes, com base em Calamandrei:

³ Arrolando boas razões para a substituição processual, cf. TRT - 3ª Região - 7ª T. - 00915-2005-034-03-00-9 RO - Rel. Des. Alice Monteiro de Barros - DJMG 07.03.2006.

⁴ Cf. STF - RE 202.063-0 - 1ª T. - Rel. Ministro Octávio Gallotti, DJ 27.06.97. Cf. sobre a acomodação da substituição processual em matéria trabalhista, cf. EÇA, Vítor Salino de Moura. Substituição processual sindical no processo do trabalho. In: MONTESSO, FREITAS, STERN, 2008, p. 456-471, LORA, 2007, p. 402-411, ALMEIDA, 2006, p. 329-343. No que concerne especificamente à execução, cf. as conjecturas formuladas em MACIEL, 2006, p. 1047-1048. Sobre o tema mais genérico da execução nas ações coletivas, sem avaliação mais aprofundada dos efeitos da substituição processual ou mesmo da ação civil pública no Processo do Trabalho, cf. PIZZOL, 1998.

⁵ GIGLIO, 2003, p. 116, MARTINS FILHO, 1994, p. 52.

⁶ MARQUES, 2003, p. 252.

[...] o substituto processual está legitimado para valer em juízo o direito alheio porque entre ele e o substituído existe uma relação ou situação de direito substancial em virtude da qual, através do exercício do direito do substituído, o substituto vem a satisfazer um interesse individual próprio.⁷

Trata-se de uma mobilidade no sistema de acesso à justiça que decorre da evolução das necessidades no tempo. Ao tirar o foco dos destinatários finais do provimento e enfatizar a visibilidade apenas do sindicato, o instituto caminha no sentido de dar mais agilidade à defesa dos interesses dos trabalhadores, atingindo em cheio a vocação prefigurada nos princípios constitucionais.⁸

A despersonalização do trabalhador-reclamante visa a evitar ou, pelo menos, a dificultar a represália do empregador reclamado.⁹ Se é assente que a Justiça do Trabalho é uma Justiça de desempregados, ou, na melhor das hipóteses, de empregados, o cancelamento da Súmula n. 310 do TST, em 2003, tenderia a otimizar, nesse contexto particular, as possibilidades do exercício da ação, atuando até como obstáculo aos efeitos do fluxo do tempo para a prescrição. Isso justifica a nova linha de historicidade que se constrói a partir do momento em que a utilização do instituto passou a ser mais corriqueira, gerando resultados que são submetidos à análise do próprio sistema pelos recursos, e do ambiente externo que é o da crítica doutrinária.

Por isso, já que existe a possibilidade de os sindicatos ajuizarem ações coletivas como substitutos processuais dos membros da categoria, a Justiça do Trabalho poderá assegurar os direitos dos empregados, sem o risco de tensão gerada pela potencialidade de ruptura do vínculo de emprego.

Se, por um lado, isso favorece a expansão da manifestação do trabalhador, por outro lado, expande a atuação fiscalizadora do sindicato no que tange ao cumprimento, pelos empregadores, das leis trabalhistas. Ela pode, também, propiciar uma melhor atuação do Poder Judiciário, porque coíbe as lesões das normas protetoras e tende a reduzir o número de ações individuais, a par de produzir um sentido uniformizador na interpretação de situações iguais no âmbito de uma mesma empresa. Na sua teleologia, portanto, está a ideia da celeridade ou da economia de atos e da igualdade no resultado, além da tendência mundial de fortalecimento da tutela dos chamados conflitos de massa.¹⁰

Poder-se-ia afirmar que a atuação dos sindicatos opera em degraus de menor para maior generalidade e abstração. Num primeiro nível, está a assistência prestada individualmente ao empregado que tem, na dicção do art. 14 da Lei n.

⁷ BERNARDES, 1993, p. 648.

⁸ Nesse sentido, a decisão proferida pelo TST no RR 850/2006-099-03-00 - 4ª T. - rel. Min. Barros Levenhagen - DJ 27.06.2008. Cf., ainda, GUIMARÃES, Rogério de Almeida Pinto. Considerações sobre a substituição processual no Direito do Trabalho. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6294>>; OLIVEIRA, 2007, p. 1037-1042.

⁹ Cf. MARTINS FILHO, 1994, p. 51, bem como GONÇALVES JÚNIOR. *Substituição processual: da asfixia à overdose?* http://www.escriitorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4372&%20Substituição%20processual:%20da%20asfixia%20à%20overdose?24/11/2003 .

¹⁰ Cf. DUBUGRAS, 1998, p. 137 e DUARTE NETO, 1994, p. 63.

5.584/70, sua dimensão apropriada no processo judicial. Em seguida, está a substituição processual, em que os direitos individuais são tratados genericamente a partir da análise não da situação de cada empregado, mas do modo como a empresa opera e como se dá, globalmente, a direção de sua atividade em variadas vertentes. O terceiro plano é o da negociação coletiva em que o sindicato, representante da categoria profissional, e a empresa ou o sindicato representante da categoria econômica editam normas gerais e abstratas para a disciplina das relações trabalhistas. Esses níveis também têm uma escala temporal distinta. Se, na mera assistência, volta-se exclusivamente para o passado, a substituição processual já admite, por seu alcance pedagógico que define uma interpretação abrangente para o funcionamento da empresa, projeções para o futuro, até porque pode levar à negociação coletiva de forma mais incisiva. Essa consequência viria do efeito em massa que lhe é próprio e de sua tendência à igualação. Na negociação coletiva típica, ainda que se admita o efeito que é a transação de riscos que vêm do passado, a fixação de padrões dirige-se claramente para o futuro.

O que ocorre, porém, quando a tendência à igualação não é observada na forma como se conduz a substituição processual?

A Justiça do Trabalho em Minas Gerais vivenciou, nos últimos meses, processos que implicam a evasão de algumas dessas características e, ainda que a substituição tenha sido, em regra, aceita, é preciso trazer a lume os fatos para evitar o desvirtuamento do instituto.

Alguns sindicatos propuseram inúmeras ações, na qualidade de substitutos processuais, contra empresas de grande porte. Em cada uma delas, havia um rol de substituídos em número de cinco a oito, aproximadamente.

Os pedidos eram vários e se repetiam em todas as petições, literalmente, versando questões vinculadas à jornada de trabalho.

Ainda que, em primeiro grau de jurisdição, possa ter havido certa uniformidade (nesse caso específico os processos vieram de cidades do interior com poucas Varas do Trabalho), os recursos submetem-se potencialmente à diversidade dos entendimentos.¹¹

Não há grandes diferenças entre as ações, assim propostas, e as individuais plúrimas, a não ser quanto ao pressuposto da substituição processual que é a presença do sindicato, e não do empregado, no polo ativo, com as vantagens já enumeradas. A impossibilidade de garantir a univocidade do posicionamento final, ademais, contrapõe-se ao fato de que a execução tende a ser mais ágil do que se fosse um único processo, porque a individualização se simplifica.

Os paradoxos, como se percebe, fazem parte das articulações concretas que o direito exige. Imaginar-se que o benfazejo e o malfazejo não ocorram simultaneamente é desprezar o contexto exato de sua raiz problemática.

De todos os casos julgados, nas condições acima narradas, os que trouxeram mais dúvida foram aqueles em que se discutia a validade de um instrumento de controle de jornada usado pela empresa, sendo o entendimento dominante no

¹¹ Cf. a interessante análise de uma dessas hipóteses: TRT - 3ª Reg. - 2ª T. - 01213-2007-135-03-00-9 RO - Rel. Des. Jales Valadão - DJMG 03.12.2008.

sentido da não prevalência deles, até em razão da não juntada dos documentos por todo o período, o que atrairia a distribuição do ônus de prova que se baseia no dever de ela os pré-constituir regularmente.

A questão é que as iniciais dos vários processos não estabeleceram um padrão médio para a extensão de jornada, na medida em que admitiam uma oscilação que transitava entre oito e treze horas. Isso significa uma pulverização de características específicas e peculiarmente centradas em cada um dos substituídos que neles encontravam-se divididos em pequenos grupos. O volume das ações propostas pelo sindicato, com a mesma petição inicial, pode levar à convicção de uma uniformidade, que, de fato, pode não existir.

As dúvidas quanto à própria adequação da substituição processual são razoáveis, porque a exigência de individualização parece superar os cânones de generalidade ou de homogeneidade que são exigidos. No entanto, é indubitoso que a pretensão se baseou em algo que uniformemente abarca a situação jurídica de todos aqueles trabalhadores que era a forma de controle da jornada.

O que pareceu mais adequado seria deixar a apuração específica para a fase de execução, em que se poderia avaliar a especificidade do modo de trabalhar de cada um dos substituídos, principalmente porque a sentença havia optado por estabelecer como padrão para a apuração das horas extras a jornada em seu ponto mais distendido, rejeitando o fato, objetivo, de que a inicial havia admitido a variação como uma contingência efetivamente vivenciada, o que integrava a *litiscontestatio* pela vinculação a seus fundamentos.

Na dialética natural dos processos de julgamento, porém, prevaleceu o sentido da sentença, até porque a questão já havia sido enfrentada sob aquele mesmo prisma em decisões anteriores dos demais votantes.

Essa justaposição de entendimentos, natural nos julgamentos colegiados, não exaure a possibilidade de discussão do tema ou a necessidade dela, em razão das consequências concretas que se apresentam até mesmo para a consolidação do instituto da substituição processual, com as peculiaridades próprias do processo e do Direito do Trabalho. No momento da individualização do provimento, com a liquidação, as partes terão o contato direto com uma realidade que se impõe com a coisa julgada que pode ou não corresponder à história vivida efetivamente. Não há dúvida de que isso ocorre, com mais frequência até, nas ações individuais em que a controvérsia quanto a fatos é mais contumaz. No entanto, quando se trata de substituição processual, a aplicação da distribuição do ônus de prova, como uma técnica artificial de solução de impasse, pode levar a consequências mais graves, não apenas do ponto de vista econômico, como para a busca de adesão ao que seria uma epistemologia absoluta do direito. Presume-se que as partes o conheçam e o erro na inteligência dos fatos experimentados por elas certamente dificulta a internalização de seu conteúdo e operacionalidade.

A questão que se impõe, nesta fase de acomodação dos limites de utilização do instituto, é definir o que sejam direitos homogêneos, coletivos ou difusos, para o que se exige o enfrentamento de uma minuciosa abordagem casuística. A relevância disso não se exaure numa seara meramente acadêmica ou no prazer de lidar com conceitos: uma ação com substituição processual em que esses pressupostos não estejam presentes pode facilmente levar ao inexecutável ou ao inviável, frustrando todos os fins que conformam sua natureza.

Não caberá a utilização da substituição processual para questões que envolvam prova individual para cada substituído, mas persiste a discussão sobre o que seja isso. Como no exemplo referido, o cabimento da substituição num pedido de horas seria questionável. Entretanto, se a matéria versar a forma genérica de organização das jornadas de trabalho dos empregados a partir do funcionamento da empresa¹², caberá substituição para reivindicação de direitos não observados espontaneamente. Mesmo que se parta de uma amostragem tendo em vista a especificidade das condições de trabalho de um grupo deles, a experiência atesta que a prova deve se distanciar (e usualmente se distancia) da avaliação do indivíduo e que, no mais das vezes, exigir-se-á do juiz a apreciação (jurídica) de fatos que não são controvertidos. O dissenso restringe-se ao modo como se dá a sua apropriação pelo direito. Em outras vezes, é a interação do empregado com o e no ambiente que é o foco de análise: o que acontece nele, como ele é, como funciona a empresa ou uma área ou setor dela.¹³ Esses são os elementos que vão fixar a homogeneidade do direito, ainda que abranjam vários empregados.¹⁴

Sob a ótica do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, são interesses individuais homogêneos os interesses de grupo ou categoria de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum.

Nesse sentido, pode-se citar Bento Herculano Duarte Neto:

Em assim sendo, o importante que fique bem grifado é que o interesse a ser defendido pelo sindicato, como substituto processual, naturalmente deve ser inerente à categoria como um todo, mesmo que virtualmente beneficiando apenas uma pessoa ou um grupo de trabalhadores, sob pena de suprimirmos a individualidade do obreiro, o que seria por demais perigoso à estabilidade do cidadão, inclusive em relação às garantias individuais asseguradas constitucionalmente. Quando um sindicato ingressa em Juízo na qualidade de substituto processual, pleiteando reposição salarial para um grupo de 180 (cento e oitenta) trabalhadores, n.g., há interesse individual ou coletivo? Obviamente que o interesse é individual plúrimo, pois diz respeito a uma vantagem a ser concedida individualmente a cada substituído. O interesse coletivo decorre de uma ação coletiva, onde discute-se interesse indivisível, não passível de individualização, e o exemplo citado certamente não configura tal espécie de ação.¹⁵

No exemplo dado pelo autor, a pretensão envolve direito homogêneo. Discute-se um percentual incidente sobre os salários de forma genérica aos

¹² Pode-se cogitar da discussão em torno de turnos ininterruptos de revezamento do modo de concessão de intervalo, como procedimento padrão da empresa, ou de tratamento da remuneração do trabalho noturno ou em dias de feriado, da afirmação de um regime de jornada especial (12 x 36, por exemplo).

¹³ Aqui se apresentam as questões ligadas à saúde e à segurança do empregado, à existência de recursos na organização do estabelecimento que são compulsoriamente exigidos (conforme o caso, instalações sanitárias, alojamentos, refeitório etc.).

¹⁴ Cf., nesse sentido, TST - RR 987/2001-059-03-00.9 - 6ª T. - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - DJ 19.10.2007.

¹⁵ DUARTE NETO, 1994, p. 81.

empregados da empresa ou a uma faixa considerável deles, o seu dever de conceder o reajuste tendo em vista um dado padrão normativo que o faria exigível. Discute-se uma razão (jurídica) que a empresa aponte como justificativa para não proceder ao pagamento. A homogeneidade revela-se, em casos similares a esse, até mesmo na ausência de controvérsia quanto aos fatos, que se alocam de forma equivalente em todos os empregados ou num grupo bem definido deles. Tratar-se-á, corriqueiramente, de mera interpretação de uma fonte normativa apontada como base para a pretensão que se anuncia como resistida. O ponto nevrálgico e insuperável, porém, é a execução, em que aspectos específicos, ligados a cada um dos empregados substituídos, deverão ser avaliados já na liquidação.

A simples referência a isso demonstra as dificuldades que se assomam na vivência concreta dos processos de substituição processual. O acertamento e a individualização colocam-se não apenas num plano conceitual, mas naquele essencial para a efetivação do provimento, muito sensivelmente quando há condenação e, em razão disso, a necessidade da operacionalização da execução forçada nas várias etapas que compõem sua dinâmica complexa.

Relacionando a execução, de modo geral, com a de uma sentença oriunda de uma ação em que houve a substituição processual, destaca-se que na última tende a haver um esforço individualizador mais árduo. Pode-se ousar dizer que, ultrapassada a fase de preparação do contraditório (citação, audiências, prova), a decisão na fase de conhecimento não é por demais tormentosa, porque, como se afirmou, costuma versar hipóteses de fato genéricas, muitas vezes incontroversas e/ou que se relacionam aos aspectos homogêneos aferidos na forma de organização da atividade produtiva (mesmo que com a necessidade de perícia, como ocorre nos pedidos de adicional de insalubridade, por exemplo). Paradoxalmente, porém, na execução haverá a necessidade do confronto da empiria relativa a cada empregado com os pontos centrais que nortearam e se estabeleceram no provimento. O seu tempo de casa, sua função, o valor de seu salário, as verbas que especificamente o compunham ou que lhe tenham sido pagas eventualmente, os dias de efetivo comparecimento, os dias de gozo de licença, ou seja, várias das circunstâncias que informam sua situação jurídica individual devem ser analisadas para a quantificação do valor que lhe é devido.

Isso implica uma liquidação com cálculos complexos e uma dificuldade maior para a apuração e para o controle de regularidade da conta.

Pode-se dizer displicentemente que a questão se resolveria com a nomeação de perito. Mas nem todos os peritos se disponibilizam para esses processos e a razão é simples. Normalmente à complexidade da apuração não corresponde o valor dos honorários arbitrados, principalmente quando se considera o tempo que a elaboração dos cálculos de liquidação exige. É certo que a informática permite a montagem de uma planilha-padrão contendo os parâmetros que se definem na coisa julgada. Há, porém, a necessidade de lançar os dados de cada um dos substituídos e de, ao fazê-lo, valorar as circunstâncias, confrontando-as com os limites da decisão exequenda. Quando se trata de um volume muito grande de substituídos, o valor absoluto dos honorários costuma parecer muito alto. É preciso ter em mente, porém, que, ultrapassada a base inicial dos aspectos comuns a todos os substituídos, os elementos específicos se impõem e demandam tempo e dispêndio da força de trabalho.

Deve acrescentar-se, ainda, que, geralmente, os valores executados são mais expressivos do que nas ações individuais, o que implica um obstáculo para que se atinjam os resultados, pela dificuldade de concretização do aporte de valores suficientes para o processo.¹⁶

Não se pode desprezar a possibilidade (a necessidade mesmo) de o juiz incentivar a transação, abrindo frente para que o sindicato-substituto negocie com a empresa a melhor forma de solucionar parcial ou totalmente os impasses numa processualística que deve ser reconhecidamente exercida.

Nas ações individuais, sabe-se que o acordo em relação a qualquer dos aspectos deve ser enfatizado, mesmo que não implique o pagamento total e a extinção da execução, porque reduz o âmbito da conflituosidade. As estatísticas relativas ao volume de acordos são sempre perturbadoras, porque parciais e precárias. Elas não permitem um vislumbre sequer do que é essencial nesses casos, já que desprezam (ou não quantificam) o que há de mais importante, principalmente nas execuções, que é o processo que antecede ou leva ao acordo. A experiência dos juízes do trabalho, que adotam a prática de por em pauta as execuções para tentativa de conciliação, demonstra que, não raras vezes, ela vai se fazendo por etapas. Uma transação sobre a metodologia a ser adotada para o cálculo das parcelas, por exemplo, representa a limitação das questões que podem ser suscitadas em embargos (art. 884 da CLT). Trata-se de um início de conversa, da introdução de um campo de amenidades entre as partes que pode levá-las à definição sobre como pagar. A experiência permite a convicção de que, em inúmeras dessas ações, o resultado do processo de conciliação vai sendo engendrado a partir de acordos parciais ou da argumentação para convencimento das partes num ritmo evolutivo, sem prejuízo de eventuais retrocessos intercalares. Nesses casos, duas, três, quatro, cinco audiências podem ser realizadas com vistas a um resultado que pode demorar mais de ano a ser consolidado. E esse tempo não pode ser visto como algo negativo. A complexidade da situação (por variadas razões) é o que o exigiu e, se o percurso não for calculado e exercitado com a consciência da dificuldade, todas essas execuções tendem a continuar na pilha de despachos diários. Com as substituições processuais, essa complexidade é lugar comum.

Além das variáveis e do método de cálculo, como procedimentos prévios, o acordo pode versar o valor da conta integral e os destinatários dela, abrangendo inclusive não-substituídos pela não indicação no rol, que as partes reconheçam enquadrar-se na situação definida nos autos, o que afasta a litigiosidade e acerta situações que poderiam gerar novas demandas. Pode resolver as questões ligadas

¹⁶ A afirmação incorpora a consciência do risco do malentendido. No entanto, firma-se a convicção de que não basta bradar a plenos pulmões que a coisa julgada deve ser cumprida. Apenas uma versão marcadamente positivista do direito desconsideraria os fatores reais que implicam problema nas contingências para a efetivação do direito. Uma empresa que não tem como cumprir a execução porque não tem recursos, de que possa se valer sem comprometer sua atividade produtiva, é um fator de realidade. Isso não exclui seu dever e a forma como o sistema compõe torna exigível o cumprimento da obrigação ou do dever, mas exige de quem tem que resolver a questão (o juiz, os servidores, os advogados, o MPT) um esforço mais do que ativo e específico. Negar o problema, quando ele é real, impede a solução e o agrava.

à simultaneidade de decisões versando o mesmo objeto na ação proposta pelo sindicato e naquela proposta individualmente pelo empregado. Pode até mesmo começar pela inclusão do valor em folha de pagamento, quando houver parcelas vincendas, o que diminui o custo da execução para o futuro e vai amenizando o comprometimento financeiro para a empresa. Pode ainda, quando a condenação envolver obrigação de fazer, estabelecer modo razoável para o seu cumprimento, evitando a consequência mais corriqueira nesses casos que é a sobrecarga imposta pela incidência da multa cominatória que tende a substituir, em importância ou vulto, aquilo que é o objetivo da ação. Mais uma vez, pode-se dizer simplesmente que a multa é a multa e que ela é devida. Isso é verdade numa visão reducionista do direito (em que a sanção é a única forma de levar ao cumprimento da norma), que despreza o fato de que o seu fim é o atendimento da obrigação principal, aquela a que a propositura da ação visava e que atinge os trabalhadores de uma empresa como necessidade. Tornar o valor em dinheiro a ser pago, como multa cominatória, algo mais relevante do que discutir modos de mudança nos fazeres da empresa e na forma como ela absorve as regras e os princípios, para que eles passem a ser por ela espontaneamente observados, pode, em determinados casos, configurar uma contradição insuperável.

A transação que implique diminuição dos valores que se entendam devidos, sem áreas de litigiosidade, é um aspecto tormentoso e que não se pode admitir. Não será aconselhável que o sindicato o aceite sem a aquiescência direta e expressa dos empregados, porque ela afeta direito individual deles. A solução nesses casos não se fará sem o dispêndio de tempo porque implicará o envolvimento direto dos empregados e a compreensão dos efeitos propostos pela transação à vista das circunstâncias (dificuldades financeiras da empresa, por exemplo, que implicariam impossibilidade real da execução). Não vale a pena ter pressa nesses casos. No entanto, isso não significa que se deva cair numa inércia operacional. O incentivo à participação dos empregados substituídos deve ser buscado, de preferência com a ação conjunta de todos, fomentada e organizada pelo juiz que conduz a execução. Isso significa trabalho duro, não há dúvida, mas infelizmente ainda não se encontrou uma fórmula que permita os resultados sem que se propiciem as condições.

O fato de o sindicato ser o substituto pode facilitar esse processo de negociação que nada mais é do que uma versão diminuída do processo geral da negociação coletiva. Entretanto, não se pode ser ingênuo e desprezar os efeitos políticos que uma condenação em valores mais significativos pode ter na relação entre sindicato e empresa. Portanto, não se trata de uma negociação simples: é provável que todos os percalços da negociação coletiva e da relação mantida entre eles sejam revividos nas várias etapas de tentativa de conciliação nas substituições processuais (na fase de conhecimento e, principalmente, na fase de execução). As rivalidades políticas, os rancores, as questões mal resolvidas do passado estarão sempre sentadas à mesa de negociação com as partes, mesmo que subliminarmente. Ao juiz nem sempre se dará o conhecimento da linha histórica que está por trás de cada processo e do modo como empresa e sindicato convivem. No entanto, é importante que ele tenha consciência até desse seu isolamento dos fatos inteiros, para que leve a bom termo a conciliação que pode alcançar efeitos para o futuro em relação ao modo como as operações administrativas da empresa se dão naquela específica faixa das relações trabalhistas.

A individualização do provimento envolverá sempre uma dose qualquer de reabertura cognitiva, cujo alcance vai variar na dependência da natureza do objeto da condenação e mesmo da dimensão do pedido e dos argumentos que lhe foram contrapostos na defesa. Pode haver casos em que haja a necessidade de arbitramento ou mesmo de artigos para a liquidação, pela impossibilidade de definição do sentido da condenação em cada situação individual sem a avaliação da prova específica quanto a cada empregado ou a alguns (algum) deles.

Por isso, deve-se tratar de uma questão que parece adjacente e cuja relevância é vista apenas sob o prisma da legitimação que é a exigência de relação de substituídos.

A controvérsia em torno da necessidade de autorização para a propositura da ação¹⁷, quando exista, é naturalmente superada pelo teor da sentença, que deve decidir a questão. A existência ou não de relação dos empregados substituídos, todavia, tem uma importância muito grande, não apenas para o estabelecimento dos limites de cognição no processo, como para definir as bases objetivas e subjetivas da coisa julgada e facilitar o processamento da execução.

Poder-se-ia afirmar que não haveria a necessidade de se arrolarem os substituídos na petição inicial, pois quem propõe a ação, presumidamente, saberia quem dela se beneficiaria. Os limites estariam postos pela circunstância que funda a pretensão no contexto da atividade da empresa. No entanto, encontra-se aí a primeira dificuldade prática de liquidação e execução da sentença oriunda de processo em que tenha havido a substituição e que deve ser compatibilizada com o instituto na peculiaridade da relação de emprego em que os destinatários, até pelo pressuposto inequívoco da pessoalidade (art. 3º da CLT), são definidos na rotina da empresa. Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins arrola com exatidão alguns dos pontos de estrangulamento que não podem ser superados porque implicam problema que, corriqueiramente, transforma-se em questão processual posta no processo e a envolver litigiosidade:

Na substituição processual trabalhista há necessidade de identificar quem são os beneficiários da decisão, visando, com isso, proporcionar defesa à parte contrária, que deverá verificar se o trabalhador é empregado da empresa, se o obreiro ainda trabalha na empresa, se pela data de admissão o empregado será beneficiário da ação proposta pelo sindicato, ou até para se saber se o eventual substituído pertence à categoria do sindicato ou à categoria diferenciada. O segundo fator é a possibilidade de os substituídos ajuizarem ações individuais, o que configuraria litispendência, pois a causa de pedir e o pedido são os mesmos e o sindicato substitui os empregados na propositura da ação. Não se pode relegar a apuração dos beneficiários da sentença envolvendo substituição processual para a execução do julgado, pois é preciso que sejam estabelecidos os limites subjetivos da coisa julgada. Entre os substituídos podem existir pessoas que sejam relacionadas com o juiz, implicando suspeição ou impedimento do magistrado (arts. 134 e 135 do CPC). Assim, é preciso saber se o empregado está ou não sendo

¹⁷ Cf. sobre o tema, entre outros, BASTOS; MARTINS, 1989, p. 114; CRETELLA, 1990, p. 297; FERREIRA FILHO, 1990, p. 45 e, especialmente, na versão mais atualizada, MARTINS, 2007, p. 207.

beneficiário da ação intentada pelo sindicato. Caso não sejam esclarecidas essas hipóteses, a empresa pode ver-se obrigada a pagar duas vezes direitos postulados em ações diversas: uma, a do sindicato; a outra, na própria ação proposta individualmente pelo empregado. A substituição processual não pode ensejar a escolha do resultado mais benéfico para o interessado, na hipótese da propositura da ação pelo próprio empregado ou pelo sindicato com substituto processual.¹⁸

A relevância de cada um dos aspectos levantados pelo autor é indiscutível e traz implicações concretas que se inserem no processo como problemas a serem resolvidos.

No entanto, sua posição não é unânime. Wagner D. Giglio, por exemplo, insiste em que não há necessidade de discriminar os beneficiários na petição inicial, remetendo essa especificação à execução do julgado:

[...] o Direito Processual do Trabalho, ainda em formação, mais flexível e mais adaptável às necessidades de um Direito (material) do Trabalho em rápida e incessante evolução, não deve apegar-se a princípios rígidos que nem mesmo o Direito Processual Civil respeita, sob pena de descumprir sua missão precípua, no mundo jurídico, de fornecer os meios para a atuação dos direitos subjetivos e se transformar, paradoxalmente, num empecilho à concretização da Justiça.

Com argumentação mais objetiva, Ben-Hur Claus acentua que a falta da relação dos beneficiários não causa cerceamento da defesa dos empregadores, posto que têm eles “meios para precisar os empregados que receberam o direito reclamado: não é necessário que o sindicato o informe de um dado de que ele dispõe”. (*LTr*, 54: 216)¹⁹

Nesse mesmo sentido, destaca-se a decisão proferida pela 4ª Turma do TST, em julgamento de Recurso de Revista interposto pela Companhia Docas do Ceará, no qual o recorrido era o Sindicato dos Trabalhadores nos Serviços Portuários de Fortaleza:

SINDICATO - LEGITIMIDADE ATIVA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. O sindicato, quando atua como substituto processual, na defesa de direitos individuais homogêneos, a exemplo de pedido de adicional de insalubridade, o faz em relação a todos os empregados integrantes da categoria. Precedente desta Corte (TST-IUJ-E-RR-175894/95). Inexigível a relação nominativa dos substituídos, na fase de conhecimento, visto que somente na execução se torna indispensável a identificação de cada um, para efeito do *quantum* da condenação, assim como desnecessária é a sua autorização para o ajuizamento da ação. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR-749.901/01.0 - 4ª T. - Rel. Min. Milton de Moura França - 13.08.2004)

¹⁸ MARTINS, 2007, p. 207-208. Cf. no sentido da configuração de litispendência em relação à ação individual proposta pelo substituído, TRT - 3ª Região - 3ª T. - 00020-2008-043-03-00-8 RO - Rel. Des. Bolívar Viégas Peixoto - DJMG 20.12.2008 e, em sentido contrário, TRT - 3ª Região - TRJF 00467-2008-036-03-00-9 RO - Rel. Des. José Miguel de Campos - DJMG 19.11.2008.

¹⁹ GIGLIO, 2003, p. 123.

A decisão parte da compreensão genérica dos objetivos e dos pressupostos da substituição processual. Se a pretensão nela deduzida não atinge direitos individuais, mas todos os que se inserem numa dada circunstância das que se apresentam no funcionamento e nas práticas da empresa, demandando apenas a interpretação de enquadramento jurídico, o rol de substituídos não poderia mesmo ser uma exigência. No entanto, quando se fala em acesso à justiça ou em efetividade, não se pode viver na zona da abstração. É imprescindível considerar que cada processo exige providências concretas de gestão que podem ser percebidas genericamente (como no caso das substituições processuais) ou especificamente (a partir de suas contingências particulares). Isso implica a absorção dos princípios como base de conduta e a de eficiência vem impregnada da necessidade de garantia do contraditório. A falta de limitação dos empregados pessoalmente atingidos e da extensão dos efeitos implicará o comprometimento do exercício do contraditório pela empresa. Se isso não se admite, fica a única outra alternativa: a reabertura de uma minuciosa fase de conhecimento no curso da execução em que situações específicas serão novamente ponderadas a partir dos limites postos na pretensão e na defesa e assimilados na coisa julgada. No caminho para a individuação, na execução, todas as questões, inclusive as preliminares (como a litispendência, a coisa julgada), voltarão a ser discutidas, o que representará a revivência da cognição, como se houvesse várias ações correndo simultânea e paralelamente num mesmo processo.

Quando se trata de execução, naturalmente, a limitação subjetiva deve partir dos termos do sistema que leva à definição da coisa julgada.²⁰ Se não foi apresentado rol de substituídos, ou se ele não foi exigido, define-se a extensão dela a todos os que se enquadrem nas balizas fixadas nos fundamentos, como suporte da pretensão, e na sentença. Poderá haver, então, o questionamento sobre a extensão dos efeitos da decisão aos não sindicalizados. Como se analisará brevemente adiante, a evolução da atividade sindical, no campo da negociação coletiva, levou à superação da distinção e não parece que outra consequência possa dar-se nesse caso em que se admite para a substituição efeitos da maior amplitude. Assim, sindicalizados e não sindicalizados devem ser individualizados na execução como destinatários dos efeitos da decisão.

O nível de cognição e da abertura para a instrução, especialmente no que concerne à liquidação, será maior nessas hipóteses, se as partes não se compuserem quanto aos detalhes relevantes da situação jurídica de cada um dos substituídos no que concerne aos efeitos da coisa julgada. Assim, ainda que pareça simples ou óbvio dizer-se que todos se enquadram como substituídos e, por conseguinte, destinatários do provimento, haverá esse momento em que será necessário definir quem são todos. E não se trata da mera elaboração de um rol, mas da consideração dos fatores que especificamente os identificam como

²⁰ No sentido de que o rol não limitava os substituídos, ver a decisão proferida no acórdão relativo aos autos TRT-3ª Região - 2ª T. - 01618-2005-016-03-00-9 AP - Rel. Des. Maria Lúcia Cardoso de Magalhães - DJMG 28.04.2007. No sentido contrário, cf. TRT-3ª Região - 3ª T. - Rel. Des. Maria Laura Franco Lima de Faria - AP-2153/01 - DJMG 19.06.2001.

destinatários do provimento e a extensão em que isso ocorre. Se, em relação à condenação em adicional de insalubridade, o tempo de trabalho em condições insalubres ou mesmo os meses em que se deu a concessão do EPI são dados significativos, em relação à condenação em verbas rescisórias, o tempo de casa, o volume de férias não gozadas ganham importância numa exemplificação ligeira daquilo de que se cuida aqui.

A dúvida ganha outras cores quando tiver havido apresentação de rol desde a inicial. A melhor interpretação é que encerra a coisa julgada nos limites traçados a partir dos sujeitos identificados desde a inicial como destinatários do provimento pretendido. Assim se terá mais segurança quanto ao esgotamento das faixas de litigiosidade.

Nesse sentido o aresto seguinte:

EMENTA: SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - INCLUSÃO DE NOVOS SUBSTITUÍDOS NA FASE EXECUTÓRIA - COISA JULGADA - IMPOSSIBILIDADE. Na hipótese dos autos, em que há decisão transitada em julgado, se o substituto processual utilizou-se do rol de substituídos, quando do ajuizamento da ação, tal impede, por si só, a inclusão de novos nomes, na fase executória, ainda que tenham relação jurídica idêntica, porquanto a limitação partiu de opção do próprio ente substituto, restringindo a *litiscontestatio* aos nomes declinados à exordial, encontrando-se, por conseguinte, fixados os limites subjetivos da condenação imantada pela *res iudicata*.

(TRT-3ª Região - 8ª Turma - 00994-2002-110-03-00-3 AP - Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle - DJMG 19.07.2008)

A matéria, porém, ainda não alcançou foros de absoluta univocidade, como se vê da decisão abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LEGITIMIDADE DO SINDICATO PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DOS INTEGRANTES DA CATEGORIA. Afronta ao artigo 8º, III, da Constituição Federal configurada, razão pela qual se dá provimento ao agravo interposto. Agravo de instrumento conhecido e provido.

(TST - RR 99886/2003-900-02-00 - 1ª T. - Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa - 13.06.2008)

No acórdão citado, o TST conheceu do agravo para destrancar recurso de revista e dar-lhe provimento, reconhecendo que os efeitos da sentença prolatada em 1º grau deveriam abarcar os integrantes da categoria não arrolados. A justificativa daquele colendo Tribunal baseou-se em afronta ao inciso III do artigo 8º da Constituição, porque, também em consonância com o STF, o sindicato representa amplamente a categoria e não apenas os filiados.

No entanto, no exame do mesmo tema, a 6ª Turma do TST negou provimento ao recurso de revista dos empregados não arrolados originariamente, ao argumento de que, não constando do rol de substituídos à época da propositura da ação, em que a interpretação fixada na Súmula n. 310 do TST vigorava, não haveria como invocar o princípio da igualdade assegurado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Implantar-se-ia, nesse caso, a força preclusiva da coisa julgada a obstar a extensão dos efeitos da decisão, se com ela não concordasse a empresa por francas razões de economicidade. Transcreve-se a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE - DESPROVIMENTO - PRETENSÃO DE EXECUÇÃO INDIVIDUALIZADA - RECLAMANTE QUE NÃO FEZ PARTE DO ROL DE SUBSTITUÍDOS - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Nega-se provimento ao agravo de instrumento, em processo de execução, quando o v. acórdão regional não nega a possibilidade de substituição processual, constatando apenas que o exequente não se encontra acobertado pela decisão exequenda, e decidir em sentido contrário violaria a coisa julgada assegurada no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna. Não demonstrada violação direta a dispositivo constitucional, incide o disposto no artigo 896, § 2º, da CLT e na Súmula n. 266 do TST. RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMADO - PREJUDICADO. Recurso de revista adesivo prejudicado, em face do desprovimento do agravo de instrumento do recurso de revista principal. (TST - AIRR e RR 5381/2006-011-09-40 - 6ª T. - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - DJ 30.05.2008)

A avaliação dos limites da coisa julgada constitui sempre o ponto que maior segurança trará na definição dos parâmetros da execução.

Isso acontece não apenas em relação à substituição processual propriamente, como também quando houver necessidade de interpretação de decisões proferidas em ações, com o mesmo objeto, que venham a ser trazidas na fase de execução como suporte de impugnação da empresa.

A simultaneidade de condenações decorrente do fato de o substituído já haver obtido tutela jurisdicional própria em ação individual exige a avaliação da pretensão deduzida, do fluxo processual e do teor da coisa julgada em todas as ações, partindo do princípio de que a empresa não pode ser obrigada a pagar em duplicidade.

No entanto, pode ser que o limite tenha sido traçado na ação individual ou mesmo na proposta pelo sindicato como se vê no exemplo abaixo:

INCLUSÃO DE SUBSTITUÍDOS NA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. Hipótese em que não há no comando judicial determinação para a exclusão de substituídos da conta de liquidação, mas tão-somente a dedução dos valores comprovadamente pagos sob o mesmo título em ações individuais ajuizadas. Agravo de petição do exequente provido.

(TRT - 4ª Região - AP 01949-1993-732-04-00-5 - 8ª T. - Rel. Flávia Lorena Pacheco - 21.06.2007)

Percebe-se nela o argumento no sentido da necessidade de respeito à coisa julgada.

Haverá, todavia, a necessidade de dilação probatória, com a apresentação de prova para cotejo da natureza da pretensão deduzida na ação individual e de seus pontos de contato com aquela que se deu a substituição, inclusive no que concerne a acordos que tenham sido formalizados.²¹

²¹ Cf. TRT - 3ª Região - 3ª T. - 02386-1989-011-03-00-3 AP - Relatora Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta.

Em todas as circunstâncias em que se discuta a extensão dos efeitos da sentença, o que parece haver de mais importante é o conhecimento intenso da questão, com o cuidado necessário, e sua exposição fundamentada numa decisão que possa ser discutida pelas partes, inclusive para a avaliação de riscos futuros que possam ser prevenidos por meio de acordo. Ainda que haja uma tendência a um volume de incidentes proporcional ao dos empregados abrangidos ou que tenham expectativa em relação à decisão, é preciso cercar o agravamento da litigiosidade e o melhor caminho para isso é a resposta imediata, além de clara e francamente deduzida. O respeito aos limites da coisa julgada será sempre uma medida de maior cautela.

A liquidação de sentença não é simples na maioria das ações em que há substituição processual, principalmente se as partes não se entendem bem e não se dispõem, espontaneamente, a cooperar para uma solução total. Uma empresa que não aceite o resultado da ação ou que não tenha condições financeiras de cumprir a sentença (fato que não exclui sua obrigação, mas que é da realidade e que deve ser considerado porque dificulta a efetividade da execução) carreará litigiosidade para o processo. Há os que acreditam em efeitos incisivos das multas a partir dos arts. 600 e 601 do CPC, entre outros dos vários dispositivos que as autorizam. Se, no primeiro caso, pode ser mesmo que elas constriam a conduta abusiva, no segundo caso, esse resultado é duvidoso. Para ele, mais uma vez, aponta-se para a necessidade de trabalho braçal do juiz e dos advogados no sentido da conciliação, mesmo que por etapas, como já mencionado. A criação da litigiosidade é uma conduta que decorre de atavismo, de um vício quase, e ela pode levar à discussão de aspectos impertinentes pelos próprios devedores, imprimindo uma delonga que poderia ser evitada pela razoabilidade da interpretação. Veja, por exemplo, qual seria a necessidade de discutir a projeção de uma condenação em adicional de insalubridade por lapso posterior à data de rescisão contratual, apenas porque não houve a delimitação expressa na sentença (em qualquer sentido).²²

A dúvida quanto à situação jurídica de um (ou de alguns) dos substituídos pode obstruir o fluxo do processo com relação aos demais, pela impossibilidade de homologação do cálculo integral.²³ Pode-se partir para a segmentação do processo de modo a que ele atinja o objetivo que é a celeridade.

Os sindicatos alegam que as ações coletivas possuem nítido cunho preventivo, estimulando o cumprimento dos instrumentos normativos e impedem, então, que a Justiça do Trabalho fique sobrecarregada com centenas de demandas

²² Nesse sentido, ver a decisão proferida no acórdão relativo aos autos TRT - 3ª Região - 2ª T. - 01618-2005-016-03-00-9 AP - Rel. Des. Maria Lúcia Cardoso de Magalhães - DJMG 28.04.2007.

²³ Cf. no mesmo acórdão retrorreferido, hipótese em que, na execução, não se localizaram documentos de quatro dos substituídos de um rol de mil, determinando-se por equidade o sobrestamento do feito em relação àqueles substituídos. Trata-se mesmo de típica situação de aplicação da equidade, como pontuação concreta de uma norma geral que, neste caso, por estranho que possa parecer é a sentença, ou seja, a norma individual por excelência - TRT - 3ª Região - 3ª T. - 02386-1989-011-03-00-3 AP - Relatora Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta.

individuais para discutir idêntica matéria. E isso é verdade. No entanto, o desmembramento na execução possibilita a quitação dos débitos menores e/ou incontroversos com mais agilidade, bem como permite a penhora de bens separadamente para cada um dos substituídos. Assim, essa prática confere a garantia do juízo, relativamente aos créditos indubitados e viabiliza, também, o julgamento de embargos à execução, quanto aos casos objeto de divergência, sem prejuízo do prosseguimento da execução. A matéria já vem sendo discutida e examinada como se vê no aresto abaixo, por amostragem:

AGRAVO DE PETIÇÃO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA SINDICAL - ISONOMIA - DESMEMBRAMENTO DA EXECUÇÃO COLETIVA. O desmembramento da execução coletiva não configurou violação ao princípio da isonomia, pois é princípio elementar de justiça tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. O tratamento diferenciado vedado pela Constituição Federal é aquele que visa a garantir privilégio à determinada pessoa ou classe sem qualquer respaldo. Na hipótese vertente o tratamento diferenciado dos credores trabalhistas visou a garantir a duração razoável do processo, a efetividade da tutela jurisdicional e que a execução se dê da forma menos gravosa para o credor, bem como a rápida satisfação dos créditos trabalhistas.

(TRT -3ª R. - AP 01944-1997-059-03-00-3 - 2ª T. - Rel. Vicente de Paula M. Júnior - 13.06.2008)

É importante observar que a fragmentação do processo, se ocorrida desde a fase de cognição, pode frustrar uma das finalidades da substituição processual, que é a obtenção de uma resposta uniforme para todos os substituídos, na medida em que torna possível que os recursos sejam apreciados por várias turmas de tribunal. No entanto, na execução, a vinculação à coisa julgada já constitui uma limitante na interpretação e o desmembramento a facilita, sem que se perca a essência da substituição.

Outro ponto delicado é a necessidade de outorga de mandato de cada substituído ao sindicato, na fase de liquidação de sentença. Sérgio Pinto Martins também trata do tema:

Na liquidação de sentença serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados por meio de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. Os valores que cada substituído tem a receber podem ser diferentes, em razão de diferença de tempo de casa, de salário etc. Declara o art. 38 do CPC que para receber e dar quitação é necessário que sejam conferidos poderes expressos nesse sentido na procuração. Dessa maneira, há necessidade de que o sindicato tenha procuração dos substituídos para o levantamento das importâncias depositadas, pois para ingresso de ação na condição de substituto processual não é necessária a procuração.²⁴

²⁴ MARTINS, 2007, p. 208.

Aqui se está claramente às voltas com outro paradoxo: confia-se no sindicato como defensor dos direitos dos empregados, mas desconfia-se dele no que concerne ao cumprimento de suas atribuições com a entrega dos valores. A desconfiança não é desarrazoada ou leviana. Ela decorre de riscos constatados na experiência concreta dos tribunais do trabalho.

Há muitas formas de resolver isso.

Talvez a mais simples delas seja pelo pagamento direto pela empresa dos valores devidos a cada um dos substituídos - o que é corriqueiramente feito quando tenha havido transação. Excetuando-se os empregados cujos dados estejam desatualizados, a empresa costuma ter referências mais completas do que o sindicato que mantém normalmente contato mais próximo apenas com sindicalizados, que, como se sabe, não costumam equivaler ao maior número.

A necessidade de procuração nos autos é um aspecto que dificulta a execução, principalmente quando o volume de substituídos for significativo. Diz-se isso não apenas à vista do aspecto quantitativo, propriamente, como da questão qualitativa. É comum que nessa fase apresente-se inclusive a figura da assistência e a intervenção direta do empregado no processo, representado por procurador especificamente constituído.

Já tive a oportunidade, há alguns anos, de decidir contrariamente à possibilidade de intervenção direta do empregado, como assistente, na substituição processual. Os argumentos que levaram à decisão foram mais da ordem da eficiência em relação ao processo, à vista do tumulto que resultaria na sua condução, nas audiências, nos controles que cabem à secretaria. No entanto, essa decisão não seria possível hoje, não apenas considerando a extensão da ideia de assistência, como principalmente porque se incentiva a participação ampla no processo até com a figura do *amicus curiae*.

A matéria foi debatida nos tribunais:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL ADMITIDA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO - TUMULTO PROCESSUAL E DIFICULDADE NA DEFINIÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS TITULARES DO DIREITO RECONHECIDO. O caso *sub judice* é realmente atípico, revelando-se oportuna a medida admitida pelo juízo da execução na tentativa, óbvia, de alcançar a satisfação do crédito de natureza alimentar por quem detém de fato o direito, notadamente diante dos incontáveis incidentes verificados nos autos e, sobretudo, na dificuldade de identificação dos substituídos pelo Sindicato, autor da ação na defesa de direito da categoria que representa, que no universo abrangente da reclamada, CBTU, foram alcançados pelo provimento judicial. De outro lado, não se pode entender que apenas para afastar a ilegitimidade ativa do sindicato-autor na ação é que o juízo de origem firmou entendimento de que a substituição seria ampla, abrangendo toda a categoria, nos termos do inciso III do artigo 8º da CF/88, mas sim que este foi o seu entendimento quanto à abrangência da decisão. Destarte, não se trata de incluir os agravados no polo ativo da relação processual, mas sim reconhecer que os mesmos são beneficiados pelos efeitos da condenação. Aliás, preconiza o art. 50 do CPC, que, pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no feito para assisti-la. Esta relação jurídica, referida no art. 54 do CPC, não é outra senão a

própria *res in iudicium deducta*, ou seja, na assistência qualificada o terceiro interveniente também é titular da relação jurídica deduzida no processo.

(TRT - 3ª R. - AP 03187-1992-012-03-00-4 - 4ª T. - Rel. Júlio Bernardo do Carmo - 12.04.2008)

A assistência, nesse caso, efetivamente reforça o confronto entre o individual e o coletivo que é insito no Direito do Trabalho e avulta quando se trata das especificidades da substituição processual no Processo do Trabalho, como acentua Wagner Giglio:

[...] a substituição, no processo trabalhista, é autônoma, porque o substituído pode desistir da ação e transacionar (cf. Enunciados do TST n. 255 e 180, respectivamente); concorrente e não exclusiva, porque nada impede que o substituído assuma a posição de parte (fato que ocasionaria a saída do sindicato do processo, visto que defesa é a concomitância, após a revogação da Súmula 310 do TST), de modo a somente admitir a legitimação extraordinária concorrente (poderão compor o polo ativo ou passivo da demanda tanto o titular do direito substancial, como o sindicato representante da categoria econômica ou profissional); e primária, porque o substituto pode propor ação sem aguardar, por algum tempo, a inércia do substituído.²⁵

Assim, a visibilidade dada ao empregado na execução, pela necessidade de individualização do provimento, pode levar a uma gama variada de pontuações controvertidas e de impugnações. Não se pode negar a dificuldade que isso impõe num processo em que o excesso já é um dado real. A possibilidade da intervenção direta do empregado (seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução) constitui mais um ponto de fissura que repercutirá nas medidas a serem usadas para o controle do fluxo do processo. Ela decorre, porém, da necessidade de ampliação do contraditório que nesses casos ganha ainda maior propriedade.

A atenção do juiz, portanto, é essencial para apartar e decidir com a rapidez possível os incidentes, evitando sempre que eles fiquem soltos no circuito dos despachos que levam o processo a lugar nenhum. A decisão, qualquer decisão, mesmo que abra a possibilidade do agravo de petição, é o único caminho para dar direção ao processo e para cortar a litigiosidade artificial que muitas vezes caracteriza o fluxo das manifestações na fase de execução e que, nesses casos, pode trazer efeitos ainda mais ruinosos.

Quando se fala em decisão refere-se a toda e qualquer definição sobre o modo como a execução deve prosseguir: a forma como os cálculos devem ser feitos em relação aos empregados e/ou temas em que haja controvérsia, a valoração a ser dada a determinadas circunstâncias que decorram da coisa julgada ou da situação jurídica da empresa e de cada um de seus empregados, circunstâncias novas e relevantes que se apresentem na execução e não foram objeto de apreciação na fase de conhecimento.

Não importa que o entendimento adotado por um juiz, em primeiro grau, não prevaleça, em razão do provimento dado ao agravo de petição de uma das

²⁵ GIGLIO, 2003, p. 119.

partes.²⁶ A celeridade e a eficiência decorrem diretamente do enfrentamento direto das questões controvertidas e da concessão às partes do direito à impugnação de modo a superar o mais rapidamente possível as etapas de contenção possível ao fluxo do processo.

Não há dúvida de que a exigência de procuração dos substituídos pode ser um aporte de segurança. Mesmo correndo o risco da instabilidade, mas o juiz pode avaliar isso caso a caso, à vista das contingências de cada processo e a partir da verificação do modo como o sindicato se conduz. E pode expor com transparência e clareza as razões de um entendimento contrário a essa perspectiva de conduta. A exigência de prova do pagamento do crédito dos substituídos pode ser uma forma mais adequada, até porque pressupõe a idoneidade do sindicato. Nesse sentido, cita-se a decisão do TRT da 4ª Região em agravo de petição:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO. Para fins de execução de direitos reconhecidos, o sindicato, na condição de substituto processual, tem legitimação extraordinária ampla, sendo desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Deverá o sindicato fazer prova, entretanto, de que o crédito reverteu aos legítimos titulares.

(TRT - 4ª Região - AP 00099-1987-011-04-00-1 - 1ª T. - Rel. José Felipe Ledur - 22.11.2007)

Outro ponto são os honorários advocatícios em relação ao sindicato substituto. No Processo do Trabalho, eles serão devidos tão-somente, nos termos da Lei n. 5.584/70, quando houver a existência, concomitantemente, da assistência do sindicato e da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal dos substituídos ou da impossibilidade dos substituídos pleitearem em juízo sem que haja o comprometimento do próprio sustento ou da família.²⁷

Assim, o simples fato de o sindicato atuar como substituto processual não autorizaria a condenação em honorários de sucumbência ou assistenciais. No entanto, a matéria tem interpretação ainda instável. Em 2005, a Subseção de Dissídios Individuais I (SDI-I) do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu, por maioria, o direito do sindicato que atua como substituto processual a receber honorários advocatícios. O entendimento do Min. Levenhagen, integrante da 4ª Turma do TST e apropriado na decisão proferida nos Embargos em Recurso de Revista então julgados, tinha o seguinte fundamento:

²⁶ Essa frase deveria ser escrita na primeira pessoa, porque ela resulta de uma convicção assentada de juíza que não se importa definitivamente com a alteração do entendimento em razão de recurso. Na execução, principalmente nas mais complexas, o fator mais positivo que pode haver é o fechamento de uma porta de impugnação e a definição de um modo de proceder. Quando se deixa o processo de execução ao sabor dos andamentos da secretaria, corre-se o risco de não se exaurir essa fase. Por isso, enfatiza-se o papel decisório do juiz como um dado essencial - o mais importante - para cortar o fluxo da impugnação da parte que quer protelar. Não se está referindo à aplicação de multa ou qualquer outra sobrecarga de sanção a se impor à execução forçada - que é sanção, na linha de Kelsen, já e sempre citada -, mas à rédea curta das decisões como o mais profícuo elemento de contenção da litigiosidade imposta como mera trama retórica ou de solução de questões intrincadas que obstruem o processo.

²⁷ Cf. TST - RR 35/1999-121-17-00 - 6ª T., Rel. Aloysio Corrêa da Veiga - DJ 13.06.2008.

Logo, se ao sindicato foi conferido tanto a prerrogativa de prestar individualmente assistência judiciária ao empregado quanto o poder de substituir a categoria por ele representada, não se mostra razoável que esteja impossibilitado de receber os honorários respectivos, a título de contraprestação pelos seus serviços, na condição de substituto processual. Se assim não fosse, estar-se-ia a privilegiar o ajuizamento de inúmeras ações individuais, na contramão do moderno movimento de coletivização das ações judiciais.²⁸

Em Minas Gerais, a seu turno, destaca-se que, em sessão ordinária realizada em 23 de agosto de 2007, o Tribunal Pleno do TRT-MG, apreciando o Parecer da Comissão de Jurisprudência n. 02/2007 (Processo n. 00530-2007-000-03-00-6 MA), decidiu-se, por maioria de votos, por editar a Súmula n. 26, com a seguinte redação:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Não são cabíveis honorários advocatícios em favor do Sindicato vencedor da ação, nos termos da Lei n. 5.584/70, quando figurar como substituto processual.

No entanto, dois dias depois, a 3ª Turma do TRT - MG entendeu que o sindicato que atuasse na qualidade de substituto processual tinha direito a honorários advocatícios, o que mostra que a matéria está longe de encontrar resposta definitiva.²⁹

Em artigo no qual faz um relatório das questões mais relevantes da Justiça do Trabalho, no ano de 2008, o Min. Ives Gandra Martins Filho afirma:

Prestigiando as ações coletivas, sem, no entanto, admitir parâmetros fora daqueles fixados legalmente, o TST reconheceu a possibilidade do pagamento de honorários advocatícios nas demandas em que o sindicato atua como substituto processual, mas desde que se comprove que os substituídos percebem salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou declarem a insuficiência econômica (TST-EED-RR-261.400/1996.7, Rel. Min. Brito Pereira, julgado em 12.08.08).³⁰

A indefinição que ainda prevalece em relação ao tema, porém, remete à análise de processos recentemente julgados que matizam a importância da questão que subjaz: a forma de remuneração dos serviços dos advogados nas ações em que o sindicato figura como substituto processual da categoria econômica.

Pode-se dizer que essa não é matéria que guarde relevância do ponto de vista jurídico no Processo do Trabalho. Tratar-se-ia de questão interna à administração dos recursos do sindicato que teria que reservar fundos para a cobertura da despesa relativa à contratação de advogados. Essa seria mesmo uma solução que extrajudicialmente se consumaria.

²⁸ Cf. a notícia intitulada TST já admite honorários a sindicato que substitui empregado, datada de 24.11.2005, <<http://www.tst.gov.br/noticias/>>, referindo-se a acórdão da lavra do Ministro José Luciano de Castilho nos autos de n. ERR 735863/2001.

²⁹ Cf. também, no que concerne ao TST, notícia referente ao dia 10.10.2007, <<http://www.tst.gov.br/noticias/>>.

³⁰ Cf. *Retrospectiva 2008*. No ano de 2008, o TST quebrou recordes de produtividade. <http://www.conjur.com.br/static/text/73094,1>. Acesso em 04 de janeiro de 2009.

A realidade aponta, porém, para uma nova controvérsia.

As ações em que há substituição processual são trabalhosas para os advogados e fogem à escala comum das individuais, para as quais há, como já referido, a previsão de condenação em honorários assistenciais.

Tem havido hipóteses em que assembleias da categoria profissional decidem pelo desconto de honorários advocatícios em percentual normalmente inferior a 15% sobre o montante recebido pelo empregado na hipótese de êxito. Os processos, alguns deles vindos da Justiça Estadual em razão da ampliação da competência (EC n. 45/04), importam enfoques variados a começar pelo polo passivo: alguns empregados que transigem e acatam os termos da decisão da assembleia; alguns estão desaparecidos; alguns apresentaram defesa, tudo se agravando quando são muitos os substituídos no processo principal. A opção de interpretação que tem prevalecido não valoriza ou atribui efeitos à decisão da assembleia. O fundamento é a impossibilidade de o sindicato cobrar essa prestação dos empregados, especialmente dos não-sindicalizados.

Não se trata de matéria insignificante até porque ela traz à tona a velha questão da extensão dos efeitos da atividade sindical aos não sindicalizados.³¹ Em que pese o entendimento majoritário, a exclusão dos efeitos quanto aos não-sindicalizados acaba por não incentivar a integração dos trabalhadores à entidade, na medida em que garante a participação nos bônus, mas a exclui em relação aos ônus. Assim, pode-se facilmente deixar a tomada de decisões a um grupo restrito porque a participação efetiva torna-se desnecessária já que os não-sindicalizados estão a salvo de qualquer desdobramento quanto a contribuições previstas sem maior lastro ou quanto à fiscalização da administração dos sindicatos.

O entendimento prevalente guarda razoável compatibilidade com o sentido geral de interpretação que tem sido adotado em relação à temática da liberdade de filiação dos empregados ao sindicato e, por isso, ela está em conformidade com uma tônica geral do sistema.³²

Mas a cena controvertida não se resume ou resolve nela. Há um sinal veemente que decorre dessas ações e que deve ser avaliado pela doutrina e pelos legisladores, já que os pressupostos da Lei n. 5.584/70 para o pagamento de honorários assistenciais são ampliados na substituição processual pela extensão de seus efeitos e pela teleologia que por meio dela se pretende assegurar.

Apesar de suas dificuldades práticas, a substituição processual tem papel muito importante no Processo do Trabalho. A legitimidade extraordinária deve ser exercida para facilitar o acesso à justiça pela coletivização da defesa dos direitos individuais dos integrantes da categoria que, por inércia, medo, constrangimento ou falta de informação, não buscam judicialmente seus direitos.

³¹ Veja-se o teor das OJs n. 17 e 119 da SDC do TST.

³² Não será ocioso para o tema, ainda que fora do escopo deste trabalho, uma visita à história da convenção coletiva em que se perceberá a transição da eficácia restrita aos sindicalizados para a eficácia *erga omnes*, em relação à categoria, como uma etapa essencial para a consolidação do instituto - cf. LOPES, 1998, p. 59. Qualquer proteção aos não-sindicalizados reserva-lhes a posição confortável de não participar, o que prejudica a solidez do movimento. A participação há de ser o canal maciço, e democrático, para a alteração das circunstâncias previstas que se apresentem como prejudiciais à categoria.

Não será ociosa a retomada da conclusão de artigo escrito por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena no início da década de noventa, mesmo que ele tenha partido de pressupostos diversos. O autor fala do processo ou da dialética de acomodação dos princípios constitucionais à concretude no que concerne à substituição processual (então a partir da edição da Súmula n. 310 do TST) e deduz o que chama de dois pontos fundamentais:

a) à obra elaborada da Constituição, como sucessão de preceitos formais - que, pela generalidade e pela abstratividade mais se inclinam para a natureza de normas principiológicas ou programáticas - se segue paralelamente e rente com a realidade jurídica susceptível de praticidade, a construção jurisprudencial dos Tribunais; b) o direito, como leito de canalização e de solução de conflitos de interesses, há de tender ao encontro com a ponderada medida das coisas, na inolvidada visão precursora de Aristóteles, quando se há de manter a substituição processual dentro de seus princípios finalísticos básicos, para que não seja atuada como arma deformadora da vontade daqueles a que visou procedimentalmente tutelar (os trabalhadores), sujeita a abusos contra a liberdade individual, a correta prestação de contas, a garantia do contrato de trabalho e a segurança do tráfego social e o resguardo dos princípios precursores que se extremam no art. 1º, IV, da Constituição Federal.³³

Este trabalho é apenas um repositório de muitas dúvidas e de algumas poucas certezas. As dúvidas são aquelas que a prática da execução nas substituições processuais apresenta como aspectos de frustração da finalidade do instituto, principalmente no que concerne à celeridade e à eficiência de seus resultados, pela necessidade de um enfrentamento cognitivo que obstrui o fluxo do processo com a rapidez desejada. A certeza é de que, no direito, as histórias não terminam como nos contos de fada. Se a abertura para a utilização ampla da substituição processual representou o atendimento de um desejo de todos que conheciam a potencialidade do instituto, é preciso partir para o enfrentamento aberto dos problemas que sua prática revela nas salas de audiência e nas secretarias das Varas do Trabalho onde o direito acontece de verdade. Infelizmente, há mais nessa história do que o beijo do príncipe que desperta e salva a princesa que nem sequer o conhecia.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2º, art. 5º a art. 17.

³³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Substituição processual - Processo do trabalho. *In*. VILHENA, 1994, p. 409.

- CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v.13).
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de processo*. São Paulo, n. 65, jan./mar. 1992.
- _____. O acesso dos consumidores à justiça. Resumido por Bento Herculano Duarte Neto. *Revista Synthesis*. São Paulo, n. 16, p. 17-19, 1993.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, v. 1.
- DUARTE NETO, Bento Herculano. *Temas modernos de processo e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- DUBUGRAS, Regina Vasconcelos. *Substituição processual no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. V. 1º, art. 1º a art. 43. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES JÚNIOR, Mário. *Substituição processual: da asfixia à overdose?* <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4372&%20Substituição%20processual:%20da%20asfixia%20à%20overdose?24/11/2003>. Acesso em 20 de junho de 2008.
- GUIMARÃES, Rogério de Almeida Pinto. *Considerações sobre a substituição processual no direito do trabalho*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6294>. Acesso em 20 de junho de 2008.
- BERNARDES, Hélio Gueiros. Substituição processual: o equívoco doutrinário da legislação do trabalho brasileira. O enunciado 310 da súmula do TST. *Revista LTr*. São Paulo, v. 57, n. 06, 1993.
- KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Substituição processual pelo sindicato. *Revista LTr*. V. 71, n. 04, abril/2007, p. 402-411.
- LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998.
- _____. O jogo: um paradigma para a execução. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 37, 2000, p. 187-219.
- MACIEL, José Alberto Couto. A substituição processual ilimitada concedida pelo TST aos sindicatos e a inviabilidade da execução. *Revista LTr*. São Paulo, v. 70, n. 09, setembro de 2006, p. 1047-1048.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. 9. ed., Campinas: Millennium, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- _____. *Retrospectiva 2008*. No ano de 2008, o TST quebrou recordes de

- produtividade. <http://www.conjur.com.br/static/text/73094,1>. Acesso em 04 de janeiro de 2009.
- MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges. *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
 - OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Da substituição processual no processo do trabalho - Interpretação dada pelo STF ao inciso III, art. 8º, da Constituição - Substituição atípica e peculiaridades do processo do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v. 71, n. 09, set. 2007.
 - PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Processo do trabalho: estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*. São Paulo: LTr, 1997.
 - PEREIRA, José Luciano de Castilho. *A constituição de 1988 - O sindicato - Algumas questões ainda polêmicas*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em 28 de junho de 2008.
 - PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.
 - SILVA, Antônio José Loureiro da. *A execução trabalhista e a efetividade da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 113 p.
 - TOPAN, Luiz Renato. *Ação coletiva e adequação da tutela jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993 (Coleção Momentos Jurídicos, n. 2).
 - TST discute honorários advocatícios a sindicatos - 10.10.2007. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/noticias/>>. Acesso em 28 de junho de 2008.
 - TST já admite honorários a sindicato que substitui empregado - 24.11.2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/noticias/>>. Acesso em 28 de junho de 2008.
 - VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.
 - VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

DECISÃO PRECURSORA

DECISÃO PRECURSORA

Decisão*

JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO

ATA DE AUDIÊNCIA RELATIVA AO PROCESSO Nr. 1773/92.

Aos 14 dias do mês de agosto do ano de 1992, às 15:24 horas, reuniu-se a 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte, em sua sede, e sob a Presidência da MM. Juíza ADRIANA GOULART DE SENA, presentes os Srs. Edson Antônio Fiúza Gouthier, Juiz Classista, representante dos empregadores e Miguel Sodré Mendes, Juiz Classista, representante dos empregados, para julgamento da Ação Trabalhista ajuizada por Amaury de Araújo Colem contra S.A. O Estado de São Paulo relativa a diferenças salariais, no valor de Cr\$500.000,00.

Aberta a audiência, foram, de ordem da MM. Juíza Presidente, apreogadas as partes, ausentes.

Após o que, proposta a solução do dissídio, colhidos os votos dos Srs. Juízes Classistas, a Junta preferiu a seguinte

DECISÃO

I - RELATÓRIO

Amaury de Araújo Colem, qualificado à f. 03, ajuizou Ação Trabalhista (art. 7º, XXIX, CR/88) em face de S.A. "O Estado de São Paulo", dizendo laborar há mais de 29 anos para a reclamada.

Informa que a partir de setembro de 1991 vem sofrendo uma série de pressões por parte do Sr. Warley Celso Ornelas, elencando as mesmas.

Aduz desprezo às suas solicitações para sair, solicitações estas advindas de problemas médicos. Em face do procedimento adotado pelo senhor acima mencionado, fica sem meio de comprovar a sua lisura.

Relata fatos ocorridos no dia 23 de junho e no dia 30 do mesmo mês e justifica sua conduta.

Portanto, elenca uma a uma as providências que entende devidas - f. 05. Atribuiu à causa o valor de Cr\$500.000,00.

Colacionou os documentos de f. 06/10.

Instrumento de mandato com firma reconhecida à f. 11.

Regularmente notificada (f. 12), defendeu-se a reclamada, preliminarmente impugnando o valor da causa, requerendo seja fixada em valor igual ou inferior ao de alçada.

Elenca data de admissão e funções exercidas, trazendo sua versão para as aludidas "perseguições" e diz não terem sido rasgados nenhum dos documentos.

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Aduz existir norma relativa a todos os funcionários, que não houve *bis in idem* e que o procedimento é correto, não havendo porque serem anuladas.

Pleiteia o julgamento antecipado da lide em face dos documentos, diz que a Justiça do Trabalho é incompetente para o pedido elencado na letra “b”.

Autorização à f. 19, procuração à f. 20, substabelecimento à f. 21.

Carreou aos autos os documentos de f. 22/37, impugnados às f. 38/39.

Foi ouvido o depoimento de um informante e de duas testemunhas - f. 43/47.

Não havendo mais provas a serem produzidas, ficou encerrada a instrução processual.

Razões finais orais.

Impossível a conciliação.

Tudo visto e examinado.

É o RELATÓRIO.

II - FUNDAMENTOS

Ao impugnar o pleito residente na letra “b” da exordial, a reclamada, mesmo que de forma transversa, aduz incompetência desta Justiça Especial ao fundamento que “a Justiça do Trabalho não tem competência para gerir e/ou interferir na gestão direta da reclamada”.

Todavia, referida pecha não se instala, porquanto a lide que originou aquele pedido tem fincas no contrato de trabalho existente entre as partes, decorrendo da relação de emprego.

Resta expresso no Texto Constitucional que

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores [...] - Art. 114.

É certo que

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. - Art. 5º, XXXV.

Ademais, velha de há muito a referida discussão, já restando sepultada, como sói acontecer nas sociedades democráticas, onde garantido ao jurisdicionado o acesso ao Poder Judiciário para tutela do direito que julga lesado ou ameaçado.

Notícia-nos tal discussão o eminente Prof. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena em seu livro *Direito do trabalho e fundo de garantia* no Capítulo em que trata da “Suspensão disciplinar e graduação da pena pelo juiz”, pág. 87, a saber:

A posição atual da jurisprudência situa-se em uma fase mais avançada do processo evolutivo da competência da Justiça do Trabalho, quando anteriormente se discutia inclusive a inadmissibilidade da interferência de seus órgãos judiciais na apreciação das suspensões disciplinares, em seu mérito, em sua manutenção e em seus efeitos. Daí o haver firmado o mesmo e colendo Tribunal Superior do Trabalho “a competência do trabalho para apreciar as reclamações que decorrem da imposição de penas disciplinares”.

Tal decisão remonta o ano de 1957... Efetivamente a discussão de há muito se escoou.

O interessante a se revelar no caso dos autos, o qual, também, possui o Juiz do Trabalho competência para “dizer o direito”, é que se busca em *ultima ratio* o estabelecimento de uma resposta às solicitações do autor.

Interessantíssimo o pedido, a par plenamente possível a análise por este Colegiado, a resvalar, passando ao largo, a incompetência alegada; porquanto, a não restar dúvida, que se está diante de um dissídio entre empregado e empregador, restando pretendido o estabelecimento de uma obrigação de fazer, acaso pertinente em face das normas jurídicas incidentes.

Presente o dissídio, evolui para o campo processual na figura constitutiva da *littis*, que, segundo “Liebman, haverá de compreender a relação jurídica de direito material em controvérsia. Por força que a implantação de uma situação jurídica definitiva na sentença será precedida das proposições debatidas no curso da causa e o sopesamento da conclusão recairá, necessariamente como a fase axiomática derradeira daquele conjunto de dados de fato e de direito submetidos ao Juízo.

INÉPCIA

lura novit curia

Da mihi factum dabo tibi ius

Ao dizer que não há relação lógica entre a causa de pedir e o pedido de letra “b”, aduziu a reclamada, aqui, também, de forma transversa, a inépcia do pleito.

Todavia, tal vício não se instala porquanto produzida pela ré efetiva e substancial defesa, até porque os fatos relatados nos remetem à presença de total lógica. Ademais, a garantia em face do novo Texto Constitucional há de ser da ampla defesa e do contraditório - art. 5º, LV - o que, *in casu*, restou perfilhado às partes, no especial, à reclamada.

Dessarte, falar não há em inépcia do pedido.

IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Inusitada a pretensão processual da reclamada ao arguir que impugnava o valor da causa, para que o mesmo restasse fixado em valor igual ou inferior ao de alçada.

Este Colegiado tem assistido inúmeras impugnações, mas nunca sob tal argumento, visto que, em *ultima ratio*, pretendia a ré a impossibilidade recursal desta decisão.

Não cabe ao Juiz proceder incisões de molde a prejudicar ou impossibilitar o duplo grau de jurisdição às partes, ainda mais que, se ao ajuizar a ação trabalhista o autor consignou valor que lhe garantiria o acesso ao Juízo *ad quem* numa hipótese de sucumbência; não seria este Colegiado que lhe retiraria tal vontade processual, mesmo que requisitado pela reclamada.

Se não pretendia recorrer ou se entendia “sem maior complexidade no campo do direito”, o que lhe incumbia era a renúncia (de seu direito) ao recurso e não pretender inviabilizar o direito da parte adversa.

Não há como acolitar a pretensão patronal, sob pena de se malferir princípios constitucionais, inviabilizando o acesso à justiça, inclusive o duplo grau recursal, tendência contemporânea inerente aos movimentos de tal acesso.

Portanto, rejeita-se a pretensão de ser fixado o valor igual ou inferior ao de alçada.

Merece ser registrado, de qualquer forma, que a matéria trazida à colação, mesmo em se tratando de questões de fato, pode trazer tal espectro de situações pessoais que, a complexidade anterior não aparente, se avoluma, de forma a superar, e muito, questões de grande vulto “financeiro”.

Evidente, às claras, que o dano que aqui se discute atinge a PESSOA, aí, sem dúvida alguma, a incidir toda a complexidade da mesma.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Não sendo acolhida a impugnação ao valor da causa e, também, ao ser determinada a audiência, em prosseguimento, para instrução processual, certo restou a rejeição ao pretendido julgamento antecipado da lide.

Entretanto, este Colegiado, perfilhando corrente de esmero à técnica judicial, faz registrar que o pedido pretendido, de qualquer forma, esbarra na novel Carta Magna onde garantidos às partes a “Ampla Defesa” e “Contraditório”. Referidos princípios insculpidos na nossa Constituição Cidadã - art. 5º, LV - trouxeram aos estudiosos do Direito uma nova visão do processo.

A inserção de tais axiomas no Texto Constitucional coroou luta originária na conscientização da sociedade de seus direitos básicos de cidadãos, a que incumbe o Poder Judiciário garantir e velar.

Assim, vários pontos do anterior Código de Processo Civil - editado num momento histórico diverso e com outras premissas - restaram revogados com a nova Carta Magna.

No entender deste Colegiado, o julgamento antecipado da lide, em que retirado das partes o direito da efetiva participação na formação do provimento, encontra-se revogado.

E assim nos posiciona com magistral sabedoria o Prof. Aroldo Plínio Gonçalves, em seu recente livro *Técnica processual e teoria do processo*:

Surge no quadro dessas renovações uma nova concepção de procedimento, como atividade preparatória do ato do Estado de caráter imperativo, o provimento, disciplinada por uma estrutura normativa em que as normas se encontram em uma especial forma de conexão. O centro de gravidade do Direito Processual Civil começa a se deslocar. Com base no renovado conceito de procedimento prepara-se um novo conceito de processo.

E acrescenta que:

A identificação do processo nessa estrutura normativa, como procedimento realizado em contraditório entre as partes supera a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é a oportunidade de participação paritária, é garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação. A possibilidade assegurada de participação em simétrica igualdade não se concilia com vínculo de sujeição.

Para fazer sublimar:

O processo libertado do conceito de relação jurídica renova-se na renovação do conceito de procedimento. O processo é um procedimento, mas não dos ritos e das formas a se justificarem a si mesmos. Um procedimento realizado em contraditório entre as partes, que trazem seus interesses contrapostos, seus conflitos e suas oposições à discussão no âmago da atividade que se desenvolve, até o momento final, um procedimento para a emanção de uma sentença participada, da sentença que é ato do Estado, mas que não é produzida isoladamente pelo Estado e sim resulta de toda uma atividade realizada com a participação, em garantia de simetria paridade, dos interessados, ou seja, dos que irão suportar os seus efeitos.

DEPOIMENTO COMO INFORMAÇÃO

Diante da declaração da 1ª testemunha de que era amigo íntimo do reclamante, a Junta colheu o seu depoimento como informação, nos termos do art. 829 da CLT.

Necessária a fixação da valoração do referido depoimento no contexto dos autos.

Dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegadas pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

É o princípio do livre convencimento, mas motivado, do Juiz.

In casu, embora ocorresse suspeição relativamente à pessoa que prestaria o depoimento (art. 405, § 3º, do CPC), a simples informação se fazia necessária para análise posterior em vista do contexto probatório dos autos (§ 4º do Diploma Legal). Não se perdendo de vista os princípios retroarticulados, inexistindo qualquer motivo para que não se colhesse a “informação”.

Momento processual próprio à verificação do “valor que possa merecer” (art. 405, § 4º, do CPC) o referido depoimento.

Já se disse que a sentença é *sentire*. No Juiz o fazer a Justiça é o alvo, a meta, a tarefa, a missão, o sacerdócio. Acrescente-se que a realização da Justiça é o fim para o qual se volta a atividade jurisdicional.

Pressionado entre um dever-ser normativo, cuja concretização lhe é atribuída, e uma realidade fática humana e social a que não pode ser impermeável e indiferente,

o juiz tem de ser mover em um contexto pessoal e institucional de marcante singularidade. (Juiz Mauricio Godinho Delgado - Discurso de Posse - 07.11.89)

Dessarte, perquirindo-se a “qualidade” ou “força de verdade” contida naquele testemunho, depreende-se sólido alicerce de formação de uma reta e linear convicção.

Acrescente-se que o que dos autos emerge não destoa do depoimento mencionado.

A doutrina abalizada, ao comentar o princípio de valoração da prova, adverte que, para conhecer-se o real valor dos depoimentos, estes deverão ser examinados, pesados e confrontados quanto ao seu sujeito e ao seu conteúdo.

A não restar dúvida que a pessoa que presta as informações, o modo e a forma destes repercutirão forçosamente na análise e apreciação do conteúdo do depoimento.

Diz Malatesta, citado por Moacyr Amaral dos Santos, que,

[...] para que possa ser acreditada, deverá não estar em condições de se enganar e se achar disposta a não querer enganar. Resulta disso que deverá ser apreciada do lado físico, do lado intelectual e do lado moral.

Bem merecerão ser tidas e lembradas as máximas de experiência, dignas de serem consultadas na apreciação - art. 335 do CPC.

É o complexo dessas considerações que determina a credibilidade subjetiva do testemunho.

Apreciando detida e argutamente o conteúdo do referido depoimento, indagando da possibilidade ou impossibilidade, probabilidade ou improbabilidade, verossimilhança ou inverossimilhança dos fatos, emerge, a este Juízo, a possibilidade de aferição daquelas informações como prova hábil a formar o seu convencimento - art. 131 do CPC.

MÉRITO

Ao poder de direção, reconhecido ao empregador pelo art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, corresponde o estado de subordinação do empregado, característica básica e fundamental do contrato de trabalho.

Desse poder de direção dimanam os poderes de regulamentação e disciplinar.

Dessarte, por corolário, ao poder jurídico de direção de comando e disciplinar do empregador corresponde o dever de obediência do empregado, sujeito a determinado comportamento, por obrigação contratual.

A violação do dever de obediência caracteriza insubordinação e indisciplina, faltas graves que justificam a dispensa por justa causa. (Juiz Nilo Álvaro Soares)

Contudo, o empregador não pode exercer arbitrariamente os poderes jurídicos de que se acha investido.

O poder regulamentador se limita quer pela intervenção da autoridade pública

em sua elaboração, quer pelo controle de organismos de representação do pessoal da empresa ou de delegações sindicais sobre o exercício desse poder.

O poder disciplinar é balizado pela lei, pela convenção e acordo coletivos e pelo próprio contrato individual de trabalho, assim como pela finalidade do direito de direção, a afastar o seu exercício, para fins de perseguição ou de simples capricho.

O Contrato de Trabalho, como qualquer outro, deve ser executado de boa-fé. O princípio da execução de boa-fé, como preleciona De Page (citado por Délio Maranhão), é um daqueles que constituem a base da sistemática jurídica em matéria de contrato.

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” - art. 85 do Código Civil.

Cada contratante, escreve De Page, é obrigado, pelo fato mesmo do contrato,

[...] a levar ao seu co-contratante toda a ajuda necessária para assegurar a execução de boa-fé do contrato. A solidariedade estabelecida, em vista da utilidade social, pelo vínculo contratual proíbe, a cada uma das partes, de ser desinteressar pela outra. Ambas se devem, mútua e lealmente, fornecer todo o apoio necessário para conduzir o contrato a bom termo.

À diligência, obediência e fidelidade do empregado é preciso que corresponda a compreensão do empregador de que seu “colaborador” é uma criatura humana “dotada de cérebro e de coração”, que, como tal deve ser tratado, e não como máquina.

Ensina-nos Délio Maranhão que

[...] o empregador tem, ainda, a obrigação de dar trabalho e de possibilitar ao empregado a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso. E, acima de tudo, tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana. São obrigações que decorrem do princípio geral da execução de boa-fé do contrato.

Desde que as partes, no contrato de trabalho, não se comportem regularmente em seus direitos e deveres, como os consagra na ordem jurídica, ao Juiz incumbe corrigi-las dentro daqueles padrões éticos, de justiça, que lhe ministram a ordem geral jurídica e a ordem específica do Direito do Trabalho.

Diz o emérito doutrinador Prof. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

Ora, o direito de suspender não nasce do patrão - pura e simplesmente do seu poder de comando. Aliás, poder de comando não se sustém no ar. Ele é outorgado pela ordem jurídica, ou por uma norma ou como decorrência do contrato.

Dessarte, exercendo atividade substitutiva, o Juiz se coloca no lugar do empregador, com seus poderes, e no do empregado, com os seus deveres, mais ainda, como representante da sabedoria estatal.

No campo do litígio, os poderes transmitidos ao julgador não podem sofrer, por isso, limitações.

Após todas as premissas retrotranscritas, não se pode ter, *in casu*, a conduta do empregado como desobediente ou justificadora das advertências perpetradas.

E assim se diz, porque o afastamento do serviço em virtude de cuidados médicos transcende a órbita do poder regulamentador do empregador, visto que tal afastamento reside em norma heterônoma específica, não podendo o “patrão” regular norma restringindo onde a lei não restringe.

As hipóteses em que buscava a empregadora justificar as advertências residiam em idas a médicos, que, no seu entendimento (conforme circular 01), tinham que ser comunicadas à chefia. É óbvio que a boa-fé - de que já se falou -, que permeia as relações de trabalho, aconselha uma conduta civilizada entre as partes integrantes da relação. Não menos óbvio é que, se o “chefe” não se encontra presente ou impossibilitado do atendimento (*v.g.* por estar em reunião com um cliente), o empregado avise a um colega de sua saída justificada LEGALMENTE.

Ora, a conduta revela-se injurídica, a par abusiva, não podendo ser acolitada, tornando as três advertências írritas, em face do extrapolamento do poder legítimo regulamentar do empregador.

O excesso se afigura pela própria condução da questão disciplinar pelo Sr. Warley, em nada justificando a conduta de rasgar o documento hábil e legal a justificar a falta ou a ausência momentânea do autor.

O respeito à pessoa humana é um dos pilares da sociedade moderna, não se podendo acolher como ponderada a conduta empresarial procedida. Os limites são impostos pela lei e, também, pelo bom senso.

Lembre-se de que a nossa Carta Magna assegura que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade - art. 5º, *caput*.

Restando, também, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. (art. 5º, X, CR/88)

Sendo que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante - art. 5º, III, CR/88.

Ademais, as situações relatadas pelas testemunhas - inação, mudança de sala, ausência de telefone, etc... nos remetem a situação insustentável, presente na relação de trabalho entre as partes. O que não se reveste de produtivo nem para a reclamada, nem para o reclamante, até porque inconstitucional, em face das inviolabilidades retrotranscritas, que não podem ser relegadas.

Frise-se que não se está olvidando de que possa o empregador ter suas normas, seus regulamentos; o que se está pontuando é que tais normas ou regulamentos não podem extrapolar as bases legais vigentes e muito menos ofender parâmetros obrigacionais básicos, como já relatados.

“Sair para ir ao médico” não é como “sair para ir tirar um talão no Banco Nacional” ou “tratar de assuntos particulares” (documentos de f. 36 e 37). Dessarte, em face de normas legais imperativas e cogentes, não há que se pedir permissão a empregador. A lei vale para todos e as normas trabalhistas como já sabido e consabido são irrenunciáveis pelas partes. O que se revestir de particular poderá

ficar a critério da chefia, autorizando ou não a saída. Todavia, o que inserido no comando heterônimo refoge à sua alçada permissional e reguladora.

E, se não bastasse, presente dupla “punição” (injurídica, ressalte-se) pelo mesmo fato - advertências de f. 08 e 09 em face da ausência do dia 23.06.92. Nem se argumente que aquela correspondência de f. 09 não seria uma advertência, porquanto a palavra “advertido” resta ali presente. Adverte-se de um fato e não se adverte para rememorar como quer fazer crer a reclamada.

Realmente, no caso de ausência legal o empregado não tem que pedir qualquer autorização ao empregador, efetivamente há que comunicar a sua ausência e, depois, trazer o documento hábil e legal a justificá-la. Enquanto vigente essa ordem jurídica, a Circular 01/92 não tem o condão de obrigar o empregado em face de ausência legalmente prevista, sob pena de se instaurar o verdadeiro “caos” jurídico, restando uma norma autônoma mais poderosa que a Lei. Mais e mais, impossível assimilar a conduta como idônea, juridicamente falando.

O fato de a circular ter sido encaminhada para todos os empregados nada mais é do que a obrigação mínima patronal, pois, a se raciocinar de outro jeito, as normas empresariais só se refeririam a determinadas pessoas, o que é vedado em face da impossibilidade de discriminação.

A tese da reclamada quanto à destinação de documentos é de todo equivocada, ainda mais em face da presença das condutas descritas pelas testemunhas e pelo informante, também. O próprio gesto de rasgar já não nos remete a uma serenidade que deve o chefe, como condutor e administrador do serviço, ter.

No caso dos autos o autor foi contratado para trabalhar e o fato de a empresa não lhe dar mais nenhum tipo de serviço (nesse ponto unânime a prova testemunhal) configura-se alteração lesiva do contrato de trabalho (art. 468 da CLT), a par de condição vexatória, em face do esvaziamento. Há casos clássicos neste Egrégio Tribunal, quando ainda vertente os estáveis decenais.

Mario de la Cueva assim esclarece:

Por subordinação entende-se o dever jurídico do trabalhador de prestar o serviço de conformidade com as disposições vigentes na empresa e com as instruções que, em qualquer tempo, dite o empresário, sempre que, neste último caso, não sejam contrariados os mandamentos legais, nem se agrave a condição do trabalhador. (*Panorama do direito do trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1965, pág. 80)

Ressalte-se que a irresignação patronal reside na questão do descumprimento da Circular n. 01/92 o que, por todos os ângulos que se analisou a questão, restou espancada: não se lhe acolitando como jurídicas e legítimas as 3 advertências aplicadas, tornando-as sem efeito.

E nesse ponto, exatamente na Circular n. 01/92, que procede o pedido da letra “b” da exordial. Ao dizer que os funcionários “só poderão deixar o seu local de trabalho mediante prévia autorização desta chefia”, a própria reclamada, através de sua chefia, instituiu o direito de resposta ao pedido de autorização. A autorização é uma resposta ao pedido de ausência do local de trabalho. Assim, não se está ingerindo no poder diretivo do empregador e, muito menos, criando uma obrigação vedada ou sem qualquer respaldo no mundo jurídico.

Ao tecer todas aquelas considerações iniciais sobre os princípios que regem o contrato de trabalho e as obrigações de ambos os contratantes e, até mesmo quando se transcreveram trechos do princípio constitucional do contraditório, demonstrou-se, inequivocamente, a presença da bilateralidade, da participação no contexto (do processo, do contrato, etc...).

Isso é hoje presença em todas as “situações” e não seria na sede empresarial que tal inexistiria, constituindo tendência contemporânea esse enfoque democrático.

Sobreleva notar que acaso dissesse que impossível o pedido do autor se estaria excluindo da apreciação do Judiciário um fato - ameaça de lesão - não se lhe permitindo.

Não há dúvida de que, ao instituir a autorização, instituiu em contrapartida, automaticamente, a possibilidade de negativa, assim, o pleito obrigacional (obrigação de fazer) constante na letra “b” procede. Dessarte, a reclamada, através do Sr. Warley Celso Ornelas, ou por quem credenciado, dará, após o passado em julgado desta decisão, RECIBO, na 2ª via de todas as solicitações do reclamante, para se ausentar de seu local de trabalho, admitindo-as ou não, submetendo-se a todos os efeitos legais em face de sua inadimplência.

Cumprir registrar que realmente a reclamada não procede nenhuma resposta aos pedidos do obreiro, ver a propósito os próprios documentos anexados, onde sequer constante um “ciente”, ou um “de acordo” ou até um “negado”.

Nada queda-se silente, como a proceder com descaso, o que não se admite, ferindo princípios fundamentais.

A admissão ou não dos pedidos de ausência, desde que não esbarre em situações encorajadas pelas normas heterônomas é da alçada do empregador, tanto que o que se pediu e o que ora se defere é exatamente o RECIBO ADMITINDO OU NÃO as solicitações de saída, já que as legais sequer passam pelo crivo da admissão ou não da reclamada, sendo obrigatórias.

Nenhum fato passa, ou poderá passar, despercebido ao julgador para concluir, quando deles é que extrairá a eficácia definitiva das coisa julgada como fim imediato e último do processo como o entendem juristas do porte de Couture ou Lopes da Costa. Toda a alegação contém um força jurídica expansiva e é o contorno de cada fato apurado na instrução que irá imprimir na consciência do Juiz um sentido médio de captação da norma ou do preceito aplicável. (Prof. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena)

Finalizando, em busca de uma síntese do que se trouxe à colação, transcendendo, inclusive, a hipótese de direito material, pode-se, sem dúvida alguma, transcrever o sempre culto e oportuno ensinamento de Carlos Maximiliano em sua magistral obra *Hermenêutica e aplicação do direito*:

A praxe, o ensino e a ciência não se limitam a procurar o sentido de uma regra e aplicá-lo ao fato provado; mas também, e principalmente, se esmeram em ampliar o pensamento contido em norma legal à medida das necessidades da vida prática. Além do significado de uma frase jurídica, inquirem também do alcance da mesma. Toda ciência legal é, consciente ou inconscientemente, criadora: em outras palavras,

propende para o progresso da regra formulada, até muito além do que a mesma em rigor estatui.

Na exegese dos atos jurídicos, unilaterais ou sinalagmáticos, ao juiz se atribui ampla discricção. O seu alvedrio é apenas condicionado pelo interesse social, pelos princípios de justiça e pelas regras especiais de Hermenêutica, em cuja apreciação ele goza, ainda, de toda autonomia:...

III - CONCLUSÃO

RESOLVE a 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte, à unanimidade, rejeitar a incompetência e a inépcia aduzidas relativamente ao pedido de letra "b" da exordial; rejeitar a impugnação ao valor da causa, de molde a garantir o duplo grau de jurisdição às partes; rejeitar o pedido de julgamento antecipado da lide; fixar como prova hábil a formar o seu convencimento o depoimento presente como informação (f. 43/45); e, no mérito, julgar PROCEDENTE a ação trabalhista que Amaury de Araújo Colem ajuizou em face de S.A. "O Estado de São Paulo", para tornar sem efeito as três advertências aplicadas ao autor pela reclamada conforme documentos às f. 08, 09 e 10 dos autos e, também, determinar à reclamada - S.A. "O Estado de São Paulo", através do Sr. Warley Celso Ornelas, ou por quem credenciado, que dê, doravante, RECIBO, na 2ª via de todas as solicitações do reclamante - Amaury de Araújo Colem, para se ausentar de seu local de trabalho, admitindo-as ou não, submetendo-se a todos efeitos legais, caso inadimplente.

Custas, pela reclamada, no importe de Cr\$20.816,00, calculadas sobre Cr\$1.040.800,00, valor arbitrado à condenação.

Intimem-se as partes.

Encerrou-se a audiência.

Comentário*

Se um de nós, por capricho, negar-se a pagar uma corrida de táxi, certamente terá de enfrentar a justa ira do motorista. Já no contrato de trabalho, como sabemos, o empregado cujo direito é violado simplesmente engole as suas raivas, o que acaba incentivando novas violações.

Essa comparação tão singela nos mostra como o Direito do Trabalho - pelo menos entre nós - está longe de corrigir o desequilíbrio entre as partes. Ele guarda, como um soldado, a porta de entrada do contrato; mas em seguida se afasta, discretamente, para só voltar mais tarde, quando o contrato já terminou.

Naturalmente, o enfraquecimento do princípio da proteção no curso do contrato não acontece em teoria, mas na prática; ainda assim, porém, pode ser explicado teoricamente, pois decorre da ausência de uma efetiva garantia de emprego. Em outras palavras, a falta de *uma única norma* enfraquece todas as outras.

É verdade que, a rigor, essa norma já existe. É o inciso I do art. 7º da Constituição. Mas como também temos o inciso I do art. 10 das Disposições Transitórias, é preciso todo um esforço de interpretação para torná-la operante¹ - esforço este que ainda não rendeu os resultados desejados, mesmo porque esbarra na falta de vontade política dos próprios tribunais.

É verdade, também, que há todo um contingente de auditores fiscais - inexistente no caso das corridas de táxi - que procura compensar aquela distorção. Aliás, essa enorme estrutura já demonstra, por si mesma, como o Direito do Trabalho (ao contrário do Civil) não se cumpre espontaneamente, pelo menos por inteiro.

Seja como for, e apesar dos fiscais, o fato é que só mesmo quando o sujeito tem condições de se defender é que a espada do direito consegue sustentar a balança. Chico Mendes foi um dos que melhor nos ensinaram isso, ao reunir os seringueiros para enfrentar as motosserras - na estratégia conhecida como *empate*.²

Pois bem. Nessa sentença pioneira, a colega Adriana Goulart de Sena, cuja bravura e sensibilidade nós todos conhecemos, descreve e julga um comportamento também pioneiro. O que temos aqui é um empregado que - rompendo com a normalidade - usa o seu *ius resistentiae*, tal como faria aquele motorista de táxi.

* Comentário feito pelo Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região aposentado e professor Márcio Túlio Viana.

¹ Nesse sentido, os colegas Antônio Álvares da Silva e Jorge Luiz Souto Maior argumentam que a regra transitória foi feita para as despedidas justificáveis, desde que não motivadas por justa causa. É possível entender também que a Convenção n. 158 da OIT ainda está em vigor - pois sua denúncia foi inconstitucional. O colega Luiz Otávio Linhares Renault acena ainda com outra possibilidade - a de aplicarmos à hipótese o princípio da boa-fé objetiva, positivado pelo novo Código Civil.

² Sabendo que os capangas do fazendeiro viriam com as motosserras, eles os esperavam de braços cruzados, ao lado das árvores, e em geral bastava aquela presença silenciosa para fazê-los recuar.

Pelas regras da empresa, ele só poderia deixar o serviço com a autorização do chefe. Mas o chefe não estava presente e ele se sentia doente. Por isso, avisou a um colega que iria sair, e de fato saiu; e foi punido com dupla advertência, seguida, ao que parece, de inatividade forçada.

Teria ele efetivamente usado do bom direito?

Na verdade, só conhecemos uma norma que prevê de modo expresso o *ius resistentiae*. Trata-se da Convenção n. 155 da OIT, segundo a qual o empregado pode recusar um trabalho que ponha em risco sua vida ou saúde. No entanto, a própria Constituição prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). De resto, se o nosso ordenamento permite a legítima defesa - quando *quem se defende, também ofende* - com mais razão deve possibilitar o direito de resistir - em que, quase sempre, *quem se defende não ofende*, pois o empregador que emite uma ordem ilegal não tem direito a ser ofendido.

Assim, o pioneirismo da decisão não está apenas em ter aplicado, de forma inédita, uma norma jurídica, mas em ter *descoberto* essa mesma norma, retirando-a das sombras. Aliás, como acontece com toda decisão criativa, o que houve não foi só descoberta, mas invenção; tal como uma hábil artesã, a nossa colega extraiu de materiais já velhos um produto original.

Mas há ainda outro detalhe. Como naquele famoso exemplo da pedra no lago, sentenças como essa se espraiam para outros lugares, mostrando a outros empregadores que o poder diretivo tem limites, e ensinando a outros empregados que é possível resistir - ainda que essa resistência possa se dar de forma menos própria, mediada por uma ação judicial.

Aliás, a propósito deste último detalhe, é importante notar como algumas decisões - inclusive do TST - já vêm concluindo que o empregado despedido por ter proposto reclamatória deve ser reintegrado, pois terá havido discriminação. Trata-se, é claro, de outro entendimento pioneiro e importante. Se essa boa nova também se espalhar, e os empregados começarem a agir no curso dos contratos, é possível até que o número de processos se reduza, ao invés de crescer, pois os empregadores se sentirão como nós, passageiros do táxi, ao avaliarmos se devemos ou não pagar a corrida.

Mas, voltando à sentença, e concluindo, talvez seja interessante lembrar que toda obra, mesmo a mais simples, carrega alguns traços da pessoa que a fez. Às vezes, são traços invisíveis - como o suor do operário que fabricou uma peça. Outras vezes, mais nítidos - como a pintura ou a escultura de um artista. Em maior ou menor medida, e como numa espécie de espelho, a criação reflete a criatura. Assim, como não poderia deixar de ser, esta *decisão pioneira* nos mostra as qualidades de sua autora, mas ao mesmo tempo revela as virtudes que todo bom juiz deve ter.

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

TRT-00328-2008-000-03-00-5-AA
Publ. no “MG” de 30.01.2009

AUTOR: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE EXTRAÇÃO MINERAL E DE PESQUISA, PROSPECÇÃO, EXTRAÇÃO E BENEFICIAMENTO DO FERRO E METAIS BÁSICOS E DEMAIS MINERAIS METÁLICOS E NÃO METÁLICOS DE CONGONHAS, BELO VALE, OURO PRETO E REGIÃO

RÉU: GERDAU AÇOMINAS S.A.

EMENTA: ACORDO COLETIVO DE TRABALHO CELEBRADO DIRETAMENTE COM OS TRABALHADORES ATRAVÉS DA COMISSÃO DE EMPREGADOS - RECUSA DO SINDICATO À NEGOCIAÇÃO - VALIDADE. Tensões e conflitos coletivos não têm outro caminho a seguir que não seja o da negociação, que é, a um tempo, uma conquista de todo tributária das liberdades democráticas; um princípio dominante no Direito Coletivo do Trabalho, porque dele se acercou diretamente a Constituição; e um princípio de dimensão política, pela sua natureza dialógica e sua projeção na esfera do agir. Se os sindicatos (as empresas também) ocupassem, com o maior empenho possível, o amplo espaço da negociação coletiva, continuamente, em consonância com a dinâmica dos fatos econômico-sociais, por certo que ampliariam

enormemente o coeficiente de legitimidade da sua extensa e relevante titularidade jurídica no campo da autonomia coletiva. A Constituição de 1988 valorizou muitíssimo a negociação coletiva e a ação sindical em vários aspectos, conectando-as logicamente, por isso que, numa de suas disposições, estatuiu a obrigatoriedade de os sindicatos participarem ativamente dela, do seu desenvolvimento, nos termos do art. 8º, VI. Mas o art. 617 da CLT, bem compreendido em seus fins e funcionamento, não desatende àquela norma constitucional; ele oferece, isso sim, uma regulação alternativa para a possibilidade de sobrevir a iniciativa direta de empregados que decidem pela celebração de acordo coletivo de trabalho. O que nessa regra constitui elemento diferencial é o poder de iniciativa dos próprios trabalhadores, que ocupam assim o centro de deflagração do processo negocial. Mas, ao fazê-lo, não põem de parte o sindicato, tanto que a este recorrem, comunicando-o da resolução que tomaram, em ordem a que ele assuma “a direção dos entendimentos entre os interessados”. À entidade de classe, portanto, tudo se reconduz, observando-se assim o preceito constitucional do art. 8º, VI. No caso, houve dupla recusa do sindicato ao pleno exercício da negociação

coletiva - ao não levar à assembleia a contraproposta da empresa e ao não assumir, em momento ulterior, os entendimentos como lhe solicitara a comissão de empregados. Não obstante a tradição de luta do autor e a sua inegável importância no movimento sindical, faltam-lhe, no presente caso, razões jurídicas para objetar com vantagem a legitimidade do acordo coletivo contra o qual se volta. Válido, pois, e apto a produzir os seus efeitos o instrumento coletivo que resultou da negociação entre a empresa e a comissão de empregados. Ação anulatória julgada improcedente.

Vistos etc.

RELATÓRIO

O SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE EXTRAÇÃO MINERAL E DE PESQUISA, PROSPECÇÃO, EXTRAÇÃO E BENEFICIAMENTO DO FERRO E METAIS BÁSICOS E DEMAIS MINERAIS METÁLICOS E NÃO METÁLICOS DE CONGONHAS, BELO VALE, OURO PRETO E REGIÃO, qualificado na inicial, ajuíza a presente ação anulatória em face de GERDAU AÇOMINAS S/A, pretendendo ver declarada a nulidade do acordo coletivo referente aos empregados da Mina de Miguel Burnier, celebrado entre a ré e uma comissão representativa dos trabalhadores.

Aduz, em síntese, que as negociações seguiam o seu curso regular, havendo ele expressado a sua recusa à contraproposta apresentada

pela ré, que continha cláusulas ilegais e/ou destinadas a suprimir direitos assegurados em lei, quando, em uma reunião realizada na Subdelegacia do Trabalho de Conselheiro Lafaiete, foi surpreendido com a notícia de que a ré assinara um “acordo coletivo de trabalho” com uma comissão de trabalhadores. Afirma não terem sido satisfeitos os requisitos do § 1º do art. 617 da CLT, porquanto o sindicato estava negociando com a empresa-ré. Sustenta a sua legitimidade ativa para propor a presente ação anulatória e, baseando-se na exclusividade da representação sindical para a negociação e celebração de acordo coletivo de trabalho (inciso VI do art. 8º da CR/88), bem assim no seu direito de não submeter à votação propostas ilegais constantes de algumas cláusulas apresentadas pela ré, requer a concessão de tutela antecipada para que seja liminarmente decretada a suspensão do acordo coletivo de trabalho em questão, com esteio nas disposições do art. 273 do CPC, em razão da verossimilhança do pedido e da existência de perigo de dano de grave ou difícil reparação. Ao final, pugna pela procedência do pedido, para que se declare a nulidade do acordo coletivo de trabalho celebrado entre a ré e a comissão de empregados.

Atribui à causa o valor de R\$20.000,00.

Junta procuração (f. 33) e documentos (f. 34/141).

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido, conforme a decisão de f. 143/144.

A ré apresentou sua defesa às f. 165/204, arguindo carência da ação por ausência de autorização da assembleia geral, nos termos do art. 615 da CLT e por aplicação analógica do art. 859 da CLT. Argui a ilegitimidade ativa do autor

para ajuizar ação anulatória, que competiria somente ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 da LC n. 75/93. Argui, ainda, carência da ação por ausência de interesse de agir, por não deter o sindicato autor legitimidade exclusiva para representar a categoria dos mineradores da Mina Miguel Burnier na negociação coletiva 2007/2009, segundo dispõe o art. 617 da CLT. Alega que deu início a negociações com o sindicato autor, visando assegurar aos empregados da Mina Miguel Burnier direitos equivalentes aos que mantém com outros sindicatos, mas o autor encerrou as negociações, por isso que o acordo coletivo foi celebrado com uma comissão de trabalhadores, consoante a regra do art. 617 da CLT. Afirmou que o sindicato recusou-se a submeter a contraproposta da empresa à deliberação dos trabalhadores, conforme ofício entregue em 12.12.07. Em 20.12.07, os empregados se mobilizaram e elegeram uma comissão para negociar o acordo coletivo de trabalho. A comissão notificou o sindicato em 27.12.07, para que este reassumisse a negociação. Transcorrido o prazo de 8 dias (art. 617 da CLT), a federação foi notificada, mas recusou-se, igualmente, a assumir a negociação com a empresa. Assim, os próprios empregados passaram a deter legitimidade para negociar diretamente. Publicado o edital de convocação, fez-se a assembleia com 82 trabalhadores, de um total de 111. Realizada AGE em 21.02.08, 78 empregados concordaram com a contraproposta de ACT, que foi aprovada. Sustenta que o art. 617 da CLT foi recepcionado pela Constituição, conforme entendimento do TST. Afirma que a vontade dos trabalhadores da Mina deve ser reconhecida e respeitada e que o acordo deve ser visto como um

todo, mas tece considerações sobre as cláusulas tidas como ilegais, isoladamente. Requer a improcedência do pedido e a condenação do autor em honorários advocatícios.

Juntou procuração (f. 156) e documentos (f. 205/678).

Deferida a produção da prova oral requerida por ambas as partes (f. 726), foram ouvidas as testemunhas indicadas (atas de f. 752/754 e 766/769).

As partes apresentaram razões finais (f. 776/779 e 780/787).

Remetidos os autos à d. Procuradoria do Trabalho, esta manifestou-se às f. 790/791, em parecer de lavra da Dr^a Elaine Noronha Nassif, opinando pela improcedência da ação anulatória. Exibiu cópia do PPI 1/2008, que veio a ser arquivado, f. 792/1059.

As partes tiveram vista do parecer do MPT e se manifestaram às f. 1068/1072 e 1077/1079.

É o relatório.

VOTO

Carência da ação - Autorização da assembleia

Segundo a ré, o autor é carecedor de ação porque se faz ausente, para a propositura desta demanda, a exigível autorização da assembleia geral, nos termos do art. 615 da CLT e, por aplicação analógica, do art. 859.

Sem-razão.

O art. 615 segue na linha de desdobramento do art. 613 (inciso VI, especialmente) e, em resumo, ambos tratam do conteúdo de convenções e acordos coletivos de trabalho, inclusive o seu processo de prorrogação, revisão, denúncia e revogação total ou parcial, deflagrado por convenientes ou acordantes. São normas, portanto, que concernem a direitos e obrigações dos

próprios pactuantes e a aspectos de ordem formal previstos no art. 614, com o qual se articulam.

No caso presente, não se trata de revogação e/ou denúncia entre acordantes ou por iniciativa de qualquer destes, até por que o autor não é um deles, e, antes, é quem se contrapõe ao instrumento coletivo de que não tomou parte, cuja nulidade constitui aliás o cerne da pretensão deduzida em juízo.

Se o objetivo do sindicato, em defesa de sua alegada prerrogativa, é precisamente o de anular o acordo coletivo de trabalho celebrado pela ré diretamente com a comissão de trabalhadores, está claro que ele age em nome e por direito próprio, independentemente de aprovação prévia em assembleia de trabalhadores. Em verdade, trata-se de simples incidência da garantia de acessibilidade do autor à jurisdição (CR, art. 5º, inciso XXXV), à qual se somam, é certo, os amplos poderes de titularidade jurídica reconhecidos aos sindicatos (CR, art. 8º, inciso III).

Na mesma esteira de raciocínio, não se há falar em aplicação analógica do art. 859 da CLT, por não se cogitar de instauração de instância em razão de dissídio coletivo, mas, insista-se, por tratar-se de postulada anulação judicial de acordo coletivo celebrado sem a participação do sindicato, sendo, pois, inexigível a realização de assembleia apenas para a propositura desta ação.

Rejeito a preliminar.

Ilegitimidade ativa - Ministério Público do Trabalho

Rejeito.

Argui o réu a ilegitimidade ativa do autor para ajuizar ação anulatória, que competiria somente ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 da LC n. 75/93.

A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ações dessa natureza é inegável, encontrando seu fundamento legal no inciso IV do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, que lhe atribui o poder jurídico de propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva de que resulte violação às liberdades individuais ou coletivas ou aos direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Mas, ao contrário do alegado, não se trata de prerrogativa exclusiva do Ministério Público do Trabalho. Se o acordo afeta, em tese, a posição jurídica do autor, pelas razões por este alegadas, o seu interesse e legitimidade interagem desde logo, independentemente de poder concorrer um terceiro a que se outorgaram em lei condições e titularidade jurídicas para fazer atuar a tutela jurisdicional.

Na espécie, basta que o sindicato se afirme titular de um dado interesse em conflito, como resulta da pretendida nulidade do acordo coletivo firmado nos termos mencionados, para que nele se reconheça a sua legitimação *ad causam*, de sorte a poder inserir-se, como parte, no processo.

Carência de ação - Ausência de interesse de agir

Finalmente, argui a ré que o autor é também carecedor de ação por faltar-lhe interesse de agir, uma vez que não detém legitimidade exclusiva para representar a categoria dos mineradores da Mina Miguel Burnier na negociação coletiva 2007/2009, como decorre da incidência, no caso, da disposição do art. 617 da CLT.

A matéria ora deduzida em sede de preliminar é precisamente aquela

objeto do mérito da ação anulatória, em que será apreciada.

Rejeito.

MÉRITO

Validade do acordo coletivo de trabalho celebrado diretamente com a comissão de empregados

Como se viu do relatório, a controvérsia concentra-se na aplicação do art. 617 da CLT. Ao relatar o processo n. 00163-2005-000-03-00-9-DC, entendi que o seu § 1º não tivera sido recepcionado pela Constituição de 1988, dada a sua incompatibilidade com a norma do inciso VI do art. 8º, que dispõe ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Mas esta Seção Especializada firmou entendimento contrário, reconhecendo então àquela regra plena vigência. Hoje, melhor refletindo sobre a questão, curvo-me à posição vencedora, que se consolidou igualmente no Tribunal Superior do Trabalho. Estou convencido de que o § 1º do art. 617 da CLT não atenta, direta ou indiretamente, contra o seu parâmetro de constitucionalidade, especificamente a citada norma de referência de que deriva a compulsória vinculação entre a negociação coletiva e os sindicatos.

O Direito Positivo brasileiro bem se apropria - adequadamente, quero dizer - dos fatos coletivos e dos sujeitos que substantivam semelhantes fatos, sujeitos que expressam livremente as vontades coletivas dos mais diversos grupos sociais. Essa consagração legislativa tem no seu vértice a Constituição mesma, no que esta, com especial atenção, dispôs sobre as formações sociais intermediárias em sua precípua finalidade de promover a

crescente expansão dos direitos fundamentais. No contexto, estão as entidades sindicais de trabalhadores e empregadores e, como conduto natural de toda essa dialética, a negociação coletiva. Aos olhos dos juristas, na tarefa que lhes cabe sempre de construir uma disciplina dogmática desde a ordem jurídica vigente, a Constituição de 1988 produziu grande avanço no campo temático do Direito Coletivo, como jamais se viu na experiência constitucional brasileira.

O problema é que esse salto dogmático, passados embora vinte anos, ainda não se fez realidade concreta, por conta da não rara discrepância entre norma jurídica e comportamento regulado, entre o modelo institucionalizado e a realidade prática. Se os sindicatos (mas as empresas também) ocupassem, com todo empenho, o amplo espaço da negociação coletiva já na própria empresa e no âmbito das categorias econômica e profissional, continuamente, em consonância com a dinâmica dos fatos econômico-sociais, por certo que aumentariam enormemente o coeficiente de legitimidade da sua extensa titularidade jurídica no campo da autonomia coletiva, especialmente o seu poder legiferante para reger as condições de trabalho.

Tensões e conflitos coletivos não têm melhor caminho a seguir senão o da negociação, que é, a um tempo, uma conquista de todo tributária das liberdades democráticas; um princípio dominante no Direito Coletivo do Trabalho, porque dele se acercou diretamente a Constituição; e um princípio de dimensão política, pela sua natureza dialógica e sua projeção na esfera do agir.

A Constituição de 1988, com sua manifesta vontade (vontade objetivada em seu programa normativo) de

reconhecer cada tema relevante para o país, de modo a permitir pelo menos que se encaminhem soluções possíveis para problemas estruturais, valorizou muitíssimo a negociação coletiva e a ação sindical em vários aspectos, conectando-as logicamente, por isso que, numa de suas disposições, estatuiu a obrigatoriedade de os sindicatos participarem ativamente dela, do seu desenvolvimento, nos termos do art. 8º, VI, como já referido. Essa norma realmente não permite que se adote uma configuração qualquer de que decorra a exclusão do sindicato de trabalhadores no âmbito da negociação.

Mas o art. 617 da Consolidação, bem compreendido em seus fins e funcionamento, não desatende àquela norma constitucional; ele oferece, isso sim, uma regulação alternativa para a possibilidade de sobrevir a iniciativa direta de empregados que decidem pela celebração de acordo coletivo de trabalho. O que nessa regra constitui elemento diferencial é o poder de iniciativa dos próprios trabalhadores, que ocupam assim o centro de deflagração do processo negocial, situação absolutamente normal no quadro de referência da autonomia coletiva, a que o direito posto deu expressão em regramento específico.

O certo é que os trabalhadores não agem deliberadamente à parte do sindicato, tanto que a este recorrem para que dê sequência a todo o processo. Convocam-no, em verdade, comunicando-o da resolução que tomaram, em ordem a que ele assuma “a direção dos entendimentos entre os interessados”. À entidade de classe, portanto, tudo se reconduz, respeitando-se assim o preceito constitucional da obrigatória integração sindical na negociação coletiva.

Leia-se o texto da norma:

Art. 617 - Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica.

§ 1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assuma a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final.

§ 2º Para o fim de deliberar sobre o Acordo, a entidade sindical convocará assembleia geral dos interessados, sindicalizados ou não, nos termos do art. 612.

Como se vê, a disposição infraconstitucional cumpre uma função de simples desdobramento, à vista de circunstâncias inteiramente plausíveis, por força das quais a iniciativa da negociação para fins de acordo coletivo de trabalho, num certo momento, terá sido dos próprios trabalhadores, o que pessoalmente considero um ponto ótimo de equilíbrio na articulação entre categoria e sindicato. Se há superfetação no dispositivo em tela, identifico-a no chamamento da federação e,

eventualmente, da confederação, etapas que consomem, sem maior sentido prático, um tempo que poderia ser atropelado algum abreviar-se em prol da mais rápida obtenção do acordo.

Não se está negando ao sindicato - e seria um equívoco palmar que se o fizesse - o direito de recusar os termos propostos pela empresa, podendo mesmo chegar ao impasse, mas desde que essa recusa corresponda à verdadeira vontade da categoria, aferida objetivamente, após ampla discussão e deliberação. Lembra-se de que a Constituição tomou em tal ordem de relevância a negociação coletiva, que mesmo a irredutibilidade salarial já não ostenta a sua tradicional feição dogmática, pois ela pode ser discutida, ponderada e, no limite, afetada em alguma medida. Por isso mesmo, todas as questões devem ser resolvidas na assembleia, não se admitindo, a bem da própria democracia da vida sindical, que os órgãos de direção, sem ouvir a categoria, por esta decidam.

Daí por que a injustificada recusa à negociação, por parte da entidade sindical, autoriza a incidência do art. 617 da CLT. Evidentemente, tal aplicação há de ser examinada de forma cuidadosa em cada caso particular submetido à apreciação judicial, de modo a que não se oblitere a norma do art. 8º da Constituição. Risco há, é claro, de tal raciocínio proceder por oposição a princípio de Direito Coletivo do Trabalho, mas o sindicato é quem, assumindo a negociação, pode sempre evitá-lo.

No caso vertente, uma breve retrospectiva dos fatos se impõe para melhor compreensão da controvérsia.

Com efeito, as negociações foram inicialmente entabuladas, realizando-se então a assembleia destinada à elaboração da pauta de reivindicações (f. 77), que, aprovada (f.

79/93), foi enviada à ré (f. 95); esta, por sua vez, apresentou a contraproposta de f. 117/121, salientando que essa era global e que a recusa, total ou parcial, importaria em sua retirada. Seguiu-se a resposta do sindicato, que não aceitou discutir as propostas da empresa como um “pacote fechado” e apresentou discordância em relação às cláusulas 5ª, 6ª, 8ª, 12ª, 23ª, 24ª, 25ª e 32ª (f. 124/125).

A ré enviou correspondência ao Sindicato Metabase em 12.12.07, reiterando o requerimento de que a sua contraproposta fosse submetida à assembleia de trabalhadores (f. 127). A resposta do sindicato, datada de 14.12.07, encontra-se à f. 247 dos autos, em que afirma textualmente: “Fomos absolutamente claros: MATÉRIA ILEGAL não pode ser objeto de votação.”

Aí teve início a reunião dos empregados visando a que se constituísse uma comissão para decidir sobre o acordo coletivo de trabalho (f. 254 e seguintes). Ao sindicato foi solicitado, através da comissão de trabalhadores eleita, que ele assumisse a direção dos entendimentos com a diretoria da empresa visando a assinatura do acordo coletivo de trabalho (f. 261), isso em 26 de dezembro.

O sindicato publicou o boletim de f. 269/270, em que explicou à categoria as razões de recusar-se a assinar o acordo, mas sem submeter a decisão à assembleia.

A comissão de empregados solicitou à Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas do Estado de Minas Gerais (FTIEMG) que tomasse a direção dos entendimentos com a GERDAU (f. 273), o que foi declinado como se verifica de f. 284, seguindo-se a negociação direta entre a comissão e a empresa, donde resultou o acordo coletivo de f. 344/364.

Pois bem. Tenho que houve, no momento decisivo, incontornável recusa do sindicato em dar curso à negociação, na medida em que ele se negou a apresentar, em assembleia, a contraproposta da ré aos trabalhadores. Esse fato é para mim crucial, porque considero inadmissível que os interessados não sejam chamados a deliberar sobre condições de trabalho próprias, que se incorporam ao repertório do seu cotidiano, tanto no chão da fábrica como para muito além, e, por isso, não se pode arrebatar-lhes uma tal decisão, que é insuprível, salvo se os mesmos interessados, por razões de sua estrita conveniência, expressamente entenderem de transferi-la ao sindicato, por deliberação que sempre lhes caberá.

Tal conclusão de que a negativa partiu do sindicato, e não dos próprios empregados, acha-se indubitavelmente demonstrada, seja pela carta do sindicato à ré, f. 247, recusando-se a submeter à votação a proposta da empresa, seja pela prova testemunhal que se produziu no feito, como se vê das declarações das testemunhas da ré, que confirmam o interesse dos empregados em celebrar com ela o acordo coletivo (f. 752/754 e 766/769).

É certo que a testemunha do autor, Edna Aparecida Campos, auditora fiscal do trabalho em Conselheiro Lafaiete, informou que “recusou o depósito do acordo coletivo celebrado com uma comissão de empregados, e não com o sindicato profissional, entendendo a auditora que não há recusa sindical em negociar, e que não fazia sentido o argumento empresarial do art. 617 da CLT” (f. 766), mas, como bem salientou a i. representante do Ministério Público do Trabalho, “a auditora ouvida como testemunha demonstrou desconhecimento quanto às questões relativas a assembleias

realizadas pelo sindicato” (f. 790/791). Veja-se que a testemunha da ré, Sebastião Sousa Sales, explicitou “que pela falta de reajuste salarial e outras questões, partiu dos empregados a iniciativa de criar uma comissão para, cumpridas as etapas legais, negociar com a empresa”, salientando: “depois do surgimento da comissão, o autor não fez outras reuniões com os empregados” (f. 768).

Ressalto ainda que a i. Procuradora do Trabalho esclareceu que recebeu a “denúncia sobre ilegalidades contidas no ACT celebrado entre a GERDAU e o Sindicato dos Metalúrgicos de Ouro Branco, mediante petição encaminhada pelo sindicato autor desta ação. A denúncia deu origem ao PPI 1/2008, que já foi arquivado conforme parecer final” (f. 790/791).

Portanto, neste caso o sindicato não ocupou, como devia, o espaço que constitucionalmente lhe é assegurado para o pleno exercício da negociação coletiva. Pode-se dizer que houve dupla recusa do autor, ambas equivocadas, ambas contrárias à negociação - a de não levar a contraproposta da ré aos trabalhadores e a de não assumir os entendimentos, em momento ulterior, como lhe solicitara a comissão de empregados.

Negociar o conflito trabalhista é ir tão longe na tarefa de persuadir quanto seja isso possível e, no plano interno, ouvir a categoria (ou a fração da categoria diretamente interessada, como no caso), reunindo-a em assembleia para debater e deliberar, soberana e esclarecidamente, sobre as propostas e o modo de construir, para a situação concreta, a solução que se afigurar razoável, ainda que tal solução seja o impasse.

Respeitando a tradição de luta do autor e a sua inegável importância no

cenário sindical brasileiro, entendo que, no presente caso, faltam-lhe razões jurídicas para objetar com vantagem a legitimidade do acordo coletivo contra o qual se volta.

Em suma, o sindicato e a federação, convocados embora a assumirem os entendimentos com a empresa ré após manifesta resolução dos trabalhadores no sentido de firmarem com a última acordo coletivo de trabalho, a tanto não atenderam efetivamente, daí advindo a celebração do acordo diretamente entabulado com o empregador pela comissão de empregados, razão por que se cumpriram regularmente as formalidades e o procedimento instituídos no art. 617 da CLT. Válido, pois, e apto a produzir os seus efeitos o referido instrumento coletivo.

Por isso, julgo improcedente esta ação anulatória.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Seção Especializada de Dissídios Coletivos, hoje realizada, julgou o presente feito e, por unanimidade, rejeitou as arguições de carência da ação e de ilegitimidade ativa e, no mérito, julgou improcedente o pedido. Custas, pelo autor, no importe de R\$400,00, calculadas sobre R\$20.000,00 valor dado à causa na inicial.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2008.

CAIO LUIZ DE ALMEIDA VIEIRA DE
MELLO
Presidente

MARCUS MOURA FERREIRA
Relator

TRT-00928-2008-136-03-00-1-RO
Publ. no "MG" de 11.02.2009

RECORRENTE: GERALDO ROGÉRIO
RAMOS

RECORRIDA: COMPANHIA DE
SANEAMENTO DE MINAS
GERAIS - COPASA/MG

EMENTA: CONTRATO A PRAZO - VALIDADE - COPASA. O reclamante não só tinha ciência, mas aceitou a circunstância de que seria contratado mediante prazo determinado e que permaneceria "no cadastro de concursados aprovados, no mesmo cargo/função/região e posição de classificação", e que ficaria assegurado o seu "direito de, a qualquer tempo, e respeitada a ordem de classificação dos candidatos, ser convocado para admissão no quadro efetivo de empregados da COPASA, de acordo com a disponibilidade de vagas e respeitado o prazo de validade do Edital". Destarte, o contrato de trabalho do reclamante extinguiu-se por decurso do prazo, não se constatando qualquer irregularidade apta a reconhecer a alegada nulidade e consequente reintegração ao emprego.

Vistos etc.

RELATÓRIO

A Juíza Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker, da 36ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, por meio da r. sentença de f. 270/274, cujo

relatório adoto e a este incorporo, julgou parcialmente procedente a pretensão exordial, condenando a demandada ao pagamento das verbas discriminadas no *decisum*.

Recurso ordinário interposto pelo reclamante às f. 275/315, reiterando as seguintes questões: nulidade da dispensa imotivada e conseqüente reintegração ao emprego; dano moral e adicional de transferência.

À f. 320 o autor pleiteou a execução provisória. Sobre esse pedido, manifestou-se contrariamente a ré às f. 323/324.

Contrarrazões, às f. 325/335.

A julgadora de origem deferiu o requerimento para início da execução provisória, determinando a formação da carta de sentença (f. 342).

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e das contrarrazões.

Juízo de mérito

Nulidade da dispensa e reintegração

No concurso público realizado pela ré, conforme Edital 011/2004, o reclamante foi classificado em 70º lugar para exercer a função “Técnica Oper. Redes de Água e Esgoto” (de acordo com o documento de f. 37 - resultado do certame). A propósito, o Edital 011/2004 (f. 25/35) é expresso em esclarecer que aquele concurso era “destinado ao preenchimento de vagas

e à formação de cadastro de reserva no âmbito do Estado de Minas Gerais, para os cargos de Analista de Saneamento e Agente de Saneamento”. O obreiro foi convocado para apresentação de documentos, nos termos do referido Edital (f. 39 e 166). Nesse contexto, as declarações de f. 168/170 comprovam que o demandante não só tinha ciência, mas aceitou a circunstância de que seria contratado mediante prazo determinado e que permaneceria “no cadastro de concursados aprovados, no mesmo cargo/função/região e posição de classificação”, e que ficaria assegurado o seu “direito de, a qualquer tempo, e respeitada a ordem de classificação dos candidatos, ser convocado para admissão no quadro efetivo de empregados da COPASA, de acordo com a disponibilidade de vagas e respeitado o prazo de validade do Edital”.

Sob esse prisma, a documentação de f. 173/175 demonstra que o reclamante, quando da assinatura do pacto laboral, novamente foi cientificado que o contrato de trabalho era por prazo determinado (cláusula II. 1), atingindo o termo final em 03.04.2007, mesma data em que ele alega ter sido dispensado injustamente. Aliás, consta na CTPS (cópia de f. 57) que a admissão se deu em 04.04.2005, no cargo de “Agente Saneamento VI”, tendo por data de saída o dia 03.04.2007. O aviso de f. 176, datado de 28.03.2007, comunica ao recorrente o término do contrato por prazo determinado em 03.04.2007, situação que também consta no TRCT de f. 73/74 e 172.

Por outro lado, a função para a qual o autor foi classificado era nominada “Técnica Oper. Redes de Água e Esgoto” (f. 37). Porém, pelo contrato de trabalho por prazo

determinado de f. 173/174, o reclamante foi admitido para cumprir as funções atinentes ao cargo de Agente Saneamento VI, na especialidade “técnica em projetos e obras”. Frise-se que inexistem nos autos elementos probatórios de que, apesar das denominações distintas, a função efetivamente exercida pelo obreiro era idêntica àquela para a qual foi aprovado. Já os documentos de f. 41/54 não se prestam aos fins a que se destinam, porque não há como relacioná-los diretamente ao obreiro. Portanto, a circunstância isolada constante no crachá de f. 58 de o obreiro ser “efetivo” não é suficiente para descaracterizar toda a documentação juntada ao feito em sentido contrário.

Assim, ao revés do que se afirma no recurso, a mencionada contratação não se deu na modalidade de contrato por prazo indeterminado em virtude da aprovação do obreiro no certame em estudo. Tanto é assim que o documento de f. 37 demonstra que o autor, no concurso a que se submeteu, optou por trabalhar na abrangência da RMBH e na própria inicial é narrado que o demandante jamais laborou na Região Metropolitana de Belo Horizonte (cf. f. 10).

Note-se que o Termo de Ajustamento de Conduta 470/2004, firmado pela demandada em 07.12.2004 perante o Ministério Público do Trabalho, dispõe no item 04 que:

A contratação por prazo determinado somente será permitida para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, observadas as disposições do inciso IX do art. 37 da Constituição da República.

§ 1º - Admitir-se-á o recrutamento de pessoal para atender às

necessidades temporárias de excepcional interesse público através de processo seletivo simplificado, sujeito à ampla divulgação em pelo menos um jornal de grande circulação no Estado, ou mediante utilização do cadastro dos candidatos aprovados em concurso público da empresa.

§ 2º - As contratações temporárias serão celebradas pelo prazo máximo de até 2 (dois) anos, sendo permitida uma única prorrogação, observado o limite máximo fixado.

§ 3º - Prescindirão de processo seletivo apenas as contratações temporárias para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública ou estado de emergência. (f. 181)

Relevante destacar a informação colhida pela Juíza de origem no sítio informatizado da reclamada no sentido de que:

A aprovação de candidatos para o cargo de “Técnico de Projetos e Obras” ocorreu apenas com a realização do certame referente ao Edital 012/2005, conforme anexo I, II e III, publicado em 21.09.2005 no “MINAS GERAIS”. (f. 271)

Dessa maneira, ainda que o TAC em questão tenha sido firmado posteriormente ao resultado final do concurso em comento, é inegável que o seu teor autoriza a contratação temporária do reclamante para laborar em função distinta para a qual prestou o concurso. Além do mais, a ré utilizou-se do cadastro dos candidatos aprovados no concurso público realizado no início daquele mesmo ano, como explicitamente previsto no Edital 011/2004.

Destarte, o contrato de trabalho do reclamante extinguiu-se por decurso do prazo, não se constatando qualquer irregularidade apta a reconhecer a alegada nulidade e conseqüente reintegração ao emprego.

Apenas como reforço de argumentação, ainda que o recorrente tivesse sido contratado em decorrência de concurso público, o pedido exordial é mesmo improcedente. Isso porque, é cediço que o empregado da COPASA não faz jus à estabilidade, nos termos do item II da Súmula n. 390 do TST, *in verbis*:

Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Desse modo, a reintegração da reclamante não tem amparo legal, pois inexistente qualquer dispositivo que lhe assegure estabilidade ou garantia de emprego. Ressalte-se que o item I da Orientação Jurisprudencial n. 247 do TST/SDI/1 consigna entendimento no sentido de que a

[...] despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade.

Pertinente ao tema é o ensinamento do constitucionalista José Afonso da Silva, que, discorrendo sobre a estrutura básica da administração pública, a partir da vigência da Carta Magna de 1988, e, em particular, sobre as paraestatais, assevera:

As empresas públicas, as sociedades de economia mista e

suas subsidiárias são as entidades da administração indireta pelas quais o Poder Público explora atividade econômica. Elas podem também ser utilizadas para a prestação de serviços públicos. Mas a exploração de atividade econômica pelo Poder Público (federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal) somente poderá realizar-se por essas entidades, por força do disposto no art. 173, § 1º, ficando elas, nesse caso, sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, e não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, evidentemente do mesmo ramo de negócio.

(*Curso de direito constitucional positivo*, 5ª Edição, p. 552)

Diante do exposto, sob todos os ângulos em que se examina a matéria, não há como prover o apelo obreiro. Acrescente-se, por fim, ser de todo incogitável supor a ocorrência de afronta às normas constitucionais e infraconstitucionais invocadas no recurso. Desprovejo.

Indenização por dano moral

Os danos morais se relacionam com o sofrimento, a vergonha, o receio, constrangimentos e humilhações, além da redução da qualidade de vida (ainda que temporários). Tais sentimentos e fatos concretos não se apagam com o tempo.

Contudo, para se amparar a pretensão indenizatória por esses danos, necessária a coexistência de três requisitos na etiologia da responsabilidade civil, considerados essenciais na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou

erro de conduta, o dano e o nexo de causalidade do evento com o trabalho. Referida indenização, prevista no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição da República e artigos 186 e 927 do nCC (art. 159 do Código Civil de 1916), pressupõe um comportamento do agente que,

[...] desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou direito deste. Esse comportamento deve ser imputável à consciência do agente por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

(STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 2ª edição, ed. Revista dos Tribunais)

É o ilícito ou erro de conduta do empregador ou de preposto seu, atuando como fonte geradora de responsabilidade, devendo o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados.

No caso em exame, não há no feito prova no sentido de a demandada ou seus prepostos terem praticado ato que importasse em constrangimento e humilhação ao obreiro, resvalando para o desrespeito com a pessoa humana, além de atitudes abusivas consistentes em perseguir o autor, pressioná-lo, depreciá-lo ou acarretar sua exposição a situações ridículas, degradando o ambiente de trabalho, com acarretamento de danos relevantes à sua personalidade, dignidade e integridade física e psíquica.

Saliente-se que sequer restou evidenciada a ilicitude da contratação por

prazo determinado e a posterior dispensa, sendo, inclusive, im procedente o pedido de reintegração ao emprego.

Assim, não restou comprovado qualquer prejuízo sofrido pelo recorrente, o que impede a responsabilização da ré pelos danos vindicados (art. 818 da CLT c/c inciso I do art. 333 do CPC). Portanto, o caso em apreço não enseja a reparação pretendida, eis que não se desincumbiu o reclamante de demonstrar a prática de ato ilícito do empregador capaz de ocasionar-lhe lesão à sua dignidade pessoal, na forma prevista pelo inciso X do art. 5º da CR/88, bem como pelo art. 186 do Código Civil, subsidiariamente aplicado ao Direito do Trabalho, por força do art. 8º da CLT. Não se pode olvidar da precaução necessária quando da análise do pedido de indenização em decorrência de dano moral a fim de se evitar que a conquista desse direito não seja banalizada ou levada ao descrédito.

Destarte, não restaram caracterizados os pressupostos do art. 927 do Código Civil para deferimento da indenização por dano moral.

Nada a prover.

Adicional de transferência

O reclamante sustenta que foi contratado para trabalhar na cidade de Ipatinga e de lá foi transferido provisoriamente para Coronel Fabriciano, depois Ipatinga, Nossa Senhora do Porto (de janeiro de 2005 a julho de 2006), de novo para Ipatinga e, posteriormente, Conceição do Mato Dentro (de julho de 2006 a abril de 2007). Requer, via de consequência, o pagamento do adicional de transferência respectivo.

A meu ver, sem-razão.

O TST firmou entendimento de o adicional em comento somente ser

devido na hipótese de transferência provisória. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 113 da SDI-I.

O contrato de trabalho de f. 173/174, celebrado em 04.04.2005, notícia que o autor foi lotado inicialmente na cidade de Ipatinga. Os documentos de f. 83 e 85, bem como a prova oral produzida à f. 267 comprovam que o autor residiu em Coronel Fabriciano e trabalhou na Região do Vale do Aço até novembro de 2005. Todavia, nesse período não é devido o adicional citado em epígrafe, pois é público e notório que as cidades que compõem a mencionada Região, notadamente Coronel Fabriciano e Ipatinga, são vizinhas e bem próximas. É certo que o fato de morar em um desses Municípios e laborar em outro não acarreta, em absoluto, a mudança de domicílio. Logo, a situação não se enquadra na hipótese do artigo 469 da CLT, sendo pacífico na jurisprudência que a prestação de serviços em localidades próximas que não exija a mudança de domicílio não enseja o pagamento de adicional de transferência.

Na peça de ingresso, o autor afirma, contraditoriamente, que, apesar de ter sido admitido em 04.04.2005, teria trabalhado em Nossa Senhora do Porto a partir de janeiro de 2005. Entretanto, em depoimento pessoal, o demandante retificou essa assertiva dizendo:

[...] que residiu em Coronel Fabriciano de abril a novembro de 2005, quando então mudou-se para Senhora do Porto, onde trabalhou por 7/8 meses. (f. 267)

No entanto, os documentos de f. 101/113 apontam que nessa cidade o trabalho foi realizado em apenas 05 dias do mês de junho/2006, e aqueles de f. 114/118 não contêm qualquer referência ao reclamante. Registre-se que o autor

não se desincumbiu do ônus de comprovar que efetivamente se mudou para a cidade de Nossa Senhora do Porto. Dessa maneira, compartilho do entendimento do juízo *a quo* de que:

Devido ao espaçamento dos dias de trabalho efetivamente comprovados em Nossa Senhora do Porto e à proximidade entre esse município em relação a Ipatinga (distância de aproximadamente 110 km, pelas rodovias BR 120 e MG 232), mostra-se mais verossímil a tese de reclamada, no sentido de que o autor realizava algumas viagens a cidades vizinhas, mediante a indenização dos gastos. Foge à ordem da lógica admitir que o reclamante tenha transferido seu domicílio para outra cidade, nesse curto período. (f. 272)

Quanto à transferência para Conceição do Mato Dentro, a r. sentença já deferiu a pretensão obreira, condenando a reclamada a pagar o adicional de transferência, no importe de 25% sobre o salário, durante o período de julho de 2006 a janeiro de 2007, e reflexos em gratificação natalina de 2006 e FGTS, conforme se observa à f. 274.

Desprovejo.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Décima Turma, à unanimidade, conheceu do recurso e das contrarrazões; no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2009.

DEOCLECIA AMORELLI DIAS
Desembargadora Relatora

TRT-00824-2006-152-03-00-4-RO
Publ. no "MG" de 27.04.2009

RECORRENTE(S): FERTILIZANTES
 FOSFATADOS S.A. -
 FOSFÉRTIL

RECORRIDO(S): MINISTÉRIO
 PÚBLICO DO TRABALHO (1)

SINDICATO DOS TRABALHADORES
 EM INDÚSTRIAS QUÍMICAS E
 FARMACÊUTICAS DE
 UBERABA E REGIÃO-
 STIQUIFAR (2)

**EMENTA: DIREITO DE AÇÃO
 COLETIVA PELO SINDICATO -
 DIREITO INDISPONÍVEL -
 IMPOSSIBILIDADE DE
 INSERÇÃO DE CLÁUSULA
 IMPEDITIVA DO EXERCÍCIO
 DO DIREITO DE AÇÃO
 COLETIVA PELO SINDICATO
 EM DEFESA DA CATEGORIA
 OU DE UM GRUPO DE
 EMPREGADOS. O exercício do
 direito de ação coletiva pelo
 sindicato, nos moldes
 previstos no inciso III do art.
 8º da Constituição da
 República e nas demais
 hipóteses previstas na
 legislação infraconstitucional,
 não pode ser mitigado pelo
 princípio da autonomia
 coletiva privada e nem mesmo
 pela concessão de outros
 direitos trabalhistas, em
 aplicação à teoria do
 conglobamento, pois sendo
 fundamental o direito de ação
 (inciso XXXV do art. 5º da CR),
 ainda que seja facultativo o
 exercício desse direito, seja no
 âmbito individual, seja no
 âmbito coletivo (inciso III do
 art. 8º da CR), este é um direito
 indisponível que não pode ser**

**suprimido ou renunciado pelo
 seu titular, nem sequer pela via
 da negociação coletiva.
 Portanto, a inserção de
 cláusula convencional
 impedindo o sindicato de
 exercer uma prerrogativa
 conferida pela Constituição,
 que fundamenta sua própria
 existência, a defesa judicial de
 direitos e interesses da
 categoria (inciso III do art. 8º
 da CR), implica primeiramente
 ofensa a direito constitucional
 indisponível (acesso à justiça)
 e em seguida aos princípios da
 valorização do trabalho
 humano (caput do art. 170 da
 CR), da dignidade da pessoa
 humana (inciso III do art. 1º da
 CR) e ainda a efetividade de um
 dos princípios gerais da ordem
 econômica que se
 consubstancia na busca do
 pleno emprego (inciso VIII do
 art. 170 da CR). Mantém-se a
 decisão de origem que
 determinou que a
 empregadora (segunda
 reclamada) e o ente sindical
 representativo da categoria
 profissional se abstenham em
 inserir nos instrumentos
 normativos cláusula
 impeditiva do exercício do
 direito de ação pelo sindicato.**

Vistos, relatados e discutidos
 estes autos de recurso ordinário em que
 figuram como recorrente(s)
 FERTILIZANTES FOSFATADOS S.A. -
 FOSFÉRTIL e, como recorrido(s),
 MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
 (1) e SINDICATO DOS
 TRABALHADORES EM INDÚSTRIAS
 QUÍMICAS E FARMACÊUTICAS DE
 UBERABA E REGIÃO-STIQUIFAR (2).

I - RELATÓRIO

A r. sentença de f. 672/680, proferida pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Uberaba, exercido pelo Juiz do Trabalho Luís Augusto Fortuna, julgou procedente o pedido inicial deduzido na presente ação civil pública, para determinar aos réus que se abstenham de inserir nos instrumentos normativos cláusula impeditiva do exercício do direito de ação coletiva pelo sindicato, sob pena de multa de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por cada inclusão indevida e para cada signatário, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Opostos embargos de declaração pela segunda reclamada (f. 681/683), estes foram julgados improcedentes (f. 687/688).

Inconformada, a segunda reclamada interpõe recurso ordinário, renovando a preliminar de carência de ação, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, por falta de interesse de agir e por impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustenta a possibilidade de negociação coletiva em defesa dos direitos e interesses da categoria, em especial sobre questões relativas às horas *in itinere*. Afirma que não se verifica nos autos qualquer subversão à ordem jurídica com a inserção em instrumento coletivo de cláusula que veda ao sindicato da categoria profissional o ajuizamento de ação coletiva para postular as horas *in itinere* de empregados pertencentes à categoria, em face do princípio da autonomia coletiva privada. Invoca a aplicação da teoria do conglobamento, aduzindo ter sido garantidos outros direitos aos empregados (f. 690/719).

Recolheu a segunda reclamada as custas processuais e efetivou o depósito recursal às f. 720/721.

Contrarrrazões do Ministério Público do Trabalho, postulando a manutenção da decisão e requerendo a reforma do julgado quanto à antecipação da tutela (f. 725/749).

Realizada audiência para tentativa de conciliação, esta se mostrou infrutífera (f. 756).

É o relatório.

II - VOTO

1 - Juízo de admissibilidade

Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pela segunda reclamada.

Conheço das contrarrrazões apresentadas tempestivamente.

No entanto, não conheço do pedido de reforma do julgado quanto à antecipação da tutela, formulado pelo Ministério Público do Trabalho em contrarrrazões, sob pena de *reformatio in pejus*. Pontue-se que as medidas processuais próprias à impugnação de qualquer ponto controvertido para reforma da sentença hostilizada seriam a interposição pela parte interessada de recurso ordinário ou de recurso adesivo e não as contrarrrazões.

2 - Juízo de mérito

2.1 - Preliminar de carência de ação por ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho - Falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido

Renova a segunda reclamada preliminar de carência de ação por ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, por falta de interesse de agir e por impossibilidade jurídica do

pedido, aduzindo que a ação civil pública tem por objetivo a defesa de interesses coletivos e difusos, e, que no caso em comento, o MPT está a defender interesses limitados de uma categoria de empregados que lhe presta serviços em sua unidade de Uberaba, plenamente individualizados. Aduz que não há interesse de agir, por entender que se trata de direito meramente individual, pretendendo o MPT impedir o exercício da liberdade sindical assegurada aos sindicatos, conforme estipulado no inciso III do art. 8º da CR. Aponta ainda a impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que o direito postulado não encontra previsão no ordenamento jurídico, pois não se está de frente com a coexistência de um direito difuso ou coletivo, podendo o direito buscado ser objeto de ação individual pelos trabalhadores que se sentirem lesados, não havendo interesse coletivo em jogo. Postula a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do inciso VI do art. 267 do CPC.

Como é sabido a carência de ação constata-se quando não verificadas quaisquer das condições da ação, sendo elas legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

In casu, o Ministério Público do Trabalho ajuizou a presente ação civil pública postulando que os réus (STIQUIFAR e FOSFÉRTIL) se abstenham em inserir nos instrumentos coletivos cláusula proibindo a entidade sindical de ajuizar ação coletiva postulando direitos dos empregados da empresa pertencentes à categoria profissional representada pelo sindicato-réu (f. 03/11).

Com espreque na teoria do direito abstrato de agir, sabe-se que a ação é tida como um direito subjetivo de caráter

autônomo (desconectado do direito material), possuindo natureza pública, porquanto dirigida em face do Estado-Juiz, que detém o monopólio jurisdicional. Logo, o direito de ação é o direito de invocar a tutela jurisdicional e independe do direito material deduzido em juízo.

No presente feito, o Ministério Público do Trabalho alega que os empregados da segunda reclamada estão sofrendo prejuízo, em razão da existência de cláusula convencional impeditiva do exercício do direito constitucional de ação coletiva pelo sindicato que os representa, estando a necessitar exatamente da intervenção do órgão jurisdicional para que, mediante provimento de mérito, possa obter (ou não) solução que lhe satisfaça, visto que o interesse processual se situa não apenas na utilidade, mas também na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

Outrossim, no caso em espécie, encontra-se presente a condição *sine qua non* da existência de um processo, qual seja, a existência do litígio, tendo a recorrente oposto - e continua a fazê-lo - resistência à pretensão do MPT, o que demonstra ter a parte autora, sim, interesse em resguardar o direito de uma coletividade de empregados atingidos pela cláusula convencional impeditiva do exercício do direito constitucional de ação coletiva pelo sindicato da categoria profissional, o que é o bastante para afastar a preliminar de carência de ação, por falta de interesse processual.

A impossibilidade jurídica do pedido verifica-se quando o pedido ou a causa de pedir são vedados pelo ordenamento jurídico, não podendo o Estado-Juiz prestar a tutela jurisdicional buscada.

Na hipótese em comento, o pedido formulado na presente ação civil pública não é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, o que demonstra *quantum satis* a possibilidade jurídica deste.

Aliás, a tutela pretendida encontra-se fundamentada em norma constitucional de direito fundamental, qual seja, o direito de acesso à justiça não apenas de pessoa física, mas também de pessoa jurídica, inclusive da entidade sindical em defesa dos direitos da categoria que representa (art. 5º, XXXV e art. 8º, III, ambos da CR), o que deixa patente a possibilidade jurídica do pedido.

Quanto à arguição de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, razão alguma lhe assiste, pois os direitos postulados na presente demanda inserem-se entre aqueles que são, ao mesmo tempo, individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Por outro lado, registre-se que o legislador ordinário conferiu competência ao Ministério Público do Trabalho para promoção de ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, considerando a função institucional, a competência do Ministério Público e os preceitos inscritos no *caput* do art. 127 e nos incisos III e IX do art. 129, ambos da Constituição da República.

Desse modo, pode-se afirmar que encontra inserida na função institucional do Ministério Público do Trabalho a defesa de direitos coletivos, difusos e homogêneos dos trabalhadores, no âmbito da Justiça do Trabalho.

No caso vertente, pretende o MPT que os réus (STIQUIFAR e FOSFÉRTIL) se abstenham de inserir

nos instrumentos coletivos cláusula impeditiva do exercício do direito de ação coletiva pelo sindicato em defesa dos empregados pertencentes à categoria profissional por ele representada.

Como se vê, a pretensão do Ministério Público do Trabalho com a presente ação é afastar norma coletiva em desrespeito ao direito constitucional de ação coletiva pela entidade sindical em defesa dos interesses e direitos da categoria por ela representada, em especial às normas dos artigos 5º, XXXV e 8º, III, da Constituição da República.

De outro lado, convém ressaltar que a presente ação objetiva não somente resguardar direitos de atuais trabalhadores que prestam serviços à segunda reclamada, mas, também, de futuros trabalhadores, em potencial, ou seja, aqueles que possam ser admitidos no futuro (direitos difusos) e que estejam impossibilitados de terem seus interesses e direitos defendidos pela entidade sindical por meio de ação coletiva.

Por conseguinte, a lesão perpetrada em instrumento coletivo pela inserção de cláusula convencional impeditiva do exercício do direito de ação pelo sindicato em defesa da categoria ou de um grupo de trabalhadores pertencente à categoria alcança não apenas os direitos e interesses coletivos, mas, também, os difusos de toda a coletividade de trabalhadores atuais e futuros.

Em face disso, o Ministério Público, repete-se, acha-se legitimado para propor a presente ação, uma vez que, como se acentuou, está em jogo a defesa de interesses difusos e coletivos vinculados a direito fundamental de acesso à justiça na órbita do Direito Coletivo do Trabalho.

De qualquer maneira, é importante salientar que pode haver lesão que redunde, ao mesmo tempo, em ofensa tanto aos direitos difusos como aos coletivos e aos individuais homogêneos.

Assim, ao contrário do afirmado pela segunda reclamada, não se busca, nesta ação, a reparação de interesses individuais violados pelo empregador, mas, sim, adequar o comportamento da empresa ao ordenamento jurídico, cuja efetividade é de interesse público.

Em suma, a presente demanda visa tutelar interesse coletivo, indivisível e homogêneo.

Cite-se, por oportuno, decisão sobre o tema, em que foi Relator o Desembargador José Roberto Freire Pimenta (RO-00971-2002-067-03-00-1, publicado no DJMG de 19.07.03):

[...] OS DIREITOS E INTERESSES QUE NESTE FEITO SE AFIRMAM LESADOS OU AMEAÇADOS NÃO SÃO, EXCLUSIVAMENTE, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. Têm eles, simultaneamente, a natureza de direitos e interesses difusos e coletivos em sentido estrito, em função da natureza coletiva da tutela jurisdicional que o Ministério Público do Trabalho está pleiteando na presente ação (de natureza e alcance que transcendem a esfera meramente individual dos trabalhadores hoje submetidos à terceirização ilícita alegada).

Também nesse diapasão é a jurisprudência:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. As relações de trabalho já não são vistas nos dias de hoje sob o prisma individual;

antes, despertam interesses nos aspectos globais, que dizem respeito a todos os trabalhadores, ou a muitos deles, pois uma única e mesma conduta ilícita pode constituir violação de direitos ou interesses de centenas e até milhares de trabalhadores. A orientação diretora das reformas processuais deste final de século aponta para a universalização da tutela jurisdicional e para a conseqüente criação de instrumentos modernos, hábeis para solucionar os conflitos envolvendo interesses difusos e coletivos em suas várias modalidades. Um desses novos instrumentos é a ação civil pública, cuja legitimidade ativa é atribuída ao Ministério Público pelo art. 129, III, da Constituição da República. A par dessa atribuição constitucional, a Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 83, III, estabeleceu a competência do *Parquet* no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses difusos e coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores. Por meio da ação civil pública o *Parquet* cumpre sua missão de defender a própria ordem jurídica que assegura aqueles direitos, na tutela não somente de um grupo específico de trabalhadores, mas também dos futuros, dos ausentes, dos minoritários, dos dissidentes e dos desconhecidos, na expressão do eminente jurista Messias Pereira Donato. É de decisiva importância o comprometimento do Ministério Público e do Poder Judiciário, na aplicação deste instrumento processual relativamente novo, que é a ação civil pública, pois permitirá extrair dela todo o seu potencial de

virtude e eficácia, conforme pretendeu o legislador. (TRT-3ª Região, RO-00921-1997-032-03-00-2, Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, DJMG de 20.05.2000)

Assim, detêm o Ministério Público do Trabalho legitimidade ativa para defesa da matéria controvertida na presente ação civil pública, estando presentes ainda o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Verificadas as condições de ação, legitimidade ativa *ad causam*, interesse de agir do MPT e a possibilidade jurídica do pedido, rejeito a prefacial de carência de ação.

2.2 - Cláusula convencional impeditiva do exercício de ação coletiva pelo sindicato - Autonomia privada coletiva

Insurge-se a segunda reclamada contra a v. sentença de origem que determinou que os réus se abstenham em inserir nos instrumentos coletivos cláusula impeditiva do exercício do direito de ação coletiva pelo sindicato da categoria profissional. Sustenta a recorrente que a inserção de cláusula nesse sentido não afronta as normas constitucionais, pois decorrente de negociações realizadas entre a empresa e o sindicato da categoria profissional, tendo sido observados os direitos e interesses de toda a categoria, nos termos dos incisos III e VI do art. 8º da CR. Aponta decisões proferidas pelo Colendo TST em que conferiu validade à cláusula coletiva que restringiu o pagamento de horas *in itinere*. Argumenta que não restou verificado qualquer prejuízo na inclusão de cláusula normativa obstando a propositura de ações coletivas

pleiteando horas *in itinere*, já que os empregados individualizados não tiveram obstado o direito de acesso à justiça. Assevera que há ações individuais já julgadas em que a questão da aplicação do § 2º do art. 58 da CLT já foi decidida com trânsito em julgado, sendo, pois, vedada nova apreciação, conforme art. 471 do CPC. Invoca a teoria do conglobamento em que são feitas concessões recíprocas, conferindo-se nos acordos coletivos celebrados pela empresa e a entidade sindical representativa da categoria profissional vantagens superiores aos limites mínimos previstos no Texto Constitucional e na legislação infraconstitucional, não cabendo a alegação de nulidade de cláusula convencional em que se estabeleceu a proibição de a entidade sindical ajuizar ação coletiva para defesa de direitos dos empregados por ela representados.

Primeiramente, há que pontuar que a controvérsia retratada nos autos refere-se à possibilidade ou não de ser estabelecida em instrumento coletivo cláusula convencional vedando o exercício do direito de ação pelo sindicato representativo da categoria profissional para defesa dos direitos e interesses dos empregados da empresa recorrente, conforme consta no acordo coletivo de 1984, cláusula 18ª (f. 17), que foi renovada nos instrumentos coletivos que a este sucederam (como por exemplo cláusula 42ª do ACT-2005/2006 - f. 136).

Portanto, as decisões proferidas pelo Colendo TST, citadas nas razões de recurso, não têm qualquer vinculação com a questão debatida nos autos, pois ali se discutiu a validade ou não de cláusula coletiva que restringiu o pagamento de horas *in itinere*, direito assegurado por legislação infraconstitucional (§ 2º do art. 58 da

CLT), enquanto na presente demanda busca o MPT assegurar o pleno exercício do direito de ação coletiva pelo sindicato em defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria, em conformidade com o inciso III do art. 8º da CR.

Também não contribui com a segunda reclamada a existência de várias ações individuais em que o empregado ou ex-empregado buscou o pagamento das horas *in itinere*, com decisões transitadas em julgado, pois não se está aqui discutindo a procedência ou não de horas *in itinere* desses empregados ou ex-empregados, ou mesmo a incidência da norma do § 2º do art. 58 da CLT a um grupo de empregados da segunda reclamada, mas sim a possibilidade de negociar o direito de ação coletiva, direito fundamental.

Com efeito, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, que assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual: todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos terá acesso à justiça, não podendo a lei vedar esse acesso, constituindo-se tal norma em um direito fundamental de toda pessoa física e jurídica.

Igualmente, o inciso III do art. 8º da Constituição da República dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, ampliando a possibilidade de substituição processual pela entidade sindical a todos os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, objetivando a proteção dos direitos de categorias de trabalhadores ou outros grupos identificados.

Ora, se a ação é um direito fundamental, cujo exercício não pode nem sequer ser afastado por norma legal, que, se existente, seria inconstitucional, muito menos pode ser objeto de negociação coletiva, ainda que este se refira ao exercício do direito de ação por entidade sindical para defesa de direitos e interesses coletivos da categoria.

Aliás, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a autonomia privada garantida às associações, podendo-se entender aí incluídas as entidades sindicais, encontra limites nos princípios e normas constitucionais ou legais, em especial, aquelas relativas às garantias e direitos fundamentais expressos na Constituição da República.

Vale citar excerto de decisão proferida pelo E. STF sobre o tema:

[...]

I - EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da

Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...]

(RE 201.819-8 Rio de Janeiro, 2ª Turma. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 11/10/2005, DJ 27.10.2006)

Por outro lado, há que se observar que o inciso III do art. 8º da Constituição da República, ao conferir legitimidade extraordinária ampla aos sindicatos para defesa em juízo de direitos e interesses coletivos e individuais dos integrantes da categoria que representam, teve como escopo conferir uma igualdade entre as partes, ou seja, uma igualdade entre a empresa e os empregados representados pela entidade sindical, a fim de garantir uma proteção mais efetiva aos interesses dos empregados, parte hipossuficiente na relação de emprego.

Sobre a questão da desigualdade fática e a autonomia privada em face dos direitos fundamentais, destaca o Professor e Procurador Regional da República Daniel Sarmiento em estudo que compõe obra organizada pelo Professor Luís Roberto Barroso:

O fato de que os particulares são também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de uma autonomia privada constitucionalmente protegida, impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado. Este é um ponto reconhecido consensualmente mesmo pela doutrina que advoga a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. [...]

Por tudo isso, tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada. [...].

Firmada estas premissas, convém destacar que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito. [...].

Portanto, 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. É assim, enfim, porque se entende que, quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada. Foi atento a esta realizada que Pedro Vega García destacou que, diante da desigualdade material, “[...] *la autonomía de la voluntad privada ha dejado de ser el reino idílico donde todos los derechos y libertades encontraban su realización*”.

O reforço à proteção dos direitos fundamentais dos particulares mais vulneráveis em face dos poderes privados justifica-se também diante da constatação de que estes últimos dispõem muitas vezes de uma força quase incontrastável para conformar aspectos relevantes da vida humana - pense no poderio dos veículos de comunicação de massa, sobretudo num contexto de oligopolização de fato, tal como o que se verifica em nosso país. [...].

Desnecessário frisar que, no caso brasileiro, diante da nossa gritante desigualdade social, esta questão assume um relevo ímpar. Aqui, a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população justifica, com sobras de razão, um reforço à proteção dos seus direitos

fundamentais, no âmbito das relações travadas com outros particulares mais poderosos, como os empregadores e os fornecedores de bens e serviços. É por isso também que em certos domínios normativos, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior.

Na verdade, o princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula da isonomia (art. 5º, *caput*, CF) com a diretriz constitucional, apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, CF), não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira a proteção das partes mais débeis nas relações privadas. Isto importa necessariamente uma relativização da autonomia privada no contexto de relações não paritárias, em proveito da proteção aos interesses da parte hipossuficiente. [...].

Existe, porém, um argumento ponderável contra esta vinculação mais intensa dos poderes privados aos direitos fundamentais que deve ser respondido. É que, segundo Jorge Miranda, “[...] se importa garantir os direitos fundamentais das pessoas no interior das instituições e grupos privados, também importa preservar as autonomias dessas instituições perante o Estado”. Em relação a algumas destas instituições, aliás, a autonomia é expressamente garantida pelo Texto

Constitucional, como ocorre com as associações (art. 5º, XVIII, CF) e os sindicatos (art. 8º, I, CF). E não há como negar que a incidência mais intensa dos direitos fundamentais nas atividades destas instituições privadas acaba ensejando um maior controle do Estado sobre elas, em prejuízo a sua autonomia. Vale lembrar, neste particular, que as entidades desta espécie são integradas por indivíduos, que têm nelas, por vezes, não uma fonte de ameaça, mas um verdadeiro fator de proteção dos seus direitos fundamentais.

Esta questão terá de ser analisada à luz do caso concreto, no qual se deverá atentar inclusive para a característica específica do poder privado que se tem em mira. Não obstante, concordamos neste ponto com o magistério de Gustavo Tepedino, quando destaca que os grupos sociais não podem, a pretexto do exercício da sua autonomia associativa, impor aos seus membros normas de conduta divorciadas dos valores constitucionais que tutelam a pessoa humana, já que “[...] as comunidades intermediárias têm a sua razão de ser e sua justificativa no papel que representam para a promoção da pessoa humana, deixando de ser tuteladas no momento em que deixem de cumpri-lo”.

(BARROSO, Luís Roberto (organizador). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. SARMENTO, Daniel, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 270/275)

Feitas essas colocações, não se pode afirmar, como pretende fazer crer a recorrente, que as partes envolvidas na negociação coletiva (empresa e entidade sindical) se encontram em posição de plena igualdade material, pois, no caso concreto, se nem o ente sindical tem força e poder, em que pese venha solicitando há algum tempo nas negociações coletivas (f. 211/222) para excluir dos acordos coletivos a cláusula controvertida que o impede de defender coletivamente os interesses dos empregados da empresa pertencentes à categoria quanto às horas *in itinere* perante o Judiciário, conforme reconhece em sua defesa (f. 167), como o trabalhador poderá questionar individualmente na vigência do contrato de trabalho as normas coletivas pactuadas e os direitos trabalhistas mínimos a ele assegurados pela empregadora, se poderá ele vir a ser penalizado com a rescisão unilateral do contrato laboral, como se depende dos depoimentos de f. 642/644.

Considerando, assim, todos os fundamentos aqui deduzidos, conclui-se que o exercício do direito de ação coletiva pelo sindicato, nos moldes previstos no inciso III do art. 8º da Constituição da República e nas demais hipóteses previstas na legislação infraconstitucional, não pode ser mitigado pelo princípio da autonomia coletiva privada e nem mesmo pela concessão de outros direitos trabalhistas, em aplicação à teoria do conglobamento, pois sendo fundamental o direito de ação (inciso XXXV do art. 5º da CR), ainda que seja facultativo o exercício desse direito, seja no âmbito individual, seja no âmbito coletivo (inciso III do art. 8º da CR), este é um direito indisponível que não pode ser suprimido ou renunciado pelo seu titular, nem mesmo pela via da negociação coletiva.

Como já havia observado anteriormente, quando da apreciação de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho, em que se acolheu a preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa (f. 617/630), a questão controvertida nos autos não se trata de flexibilização de um direito trabalhista pela via da negociação coletiva, mas de supressão de um direito fundamental - direito de ação - já que durante a vigência do contrato de trabalho o empregado se vê impedido de judicialmente questionar a conduta empresarial em não admitir o pagamento de horas *in itinere*, seja individualmente, pois poderá perder o emprego, seja coletivamente, já que a empresa impôs cláusula em acordo coletivo impedindo o ente sindical de ajuizar ação coletiva em defesa de direitos dos empregados por ele representado.

Seguindo esse raciocínio, pode-se afirmar que a inserção de cláusula convencional impedindo o sindicato de exercer uma prerrogativa, que fundamenta sua própria existência, a defesa judicial de direitos e interesses da categoria (inciso III do art. 8º da CR), implica primeiramente ofensa a direito constitucional indisponível (acesso à justiça - inciso XXXV do art. 5º da CR) e em seguida aos princípios da valorização do trabalho humano, preceitos constitucionais que contribuem para a observância dos princípios da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana (*caput* do art. 170 da CR), da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CR) e ainda a efetividade de um dos princípios gerais da ordem econômica que se consubstancia na busca do pleno emprego (inciso VIII do art. 170 da CR).

Mantém-se a decisão de origem que determinou que a empregadora (segunda reclamada) e o ente sindical representativo da categoria profissional se abstenham em inserir nos instrumentos normativos cláusula impeditiva do exercício do direito de ação pelo sindicato.

Nego provimento ao apelo empresarial.

III - CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário interposto pela segunda reclamada. Rejeito a preliminar de carência de ação. No mérito, nego provimento ao apelo.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Quarta Turma, à unanimidade, conheceu do recurso da segunda reclamada; sem divergência, rejeitou a preliminar de carência de ação; no mérito, por maioria de votos, negou provimento ao apelo, vencido o Ex.^{mo} Desembargador Revisor.

Belo Horizonte, 18 de março de 2009.

JÚLIO BERNARDO DO CARMO
Desembargador Relator

TRT-00347-2008-001-03-00-8-AP
Publ. no "MG" de 18.03.2009

AGRAVANTE: FABIANO PROCÓPIO DE FREITAS

AGRAVADA: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONHECIMENTO - GARANTIA DO JUÍZO INSUFICIENTE. Tecnicamente, não garantida integral a execução, art. 884 da CLT, os embargos opostos não comportariam conhecimento. Todavia, processo não se compraz com atos inúteis. Se os embargos não são conhecidos, o dinheiro penhorado não tem de imediato nenhum resultado prático. A execução só se resolverá com a garantia integral da dívida, e enquanto não efetivada a importância arrecadada não poderá ser liberada ao exequente, já que não esgotado o prazo para os embargos. Por outro lado, conhecidos e julgados os embargos, o processo atinge a sua finalidade, ainda que parcial, pois este não se limita apenas à declaração da existência do direito material, só se exaure a prestação jurisdicional com o recebimento pelo credor dos seus haveres.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição, originários da 1ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em que figuram, como agravante, Fabiano Procópio de Freitas, e, como agravada, União Federal (Fazenda Nacional), como a seguir se expõe:

RELATÓRIO

Embargos à execução rejeitados liminarmente à ausência de garantia integral do juízo. Recorre o executado. Afirma que, realizada a penhora *on-line*, foi intimado para oferecer embargos à execução; cabia, pois, ao juízo o seu conhecimento. Há prescrição a incidir sobre a execução, o que importa no seu conhecimento de ofício, bem como em face da impenhorabilidade de seus vencimentos.

Pede o provimento.

Contraminuta, f. 184/186.

Oficiou o Ministério Público do Trabalho, opinando pelo conhecimento e provimento do agravo, f. 189/190.

É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

Conheço do agravo, interposto a tempo e modo.

2. Mérito

A execução monta em R\$34.615,22 e encontra-se garantida pela penhora *on-line* de apenas R\$1.277,53. Em face da insuficiência da garantia do juízo não se conheceu dos embargos opostos pelo executado.

Tecnicamente, à vista das disposições consolidadas, art. 884 da CLT, a decisão agravada não mereceria reparos.

Não obstante a insuficiência da importância penhorada e, por isso, não ser possível a quitação integral do débito exequendo, nada obsta sejam conhecidos e julgados os embargos, sob pena de o processo não vir a atingir sua finalidade que não se limita à declaração da existência do direito

material, só se exaurindo a prestação jurisdicional com o recebimento pelo credor dos seus haveres.

Entender de forma diversa estariam todos, devedor, credor e a própria Justiça, de mãos atadas na medida em que o executado, não possuindo mais bens, nem outros recursos, e nada tendo a oferecer ou dar em garantia, o pouco que se apurou, decorrente da constrição mediante bloqueio incidente sobre saldo existente em suas contas bancárias, não possa quitar o mínimo de sua dívida, nem o exequente nada vir a receber pelo simples fato de o juízo não se encontrar garantido na sua inteireza.

Com a devida vênia, como venho sustentando, uma vez que por tal razão nada obstaculiza o conhecimento dos embargos, a par de não haver vedação legal a que se proceda à liquidação da sentença por partes, e mesmo assim não vem a ser proferida a decisão pelo juízo da execução, tenho que, afastados os impedimentos, a decisão que não conhece dos embargos, por insuficiência da importância penhorada, importa na sua extinção, sem exame do mérito.

Por outro lado, para não se tomar o dinheiro penhorado em ato inútil, pois a execução só se resolveria com a garantia integral da dívida, vedada a sua liberação ao exequente, à vista das alegações postas nos embargos, ilegitimidade passiva, impenhorabilidade de seus vencimentos, extinção da dívida pela prescrição, confisco e ausência de liquidez do título judicial pela aplicação da taxa SELIC, questões exclusivamente jurídicas, atenua-se a letra fria daquela norma legal a impor a garantia total do juízo, pelo conhecimento dos embargos como exceção de pré-executividade (mantida,

contudo, a penhora feita, até a decisão da questão suscitada sobre a impenhorabilidade da importância arrecadada) e, dessa forma, resolvidas as impugnações apontadas, ter-se-ia o curso normal da execução.

Nesse sentido, dou provimento ao agravo para, recebendo os embargos à execução opostos pelo executado, como exceção de pré-executividade, determinar o retorno dos autos à origem para seu julgamento como se entender de direito.

3. Conclusão

Em face do exposto, conheço e dou provimento ao agravo para, recebendo os embargos à execução opostos pelo executado, como exceção de pré-executividade, determinar o retorno dos autos à origem para seu julgamento como se entender de direito.

MOTIVOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão da sua Nona Turma, hoje realizada, analisou o presente processo e, à unanimidade, conheceu e deu provimento ao agravo para, recebendo os embargos à execução opostos pelo executado como exceção de pré-executividade, determinar o retorno dos autos à origem para seu julgamento como se entender de direito.

Belo Horizonte, 10 de março de 2009.

ANTÔNIO FERNANDO GUIMARÃES
Desembargador Relator

TRT-00845-2008-019-03-00-9-RO
Publ. no "MG" de 30.03.2009

RECORRENTES: GILVAN FERREIRA
 DA COSTA E EMPRESA
 BRASILEIRA DE CORREIOS E
 TELÉGRAFOS - ECT
 RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: ECT - DISPENSA IMOTIVADA - IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do item II da OJ n. 247 do TST, "A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais."

RELATÓRIO

A juíza Maristela Íris da Silva Malheiros, da 19ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, julgou parcialmente procedente a reclamatória, conforme sentença às f. 379/398.

Recorrem ambas as partes.

O reclamante, insistindo no deferimento do pedido de declaração da nulidade da dispensa e consequente reintegração no emprego; pagamento da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT; pugnando pela aplicação do percentual coletivo de 70% sobre as férias proporcionais.

A reclamada, renovando as preliminares de inépcia da inicial e julgamento *extra petita* e a prejudicial de prescrição total em relação ao

processo n. 00696-2008-019-03-00-8; no mérito, insurgindo-se contra a determinação de incorporação da gratificação de função percebida pelo reclamante; discordando da conversão da justa causa aplicada em dispensa imotivada e pagamento das parcelas rescisórias inerentes a essa modalidade de distrato; contra a determinação de fornecimento das guias para recebimento do seguro-desemprego; condenação em honorários assistenciais.

Contrarrazões recíprocas às f. 853/872 e 876/886.

Dispensado o parecer da Procuradoria Regional do Trabalho.

VOTO

Conheço de ambos os recursos porque próprios, tempestivos e não sujeito a preparo o patronal, analisando-os conjuntamente. Registro que, tendo em vista a conexão entre os pedidos deduzidos, foi determinada a reunião dos processos n. 00845-2008-019-03-00-9-RO e 00696-2008-019-03-00-8-RO, conforme fundamentos à f. 384.

1. Inépcia da inicial

Insiste a reclamada na alegação de inépcia da inicial em relação ao pedido de incorporação da gratificação de função, pois o reclamante não esclarece qual é a fórmula de cálculo dessa gratificação, se existem tabelas com valores fixos ou se se trata de percentual do valor do salário; que a pretensão de pagamento da gratificação de função em definitivo em face da sua incorporação ao salário no caso de ser deferida a reintegração é incompreensível, dado que nada foi dito a respeito dessa matéria (eventual reintegração) no processo n. 00696-

2008-019-03-00-8, impropriedades que ferem o disposto no art. 286 do CPC; ressalta para o que dispõem os arts. 128 e 460 do CPC.

O artigo 840 da CLT menciona que a petição inicial deve conter essencialmente uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio e o pedido, o que possibilitará defesa útil à parte contrária, sendo certo, outrossim, que litiscontestação é formada pela inicial e defesa, aquela, composta da causa de pedir e pedido, e esta, com as alegações fundamentadas, ou não, objetivando ilidir a ação, sendo possível que qualquer irregularidade ocorrida naquela seja prontamente sanada quando da apresentação desta, o que ocorreu na espécie, como se vê às f. 457/473.

Ademais, apesar de acolher a preliminar de litispendência arguida no processo n. 00845-2008-019-03-00-9 em relação ao pedido de pagamento da gratificação de função de gerente formulado na letra “c”, parte final, do petitório de f. 10/11 (fundamentos às f. 384/385), o juízo monocrático foi expresso em afirmar que, “nos autos 00845-2008-019-03-00-9, é que se decidirá sobre a forma da rescisão contratual” (fundamentos à f. 384), sendo certo que neste feito a questão relativa à reintegração foi suficientemente exposta, como se vê da causa de pedir às f. 4/8.

Já no processo n. 00696-2008-019-03-00-8, o reclamante pretende a incorporação do valor da gratificação de função suprimida a partir do afastamento do trabalho pelo INSS no período compreendido entre 24.09.2002 e abril de 2005, conforme causa de pedir às f. 401/403, não havendo que se falar em necessidade dos esclarecimentos declinados pela reclamada.

Rejeito.

2. Julgamento *extra petita*

Para a reclamada não há como prevalecer a condenação de se pagar gratificação de função em razão da redução de seu valor, uma vez que não foi formulada causa de pedir e pedido nesse sentido, sendo o reclamante expresso em afirmar que, a partir de 08.06.2003, houve supressão do pagamento da gratificação de função, ofendendo a sentença o princípio da adstrição consagrado nos arts. 128 e 460 do CPC.

Como se infere dos fundamentos lançados às f. 393/395, o juízo de 1º grau utilizou-se do argumento relativo à redução da gratificação, considerando os valores recebidos antes e depois da alta previdenciária para rechaçar a alegação de que o reclamante continuou a receber a gratificação de função pertinente ao cargo de gerente de agência, impedimento alegado pela reclamada cujo exame se fazia necessário para o deslinde da controvérsia.

Não olvide que cabe ao julgador analisar a controvérsia segundo as diretrizes erigidas pelas partes para dar a prestação jurisdicional almejada, não implicando julgamento *extra petita* o exame de questão não abordada pelas partes, entendimento que se extrai do princípio da livre valoração da prova e convencimento motivado inscrito no art. 131 do CPC.

Por outro lado, o reclamante pleiteou “o pagamento da gratificação de função do período de 08.06.2003 até 07.05.2008, com o devido reajuste, com juros e correção monetária” (item B, f. 403), tendo sido deferido o seguinte:

Desta forma, defere-se a gratificação de função no valor previsto para o exercente da função de confiança

gerente de agência nos moldes como vinham sendo pagas ao obreiro antes da supressão, com os reajustes concedidos em cada época, no período de 08.06.2003, como vindicado no petítório, autorizada a compensação de valores pagos a igual título, inclusive gratificações pagas no período de substituição ao gerente de agência, deduzindo-se igualmente os valores recebidos a título de gratificação pelo exercício de outra função de confiança. [sic, f. 395]

Logo, não incorreu o juízo em julgamento *extra petita*, tendo sido deferido exatamente o postulado, sendo certo que os excessos que porventura venham a ser identificados serão excluídos quando do exame do mérito da matéria em questão.

Rejeito.

3. Prescrição

Alega a reclamada que, sendo relatado na inicial que houve a supressão da gratificação de função em 08.06.2003, tanto que requer o pagamento da parcela a partir dessa data, é inafastável a prescrição total do direito em questão pelo transcurso do quinquênio contado a partir do ajuizamento da ação previsto no inciso XXIX do art. 7º da CR e art. 11 da CLT, impondo-se a extinção do processo n. 00696-2008-019-03-00-8 com resolução do mérito; por cautela, requer seja declarada a prescrição das parcelas anteriores a 08.07.2003 em face da data do ajuizamento do processo n. 00845-2008-019-03-00-9.

Como dito alhures, a litiscontestação é formada pela inicial e defesa, aquela, composta da causa de pedir e pedido, e esta, com as alegações

fundamentadas, ou não, objetivando ilidir a ação, sendo possível que qualquer irregularidade ocorrida naquela seja prontamente sanada quando da apresentação desta.

Diante disso, sustentando a reclamada que o reclamante permaneceu afastado do trabalho no período de 24.09.2002 até abril/2005, e não no período indicado na inicial, conforme defesas às f. 75/76 e 457/458, alegação que restou acolhida pelo juízo monocrático com suporte no documento de f. 86 e 106 (fundamentos à f. 393), não há que se falar em prescrição total pelo transcurso do quinquênio prescricional, considerando o ajuizamento da ação na qual foi examinada a matéria relativa à gratificação de função em 06.06.2008 (processo n. 00696-2008-019-03-00-8), como decidido à f. 385.

Desprovejo.

4. Gratificação de função

Discorda a reclamada da condenação ao pagamento da gratificação pelo exercício da função de confiança, gerente de agência, nos moldes como vinha sendo paga ao reclamante antes da supressão, com os reajustes concedidos em cada época, no período de 08.06.2003 até a dispensa, ao argumento de que é evidente que, no período em que ele esteve afastado de suas atividades, recebendo benefício previdenciário, de 24.09.2002 a abril/2005, não há que se falar em pagamento de gratificação de função; o afastamento previdenciário motivado por doença, a partir do 16º dia, é uma modalidade de suspensão do contrato, a partir do 16º dia, situação em que não se prestam serviços, não se pagam salários, não se computa o tempo de serviço e sequer realizam-se

recolhimentos vinculados ao contrato, tendo o empregado apenas a garantia de retorno ao cargo anteriormente ocupado, a teor do art. 471 da CLT, o que restou observado na espécie; quando o reclamante retornou ao trabalho, ocupou o cargo anteriormente praticado, voltando a receber gratificação de função, o que se deu de forma ininterrupta até a sua dispensa em 07.05.2008, como demonstram as portarias de designação e as fichas financeiras acostadas aos autos; ressalta que não houve prejuízo para o reclamante, pois somente não recebeu o valor correspondente à gratificação de função durante o período em que recebeu benefício previdenciário, que foi complementado pelo Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos - Postalís, conforme documentos adunados aos autos; não existe lei determinando a incorporação de gratificação de função pelo exercício de atividades comissionadas, sendo adstrita ao princípio da legalidade pelo fato de ser empresa pública, não podendo fazer nada que não seja expressamente determinado por lei, conforme jurisprudência que cita; conforme já esclarecido e provado documentalmente, não houve supressão da gratificação de função e, mesmo se tivesse havido, o ato do empregador não poderia ser inquinado ilegal, pois a designação e supressão da parcela são de livre estipulação por parte do empregador, atrelada ao poder diretivo consagrado no art. 2º da CLT; o valor do cargo manteve-se inalterado, sendo a parcela relativa à função um adendo à remuneração, a teor do art. 457 da CLT, não se tratando de salário, daí ser possível o não-pagamento da parcela, quando o empregado exercente da função de confiança reverte ao cargo efetivo, a teor do que

dispõem os arts. 450, parágrafo único, 468 e 499 da CLT; deflui do exposto que a função de confiança/assessoramento é suprimível *ad nutum*, pelo seu caráter transitório, a teor do art. 468 da CLT, ferindo o princípio da legalidade inscrito no inciso II do art. 5º da CR a determinação da continuidade do pagamento da parcela; a Súmula n. 372 do TST não é aplicável da forma como pleiteada pelo reclamante, eis que é indene de dúvidas que, no presente caso, o reclamante somente foi afastado de sua função gratificada no lapso de 2003 a 2005, porque não estava laborando, mas, sim, recebendo benefício previdenciário, ocasião em que não recebeu salários; invocando o respeito devido ao princípio da isonomia, requer, por cautela, a aplicação da tabela própria anexada com a contestação, que é periodicamente revista, que especifica os valores das diversas gratificações de função.

A ficha cadastral acostada às f. 106 e 484 informa que, no período de 01.01.1991 a 23.09.2002 (data em que se afastou do trabalho por doença), o reclamante era classificado como “Chefe de Agência de Correio VI e V” e “Gerente de Agência de Correio V”, o que demonstra o recebimento da gratificação de função, como titular, correspondente a tal função por mais de 10 anos consecutivos. Nesse mesmo documento consta que, no período de 16.03.2005 a 07.05.2008, o reclamante foi classificado como “Atendente BP”, cuja gratificação, “Quebra de Caixa BP”, é inferior àquela prevista para o cargo de “Gerente de Agência”, sendo certo que, no período posterior, exerceu, em caráter eventual de substituição, a função de “Gerente de Agência BP V” e “BP VI”, quando do gozo das férias do titular (f. 564/567).

Verifica-se, portanto, que a gratificação de função pelo exercício da função comissionada de “Gerente de Agência de Correio” não foi incorporada ao salário, tendo o reclamante passado a perceber a gratificação de função “Quebra de Caixa BP”, relativa ao cargo de “Atendente Comercial II”, após a alta médica previdenciária em 01.04.2005, conforme documento à f. 563, o que basta para rechaçar a assertiva patronal de que ele continuou a receber a gratificação referente à função de “Gerente de Agência de Correio” após o retorno ao trabalho.

O item I da Súmula n. 372 do TST dispõe:

Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

Destarte, restando demonstrada a percepção da gratificação pelo exercício do cargo comissionado de gerente de correios por mais de dez anos e a supressão dessa gratificação após a alta previdenciária e o retorno ao trabalho em 01.04.2005, não alcançando o objetivo de manutenção da estabilidade financeira garantido pelo verbete sumular em questão o pagamento de gratificação diversa em valor inferior, mantenho a sentença que deferiu “a gratificação de função no valor previsto para o exercente da função de confiança gerente de agência nos moldes como vinham sendo pagas ao obreiro antes da supressão, com os reajustes concedidos em cada época” (*sic*, f. 395). Não há falar em adoção de tabelas emitidas pela reclamada, versando sobre o valor de tal

gratificação, dado que deve ser considerado o valor percebido quando da supressão, como determinado na sentença.

Impõe-se, entretanto, excluir da condenação o período em que o reclamante esteve afastado do trabalho pelo INSS, recebendo benefício previdenciário, já que, nesse lapso, o contrato esteve suspenso, não tendo havido prestação de serviços e pagamento de salários.

Salienta-se que não consta dos autos documento que comprove o direito de o benefício previdenciário ser suplementado, considerando o valor salarial que o reclamante receberia se estivesse na ativa, fato que, em momento algum, foi defendido por ele, como se vê da impugnação apresentada no processo n. 00696-2008-019-03-00-8 acostada às f. 782/796, sendo insuficiente para tal fim o fato de os documentos de f. 559/561 demonstrarem que houve suplementação do benefício pelo Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos - Postalis - no período em questão.

Por outro lado, quando do exame da prejudicial de prescrição, o juízo monocrático fez consignar nos fundamentos que “a alegada supressão de gratificação teria ocorrido, na versão da inicial, após o retorno do autor de seu afastamento pela Previdência Social” (*sic*, f. 385), o que reforça a convicção relativa à necessidade da exclusão de tal período da condenação.

Destarte, provejo parcialmente o recurso da reclamada para excluir da condenação relativa ao pagamento da gratificação de função pelo exercício do cargo comissionado de Gerente de Agência o período compreendido entre 24.09.2002 e 01.04.2005, mantendo a sentença quanto ao restante.

5. Justa causa - Reintegração

Volta-se a reclamada contra a sentença que reverteu a justa causa aplicada ao reclamante em dispensa injusta, alegando que a última avaliação deste foi abaixo da expectativa no Sistema de Gerenciamento de Competências e Resultados, fato que, aliado ao cometimento de falta grave apurada mediante sindicância interna (GPA n. 20.00378/08), onde foram garantidos ao reclamante a ampla defesa e contraditório, autoriza a aplicação da pena máxima; para os empregados públicos, para os quais a estabilidade é exceção, pois constitui direito potestativo do empregador a rescisão do contrato de trabalho, basta a sindicância, que garante a imediatidade da sanção disciplinar, ainda mais se for garantida a ampla defesa; dúvidas não restam acerca da apuração e comprovação da condenável atitude do reclamante no exercício de seu cargo e função, furtando-se a obedecer normas de caráter geral da empresa, sendo caracterizado o mau comportamento, a desídia no desempenho das respectivas funções e a indisciplina/insubordinação, violando-se normas cogentes, de âmbito geral - pressupostos da boa organização produtiva e de boas relações, cabendo a aplicação da penalidade que tem respaldo na lei e no próprio contrato de trabalho; como cediço, o contrato individual de trabalho é regido pela fidúcia, elemento nuclear, integrante e fundamental do pacto, elemento que, se destruído, torna impossível a subsistência do vínculo empregatício, como ocorreu na espécie; no presente caso, em que pese o passado funcional do reclamante, sem qualquer punição disciplinar anterior, não há que se falar em dosimetria/graduação entre a falta e a punição, porque a sua atitude e escusas

foram de tal gravidade que feriram de morte o elemento essencial na relação de emprego - a fidúcia, o que impossibilita a manutenção do vínculo empregatício entre as partes; é indene de dúvidas a liceidade da dispensa por justa causa do reclamante, não sendo as frágeis e infundadas alegações lançadas na inicial suficientes para justificar a conduta irregular, ficando caracterizado o mau procedimento, a desídia e a indisciplina e insubordinação no desempenho de suas funções, fatos que levaram ao rompimento do pacto por justa causa que requer seja agora convalidada, excluindo-se o pagamento das parcelas relativas à dispensa injusta deferidas na sentença; ressalta que, tendo em vista o afastamento previdenciário do reclamante, um novo marco inicial para a contagem do período aquisitivo começou a fluir em abril de 2005, sendo devido o pagamento de somente 2/12 de férias + 1/3 (já considerando a projeção do aviso prévio).

O reclamante, por sua vez, insiste nos pedidos de declaração da nulidade da dispensa e reintegração no emprego, argumentando, em síntese, que, sendo revertida a justa causa que lhe foi aplicada, a sua reintegração no emprego decorre do entendimento consagrado no item II da OJ n. 247 do TST; com a alteração da precitada orientação jurisprudencial, a reclamada não pode mais pensar imotivadamente seus empregados, sendo certo que a simples instauração de processo administrativo que chegou a seu término sem apurar-se valores faltosos e, principalmente, a existência de culpa ou dolo dele, reclamante, não consubstancia motivação suficiente para a dispensa; requer a reforma da sentença para determinar a reintegração, pagamento dos salários

vencidos e vencidos, vales-alimentação/refeição, cesta, férias acrescidas do percentual de 70%, conforme preceitua a cláusula n. 29 do ACT da categoria, 13º salários, recolhimentos para o INSS e FGTS, gratificação de função de “Gerente de Agência de Correio V”, assim como todas as vantagens advindas da lei e instrumentos coletivos, condenando a reclamada em honorários no percentual de 15% da condenação bruta, multa pelo descumprimento da obrigação de fazer e assistência médica, hospitalar e odontológica para o reclamante e seus dependentes, tudo acrescido de juros e correção monetária; pugna pelo deferimento da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT e das férias indenizadas, considerando o percentual de 70% normativo.

A justa causa pode ser conceituada como todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes, que autorize a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante. Entrementes, nem toda infração ou ato faltoso configura justa causa para a rescisão, sendo necessário que esse ato seja precedido de medidas pedagógicas, que se revista de gravidade e que haja proporcionalidade entre a punição e o ato motivador da dispensa, dentre outros requisitos.

E, no dizer de Wagner D. Giglio,

[...] ao se examinar a falta cometida, há que fazê-lo sempre sob dois pontos de vista: objetivamente, levando em consideração os fatos e circunstâncias materiais que envolveram a prática do ato faltoso, tais como o local e o momento; e subjetivamente, considerando a personalidade do agente, isto é, os antecedentes do faltoso, seu grau de cultura etc. [...].

Assim, do ponto de vista objetivo, somente haverá justa causa para a dispensa do empregado quando o ato faltoso por ele praticado constituir uma violação séria das principais obrigações resultantes do contrato de trabalho. Do ponto de vista subjetivo, somente existirá justa causa para o rompimento do vínculo se resultar irreversivelmente destruída a confiança votada no empregado, de tal forma que se torne virtualmente impossível a subsistência da relação de emprego.

Segundo Evaristo de Morais Filho,

[...] a noção de falta grave é fluida, maleável, escorregadia como espuma de sabão por entre os dedos. Varia incessantemente no tempo e no espaço, num verdadeiro relativismo conceitual, quase à maneira de Pirandello, com a verdade de cada um. O que é falta grave aqui, já não o é ali; o que agora parece de uma gravidade imperdoável, amanhã talvez já não mais o seja. Não oferece a lei nenhum arquétipo, eterno e imutável, para ser aplicado automaticamente à variedade constante dos fatos humanos, senão seria fácil fazer-se justiça com computador eletrônico. A justa causa deve ser avaliada subjetiva e objetivamente ao mesmo tempo, e não só de um desses dois prismas. Devem ser levadas em conta as condições pessoais dos contratantes, o passado de ambos, o momento psicológico em que foi cometida a falta e assim por diante. Do ponto de vista subjetivo, uma falta pode ser grave, mas em relação aos méritos particulares do empregado, com uma prestação de serviços longa, laboriosa, honesta, pode igualmente perder esse caráter de gravidade.

Como se extrai da comunicação de f. 245, o reclamante foi dispensado por justa causa com fulcro nas alíneas “b” (mau procedimento), “e” (desídia) e “h” (indisciplina), sendo incontroverso que não há qualquer mácula anterior no seu passado funcional de quase vinte e quatro anos de prestação de serviços, sendo o motivo alegado para a dispensa o único ato praticado passível de punição e que culminou por ensejar a extinção motivada do pacto.

O reclamante exerceu durante o pacto cargo de confiança (gerente de agência) por mais de dez anos, sendo conhecido na cidade de Capitólio/MG, localidade onde trabalhava, por “Gilvan dos Correios”, segundo informaram as testemunhas Alisson Santos Almada e Elias Antônio Chaves (f. 376/377).

Levando-se em conta os dissabores que a justa causa acarreta à vida profissional do empregado, podendo interferir em empregos futuros, a falta que lhe deu origem deve revestir-se de gravidade tal que autorize a adoção da pena máxima, situação que não se caracterizou nos autos, conforme fundamentos lançados às f. 387/388:

[...]

Analisando o contexto dos autos, tenho que não restaram preenchidos os requisitos da adequação entre a falta e a pena aplicada; proporcionalidade entre elas; caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com correspondente gradação de penalidades. Há que se analisar todo o comportamento do empregado e não apenas uma única falta.

[...]

A respeito do ato praticado pelo autor, embora seu comportamento no particular não seja recomendável, declarou ele no termo de f. 193, que,

a princípio, achou que da forma que agiu não estaria dando prejuízo nem para a ECT e nem para a prefeitura; que somente agora depois que iniciou este processo é que percebeu que da forma que agiu, a ECT não recebia pelos serviços prestados [...] que sabe da gravidade da falta que cometeu mas está arrependido do que fez...

Observa-se que, nos termos do contido no Relatório de Sindicância (f. 196), o superior hierárquico do autor (chefe da agência), sr. Edgar Messias Donizete de Sousa, disse que, ao conferir o subcaixa do atendente no final do expediente, notou a sobra do valor de R\$16,60, em selos; que solicitou do atendente que efetuasse o pagamento de R\$32,00, correspondente à postagem das 5 correspondências no valor unitário de R\$6,40 [...] que o atendente pagou a diferença... (f. 196).

Entendo que uma única infração praticada ao longo de vinte e quatro anos de serviço, que sequer resultou em prejuízos graves para a reclamada, ainda que condenável, poderia ter sido punida com advertência e suspensão, tal como objetiva o direito trabalhista ou, então, poderia a reclamada despedi-lo sem justa causa, caso entendesse não mais conveniente a manutenção do pacto laboral, nada autorizando, porém, a adoção do remédio extremo adotado na espécie.

De se ressaltar que a própria reclamada não categorizou a falta praticada pelo obreiro como ato de improbidade, considerando que consta do documento de f. 245 que a dispensa motivada indica a desídia, mau procedimento e indisciplina como causas determinantes da ruptura do pacto laboral.

O poder diretivo do empregador não o exime de exercê-lo oportunizando ao empregado que amolde sua conduta às normas da empresa. Essa oportunização não foi feita pela reclamada de forma gradativa e educativa, que aplicou, incontinentemente, a penalidade máxima, sem proporcionar ao autor a oportunidade de analisar seu comportamento e buscar soluções para coibir a repetição dos erros cometidos, propiciando a ele o retorno ao caminho do zelo funcional.

[sic, ...]

Logo, mostra-se irrepreensível a leitura do acervo probatório realizada pelo juízo sentenciante, pois, apesar de ter sido apurado mediante inquérito administrativo que o reclamante agiu em desacordo com as normas gerais da empresa, uma única infração praticada ao longo de vinte e quatro anos de trabalho, que sequer resultou em prejuízo, como visto acima, poderia ter sido punida com advertência ou suspensão, medidas pedagógicas que proporcionariam ao reclamante analisar seu comportamento e retornar ao caminho do zelo funcional.

Logo, além de não ter sido adotadas medidas pedagógicas que proporcionariam ao reclamante analisar seu comportamento e retornar ao caminho do zelo funcional, houve desproporcionalidade entre a punição e o ato motivador da dispensa motivada, dando a ficha cadastral de f. 108 notícia de que a última avaliação do reclamante no ano de 2007 foi satisfatória (“Desempenho aproxima-se do Padrão Esperado”), o que contradiz a assertiva patronal em sentido contrário, decidindo acertadamente o juízo monocrático ao não convalidar a justa causa aplicada, cumprindo agora perquirir sobre o acerto

da sentença quanto ao indeferimento do pedido de nulidade da dispensa e reintegração no emprego.

Dispõe o item II da OJ 247 do TST o seguinte:

A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Quanto à impossibilidade de dispensa imotivada dos empregados da reclamada, a SBDI-I do TST vem reiteradamente decidindo:

PROC. N. TST-E-RR-106/2003-042-15-00.4

ACÓRDÃO

SESBDI-1

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007 - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - DISPENSA - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO - REINTEGRAÇÃO. É pacífico o entendimento de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos goza dos mesmos privilégios direcionados aos entes públicos para efeito de execução e do disposto no Decreto-lei n. 779/1969. Conclui-se, assim, que a equiparação da empresa à Fazenda Pública, em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além

das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais, deve alcançar, também, as restrições a ela impostas quanto à forma de despedida imotivada ou arbitrária. Nesse sentido, esta Corte firmou posicionamento por meio da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST (Resolução n. 143, de 13.11.2007), segundo a qual a validade do ato de despedida de empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação. Aplicação do disposto no art. 894, inciso II, *in fine*, da CLT. Com relação à reintegração determinada, esta também encontra amparo no item II da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST, tendo em vista a equiparação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos à Fazenda Pública, e, diante da impossibilidade de dispensa sem motivação, a consequência fica adstrita à determinação de reintegração do empregado dispensado sem justa causa. Assim, afastada a contrariedade à Súmula n. 390 desta Corte, ante a aplicação específica da orientação jurisprudencial acima indicada à hipótese dos autos. Recurso de embargos não conhecido.

[...]

1.1 - DISPENSA IMOTIVADA - ECT - POSSIBILIDADE - REINTEGRAÇÃO

A 2ª Turma, mediante o acórdão às f. 201-2011, não conheceu do recurso de revista da reclamada

quanto ao tema - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Despedida - Ato Administrativo - Necessidade de Motivação - Estabilidade -, por entender que este não comporta mais discussão, tendo em vista a consonância da decisão regional com a nova redação da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST, sendo incidente, como óbice ao conhecimento do recurso, a Súmula n. 333 desta Corte. Consignou que, realmente, o empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT - não detém estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal nos termos do item I da Súmula n. 390 desta Corte, todavia a dispensa sem a devida motivação reverte-se em direito à reintegração.

Nestes termos encontra-se a decisão proferida pela Turma:

1.2 - DISPENSA IMOTIVADA - REINTEGRAÇÃO - CONHECIMENTO

Sustenta a empresa que o reclamante não está sujeito ao regime estatutário, mas sim celetista, não sendo tido como funcionário público, mas sim empregado, sendo assim a estabilidade pretendida pelo recorrido é um atributo pessoal do servidor público e não dos empregados regidos pela CLT. Aponta violação dos artigos 37, II, 41, caput e 173, § 1º, II, da Constituição Federal, 11 do Decreto-lei n. 509/69, 34 do Decreto n. 1.687/95, contrariedade à Súmula/TST n. 390 e dissenso pretoriano.

Quanto ao tema em exame, consignou o Tribunal Regional do Trabalho, *in verbis*:

Não é controvertido que o

recorrente foi admitido em 18.12.1991, após aprovação em concurso público, e dispensado sem justa causa em 09.01.2001.

A dispensa do recorrente, portanto, é nula, embora ele não seja portador da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.

Ressalte-se que por desfrutar dos mesmos privilégios concedidos aos entes públicos, a recorrente está impedida de efetuar demissão sem justa motivação, ou seja, ela não deve ter tratamento híbrido: ou se lhe dá prerrogativa do ente público com ônus do ente público, ou bem se lhe confere *status* de empresa privada e os deveres da atividade privada, conforme decidiu a Segunda Turma do TST no julgamento do RR 22416/2002-900-02-00.1, relatado pelo Ministro Luciano de Castilho.

Os princípios constitucionais pertinentes aos atos administrativos, portanto, devem ser observados, o que não acontece, pois o ato de dispensa do recorrente não foi motivado.

Desse modo, há que ser declarada a nulidade da dispensa do recorrente, com sua consequente reintegração ao quadro de funcionários da recorrida, na mesma função, sendo devidas as parcelas contratuais como se em exercício ele estivesse, até a efetivação da reintegração.

Na apuração dos reflexos decorrentes desta decisão será observado, no que couber, que a dispensa foi anulada.

Na forma do entendimento majoritário da E. 4ª Turma, fica autorizada a compensação da multa de 40% do FGTS.

Desse modo, a sentença há que ser reformada quanto ao ponto em

foco, a fim de ser declarado que a dispensa do recorrente é nula, determinando sua reintegração ao quadro de funcionários da recorrida, na mesma função, sendo devidas as parcelas contratuais como se em exercício ele estivesse, desde 09.02.2001, considerada a projeção do aviso prévio, até a efetivação da reintegração (f. 171/172).

Não prospera a alegação de violação aos artigos 41, *caput*, 37, II e 173, da Constituição Federal, ou mesmo divergência jurisprudencial, senão vejamos.

O tema em debate passou a ser novamente discutido na Corte, após o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido os privilégios assegurados à ECT quanto à forma de quitar seus débitos trabalhistas, que segue o rito do precatório. A ECT, em face da norma que o instituiu e da sua natureza jurídica, também adquiriu o direito à imunidade tributária quanto aos depósitos recursais.

Esses privilégios resultaram na mitigação do comando inserto na OJ 247 da SBDI-1 e na construção do entendimento em virtude do qual a ECT não poderá mais efetuar demissão de seus empregados sem justa causa e sem motivação explícita do ato como se fosse mera empresa privada no uso do seu poder potestativo e amparada que estava nas regras do artigo 173 da CF/88.

Com efeito, o Decreto-lei n. 509/1969 assegurou à ECT privilégios, quer quanto à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais, equiparando-os à Fazenda Pública.

Entendo que, na esteira do posicionamento desta Turma, foi subtraída da ECT a essência do poder potestativo, posto que a equiparação ampla da empresa à Fazenda Pública deve alcançar, também, as restrições impostas aos Correios quanto à forma de despedida imotivada ou arbitrária.

Destaco, ainda, que a ECT não pode ter tratamento híbrido. Em outras palavras: ou se lhe dá prerrogativa do ente público com ônus do ente público, ou bem se lhe confere *status* de empresa privada e os deveres da atividade privada.

Dessa forma, é inevitável reconhecer a equiparação da ECT às entidades de direito público para os efeitos da vedação da dispensa de seus empregados estáveis sem motivação, sob risco de nulidade do ato.

Importa considerar-se, por oportuno, que o efeito gerado pela despedida imotivada, considerada como ato nulo no caso da ECT, limita-se a restabelecer o contrato nas condições anteriores à nulidade concretizada.

Sob este ponto de vista, significa dizer que os empregados da ECT mantêm-se em igualdade de condições aos demais empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, na medida em que a estabilidade não lhes é garantida, mas, apenas, a proteção contra despedida arbitrária, não resguardada pela motivação do respectivo ato administrativo, por parte da ECT.

Ora, basta considerar-se a hipótese de que, uma vez reintegrado, seria possível à ECT, desde que motivadamente, no exercício de seu direito potestativo

de empresa pública e fazendo uso da discricionariedade que reveste os atos administrativos, despedir o mesmo empregado, de maneira perfeitamente regular. Importa considerar-se, assim, que a imperiosidade da motivação, pela ECT, do ato de despedir seus empregados reconhecida pela jurisprudência desta Corte não implica a estabilidade deste, mas, apenas, o seu direito de ser reintegrado, ante a nulidade do ato.

Este foi o entendimento desta Corte no acórdão do E-ED-RR-587/2002-006-13-00, de relatoria do Min. Vantuil Abdala, publicado no DJ - 18.03.2008, ao perfilhar o fundamento de que - uma vez que concedidos à ECT os mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, esta deve observar os princípios constitucionais pertinentes aos atos administrativos. Ainda que não se reconheça a garantia de emprego prevista na Constituição, o ato de despedida do empregado não está livre de motivação, nos termos do art. 37, da Constituição da República. Nestes termos, é de se observar o item II da Súmula n. 390 do TST, ao dispor que ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Vale aqui considerar, não menos, os fundamentos declinados pelo Tribunal Pleno desta Corte (E-ED-RR - 1138/2003-041-03-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 22.02.2008, Rel. Min. Aloysio Correa da Veiga), que, ao apreciar incidente de uniformização de jurisprudência quanto ao tema, assim proferiu ementa:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DESPEDIDA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. DEBATE SOBRE A INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 247 DA SBDI-I À EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. A impossibilidade de demitir imotivadamente empregado de órgãos da administrativa pública direta alcança a Empresa de Correios e Telégrafos, na medida em que o E. STF, em diversos precedentes, vem assegurando à empresa pública privilégios inerentes à Fazenda Pública, por se tratar de ...pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, art. 21, X). Deste modo, merecendo os Correios tratamento privilegiado em relação a tributos fiscais, isenção de custas e execução por precatório, conforme copiosa jurisprudência, é de se vincular os seus atos administrativos aos princípios constitucionais que regem a administração pública direta, em especial o da motivação quando da despedida de empregado contratado por serviço público. Incidente de Uniformização de Jurisprudência provido para atribuir nova redação à Orientação Jurisprudencial 247 da C. SDI, excepcionando a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, quanto à possibilidade de despedida imotivada de seus empregados, cuja proposta será apresentada pela Comissão de Jurisprudência da C. Corte a ser submetida à aprovação do Tribunal Pleno.

E ainda, em sua fundamentação:

NATUREZA JURÍDICA DOS CORREIOS - PRIVILÉGIOS CONCEDIDOS À FAZENDA PÚBLICA DECISÃO DO E. STF.

O art. 12 do Decreto-lei n. 509, de 20 de março de 1969, *verbis*: A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

O Ministro Carlos Velloso, ao pacificar a jurisprudência em relação à imunidade tributária e fiscal dos Correios, ressalta:

EMENTA: IMUNIDADE E ISENÇÃO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: CF, ART. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a. II. R.E conhecido. Além da

decisão acima transcrita, a jurisprudência do E. STF reconhece aos Correios imunidade tributária, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, além de privilégios de foro, prazos e custas processuais, comuns à Fazenda Pública, além do pagamento de débitos, trabalhistas inclusive, por meio de precatórios. A condição jurídica das empresas públicas e das sociedades de economia mista, não há dúvida, traduz-se em face da própria característica de pessoa jurídica de direito privado sob o controle do Estado. Num primeiro momento, tem-se que por expressa estipulação do art. 173, § 1º, II, da Constituição, a necessidade dessas empresas quanto a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não só em relação a direitos e obrigações civis, como também comerciais, trabalhistas e tributárias. Cabe frisar que há clara diferenciação em relação à constituição do capital da empresa pública e da sociedade de economia mista, resumida no fato de que a lei não admite a presença da iniciativa privada no capital da empresa pública, mas não há dúvida de que nos dois lados há intervenção do Estado no domínio econômico. O que determinou o entendimento do E. STF, pela ampla leitura dos debates, brilhantes, travados pelos Ex.^{mos} Ministros, quando do *leading case* em que se determinou a execução por precatório aos Correios, foi exatamente o fato de que a ECT, em razão de explorar serviço

postal, nos termos do art. 21, X, da CF, integra o conceito de Fazenda Pública. É necessário distinguir do Relator Ex.^{mo} Ministro Maurício Correia, que conduziu o entendimento da maioria: Assim, a exploração de atividade econômica pela ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - não importa sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, pois sua participação neste cenário está ressalvada pela primeira parte do artigo 173 da Constituição Federal ("Ressalvados os casos previstos nesta Constituição..."), por se tratar de serviço público mantido pela União Federal, pois seu orçamento, elaborado de acordo com as diretrizes fixadas pela Lei n. 4.320/64 e com as normas estabelecidas pela Lei n. 9.473/97 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), é previamente aprovado pelo Ministério do Planejamento e Orçamento - Secretaria de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, sendo sua receita constituída de subsídio do Tesouro Nacional, conforme extrato do Diário Oficial da União acostado à contracapa destes autos. Logo, são impenhoráveis seus bens por pertencerem à entidade estatal mantenedora. Ante o exposto, tenho como recepcionado o Decreto-lei n. 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução fazer-se mediante

precatório, sob pena de vulneração ao disposto no artigo 100 da Constituição de 1988. Por conseguinte, conhecimento do recurso extraordinário e dou-lhe provimento.

Vê-se, sem dúvida, que se encaminhou no fato de que por não haver realização de atividade econômica pelos Correios, ele se equipara à Fazenda Pública, inclusive em relação às obrigações trabalhistas. A decisão da Corte Maior, portanto, já acenou pelo tratamento privilegiado, incumbindo, agora, saber se esse tratamento privilegiado alcança a observância dos princípios relacionados à essencialidade da observância das formalidades inerentes aos atos administrativos, a que está vinculada a Administração Pública.

Além de vinculados à legalidade e à impessoalidade, os atos administrativos também estão vinculados à moralidade, que, em observância ao art. 37 da Constituição Federal, deve incidir sobre todos os atos da Administração Pública. Ao princípio da publicidade inserido no §1º do art. 37 da Constituição Federal, veio acrescer um princípio mais moderno, o da eficiência, que se traduz na obrigatoriedade de a Administração Pública buscar o melhor serviço, com menor custo, utilizando-se das ferramentas de que dispõe. Assim, não há dúvida de que sendo investida a Empresa de Correios e Telégrafos de privilégios fiscais e tributários, além da execução por precatório, porque consagrada a impenhorabilidade de seus bens, a jurisprudência sedimentada na Corte Superior abre um novo debate, relacionado à necessidade de se

vincular o ente público, equiparado à Fazenda Pública, à estrita legalidade, moralidade e impessoalidade que regem a Administração Pública.

Assim sendo, em contraponto, deve ser reforçado o objetivo contido na teoria da motivação, que determina que a Administração Pública indique as razões de qualquer ato por ela praticado.

O que leva a jurisprudência a se inclinar nesse sentido é apenas e tão-somente a solidificação do entendimento do E. STF de conceder privilégios aos Correios que são direcionados apenas a ente público. Realmente, como acenado pelos Ministros daquela Corte, a jurisprudência terminou por criar vazios para se dirimir outras questões advindas da decisão, como a inexistência de orçamento da União que pudesse fazer margem a precatório dos Correios, e que culminou por se resolver com o precatório informal. O Presidente dos Correios recebia um Ofício do TRT e procedia ao lançamento. A contradição que surgiu, não examinada pelo E. STF na ocasião, diz respeito à jurisprudência do C. TST que possibilita a despedida imotivada do empregado de empresa pública, e que se adequou à jurisprudência do E. STF para conceder aos Correios privilégios vinculados à Fazenda Pública, sem admitir que seus empregados não detêm a estabilidade dos empregados públicos. A dicotomia no tratamento determina ofensa ao princípio constitucional da igualdade. Os Correios têm a execução dos créditos trabalhistas atrelada a precatório, mas não dão tratamento constitucional, conforme previsto no art. 41 da Constituição Federal, como

os demais concursados do serviço público, que estão na mesma situação, tendo suas execuções trabalhistas por precatório, mas não têm o seu contrato de trabalho protegido contra demissão arbitrária. A flagrante contradição exposta torna necessário revisar a Orientação Jurisprudencial 247 da C. SDI, cuja nova redação se propõe, com o fim de excetuar os Correios da possibilidade de despedida imotivada de seus empregados. A Comissão de Jurisprudência desta C. Corte, diante dos precedentes citados, apresentará proposta de redação à OJ 247, para que seja submetida ao Tribunal Pleno, nos termos do Regimento Interno desta C. Corte.

Quanto à estabilidade dos empregados dos Correios, todavia, o C. Tribunal Pleno entendeu, por sua maioria, que não é possível garantir estabilidade, entendendo pela não-aplicação do art. 41 da Constituição Federal àqueles empregados, prevalecendo a redação atual contida no item II da Súmula 390 do C. TST.

Nesses termos é que foi aprovada a revisão da Orientação Jurisprudencial 247 da C. SDI, com o fim de se garantir plena igualdade de tratamento aos servidores contratados por serviço público pela ECT e os empregados da Administração Pública.

Dessa forma, é inevitável reconhecer a equiparação da ECT às entidades de direito público para os efeitos da vedação da dispensa de seus empregados estáveis sem motivação.

Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial da SBDI-1/TST n. 247, item II, a saber:

A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Inviável, pois, o recurso de revista, nos termos do § 4º do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho c/c a Súmula/TST n. 333 e com a Orientação Jurisprudencial da SBDI-1/TST n. 336, não havendo, portanto, que se falar em violação infraconstitucional ou mesmo em divergência jurisprudencial.

Não conheço.

Inconformada, a reclamada interpõe o presente recurso de embargos. Sustenta, em síntese, ser plenamente possível a despedida imotivada de concursado celetista, não se havendo de falar na estabilidade prevista no art. 41 da Carta Magna, sendo indevida a reintegração. Aponta violação dos arts. 37, 41 e 173 da Constituição da República, contrariedade ao item II da Súmula n. 390 do TST e transcreve arestos a cotejo.

De acordo com a nova redação do inciso II do art. 894 da CLT, conferida pela Lei n. 11.496, de 22.06.2007, vigente a partir do dia 24.09.2007, somente são cabíveis embargos quando demonstrada divergência jurisprudencial entre Turmas do Tribunal Superior do Trabalho ou entre essas e a Seção de Dissídios Individuais.

O presente recurso de embargos

foi interposto pela reclamada contra decisão publicada no Diário da Justiça já sob a égide da Lei n. 11.496/2007.

De pronto, fica afastada a verificação da mácula apontada aos dispositivos constitucionais, pois não albergado pelo inciso II do art. 894 da CLT o conhecimento do recurso de embargos por violação de dispositivo de lei federal e/ou da Constituição.

No recurso de embargos, a reclamada insiste em que, na qualidade de empresa pública, pode promover a dispensa imotivada de seus empregados, todavia, reconhece que a Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST, com sua nova redação, exige a motivação da dispensa destes. Contudo, argumenta que, não obstante a exigência de motivação para dispensa, os empregados da ECT não gozam da estabilidade garantida no art. 41 da Constituição Federal, encontrando-se a decisão da Turma em dissonância com a Súmula n. 390 desta Corte e com julgados que transcreve para o confronto de teses. Mesmo destacando que o recurso somente se viabiliza por divergência, tendo em vista sua interposição sob a égide da nova redação do art. 894 da CLT, conferida pela Lei n. 11.496/2007, aponta violação dos arts. 37, *caput*, 41 e 173 da Constituição da República e contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST.

A divergência não autoriza o conhecimento de embargos à SBDI lastreado no que se refere ao inconformismo demonstrado com relação à necessidade de motivação da dispensa, pois, no caso, o recurso

não reúne condições de se viabilizar, por se apresentar a decisão revisanda em consonância com o item II da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST, cujo teor, conferido pela Resolução n. 143, de 13/11/2007, fixou o seguinte posicionamento:

SERVIDOR PÚBLICO - CELETISTA CONCURSADO - DESPEDIDA IMOTIVADA - EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - POSSIBILIDADE. Inserida em 20.06.2001.

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Assim, superados afiguram-se os julgados trazidos que tratam do tema, sendo incidente a Súmula n. 333 desta Corte como óbice ao conhecimento do recurso sob tal aspecto.

Com efeito, no caso, a turma, ao não conhecer do recurso de revista da reclamada, manteve a condenação a ela imposta de proceder à reintegração reivindicada e ao pagamento, por considerá-la em

sintonia com o entendimento pacificado nesta Corte, no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, beneficiária das mesmas prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais, deve arcar também com os encargos dessa condição, dentre os quais o de observar a motivação como requisito de validade do ato de dispensa de seus empregados.

A reintegração foi determinada, também, com amparo no item II da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do TST, tendo em vista a equiparação da Empresa de Correios e Telégrafos à Fazenda Pública, e, diante da impossibilidade da dispensa sem motivação, a consequência fica adstrita à determinação de reintegração do empregado dispensado sem justa causa. Assim, fica afastada a contrariedade à Súmula n. 390 desta Corte, ante a aplicação específica da orientação jurisprudencial acima indicada à hipótese dos autos.

Com isso, fica também afastada a divergência com os arestos transcritos que, por sua vez, não apresentam a necessária especificidade com a decisão recorrida, na medida em que tratam de forma genérica a questão de não haver direito à reintegração em caso de dispensa sem motivação de empregado de empresa pública, não particularizando a hipótese dos autos, em que o empregado é contratado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cujo tratamento diferenciado o afasta da tese geral.

Ante o exposto, não conheço do

recurso, pois não demonstrado o seu enquadramento ao disposto no art. 894, inciso II, *in fine*, da CLT.

Não conheço.

ISTO POSTO,

ACORDAM os Ministros da Egrégia Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos.

Brasília, 27 de novembro de 2008.

MINISTRO VIEIRA DE MELLO
FILHO
Relator

Logo, não sendo convalidada a justa causa aplicada ao reclamante, não mais subsiste a motivação necessária para outorgar legalidade à dispensa, conforme pacificado na Orientação Jurisprudencial alhures referida, impondo-se declarar a sua nulidade e determinar a imediata reintegração do obreiro no emprego, nas mesmas condições de trabalho da data da dispensa, sob pena de multa por dia de atraso no cumprimento dessa obrigação de fazer de R\$100,00, limitada a R\$10.000,00 (aplicação do § 5º do art. 461 do CPC), com o consequente pagamento dos salários vencidos e vincendos, observando-se, inclusive, a incorporação da gratificação de função deferida, garantidos todos os reajustes salariais e vantagens legais e normativas, incidindo juros, correção monetária e os descontos fiscal e previdenciário já determinados na sentença, devendo a reclamada retificar a CTPS para anular o registro do distrato e fazer as anotações cabíveis, restando

deferidos os pedidos formulados nas letras “B”, “C” e “E” do rol de f. 10.

Por final, sendo determinada a reintegração, resta prejudicado o exame das matérias relativas à multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT, incidência do percentual de 70% sobre as férias indenizadas, entrega das guias para recebimento do seguro-desemprego.

Provejo parcialmente.

6. Honorários assistenciais

Preenchidos os requisitos previstos na Lei n. 5.584/70 e no item I da Súmula n. 219 do TST (f. 22 e 405/406), é devido o pagamento dos honorários assistenciais no importe de 15% sobre o valor bruto da condenação, conforme deferido à f. 395. Observa-se que o valor líquido a que alude o § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060/50 diz, na verdade, respeito ao valor liquidado, mesmo porque o dispositivo em questão não trata e nem poderia tratar de descontos a título de imposto de renda e contribuição previdenciária, porquanto inexistentes à época de sua edição. Nesse sentido dispõe a recente OJ n. 348 da SBDI-I do TST.

Provejo.

ISSO POSTO,

Conheço dos recursos, rejeito as preliminares de inépcia da inicial e julgamento *extra petita* e, no mérito, dou-lhes provimento parcial. Ao do reclamante, para declarar a nulidade da dispensa e determinar a sua imediata reintegração no emprego, nas mesmas condições de trabalho da data da dispensa, sob pena de multa por dia de atraso no cumprimento dessa obrigação de fazer de R\$100,00, limitada a R\$10.000,00 (aplicação do § 5º do art. 461 do CPC), com o consequente

pagamento dos salários vencidos e vincendos, observando-se, inclusive, a incorporação da gratificação de função deferida em 1º grau, garantidos todos os reajustes salariais e vantagens legais e normativas, incidindo juros, correção monetária e os descontos fiscal e previdenciário já determinados na sentença, devendo a reclamada retificar a CTPS para anular o registro do distrato e fazer as anotações cabíveis. Ao da reclamada, para excluir da condenação relativa ao pagamento da gratificação de função pelo exercício do cargo comissionado de gerente de agência o período compreendido entre 24.09.02 e 1º.04.05. Mantenho o valor arbitrado à condenação, por ainda compatível.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Quinta Turma, julgou o presente processo e, à unanimidade, conheceu dos recursos; sem divergência, rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e julgamento *extra petita* e, no mérito, deu-lhes provimento parcial; ao do reclamante, para declarar a nulidade da dispensa e determinar a sua imediata reintegração no emprego, nas mesmas condições de trabalho da data da dispensa, sob pena de multa por dia de atraso no cumprimento dessa obrigação de fazer de R\$100,00, limitada a R\$10.000,00 (aplicação do § 5º do art. 461 do CPC), com o consequente pagamento dos salários vencidos e vincendos, observando-se, inclusive, a incorporação da gratificação de função deferida em 1º grau, garantidos todos os reajustes salariais e vantagens legais e normativas, incidindo juros, correção monetária e os descontos fiscal e previdenciário já determinados na sentença, devendo a reclamada retificar

a CTPS para anular o registro do distrato e fazer as anotações cabíveis e ao da reclamada, para excluir da condenação relativa ao pagamento da gratificação de função pelo exercício do cargo comissionado de gerente de agência o período compreendido entre 24.09.02 e 1º.04.05, mantendo o valor arbitrado à condenação, por ainda compatível.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009.

GISELE DE CÁSSIA VIEIRA DIAS
MACEDO

Juíza Convocada Relatora

TRT-01183-2008-048-03-40-4-AP
Publ. no "MG" de 11.02.2009

AGRAVANTES: ANTONIO SADI E
OUTRA

AGRAVADO: CELIO JOSÉ DA SILVA

EMENTA: FRAUDE DE EXECUÇÃO - INOCORRÊNCIA - AQUISIÇÃO REGULAR DO IMÓVEL BEM ANTES DO MANEJO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS DA EMPRESA RECLAMADA - ADQUIRENTES DE BOA-FÉ. Provada pelos terceiros embargantes a regular aquisição de imóvel, que foi objeto de penhora em execução trabalhista, através de contrato de cessão de direitos hereditários bem antes do ajuizamento da ação trabalhista que deu origem à execução; e, ainda, que efetivamente o adquiriram dos sócios da empresa executada, através de competente escritura pública de compra e

venda, bem antes que fossem incluídos no polo passivo da execução trabalhista, é inquestionável a condição de adquirentes e possuidores de boa-fé, de modo a afastar a hipótese de fraude de execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição, originários da Vara do Trabalho de Araxá, em que figuram como agravantes: ANTONIO SADI E OUTRA; como agravado: CELIO JOSÉ DA SILVA, como a seguir se expõe:

RELATÓRIO

Inconformados com a r. decisão de f. 74 que julgou improcedentes os embargos de terceiro, interpõem agravo de petição Antonio Sadi e Marília de Oliveira Andrade Sadi às f. 75/81, sustentando que adquiriram o imóvel penhorado em 10.04.2001 conforme instrumento público de cessão de direitos hereditários registrado em cartório, não restando evidenciada a fraude de execução.

Pedem provimento.

Contraminuta às f. 84/93.

Dispensada a manifestação da douta Procuradoria.

É o relatório.

VOTO

1 - Admissibilidade

Preliminar de não conhecimento por inexistência de preparo

Não há que se falar em deserção do agravo pelo não-recolhimento das custas, como alega o exequente em sua contraminuta.

Os embargos de terceiro, na sistemática processual trabalhista, têm caráter de ação incidental à execução. É pacífico que, nessa fase processual, as custas não são exigíveis por ocasião do recurso (agravo de petição), devendo ser suportadas ao final, sempre pelo executado. Confira-se o tratamento legal da matéria:

Art. 789-A. No processo de execução são devidas custas, sempre de responsabilidade do executado e pagas ao final, de conformidade com a seguinte tabela:
[...].(g.n.)

Rejeito.

Assim, conheço do agravo, interposto a tempo e modo, eis que presentes os pressupostos de recorribilidade.

2 - Mérito

Insurgem-se os agravantes contra a decisão de origem que, declarando a existência de fraude de execução, deu chancela à penhora realizada sobre bem imóvel, supostamente de propriedade dos sócios da empresa executada. Sustentam que adquiriram dos executados o imóvel objeto da penhora em data anterior ao ajuizamento da reclamatória através de instrumento público de cessão de direitos hereditários, conforme documentos que juntam com a inicial, e que, posteriormente, vieram a adquiri-lo de forma definitiva através de escritura pública de compra e venda, documento também encartado com a inicial.

É fato incontroverso que a demanda principal foi ajuizada em 14.08.2001 (f. 20), e que a empresa executada é insolvente.

Ocorre que os agravantes, através de instrumento público de cessão de direitos hereditários lavrado em cartório em 10 de abril de 2001 (f. 13/14), adquiriram o lote 25, da quadra 107, do Bairro Estoril, nesta Capital, dos sócios da executada, Carlos Roberto Leone e Maria Beatriz Rodrigues Pereira Leone, que eram titulares do direito de domínio sobre referido imóvel.

Mais adiante, através de competente instrumento público de compra e venda, os agravantes, em 17.06.2003, de forma definitiva adquiriram a posse e o domínio sobre o referido imóvel.

Assim, ficou comprovado nos autos, seja pela escritura pública de cessão de direitos hereditários, seja pela posterior escritura de compra e venda, que os embargantes adquiriram o imóvel, primeiro, em data anterior ao ajuizamento da ação trabalhista; segundo, bem antes que os sócios da empresa, antigos proprietários do imóvel, fossem incluídos no polo passivo da execução, o que se deu apenas em 24.09.2004, conforme decisão de f. 67. Daí resulta que está comprovada nos autos a posse e domínio sobre o imóvel, por parte dos embargantes, de um lado, antes do ajuizamento da ação trabalhista que deu origem à execução; de outro, bem antes que seus sucedidos nos direitos sobre o imóvel fossem incluídos como executados no feito, em razão da execução frustrada contra a empresa executada. Sobram patentes a legitimidade dos direitos de senhores e possuidores do bem e a boa-fé dos adquirentes, bem como qualquer tentativa de fraude de execução. São procedentes os embargos de terceiro.

Não é possível concordar com decisões que se proferem no âmbito da Justiça do Trabalho em nome de

proteção de crédito de questionável finalidade “alimentar”, que atropelam negócios jurídicos já há muito consolidados e entabulados por agentes de boa-fé, com a utilização do formalista fundamento de que somente com o registro se opera a efetiva transferência do bem. Se isso é certo, a verdade é que os embargos de terceiro podem e devem ser manejados pelo senhor e possuidor, e também por adquirente de imóvel que não tem relação com negócios fraudulentos do devedor.

Sabe-se perfeitamente da diferença abismal entre as situações jurídicas da fraude contra credores e da fraude de execução, mas também esta, como prelecionam as mais abalizadas doutrina e jurisprudência sobre a matéria, só se caracteriza quando o devedor dispõe do bem já com o objetivo de não cumprir ou não executar obrigações já litispendentes. E esse não é o caso dos autos, pois, quando da transação de compra e venda, não se demonstrou tenha sido essa a intenção do devedor.

Assim, dou provimento para julgar insubsistente a penhora de f. 18, referente ao lote número 25, quadra 107, localizado na avenida Engenheiro Carlos Goulart, Bairro Estoril.

3 - Conclusão

Pelo exposto, conheço do agravo de petição e, no mérito, dou-lhe provimento, para julgar insubsistente a penhora de f. 18, referente ao lote número 25, quadra 107, localizado na avenida Engenheiro Carlos Goulart, Bairro Estoril.

MOTIVOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão da sua

Nona Turma, hoje realizada, analisou o presente processo e, à unanimidade, conheceu do agravo de petição; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento para julgar insubsistente a penhora de f. 18, referente ao lote número 25, quadra 107, localizado na avenida Engenheiro Carlos Goulart, Bairro Estoril.

Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2009.

JOÃO BOSCO PINTO LARA
Juiz Convocado Relator

TRT-HC-00101-2009-000-03-00-0
Publ. no “MG” de 13.03.2009

IMPETRANTE: GILMAR MOREIRA DA SILVA (PACIENTE)

IMPETRADO: JUIZ DA 2ª VARA DO TRABALHO DE POÇOS DE CALDAS

EMENTA: HABEAS CORPUS - DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO - INCONSTITUCIONALIDADE. O Excelso Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência, ao julgar os processos HC 87.585/TO (Relator Ministro Marco Aurélio), RE 349.703/RS (Rel. Ministro Gilmar Mendes), RE 466.343/SP (Rel. Ministro Cezar Peluso) e HC 92.566/SP (Rel. Ministro Marco Aurélio), em sessão realizada aos 03.12.2008, cancelando a Súmula n. 619 e firmando orientação no sentido de que a prisão civil por dívida tornou-se restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e

inescusável de pensão alimentícia, conforme previsto no art. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, a que o Brasil aderiu em 25.09.92, e que goza do status normativo supralegal (estando abaixo da Constituição mas acima da legislação interna). Entendeu-se que, com a inclusão do referido Pacto no ordenamento jurídico nacional, deixaram de existir balizas visando à eficácia do inciso LXVII do art. 5º da Constituição da República, ficando derogadas as normas legais definidoras da custódia do depositário infiel.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, em que figuram: como impetrante, GILMAR MOREIRA DA SILVA (paciente); como impetrado, JUIZ DA 2ª VARA DO TRABALHO DE POÇOS DE CALDAS.

RELATÓRIO

Gilmar Moreira da Silva impetrou *habeas corpus* preventivo com pedido de liminar contra ato do MM. Juiz da 2ª Vara do Trabalho de Poços de Caldas, alegando que foi decretada sua prisão nos autos do processo n. 00210-2008-149-03-00-1, em que foi nomeado depositário da penhora realizada sobre faturamento.

Sustentou não restar caracterizada a condição de depositário infiel, com amparo na Orientação Jurisprudencial n. 143 da SDI-II do Colendo TST, bem como a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário judicial tido por infiel.

Salientou os aspectos nocivos da prisão por dívida e, ao final, requereu a concessão de liminar, com expedição de salvo-conduto, de modo a evitar a concretização da perda da liberdade de locomoção.

A inicial e os documentos de f. 07/14 foram apresentados por fac-símile.

Em 03.02.2009, foi deferida a liminar, *ad cautelam* e sem prejuízo de reexame posterior, conforme despacho de f. 15/16.

O impetrante apresentou os originais da inicial e documentos que a instruíram (f. 18/30), além de novas cópias extraídas no processo em que foi cominada a pena de prisão (f. 31/38).

A d. autoridade impetrada sustentou que o paciente foi nomeado depositário e não se opôs; que a penhora sobre faturamento é autorizada, conforme OJ n. 93 da SDI-II do TST; que não se trata de faturamento futuro, mas de depósitos passados e vencidos, que já deveriam ter sido efetuados; e que a prisão do depositário infiel encontra amparo no inciso LXVII do art. 5º da Constituição da República (f. 39/41 e 54/56). Anexou as peças de f. 42/49 (fac-símile) e f. 57/63 (originais).

Houve equívoco no cadastramento do procurador do paciente, o que foi alegado pela petição de f. 50/51 e corrigido, conforme despacho de f. 52/53.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer da lavra do Dr. Eduardo Maia Botelho, opinou pela concessão do *habeas corpus* (f. 64/65).

Tudo visto e examinado.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de livrar o paciente Gilmar Moreira da Silva,

executado nos autos do processo n. 00210-2008-149-03-00-1, da ameaça de prisão contida no despacho cuja cópia encontra-se à f. 33 e que determinou a expedição de mandado de penhora sobre seu faturamento bruto mensal, limitado a 20%.

A questão da constitucionalidade da prisão do depositário infiel foi objeto de intensos debates no Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, no ano de 2008.

Em 12.03.2008, o Ministro Cezar Peluso, na condição de Relator do processo n. RE 562.051-4/MT, entendeu que a questão (também objeto do Proc. n. 466.343-1, cujo julgamento estava prestes a concluir) transcendia os limites subjetivos da causa, cuja decisão deveria revestir-se de repercussão geral, o que foi acolhido pelo Tribunal Pleno em 14.04.2008.

Em 03.12.2008 foi realizada a sessão plenária que decidiu de forma definitiva a controvérsia, inclusive com o cancelamento da Súmula 619 do STF, cujo conteúdo era o seguinte:

A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

Nesta data, a Suprema Corte alterou sua jurisprudência, ao julgar os processos n. HC 87.585/TO (Relator Ministro Marco Aurélio), RE 349.703/RS (Rel. Ministro Gilmar Mendes), RE 466.343/SP (Rel. Ministro Cezar Peluso) e HC 92.566/SP (Rel. Ministro Marco Aurélio), firmando orientação no sentido de que a prisão civil por dívida tornou-se restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia.

Conforme informativo n. STF 531:

Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”).

Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel.

Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção [...].

E diversos são os julgamentos proferidos pelas duas Turmas do Excelso STF no mesmo sentido (mesmo antes da referida sessão de 03.12.2008), cabendo registrar, a título ilustrativo, a ementa extraída do julgamento ocorrido em 11.11.2008, relativo ao HC 95.967-9/MS, em que figura como Relatora a Ministra Ellen Gracie:

DIREITO PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da

(in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no *caput* do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

4. *Habeas corpus* concedido.

Vale também transcrever ementa proferida pelo Ministro Celso de Mello, a qual sintetiza voto que resultou de amplo estudo realizado sobre o tema, relativo ao HC 90450/MG julgado em sessão realizada aos 23.09.2008 (publicado em 06.02.2009):

EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO - ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do

Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais

favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

A questão já chegou ao Colendo TST, que acatou o novo posicionamento do STF e deferiu liminar requerida nos autos do HC 202401-2008-000-00-00-6, impetrado como substitutivo de recurso ordinário contra decisão do TRT desta 3ª Região, o qual havia denegado a ordem (decisão proferida em 10.12.2008, Ministro Relator: Emmanoel Pereira).

Também esta Primeira Turma já se posicionou de acordo com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão 01739-2008-000-03-00-8 HC da lavra do MM. Juiz José Eduardo de R. Chaves Júnior (pub. em 04.03.2009), cuja ementa tem o seguinte teor:

EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL - IMPOSSIBILIDADE. A adoção da tese da supralegalidade

dos tratados internacionais sobre direitos humanos provoca uma mudança de paradigmas em relação aos padrões ortodoxos clássicos do direito internacional, porque coloca o indivíduo, e não mais o patrimônio, no centro das preocupações do Estado, enquanto agente responsável pela tutela e salvaguarda dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Por isso, o STF entendeu não mais ser possível a prisão por dívida, ressalvada a hipótese do devedor voluntário e inescusável de alimentos.

Cumpra acrescentar que, no caso em exame, trata-se de penhora sobre o faturamento bruto do executado, a qual foi determinada antes que tal faturamento estivesse concretizado, tratando-se, pois, de penhora sobre coisa futura. Nessa hipótese, sequer se pode ter como caracterizada a condição de depositário infiel, conforme entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 143 da SDI-II do Colendo TST:

HABEAS CORPUS. PENHORA SOBRE COISA FUTURA. PRISÃO. DEPOSITÁRIO INFIEL. Não se caracteriza a condição de depositário infiel quando a penhora recair sobre coisa futura e incerta, circunstância que, por si só, inviabiliza a materialização do depósito no momento da constituição do paciente em depositário, autorizando-se a concessão de *habeas corpus* diante da prisão ou ameaça de prisão que sofra.

Com esses fundamentos, confirmo a liminar deferida e concedo, em caráter definitivo, a ordem de *habeas corpus*.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Primeira Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu da medida intentada; no mérito, sem divergência, confirmou a liminar deferida e concedeu, em caráter definitivo, a ordem de *habeas corpus*.

Belo Horizonte, 11 de março de 2009.

MARIA LAURA FRANCO LIMA DE
FARIA
Desembargadora Relatora

TRT-00866-2006-018-03-00-6-RO
Publ. no "MG" de 08.06.2009

RECORRENTES: JULIANA BONFIOLI
FREIRE (1)
ESTRADA VEÍCULOS E PEÇAS
LTDA. (2)
RECORRIDOS : OS MESMOS

EMENTA: PROVA DIGITAL - GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES - LICITUDE - COMPROVAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL. É admissível no Processo do Trabalho, como meio de prova válida, a gravação de conversa, quando realizada por um dos interlocutores, consoante entendimento dominante na jurisprudência. Na espécie, o alegado assédio praticado pela reclamada, quando do retorno da autora ao trabalho após a licença-maternidade, somente poderia ser provado pelas gravações juntadas aos autos.

Logicamente, o registro das referidas conversas não poderia ser feito com autorização prévia dos demais interlocutores, pois seria superficial, já que os envolvidos não fariam o que realmente estavam pensando, ou, então, ensaiariam um diálogo, seja para se protegerem, ou para defenderem a autora ou a empresa, configurando a parcialidade. Sendo assim, mostra-se razoável a gravação efetivada pela reclamante, sendo a forma mais viável de demonstrar suas alegações; ao revés, estaria impedida de comprovar suas pretensões, o que caracterizaria flagrante cerceio ao direito de produção de provas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em epígrafe, DECIDE-SE:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamante às f. 885/894, e pela reclamada, às f. 921/962, em face da v. sentença de f. 877/884, proferida pelo Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, que julgou improcedente o incidente de falsidade suscitado pela ré e declarou a autenticidade da gravação juntada aos autos como prova; declarou a rescisão indireta do contrato de trabalho, a partir de 23.08.2006, e julgou parcialmente procedentes os pedidos articulados na inicial, concedendo à autora as verbas discriminadas à f. 884.

Embargos de declaração aviados pela ré às f. 896/905, parcialmente providos pela decisão de f. 915/917.

Contrarrrazões ofertadas às f. 902/905 e 968/983.

Dispensado parecer ministerial, nos moldes do inciso II do artigo 82 do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.

VOTO

Conhecimento

Conheço dos recursos, próprios, regulares e tempestivos, bem como das contrarrrazões oferecidas.

Preparo comprovado às f. 919/920.

Inverto a ordem de apreciação dos apelos.

Nas matérias comuns, serão apreciados em conjunto.

Preliminar de negativa de prestação jurisdicional - Reflexos da indenização substitutiva do período de estabilidade provisória nas demais verbas trabalhistas

A reclamada aduz que a prestação jurisdicional encontra-se incompleta, tendo em vista que o magistrado primevo não se pronunciou acerca do descabimento de reflexos da indenização substitutiva ao período de estabilidade provisória nas demais parcelas trabalhistas, quais sejam: gratificação natalina, férias e FGTS + 40%. Afirma que essa matéria foi suscitada em embargos declaratórios, não tendo o julgador se manifestado a respeito.

Não lhe assiste razão.

Reportando-se à decisão de embargos declaratórios (f. 915/917), nota-se que, ao contrário da impugnação patronal, o juiz da Vara de origem manifestou-se sobre a matéria ora suscitada, nos seguintes termos:

No que tange à alegada omissão relativamente à indenização referente à estabilidade provisória, sana-se o vício para declarar o seguinte: é óbvio que tal indenização tem natureza indenizatória. Na sua composição, porém, deverão ser computadas todas as parcelas que seriam devidas à autora no período de 23.08.06 a 23.10.06, salariais e indenizatórias. (f. 915/916)

Nesses termos, registra-se que o exame das argumentações da demandada pertence ao mérito e acarreta procedência ou improcedência da pretensão, não implicando, portanto, declaração de nulidade da decisão.

Rejeito.

Preliminar de negativa de prestação jurisdicional - Incidente de falsidade

A ré afirma que, no tocante ao incidente de falsidade, a sentença declarou a autenticidade da gravação efetivada quando, conforme demonstram os autos, o objeto do incidente não foi a gravação, mas sim os documentos de f. 84/127. Assim, entende que houve evidente omissão do julgado em examinar a autenticidade desses, o que, suscitado através de embargos de declaração, não foi aclarado pela respectiva decisão.

Sem-razão.

Compulsando-se as razões de embargos declaratórios (f. 896/905), infere-se que a ré sequer suscitou a presente matéria, o que mostra que a sentença, nesse particular, não se encontra omissa, tendo a prestação jurisdicional sido completa.

Saliente-se que o incidente de falsidade arguido pela reclamada às f. 135/136 consubstanciou-se em

impugnação à transcrição de parte dos diálogos gravados pela autora em *pen drive* (f. 84/127), ao argumento de que houve cancelamentos, o que teria alterado o sentido das conversas. Pleiteou realização de perícia para ciência do real conteúdo da prova gravada em formato digital e certificação quanto à veracidade da transcrição dessa gravação pela autora.

Conforme se denota da prova técnica (f. 531/653), o perito judicial transcreveu de forma completa as conversas gravadas pela obreira, tendo esclarecido, em relação a partes do diálogo dessa gravação, transcritos pela reclamante às f. 84/127, que “houve a abreviação ou o resumo de alguns trechos transcritos pela reclamante em relação àqueles transcritos por este perito, mas que não ocorreu a alteração ou substituição de palavras ditas pelos interlocutores” (f. 865). Ou seja, restou claro que a autora não adulterou partes das conversas reproduzidas na petição impugnada pela demandada.

Destarte, se o próprio perito, que é *expert* no assunto, declarou que teve dificuldades para fazer as transcrições, em face da baixa qualidade das gravações, tendo sido “necessária a oitiva dos trechos por diversas vezes até que os diálogos pudessem ser efetivamente digitados, tendo sido utilizados equipamentos profissionais de reprodução de áudio, o que aprimorou a qualidade dos sons e auxiliou os trabalhos periciais” (f. 862), não é crível que se exigisse que a reclamante, que não detém conhecimentos técnicos e científicos para proceder à correta transcrição das gravações efetuadas, reproduzisse os diálogos na íntegra. Ademais, trata-se de extensa gravação, tendo o experto esclarecido que “foram necessárias 6 (seis) horas de audição para cada 1 (uma) hora de gravação

contida nos arquivos de *pen drive*” (f. 535).

Veja-se que o incidente de falsidade não se refere, na verdade, somente à mencionada transcrição feita pela autora, mas, sim, confunde-se com o próprio conteúdo armazenado digitalmente, que foi fielmente reproduzido pelo perito. Portanto, ainda que fosse constatada adulteração na petição de f. 84/127 (o que não ocorreu, como já explicitado), a prova técnica traria a realidade aos autos.

Sendo assim, a irrisignação recursal mostra-se irrelevante, inexistindo nulidade a ser declarada.

Rejeito.

Preliminar de negativa de prestação jurisdicional - Licitude da prova digital

A reclamada aduz que a sentença embargada deixou de examinar a arguição de violação do disposto nos incisos X e LVI do artigo 5º da CR/88 e artigo 322 do CPC, apresentada após o conhecimento do inteiro teor do *pen drive*. Asseverou, naquele momento, que a gravação de conversas por parte da autora foi obtida de forma ilícita, sem o consentimento dos interlocutores, tendo sido direcionada para os próprios interesses da obreira.

Sem-razão.

Não se há falar em omissão da decisão primeva, tendo em vista que a ré não arguiu a ilicitude da gravação na defesa (f. 135/178), que seria o momento adequado para esse fim. Veio a contestar a constitucionalidade da prova digital somente na impugnação à prova técnica (f. 663), quando já configurada a preclusão. E nem se diga que somente nesta fase teve ciência sobre a forma como se deu a gravação,

pois, desde o momento em que a autora reproduziu parte do diálogo gravado, a reclamada já tinha conhecimento do tipo de prova que havia sido produzida.

Veja-se que a situação de ciência não se modificou após a confecção do laudo pericial, que somente confirmou a veracidade do conteúdo dos diálogos e os reproduziu na integralidade. Ou seja, após a produção do laudo inexistiram novas informações sobre as circunstâncias em que se deram as gravações. Portanto, a alegação patronal de que só naquele momento poderia arguir a ilicitude cai por terra.

Por outro lado, há de se salientar que o artigo 5º da CR/88, em seus incisos X e XII, garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Quer dizer, em regra, a violação do sigilo das comunicações sem a autorização dos interlocutores é proibida.

Entretanto, necessária a devida distinção entre a gravação obtida por interceptação da conversação alheia - essa considerada ato ilegal e abusivo, e, portanto, meio ilícito de prova - do registro de conversa própria. A gravação de conversa, quando realizada por um dos interlocutores, é admissível no Processo do Trabalho como meio de prova válida, porque não afronta a inviolabilidade e a vida privada, revelando lícito exercício do direito de defesa.

Na espécie, o alegado assédio praticado pela reclamada, quando do retorno da autora ao trabalho após a licença-maternidade, somente poderia

ser provado pelas gravações juntadas aos autos. Logicamente, o registro das referidas conversas não poderia ser feito com autorização prévia dos demais interlocutores, pois seria superficial, já que os envolvidos não fariam o que realmente estavam pensando, ou, então, ensaiariam um diálogo, seja para se protegerem, ou para defenderem a autora ou a empresa, configurando a parcialidade.

Sendo assim, mostra-se razoável a gravação efetivada pela reclamante, sendo a forma mais viável de demonstrar suas alegações; ao revés, estaria impedida de comprovar suas pretensões, o que caracterizaria flagrante cerceio ao direito de produção de provas.

Nesse sentido, diversas jurisprudências deste Regional, do TST e STF reiteram a licitude da gravação de conversa feita por um dos interlocutores, como se constata das transcrições a seguir:

EMENTA: COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA - INTERCEPTAÇÃO - VIOLAÇÃO DO SIGILO - MEIO DE PROVA INADMISSÍVEL NO PROCESSO DO TRABALHO - EXCEÇÃO. Nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, compete ao Autor a demonstração da ocorrência dos fatos controvertidos, que dão origem ao direito reivindicado. [...] No contexto da ressalva contida na parte final do inciso XII, assim como no art. 1º, da Lei n. 9.296/96, combinados com o art. 332, do CPC, não se afigura possível a interceptação telefônica para outros fins - inclusive trabalhistas - que não os previstos expressamente: investigação criminal e instrução processual penal. Assim, seja na origem, seja por derivação de

investigação criminal, eventual interceptação não pode perpassar aquela seara, posto que, embora a árvore não esteja contaminada, os seus frutos estariam. Todavia, em alguns casos, diferentemente da interceptação, a gravação clandestina, que é a gravação de conversação diretamente por um dos interlocutores, participe da conversa, deve ser admitida. Se não houver a participação ou a interceptação de terceiro, ainda que com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, a ilicitude se despotencializa, porque é o próprio interlocutor gravando diretamente conversa da qual é agente. Apesar de bastante restritiva, essa exceção deve ser admitida, pois várias empresas já adotam esse método, apesar da comunicação ao interlocutor que a conversa está sendo gravada.

(Quarta Turma, 00035-2008-077-03-00-3 RO, Relator: Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, publicado em 08.07.2008)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - DEFERIMENTO DE PROVA - TRANSCRIÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES - LICITUDE. Conforme estabelece o art. 131 do CPC, cabe ao juiz, verificando a pertinência, a adequação e a legitimidade da prova, decidir sobre a necessidade de sua produção para a formação de sua convicção pessoal acerca da lide. Assim, não fere direito líquido e certo dos réus o ato judicial que determina a transcrição, por um perito, de fita magnética contendo gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, figurante no polo passivo da relação processual. Na espécie, não se verifica a violação

a princípio legal sobre prova, conforme jurisprudência firmada pelo STF.

(1ª Seção Espec. de Dissídios Individuais, 01068-2006-000-03-00-3 MS, Relatora: Juíza Convocada Adriana Goulart de Sena, publicado em 24.11.2006)

EMENTA: GRAVAÇÃO TELEFÔNICA.

A aceitação no processo Judiciário do Trabalho, de gravação de diálogo telefônico mantido pelas partes e oferecida por uma delas, como prova para elucidação de fatos controvertidos em juízo, não afronta suposto direito líquido e certo da outra parte, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, porque essa garantia se dá em relação a terceiros e não aos interlocutores. Recurso ordinário a que se nega provimento, para ser confirmado o acórdão regional, que negou a segurança requerida.

(TST-SDI-I ROMS n. 11134/90, Relator: MINISTRO ERMES PEDRO PEDRASSANI, decidido em 17.09.1991, publicado no DJ de 27.09.1991, PG 13394)

EMENTA: CONSTITUCIONAL - PENAL - GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES - LICITUDE - PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282-STF - PROVA - REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante

gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação - *the fruits of the poisonous tree* - não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido.

(AI-AgR 503617/PR. Relator: Min. Carlos Velloso, Julgamento: 01.02.2005, Segunda Turma, publicação: DJ 04.03.2005)

Portanto, rejeita-se.

Mérito

Rescisão indireta - Assédio moral - Danos morais

A reclamada aduz que as faltas empresariais apontadas pelo juízo primevo como justificadoras da rescisão indireta, ainda que existentes, não se revestem da gravidade necessária que demande a ruptura de um contrato de trabalho com supedâneo no artigo 483 da CLT.

Alega que a reclamante foi lotada em outra sala, totalmente equipada, apenas em virtude de ampla reforma que se encontrava em andamento nas dependências da ré. Assevera que a Sra. Sílvia foi contratada na qualidade de supervisora de recursos humanos, cujas atividades nunca foram realizadas pela demandante, o que demonstra que aquela não foi admitida para realizar as mesmas tarefas desta. Assim, conclui que a autora não foi rebaixada de função, tampouco sofreu qualquer alteração lesiva em seu contrato de trabalho.

Afirma que a alegação exordial de que não foram passadas atividades à reclamante, após o retorno da licença-maternidade, sequer foi demonstrada.

Pretende, enfim, que seja julgado improcedente o pedido de rescisão indireta e, conseqüentemente, seja declarado o abandono de emprego ou, em última instância, a ruptura do contrato por pedido de demissão.

Por outro lado, a reclamada assevera que também não foi caracterizado o assédio moral que serviu de base para o deferimento de indenização por danos morais, inexistindo prova da alegada ociosidade, constrangimento ou coação por parte da reclamada.

Sem-razão.

Na peça de ingresso, a reclamante relatou que, desde que entrou de licença-maternidade, veio sofrendo pressão psicológica, humilhação e desrespeito por parte da empregadora, sendo resumidos da seguinte forma: houve pedido pelo gerente para que participasse de processo seletivo no Hospital da Baleia; o gerente informou que já havia outra pessoa em seu lugar e que não retornasse mais à empresa; no retorno ao trabalho havia outra funcionária de nome Sílvia em seu lugar, laborando em sua sala; seus pertences pessoais e de trabalho estavam acondicionados em duas caixas de papelão dentro da sala de treinamento; foi transferida para outra sala provisória, sem que lhe fossem passadas atividades específicas; foi-lhe sugerido que fizesse acordo para dispensa, abrindo mão de verbas trabalhistas.

A defesa, por sua vez, asseverou que a reclamante é que não estava mais interessada na manutenção do emprego, chegando até mesmo a pleitear uma vaga em outra empresa do grupo sem o

conhecimento de seus superiores hierárquicos. Impugnou todas as alegações exordiais, aduzindo que a autora jamais foi submetida a qualquer calvário, nem humilhação por parte de seus prepostos, tendo a empresa sido até mesmo condescendente, pois, quando do retorno da licença-maternidade, ela apresentou diversos atestados particulares, não lhe tendo sido descontado um dia sequer de trabalho ou aplicada qualquer punição. Afirmou que a autora começou a criar uma situação de assédio moral no ambiente de trabalho a tal ponto que surgiu a proposta de rescisão do contrato sem pagamento do aviso prévio, o que foi recusado pela empregada. Negou qualquer conduta abusiva contra a empregada e argumentou as mesmas teses aduzidas nas razões recursais. Contou que a reclamante, após o retorno, não mais compareceu regularmente à empresa, como nos dias de jogos do Brasil durante a copa do mundo. Assim, ela foi advertida por escrito em 28.07.2006, tendo sido enviado telegrama solicitando seu retorno. Diante disso, sugeriu declaração de abandono do emprego, ou ruptura do contrato por pedido de demissão.

Examina-se.

A rescisão indireta do contrato de trabalho merece aplicação cautelosa, preservando-se o vínculo de emprego, quando ocorrerem faltas patronais de menor monta e passíveis de recomposição.

De conformidade com o disposto no art. 483 da CLT, o empregado poderá considerar rescindido seu contrato de trabalho e pleitear a respectiva indenização quando o empregador incorrer em uma das faltas ali previstas. No entanto, por considerar falta grave imputada ao empregador, necessário que se comprove a gravidade do fato

por este praticado, de maneira que se torne impossível ou desaconselhável a continuidade do vínculo empregatício.

Logo, a fim de se caracterizar a rescisão indireta do contrato de trabalho, as faltas patronais devem decorrer de atos dolosos do empregador, devendo, também, revestirem-se de natureza grave para inviabilizar a manutenção do vínculo laboral, visto que os atos passíveis de correção judicial não autorizam o reconhecimento da rescisão indireta, que pressupõe a demonstração de gravame por parte do empregador, suficiente para tornar insustentável a manutenção do vínculo laboral.

A exemplo da justa causa, a falta do empregador a ensejar a rescisão indireta prevista na alínea “d” do artigo 483 da CLT deve ser grave a ponto de se incompatibilizar com a continuidade da relação de emprego, pois, em direito, há isonomia de tratamento e os mesmos requisitos exigidos do empregador para acatamento de uma falta grave configuradora de justa causa para a dispensa dentre as previstas no artigo 482 da CLT são também exigidos do empregado, quando queira enquadrar a conduta patronal nas hipóteses do artigo 483.

Assim, o Direito do Trabalho distingue-se por empenhar-se pela continuidade do vínculo empregatício, decorrente do princípio da preservação da relação laboral.

Todavia, a situação concreta que se evidenciou nestes autos não deixou dúvida de que a manutenção do contrato de trabalho seria impossível, tendo sido demonstrados atos gravosos por parte da reclamada que justificam a manutenção da rescisão indireta reconhecida em primeira instância.

Restou incontroverso nos autos que a reclamante esteve de licença-maternidade e que, no retorno de suas

atividades laborais, ao se deparar com situações imprevistas e novo ambiente de trabalho, as relações dela com seus superiores hierárquicos tornaram-se tensas.

O exame da instrução processual permite aferir que a demandante, antes da licença-maternidade, exercia cargo de coordenadora de RH, com diversas atribuições e também com subordinados. Ao retornar da referida licença, deparou-se com uma realidade completamente diferente, desde o ambiente físico até a forma como passou a ser tratada, bem como as atribuições que deixaram de ser repassadas a ela.

Seus pertences pessoais estavam guardados em duas caixas de papelão dentro da sala de treinamento, o que foi confirmado pela reclamada (vide fotos às f. 45/46, não impugnadas). Havia outra funcionária laborando em sua sala, de nome Sílvia, que era nova na empresa, e que assumiu cargo também novo, denominado supervisora de RH que, dentre várias outras funções, passou a exercer as tarefas da autora. Esta ficou completamente deslocada, tendo sido lotada em uma sala improvisada, junto ao Departamento de Vendas para Frotistas, sem qualquer privacidade, já que o local era utilizado pelos funcionários de vendas para frotistas (vide fotos à f. 48, não impugnadas pela ré).

Com efeito, a testemunha indicada pela reclamada, a Sr^a Lilian Fátima Gaia, declarou que

[...] a depoente estava subordinada à reclamante que era coordenadora de RH; que Sílvia Cristiane foi admitida em fevereiro/2006, quando a reclamante estava usufruindo de licença-maternidade para exercer o

cargo de supervisora de RH, cargo inexistente antes na empresa; que Sílvia Cristiane ocupou a sala que a autora ocupava anteriormente quando era coordenadora; que, como ia haver uma reforma no andar do RH, Sílvia Cristiane ocupou a sala que a reclamante ocupava antes da licença-maternidade como coordenadora de RH e a autora foi para o andar de baixo [...] que a autora, como coordenadora, anteriormente só efetuava a logística das atividades supramencionadas; que a reclamante ficou subordinada à Sílvia, assim como a depoente, porque Sílvia reformulou todos os processos do RH [...]. (f. 855)

A testemunha ouvida a rogo da reclamante, através de carta precatória, o Sr. Pedro Ladeira Neto, informou que

[...] prestou serviços para a reclamada, tendo trabalhado com a reclamante entre 2005 e 2006; que, quando o depoente deixou o serviço, a reclamante permaneceu trabalhando, em sua função de encarregada de RH; que, nesse período, a reclamante se afastou dos serviços para gozar de licença-maternidade; que, quando retornou ao trabalho, a reclamante verificou que havia outra pessoa trabalhando em seu lugar; que, a partir de então, o depoente permaneceu na empresa por aproximadamente 2 meses; que a reclamante foi colocada em outra sala, em um setor relacionado a vendas diretas, sem que, no entanto, a mesma tivesse qualquer atividade específica [...]. (f. 850)

A reclamante foi forçada a uma situação de ociosidade, não lhe tendo sido definidas funções a serem

cumpridas, ou seja, não tinha mais atividade específica para desenvolver. Assim passou a solicitar, constantemente, à Sílvia, tarefas a serem realizadas, no que não foi atendida, pois a nova funcionária sequer sabia quais atividades poderiam ser entregues a ela. Nesse diapasão, a autora, sem funções, sem sala, e sem prestígio, passou a perambular pelos corredores da empresa, à espera de alguma utilidade.

Isso é que se infere claramente da reprodução das gravações realizadas pelo perito judicial, como se denota dos seguintes trechos:

Conversas entre Sílvia e reclamante:

11: Sílvia. É. Tudo bom? Tem alguma coisa para eu fazer?

18: Por enquanto eu ainda não dei uma olhada não. Deixa eu só dar uma olhada aqui e aí eu te falo. Ainda não conversei com a Lílvia ainda não. Quando eu cheguei ela tava fazendo uma admissão. Deixa eu conversar com ela e vê aqui as minhas coisas.

11: Tá. Esse aí é treinamento que tá tendo é de que?

[...]

18: Comunicação aplicada ao trabalho.

11: Eu não vou ter...pra nenhum deles, não?

18: Por enquanto não. Que a gente tá mexendo com um monte de coisas aqui e aí eu verifico pra você pra tentar te incluir em algum. (f. 691)

13: [...] o Zé Paulo me falou que não tenho te passado nada, então eu quero registrar isso tudo pra falar que eu estou passando sim, porque tá acontecendo isso tudo, né.

[...]

13: [...] Então eu vou passar, quero registrar, quero que vocês duas anotem pra depois num falar que, pra eu num ser chamada a atenção falando que eu num tô passando, então eu tô falando, eu vou querer mostrar o que tá sendo feito, e vou cobrar também, então, já que é pra ser assim, uma coisa certa pra todos os lados, então vou fazer também a minha parte. (f. 593)

O intuito de levar a reclamante ao ostracismo, e o total descaso com a mesma já vinha sendo construído desde o início da gravidez; é o que se denota da afirmação aposta em defesa no sentido que “a autora, desde o início da sua gravidez, já não estava conseguindo desenvolver todas as atividades próprias do seu cargo” (f. 144).

Resta evidente a alteração unilateral lesiva do contrato de trabalho da autora, que passou a não ter mais função específica, sendo que as novas condições de trabalho que lhe foram impostas trouxeram prejuízos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (artigos 9º e 468, ambos da CLT). A empregadora abusou do seu poder diretivo, extrapolando os limites legais, agindo arbitrariamente. As alegadas faltas ao trabalho, justificadas pela autora através de atestados médicos (f. 61/62 e f. 64) e as faltas esporádicas em dias de jogo do Brasil na copa do mundo são insuficientes para configuração da desídia, que acarretaria a justa causa pretendida pela ré em reconvenção. Coerente, portanto, a capitulação pelo juízo de origem da justa causa cometida pela empregadora como sendo a prevista na alínea “d” do artigo 483 da CLT.

Porém, não é só.

A reclamada não só agiu arbitrariamente, como praticou verdadeiro assédio moral contra a

autora, no intuito de forçá-la a pedir demissão, ou fazer acordo abrindo mão do aviso prévio no valor de R\$1.500,00, através da assinatura de vale no valor equivalente (conforme documento à f. 51, não impugnado pela demandada), o que demonstra também a impossibilidade de continuidade do vínculo e a conduta antijurídica dolosa patronal. A própria defesa confessa essa atitude, sob alegação de que a obreira era detentora de estabilidade provisória por ser membro da CIPA e já iria receber indenização correspondente a três salários (defesa, f. 141).

Veja-se que o assédio moral, também conhecido como psicoterror laboral ou *mobbing*, consiste em comportamento arbitrário, abominável e reprimido pelo ordenamento jurídico e implica a existência de ação reiterada, insistente, prolongada no tempo, traduzida em ataques repetidos e vexatórios para a vítima, ou discriminatórios e constrangedores, ou seja, resumindo, um verdadeiro “terrorismo” psicológico, mas com o objetivo, ainda que velado, de desestruturar a vítima, desestabilizá-la, para, no fundo, forçar-lhe a vontade, como, por exemplo, para levá-la a pedir demissão, transferência, remoção, aposentadoria precoce etc.

Assim, tende a acarretar dano à dignidade ou à integridade física ou psíquica do trabalhador, causando a degradação do meio ambiente de trabalho.

Conforme a melhor doutrina, são características do assédio moral: a) a abusividade da conduta; b) a natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) a reiteração da conduta; d) a finalidade de exclusão.

Vale acrescentar que, sendo inegável o valor social do trabalho (princípio fundamental da República

Federativa do Brasil, conforme inciso IV do artigo 1º da CF/88), qualquer fato que conduza à diminuição da sua utilidade para o ser humano implica frustração, angústia e ansiedade. Por outro lado, tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (artigo 5º, V e X). Assim, agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna.

A pressão e coação para que a reclamante fizesse acordo de rescisão contratual, abrindo mão da quantia de R\$1.500,00 equivalente ao aviso prévio, foi comprovada pelos diálogos gravados pela obreira, como se denota de trechos transcritos a seguir.

Conversa entre reclamante e o funcionário José Paulo:

11: Am ham. Tá. A primeira vez que a gente conversou você me mostrou as contas, né?

119: As contas, tudo mais.

11: Tinha aquela questão do vale.

119: Que eu até expliquei prá você: olha, Juliana, o Luiz está te fazendo uma proposta. Não concordou... não de você estar pedindo mais um aviso de cerca de R\$1.500,00 e tal. Tá batendo isso aqui, você teria que assinar um vale. Tô batendo a rescisão, porque já está te indenizando os outros meses. Tá achando que não seria viável pagar mais e tal, foi isso mesmo que te falei, não foi?

11: Foi. Você falou assim: ou você aceita dessa forma, aqui, NÉ, essas contas ou então.

119: Isso, isso.

11: Ou então você fica aí até outubro e depois, NÉ?

119: Essa foi a nossa primeira conversa.

11: Exatamente. Aí, você saiu de férias, tudo bem.

119: Não, mas nós voltamos depois. Aí você pegou aquelas cópias da rescisão, levou prá um advogado. Ele olhou, analisou...

11: Ele falou que os cálculos estavam corretos. A única coisa que não estava correta era aquela questão do vale, que era de direito meu me dar aquele aviso prévio. Ok.

11: Ok. Aí você até falou que o Luiz, que você tinha tentado com ele várias vezes, e ele tinha batido o pé, que não aceitava, que não queria.

119: E disse que se você briga ele também briga. (f. 704)

119: Então, o Ju, eu vou falar com você o mesmo conselho que te dei. Conselho se fosse bom, a gente não dava. A gente vendia, né? Na primeira conversa nossa, que nós tivemos, naquela vez, oh Juliana, eu acho que deveria chegar na Strada, fazer um acordo...eu não esperava jamais a coisa chegar numa proporção desse tamanho.

[...]

119: Principalmente, Jú, se vai brigar, você sabe como é que é. Tá brigando com uma pessoa. Nós somos pequenos, a empresa é grande. Tá certo. Então, você quer brigar, vai brigar é quatro anos, três anos, entendeu? Então são coisas assim. Ah. Eu vou receber todos os meus direitos, vou receber mais isso, mais aquilo, vou reclamar mais isso, mais aquilo, então fazer o seguinte, vai recorrendo, vai enrolando, vai recorrendo, vai enrolando. Então eu

acho, Jú, que não é vantagem pra você brigar por isso. Você tem que entender minha opinião. Você tá vendo que a empresa se propôs a pagar o que tem que pagar. Se eu fosse você, eu punha a mão nesse dinheiro. Isso é opinião minha. José Paulo. Põe a mão nesse dinheiro. Tô falando pela Strada, por mim e por você. Se eu fosse você eu punha a mão nesse dinheiro. (f. 715)

Por todo o exposto, e pela constatação de que a reclamante sofreu constrangimentos em seu ambiente de trabalho, e esteve sujeita a atos antijurídicos dolosos e graves praticados pelos prepostos da ré, a ponto de serem justificadores da rescisão indireta mantida nesta instância revisora, mormente a pressão psicológica para se demitir, configurado, claramente, o assédio moral ao qual esteve sujeita. E esse, obviamente, causou danos morais à obreira, abalando sua dignidade, causando-lhe transtornos emocionais e repercussões lesivas no âmbito profissional e pessoal, pelo que plenamente cabível a indenização por danos morais concedida na origem.

Dessa forma, não há nada a prover.

Quantificação dos danos morais / matéria comum a ambos litigantes

A reclamada discorda do *quantum* indenizatório a título de danos morais no importe de R\$50.000,00, aduzindo que o respectivo valor deve ser calculado com base na última remuneração e de acordo com a duração do contrato de trabalho e, conseqüentemente, jamais poderá ultrapassar a quantia de R\$5.000,00.

A reclamante, por sua vez, pleiteia majoração do valor da indenização em tela, ao argumento de que a quantia arbitrada não alcançou o necessário e indispensável caráter pedagógico que deve revestir tais indenizações.

Com razão, em parte, a reclamada.

A “quantificação” do dano moral sofrido por alguém é sempre uma árdua tarefa que se afigura aos magistrados. É necessário ter em mente a sua função “educadora/corretiva”, imposta ao ofensor, no sentido de evitar que novos danos se concretizem. Por outro lado, na visão do ofendido, é impossível que se estabeleça uma compensação aritmética, ou matematicamente mensurável. O que se busca é tão-somente uma contrapartida ao mal sofrido, daí denominar-se “compensação por danos morais”.

A fixação dessa “compensação” deve levar em conta, ainda, o grau de culpa do empregador, a gravidade dos efeitos do dano, a situação econômica das partes, além da função acima citada.

Sopesando todos esses fatores, dá-se provimento parcial ao recurso da ré para reduzir a indenização por danos morais para a importância de R\$35.000,00.

Limite da condenação

A reclamada pretende que toda e qualquer parcela deferida à autora, seja a título salarial ou a título de indenização, fique restrita ao período posterior à data da propositura da demanda, qual seja, 23.08.2006, em virtude da inércia da demandante na busca da prestação jurisdicional.

Não há interesse recursal, tendo em vista que a rescisão indireta do

contrato de trabalho considerou a data de propositura da ação, qual seja, 23.08.2006, erro material devidamente retificado pela decisão de embargos declaratórios (f. 915/917).

Nada a prover.

Indenização pelo período de estabilidade - Reflexos em gratificação natalina, férias e fundo de garantia

A ré alega que não se há falar em incidência da indenização pelo período de estabilidade em gratificação natalina, férias e FGTS, pois a condenação, nesse particular, teve apenas caráter indenizatório, sendo indevidas as repercussões deferidas na sentença.

Em relação às férias, acentua que tal pedido atrai o disposto no inciso III do artigo 133 da CLT.

Sem-razão.

A sentença combatida, ao declarar a rescisão indireta do contrato de trabalho, concedeu à autora indenização pelo período de estabilidade provisória como membro da CIPA. Em decisão de embargos declaratórios, esclareceu que "é óbvio que tal indenização tem natureza indenizatória. Na sua composição, porém, deverão ser computadas todas as parcelas que seriam devidas à autora no período de 23.08.06 a 23.10.06, salariais e indenizatórias" (f. 915/916).

Portanto, não se trata de reflexos, mas de pagamento das parcelas devidas no período.

Nada a prover.

Honorários periciais - Quantum

Por fim, a reclamada impugna o valor arbitrado a título de honorários

periciais no importe de R\$6.000,00, na medida em que o perito não executou nenhum trabalho complexo. Afirma que é de conhecimento de quem é familiarizado com as novas técnicas de informática que, no caso, o perito apenas liga dois computadores, lado a lado, sendo um deles para a reprodução dos arquivos de áudio, e o outro, para a efetiva transcrição dos diálogos.

Com razão.

Considerando o princípio da razoabilidade e os valores normalmente arbitrados nesta Especializada ao título em comento, bem como o efetivo trabalho realizado pelo perito judicial, é forçoso concluir que os honorários periciais foram excessivos, devendo ser reduzidos. Assim, dá-se provimento ao recurso da ré para fixar os respectivos honorários em R\$3.000,00.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão da sua Sexta Turma, hoje realizada, à unanimidade, conheceu dos recursos, sem divergência, rejeitou as preliminares erigidas; no mérito, sem divergência, negou provimento ao recurso da reclamante, e deu parcial provimento ao recurso da reclamada para reduzir a indenização a título de danos morais, fixando-a em R\$35.000,00, e também reduzir os honorários periciais, arbitrando-os em R\$3.000,00. Arbitrou a condenação em R\$45.000,00, com custas, pela ré, no importe de R\$900,00.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2009.

JORGE BERG DE MENDONÇA
Desembargador Relator

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00816-2008-050-03-00-9

Data: 29.06.2009

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE BOM DESPACHO - MG

Juiz Titular: Dr. VALMIR INÁCIO VIEIRA

Aos vinte e nove dias do mês de junho do ano de 2009, às 10h56min, na sede da MM. Vara do Trabalho de BOM DESPACHO/MG, tendo como titular o MM. Juiz do Trabalho, Dr. VALMIR INÁCIO VIEIRA, realizou-se audiência de julgamento da ação ajuizada por JOSÉ RITA CORREIA em face de CALÇADOS ADDAN LTDA., relativa à indenização por danos morais de acidente do trabalho etc., no valor de R\$400.000,00.

Aberta a audiência, foram, de ordem do MM. Juiz Titular, apregoadas as partes. Ausentes.

A seguir, o Juiz Titular prolatou a seguinte decisão:

Vistos etc.

I - RELATÓRIO

JOSÉ RITA CORREIA ajuíza reclamação trabalhista em face de CALÇADOS ADDAN LTDA., ambos qualificados nos autos. Sustenta, em suma, que: trabalhou para a reclamada em dois períodos, quais sejam, de 01.09.1999 a 10.05.2005 e de 01.11.2005 a 06.02.2008; recebia remuneração mensal de R\$1.270,00 ao passo que sua CTPS era registrada constando salário de R\$760,00, devendo sua remuneração ser acrescida das horas extras habitualmente prestadas; no dia 09.11.2005 sofreu acidente do trabalho, o que levou a fraturas no pulso e mão direita; não eram fornecidos EPIs. Em consequência, postula o pagamento das parcelas que arrola às f. 12/14. Atribui à causa o valor de R\$400.000,00. Junta aos autos os documentos de f. 15/25.

A reclamada, regularmente notificada, apresenta defesa escrita, nos termos de f. 32/42. Invoca a prescrição do primeiro período contratual do reclamante e pondera, em suma, que: o salário do obreiro foi corretamente registrado na CTPS, não havendo pagamento extrafolha e nem a

existência de labor em jornada extraordinária; o acidente foi provocado por ato inseguro do próprio reclamante que subiu na escada sem posicioná-la adequadamente e nem utilizou-se de andaime para a realização do serviço; a empresa fornece equipamentos de segurança necessários para a realização do trabalho, não havendo ato ilícito de sua parte; o INSS já liberou o reclamante para suas atividades, estando ele trabalhando normalmente como pedreiro; a reclamada custeia todos os tratamentos necessários ao reclamante; não houve culpa da contestante no acidente; o reclamante litiga de má-fé; impugna os pedidos; pugna pela improcedência da reclamação. Junta aos autos os documentos de f. 43/91.

O reclamante apresenta a impugnação de f. 99/103.

Realiza-se perícia médica (laudo às f. 127/135 e esclarecimentos às f. 159/165).

Colhem-se os depoimentos das partes e de quatro testemunhas (f. 188/193).

Encerrada a instrução, as partes aduzem razões finais orais remissivas.

Não há acordo.

II - FUNDAMENTOS

1 - Prescrição

Considerando que o primeiro contrato de trabalho do reclamante vigorou no período compreendido entre 01.09.1999 a 10.05.2005 e que a presente ação foi ajuizada em 07.07.2008, impõe-se pronunciar a prescrição total dos créditos do reclamante relativos ao referido contrato, porque transcorridos mais de dois anos entre a extinção contratual e o ajuizamento da presente reclamação. Inteligência e aplicação do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal em vigor.

Quanto ao segundo contrato de trabalho, vigente no período de 01.11.2005 a 06.02.2008, não há, evidentemente, prescrição a ser pronunciada.

2 - Remuneração - Retificação da CTPS

O reclamante alega que recebia salário mensal de R\$1.270,00, que acrescido das horas extras (R\$476,00) somaria uma remuneração de R\$1.746,00, sendo que sua CTPS foi registrada constando como último salário o valor de R\$760,00, o que lhe traz prejuízos quanto ao benefício previdenciário.

A reclamada, em sua defesa, nega o pagamento extrafolha, bem como a existência de labor em jornada extraordinária, afirmando que o salário efetivamente recebido pelo reclamante é o constante dos recibos de pagamento.

Pois bem.

Os recibos de pagamento de f. 67/68 comprovam o pagamento do salário registrado.

Apesar de a testemunha Hilton Correia de Aguiar ter afirmado, à f. 190, que o reclamante recebia salário extrafolha, seu depoimento não há que ser considerado para fins de retificação da CTPS do reclamante, tendo em vista que seu primeiro contrato de trabalho foi declarado prescrito, conforme acima, e no segundo contrato o reclamante sofreu acidente no nono dia de trabalho e não mais voltou às suas atividades. Desse modo, resta vaga a afirmação da testemunha de que o reclamante “recebia extrafolha, quase um salário mínimo mensal” e que “via o reclamante receber salário”, tendo em vista o curtíssimo período em que trabalhou junto com o reclamante em seu segundo contrato (09 dias).

Fixadas essas premissas, é inelutável reconhecer que os recibos de f. 67/68 correspondem ao valor efetivamente recebido pelo reclamante, razão pela qual se indefere o pedido de retificação da CTPS quanto ao salário.

3 - Da indenização por danos materiais e morais em decorrência de acidente do trabalho

É fato incontroverso nos autos ter sido o reclamante vítima de acidente do trabalho na data de 09.11.2005, conforme CAT de f. 72, quando ele sofreu queda de uma escada, o que lhe causou uma fratura no punho direito.

Ademais, diante do teor da conclusão pericial de f. 135, no sentido de que o reclamante “está incapaz em grau máximo e definitivo para o trabalho de pedreiro” e não para outras atividades laborativas, tem-se como sobejamente comprovada a redução da capacidade laboral do obreiro a partir do acidente.

Pois bem.

O inciso XXVIII do art. 7º da Carta

Magna assegura ao trabalhador seguro contra acidente do trabalho, a cargo do empregador (do qual decorrem os benefícios pagos pelo INSS), sem excluir a indenização prevista no direito civil a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa.

Enfatize-se que a reparabilidade de danos materiais decorrentes de acidente do trabalho tem fundamento na teoria da responsabilidade civil segundo a qual quem cause dano a outrem tem o dever de indenizá-lo e está prevista em vários textos legais, em especial na Carta Magna (artigo 5º, incisos V e X), com o objetivo precípua de garantir que todos os seres humanos se respeitem entre si. Ademais, segundo o art. 186 do Código Civil em vigor “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ficando, pois, obrigado a reparar o dano.

Os pressupostos da responsabilidade civil no pertinente a danos materiais decorrentes de acidente do trabalho, caracterizando-o como ato ilícito, como é cediço em doutrina, são a existência de erro de conduta do agente (ação ou omissão injusta), a ofensa a um bem jurídico ou dano (acidente ou doença que gera ferimento de componente da esfera do patrimônio moral ou material da vítima) e a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado.

No caso dos autos, estão presentes esses pressupostos. Por partes:

O prejuízo financeiro decorre, à evidência, da redução da capacidade laborativa do obreiro a partir do acidente do trabalho, demonstrada por meio dos subsídios probatórios que instruem os autos.

Quanto à culpa, apesar de o perito oficial ter concluído que inexistiu culpa da reclamada pelo acidente e que este ocorreu por ato inseguro do reclamante, o conjunto probatório dos autos aponta para horizonte diametralmente oposto, ou seja, está demonstrada a culpa da empresa, ainda que levíssima.

No aspecto, para a demonstração da existência de culpa da reclamada é imprescindível a análise da prova oral produzida:

- a testemunha Hilton Correia Aguiar afirmou às f. 189/190:

[...] trabalhou com o reclamante na obra do SINDINOVA; que era a construção de um auditório; que nesta obra não foram fornecidos cintos de segurança; que o depoente estava presente no momento do acidente; que, no momento do acidente, o reclamante tinha que ter acesso a cano de 100mm de passagem de água para colocar uma braçadeira; que o cano estava a uma altura de 3,5 metros a 4 metros; que naquele local seria possível colocar um andaime, se fosse colocada uma sapata; que o reclamante não colocou a sapata, porque não existia sapata na obra; que existia um andaime, mas não estava sendo utilizado, porque o local junto a parede tinha uma rampa, que dava mais ou menos 1,20 metros de altura; que existia uma tesoura de ferro na altura de 4 metros, onde poderia ter sido fixado um cinto de segurança, se existisse o cinto; que o reclamante ia colocar 04 braçadeiras e o acidente aconteceu na última; que, na ocasião, o engenheiro não estava na obra; que naquela obra a turma estava trabalhando aproximadamente 01 ano

e 07 meses; que era usado o andaime sem cinto de segurança e quando necessário fazer algum ajuste, era colocado embaixo do andaime algum tijolo ou pedaço de madeira; que esse fato era do conhecimento do engenheiro, sendo que ele via e nada dizia; que era somente naquele local que havia rampa; que nem a empresa nem o engenheiro alertavam para os riscos, ou para medidas a tomar para evitar acidente do trabalho; que a CIPA esteve no local uma semana depois do acidente e antes disso nunca; que o reclamante recebia ordens do referido engenheiro; que o engenheiro comparecia à obra uma ou duas vezes por semana; que, na obra, não havia materiais suficientes para apoiar a base da escada no dia do acidente; que, para evitar o acidente, poderia ter sido usada uma escada menor, sendo que, na obra, não existia uma, mas apenas aquela de 7 metros que foi utilizada pelo reclamante; que o local em que a escada ficou apoiada era plano; que a rampa ficava a 1,20 metros da parede, na parte alta e uns 3,20 metros na parte baixa; que a escada ficou apoiada na parte baixa e, portanto, ficou bastante inclinada; que foram pregadas na escada duas tábuas junto à base para que ela permanecesse em pé; que o reclamante era um trabalhador cuidadoso; [...] que existiam andaimes mas não as sapatas; que, quando o reclamante subiu na escada, e começou a operar a furadeira, com o impacto as tábuas que estavam pregadas na escada racharam e a escada caiu; que havia cordas na obra; que o reclamante não poderia ter amarrado a escada com cordas, porque a tesoura de metal estava bem atrás dele; [...]

- a testemunha Leonardo Marcelo Goulart de Castro, engenheiro responsável pela obra, afirmou às f. 190/191:

[...] que o depoente comparecia à referida obra uma ou duas vezes por semana, para marcar o serviço do reclamante, ou seja, o que ele ia fazer naquela semana; que o depoente passava as instruções de serviço sempre para o reclamante e ele distribuía o serviço para o resto do pessoal; que internamente não se usa cinto de segurança; que no momento do acidente não existia cinto de segurança; que, no momento do acidente, o reclamante ia fixar um tubo próximo à cobertura, na altura de 3,5 metros e na ocasião deveria ter montado um andaime de uns 2 ou 2,5 metros para aí, sim, pisando na plataforma desse andaime, fazer o serviço; que toda a parte de tubulação aérea era feita com a utilização de andaime e nessas ocasiões, por ser uma altura pequena e por ser trabalho na parte interna da obra, os trabalhadores não usavam cinto de segurança; que, no local, havia uma parte do piso inclinada e aí o andaime era calçado, seja com madeira, seja com bloco de concreto, para existir o nivelamento necessário para a montagem do andaime; que, em Belo Horizonte, existe sapata metálica que é acoplada ao pé do andaime e faz a mesma função do calço de madeira ou do bloco de concreto; que, para o serviço de furar a parede, que o reclamante ia fazer, tinha que estar firmemente seguro e em cima de um andaime; que o depoente acha que o reclamante estava com pressa e por isso não montou o andaime; que, na obra, não

havia necessidade dessa pressa, tanto que nem era por empreitada; que o depoente acha que o reclamante agiu com um pouco de imprudência; que disseram ao depoente que, naquela ocasião, alguém disse ao reclamante para montar o andaime e ele se recusou e quis subir na escada; que os materiais e ferramentas eram solicitados pelo reclamante para a reclamada comprar; que a escada estava apoiada no plano e a rampa estava em frente à escada; que o reclamante teria escorado a escada no declive, sendo que isso o depoente sabe por ouvir dizer; [...] que o depoente sempre dizia que trabalhar em altura é com andaime; que onde o reclamante foi fazer o serviço não tinha onde colocar cinto de segurança, já que não havia local onde amarrar a escada não tinha local para amarrar o cinto de segurança, a não ser que fosse amarrado o cinto no andaime; que, se o serviço fosse feito na parte externa da obra, o depoente recomendaria o uso simultâneo de cinto e andaime.

- a testemunha Anésio Pedroso dos Santos (f. 191/192) afirmou:

[...] estava presente no dia do acidente; que os trabalhadores estavam na obra há uns 08 meses; que o pessoal sempre utilizava andaime quando era trabalho em altura; que o reclamante era pedreiro; que o engenheiro passava as funções para o reclamante e o reclamante passava para os demais trabalhadores; que o reclamante, após o horário normal de trabalho, não ficava na obra; que era o reclamante quem solicitava materiais

e ferramentas à reclamada; que, no dia do acidente, o trabalho era interno; que o depoente nunca usou o cinto de segurança em trabalho interno, mas em trabalho externo sim, mesmo que a altura fosse a mesma; que o risco de queda não é o mesmo nessas situações, porque talvez não tenha lugar de amarrar; que o depoente viu o acidente acontecendo; que a base da escada usada pelo reclamante estava em local plano; que havia madeiras pregadas na escada; que a escada não estava em pé, mas bastante inclinada, em razão de ser a escada muito alta, pela altura da parede; que havia na obra uma escada mais compatível, mas o depoente não sabe por que o reclamante não a usou; que a escada mais compatível seria uma de aproximadamente 3 metros e existia uma dessas na obra; [...] que o reclamante não pediu a ninguém ajuda para colocar a escada; que o reclamante colocou a escada da forma que ela deu, mas o depoente acha que a colocação da escada não foi correta; que o depoente colocaria outra escada, talvez a menor que estava lá; que lá teria condições de montar o andaime; que, na hora, o depoente falou para o reclamante que a escada estava perigosa e o depoente não se lembra de como ele respondeu, mas o reclamante subiu na escada; [...] que a distância entre a base da escada e a parede ficou aproximadamente em 3 metros em razão da rampa; [...] que a CIPA não explicava como fazer algum serviço; que o engenheiro dava as coordenadas do serviço.

Tais depoimentos devem ser sopesados diante de normas jurídicas aplicáveis à espécie. Por partes:

A NR 18 dispõe sobre as “Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção”, destacando-se os seguintes itens que se aplicam ao presente caso:

18.15.11 É proibido trabalho em andaimes apoiados sobre cavaletes que possuam altura superior a 2,00m (dois metros) e largura inferior a 0,90m (noventa centímetros).

[...]

18.23.3 O cinto de segurança tipo pára-quedista deve ser utilizado em atividades a mais de 2,00m (dois metros) de altura do piso, nas quais haja risco de queda do trabalhador.

18.23.3.1 O cinto de segurança deve ser dotado de dispositivo trava-quadras e estar ligado a cabo de segurança independente da estrutura do andaime.

[...]

18.28.1 Todos os empregados devem receber treinamentos admissional e periódico, visando a garantir a execução de suas atividades com segurança.

18.28.2 O treinamento admissional deve ter carga horária mínima de 6 (seis) horas, ser ministrado dentro do horário de trabalho, antes de o trabalhador iniciar suas atividades, constando de:

- a) informações sobre as condições e meio ambiente de trabalho;
- b) riscos inerentes a sua função;
- c) uso adequado dos Equipamentos de Proteção Individual - EPI;
- d) informações sobre os Equipamentos de Proteção Coletiva - EPC, existentes no canteiro de obra.

18.28.3 O treinamento periódico deve ser ministrado:

- a) sempre que se tornar necessário;
- b) ao início de cada fase da obra.

18.28.4 Nos treinamentos, os trabalhadores devem receber cópias dos procedimentos e operações a serem realizadas com segurança.

Ocorre que, cotejados os referidos depoimentos, verifica-se que não restou provado que a reclamada tenha oferecido ao reclamante os treinamentos estabelecidos na NR 18, sendo que o fato de o reclamante se declarar pedreiro experiente não exime, por si só, a reclamada de oferecer treinamento sobre as normas de segurança.

É de se acentuar, por essencial ao deslinde da controvérsia, que a reclamada, em seu aspecto organizacional, adotou a cultura do descuido com relação à segurança, deixando seus empregados entregues à própria sorte.

Nesse sentido, verifica-se pela prova testemunhal produzida que a cultura do descuido se materializa quando: a reclamada não exige o uso do cinto de segurança em trabalhos em altura na parte interna da obra; permite que se faça a sustentação de andaime com bloco de concreto e pedaços de madeira (de modo que um simples movimento brusco pode ensejar uma queda de todo o andaime), ao passo que existe a venda no mercado de sapata de metal própria para tal sustentação; a CIPA não fez qualquer visita à obra antes do acidente; o engenheiro passava as informações necessárias apenas ao reclamante e não a todos os empregados, em conjunto.

Ressalte-se que, quando o engenheiro da obra, preposto do empregador, aceita o chamado “quebragalho” nas adaptações de materiais e improvisos na sustentação de andaime, tem-se que ele está aceitando, no contexto, o mesmo procedimento em todo o desenrolar da obra.

Ademais, a empresa não deu o exemplo ao não comprar sapata adequada à sustentação segura de andaimes, de modo que se pode questionar legitimamente: como esperar que o reclamante tomasse uma atitude de estrita segurança e montasse um andaime para a execução do serviço? A reclamada, no aspecto, eximiu-se de gastar uma quantia pecuniária mínima com o investimento em segurança.

Não constitui demasia assinalar que o trabalhador não poderia se recusar a trabalhar utilizando-se de sapata improvisada, o que passa a ideia de que o objetivo primordial da empresa não era o da segurança, mas o trabalho a ser realizado mesmo com a assunção de riscos desnecessários. Nesse sentido, o reclamante nada mais fez que seguir a filosofia do “quebra-galho”...

Úteis, no aspecto, as lições de Guérin *et al* (2001), segundo as quais não se pode, mesmo que implicitamente, considerar os trabalhadores como “meios de trabalho” adaptáveis, por si sós, aos constrangimentos decorrentes de escolhas técnicas e organizacionais, sendo que são equivocadas as presunções de que eles passam:

Seguir procedimentos bastante estritos “quando tudo vai bem” ou, ao contrário, transgredi-los para acelerar uma cadência, fazer um concerto rápido, ou fazer andar uma fila de espera num guichê.

(GUÉRIN, F. *Compreender o trabalho para transformá-lo*: a prática da ergonomia / F. Guérin...[*et al*]; tradução Giliane M. J. Ingratta, Marcos Maffei. São Paulo: Edgard Blücher:Fundação Vanzolini, 2001, p. 5)

É errado, segundo esses mesmos autores, entender-se, relativamente aos trabalhadores, que:

suas capacidades de adaptação são infinitas; não correrão riscos no seu trabalho desde que respeitem as normas de segurança e os modos operatórios prescritos (obra citada, p. 5).

Ademais, as atitudes adotadas por prepostos da empresa ao incentivar, no plano da realidade fática, uma cultura de descuido com relação à segurança correspondem a um tipo de comunicação que é também assimilado pelos trabalhadores.

A respeito, aliás, da importância das comunicações nas relações laborais cita-se Chanlat, que, ao defender uma antropologia da condição humana nas organizações e ensinar que o ser humano, dentre outras características, é um ser de palavra, de desejo e de pulsão, destaca que, a par do nível individual, há o nível da interação e o nível organizacional, sendo que, quanto ao nível de interação, salienta, no aspecto da interação e modo de comunicação, o seguinte:

Como o ser humano dialoga, e todo comportamento é comunicação (BATESON, 1979), toda interação, qualquer que seja, supõe por definição um modo de comunicação, isto é, um conjunto de disposições verbais e não verbais que se encarregam de exprimir, traduzir, registrar, em uma palavra, de dizer o que uns querem comunicar aos outros durante uma relação. Ao mesmo tempo locutor, ouvinte e interlocutor, todo indivíduo exprime no quadro da interação ao mesmo tempo o que ele é, o que faz, o que pensa, o que sabe, o que deseja, o que gosta, assim agindo, ele se coloca cada vez mais como pessoa, como assinala Benveniste (1966: 259) “É um ser humano falando que nós encontramos no mundo, um ser

humano falando a outro ser humano e a linguagem explica sua própria definição.” A comunicação verbal não é, entretanto, o único modo de comunicação. A comunicação não verbal constitui um outro modo ao mesmo tempo particular, complementar e simultâneo da comunicação (Feyereisen e de Lannoy, 1985). Segundo a distinção estabelecida por Cosnier e Brossard (1984), este modo de comunicação envolve, ao mesmo tempo, elementos contextuais, isto é, elementos mimogestuais (mímicas, movimentos corporais etc.), que acompanham o texto falado propriamente dito, e os elementos contextuais, que reagrupam todos os marcadores e índices de contextualização: espaços corporais, distintivos de origem (vestuário, insígnias, uniformes etc.) e marcadores relacionados (signos hierárquicos, sobrenomes etc.). O conjunto destes marcadores associados às características espaciais e temporais do lugar onde se situa o ato de comunicação, define o contexto situacional. Assim, “texto” e “contexto”, como escrevem os dois autores, associam-se para constituir o enunciado total da linguagem heterogênea formada pela sinergia dos três subsistemas - “verbal, vocal e gestual”. Este enunciado total só terá significação em determinado contexto organizacional.

(CHANLAT, Jean-François. Artigo intitulado “Por uma antropologia da condição humana nas organizações”. *In O indivíduo na organização: dimensões esquecidas*. Ofélia de Lanna Sette Torres, organizadora; tradução e adaptação Arakcy Martins Rodrigues *et al*; Revisão técnica Carlos O. Bertero. 3. edição, São Paulo: Atlas, 1996, p. 37-40)

Quanto ao tema interação e processos psíquicos, diz o mesmo estudioso:

Toda interação mobiliza processos psíquicos. Estes processos que se situam na origem do desenvolvimento cognitivo e afetivo do ser humano representam a parte imersa da interação, objetos privilegiados de estudo da psicologia e da psicanálise, processos que subentendem e acompanham toda palavra, todo discurso e toda ação. Tanto em nível interpessoal como intergrupar, os processos de identificação, de introspecção, de projeção, de transferência, de contra-transferência, de idealização, de clivagem, de repressão etc., para falar como os psicanalistas (Laplanche e Pontalis, 1967), são onipresentes. Frequentemente imperceptíveis, eles são a base de numerosos problemas, mal-entendidos, quiproquós e conflitos que encontramos nas organizações. Aliás, a presença destes mecanismos, na maioria das vezes inconscientes, exerce maior ou menor influência na qualidade da comunicação [...].

[...]

Toda comunicação jamais é totalmente enfática. A significação que se dá a alguns gestos, a algumas palavras, deve sempre ser inserida nos quadros psíquicos onde surgiram. Agindo desta maneira, podemos apreender melhor alguns comportamentos que poderiam parecer à primeira vista ambíguos, paradoxais e mesmo totalmente irracionais[...].

(Obra citada, p. 37-40)

E quanto ao nível da organização, o mesmo autor arremata:

Pelo seu quadro original de ação, o nível organizacional introduz as dimensões que lhe são apropriadas e que influenciam as condutas humanas observáveis internamente. As exigências econômicas do ambiente, os modos de dominação utilizados, a história da organização, os universos culturais que se cruzam, as características sociodemográficas do pessoal dão à cada organização uma configuração singular e influenciam os comportamentos individuais e coletivos.
(Obra citada, p. 37-40)

Embora tais atitudes da reclamada não impliquem culpa grave ou leve, tem-se que se pode atribuir à empresa uma culpa levíssima, em especial porque o artigo 157 da CLT dispõe em seu inciso I que cabe às empresas “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”. Já o § 1º do artigo 19 da Lei n. 8.213/91 dispõe que:

A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

A reclamada, pois, também neste aspecto, foi omissa ao permitir a cultura do descuido com relação à segurança, não exigir o uso regular de EPIs, bem como a ausência de exigência de montagem de andaimes para execução de serviços a altura superior a dois metros na parte interna da obra, sendo omissa quanto à fiscalização respectiva.

Não se olvide de que o empregador, ao não adotar a conduta esperada por quem zela pela saúde e segurança de seus trabalhadores, incorre em culpa por violação do dever legal de cautela.

Essa culpa da reclamada enseja, em concreto, a responsabilização respectiva. Não se deve esquecer, no particular, de que o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal prevê a culpa, em qualquer grau, como pressuposto da indenização a que está obrigado o empregador na hipótese de acidente do trabalho. Releva destacar, ainda acerca do tema, que, na relação de emprego, constitui obrigação precípua do empregador zelar pela saúde e integridade física dos seus empregados, em especial diante do disposto nos incisos III e IV do art. 1º da CF. É o empregador, e não o empregado, que escolhe o local de trabalho, os métodos de produção, o mobiliário, as ferramentas e os veículos utilizados, o ritmo da produção, a forma de treinamentos etc. e por isso tem ele o dever de garantir o direito ao ambiente de trabalho saudável e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, sendo que o pagamento do seguro social obrigatório não o exime desse dever. Deve ele, ainda, sob o enfoque ora debatido, contratar, se não estiver seguro a respeito, especialistas habilitados para manter o ambiente de trabalho seguro e saudável. A conduta exigida do empregador é a de adotar, com seriedade, medidas preventivas efetivas para afastar os riscos inerentes ao trabalho, valendo-se dos conhecimentos técnicos disponíveis para eliminar as possibilidades de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. Daí ilícita sua conduta quando se omite no particular.

Nesse passo, é mister trazer a lume os ensinamentos ministrados por Sebastião Geraldo de Oliveira:

Estudos recentes estão demonstrando que há uma tendência consolidada no Brasil de atribuir a culpa dos acidentes a “falhas

humanas" ou a "atos inseguros" da própria vítima (culpabilização da vítima), desprezando todo o contexto em que o trabalho estava sendo prestado. Quando ocorre um acidente, as primeiras investigações, normalmente conduzidas por prepostos do empregador, sofrem forte inclinação para localizar um "ato inseguro" da vítima, analisando apenas o último fato desencadeante do infortúnio, sem aprofundar nos demais fatores da rede causal, até mesmo com receio das consequências jurídicas.

Essa visão já ultrapassada está impedindo que haja progresso nas políticas de segurança e saúde do trabalhador, bastando mencionar que os índices de acidentes do trabalho estão no mesmo patamar há mais ou menos dez anos, conforme anotamos no capítulo 1. Ora, se todos adotássemos permanentemente um nível extraordinário de atenção, praticamente não ocorreriam acidentes do trabalho ou mesmo acidentes de trânsito. Nenhum planejamento sério pode considerar o empregado como se fosse uma figura robótica que nunca comete deslize, distante de sua natureza humana e falível.

(Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2005, p. 177/178)

É inelutável, pois, a seguinte constatação: um empregador diligente teria orientado todos os trabalhadores da obra, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho.

Não se olvide de que, na matéria relativa à saúde e à segurança do trabalho, o legislador exige do empregador ações de orientação, além

de fiscalização efetiva e continuada, à semelhança do que se espera de um *bonus pater familias*. Tudo porque não se pode considerar o empregado como um robô que nunca falha, distante da própria natureza humana impregnada da probabilidade normal do cometimento de deslizes.

Como bem ensina Oswaldo Michel:

O empregador tem uma série de obrigações com relação à segurança e medicina do trabalho, sendo que as principais são as seguintes:

a) o empregador fica obrigado a cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho. Isto significa que não basta que ele cumpra as referidas normas, mas deve, também, exigir que seus empregados as cumpram. É possível concluir-se que o empregador poderá ser atuado pela fiscalização, caso fique constatado estar seu empregado desrespeitando uma norma de segurança do trabalho, pois nesse caso ele, empregador, não estava vigilante àquela sua obrigação legal de fazer cumpri-la;

b) o empregador fica obrigado a instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais: é conveniente que a instrução aos empregados se faça através de ordens de serviço por escrito, para evitar, no futuro, discussões acerca da existência ou inexistência de uma orientação específica sobre a medida que deveria ter sido tomada para evitar o acidente do trabalho ou a doença ocupacional...

(In Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. São Paulo: LTr, 2001, 2ª edição, p. 111)

Em matéria de saúde e segurança do trabalho, portanto, age com culpa o empregador que deixa de orientar e alertar continuamente o conjunto dos empregados para os riscos de acidente do trabalho, seja não os preparando adequadamente para situações de risco, seja deixando de proibi-los clara e peremptoriamente relativamente à prática de atos que possam ensejar risco de acidente do trabalho. O empregador é quem tem a obrigação legal de adotar semelhantes medidas preventivas, criando em seus empregados, tanto quanto possível, uma consciência de segurança. O empregador, nessa linha de raciocínio, tem o dever de, dia a dia, adotar e fazer cumprir, com a aplicação dos poderes hierárquico e disciplinar dos quais é detentor, ações continuadas com o fito de garantir a segurança de seus subalternos e reduzir os riscos ocupacionais.

Fixadas essas premissas, tem-se que, é mister repisar, a reclamada obrou com culpa levíssima por ter permitido uma cultura de descuido com relação à segurança no trabalho, por não ter exigido a confecção de andaimes para o trabalho em alturas na parte interna da obra, bem como por permitir o trabalho em alturas sem o uso do cinto de segurança e, finalmente, por não ter, de forma preventiva, orientado e instruído os trabalhadores da obra, o reclamante inclusive, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidente do trabalho ao executar as tarefas, quando ali se poderia prever a possibilidade de acidente, tal qual aconteceu.

E não se diga que, na presente decisão, teria sido adotada a tese da responsabilidade objetiva do empregador em acidentes do trabalho. Não, absolutamente não, uma vez que

a culpa pode ser verificada tanto por meio de ação como de omissão, como é o caso dos autos.

O nexa causal, por sua vez, está claramente demonstrado nos autos, tendo em vista que, no momento do acidente, o reclamante estava exercendo suas atividades em benefício da reclamada.

De qualquer forma, releva destacar que, como é cediço, o dever de indenizar não exige nexa de causalidade exclusivo, sendo que a presença de um só elemento de responsabilidade do empregador a causar dano é suficiente ao reconhecimento do nexa causal e do dever de indenizar. No caso *sub judice*, a atitude omissa da reclamada atuou, à evidência, como causa para o acidente do trabalho verificado.

Fixadas essas premissas, ou seja, porque, no caso dos autos, existiram conduta omissiva e erro de conduta do agente (omissão injusta), a ofensa a um bem jurídico (ferimento de componente da esfera do patrimônio material da vítima, consistente na sua incapacidade laboral parcial e definitiva - f. 108) e, finalmente, relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado, procede o pedido formulado pelo autor de pagamento de indenização por danos materiais, impondo-se, nessas circunstâncias, fixar o valor respectivo.

Pois bem: o *quantum* deve ser apurado como o fito predominante de satisfazer o prejuízo experimentado pela vítima (extensão do dano), tendo-se presentes, porém, consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominantes, as peculiaridades do caso e a capacidade de prestação do responsável. No caso *sub judice* a culpa da reclamada foi levíssima; a extensão do dano ou prejuízo experimentado pelo autor,

mediana, tendo em vista a perda parcial de sua capacidade laborativa, apenas para as atividades de pedreiro ou outras que exijam força do punho direito, sendo que não mais dispõe o obreiro das mesmas condições que detinha antes de sofrer o acidente, o que corresponde a fato que merece adequado tratamento jurídico diante do difícil e concorrido mercado de trabalho brasileiro; quanto à capacidade de prestação da reclamada, tem-se que é mediana, não havendo subsídios nos autos que comprovem que a empresa tenha uma boa capacidade econômica, sendo que, sopesados tais elementos, conclui-se que resultam suficientemente remunerados os danos materiais com o pagamento de indenização, no importe de R\$20.000,00, em cota única, atualizável a partir de 09.11.2005 (data do acidente), até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros simples a partir da data da citação.

Noutro giro, cumpre salientar que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a reparação por danos materiais não supre aquela relativa aos danos morais, sendo que, segundo o entendimento consubstanciado na Súmula n. 37 do STJ, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”, devendo buscar-se restabelecer o estado anterior, inexistindo base para a afirmação de que os valores respectivos devam guardar correspondência ou uma deva ser maior ou menor que a outra.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o dano moral viola direitos inerentes à personalidade, sendo que, consoante ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira, dito dano consiste em

[...] ofensa a direitos de natureza extrapatrimonial - ofensas aos direitos integrantes da personalidade

do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade.

(*Apud* CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 254)

Também nas relações laborais, especialmente em razão do caráter duradouro do vínculo jurídico, qualquer uma das partes pode ofender lesivamente a outra em seus direitos imateriais, causando-lhe angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Cumpra acentuar, a propósito: a reparabilidade do dano moral está fundada também, como já exposto anteriormente, na teoria da responsabilidade civil, sendo que no caso *sub judice* os pressupostos dessa responsabilidade estão presentes.

Com efeito, o sofrimento psicológico do autor não pode ser colocado em dúvida diante da conclusão pericial que instrui os autos, com reflexos altamente negativos para seu bem-estar e paz interior.

No caso, o dano moral corresponde a essa lesão a interesses não patrimoniais do obreiro, sendo que, embora se saiba que o sentimento do homem seja algo intangível, a despeito de não ser palpável, é tutelado pelo Direito (nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, estão protegidos os valores da intimidade).

Impera lembrar, no aspecto, que a necessidade da reparação nasce uma vez verificado o evento danoso, não se cogitando a comprovação do prejuízo, pois considerado derivado do próprio infortúnio. Cita-se, a propósito, o seguinte julgado:

Para caracterizar-se o dano moral, motivado por acidente do trabalho, basta comprovar-se o fato do qual decorre, pois se entende que, uma vez demonstrada a ofensa, *ipso facto*, estará demonstrado o dano moral. Ocorre que, considera-se o dano moral uma presunção natural, oriunda das regras da experiência comum.

(AC 70009557729, Nona Câmara Cível, TJRS, Relator: Íris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 08.09.2004)

Por fim, resta apreciar a difícil questão de definir o valor da indenização por danos morais devidos ao autor.

A lei é omissa acerca dos critérios que devam ser adotados a fim de que se fixe valor justo e razoável, deixando ao prudente arbítrio do juiz fixar tal valor, em cada caso concreto.

Não se deve esquecer, no particular, de que a referida indenização não pode servir de pretexto para o empobrecimento de um e enriquecimento de outro. Não obstante isso, deverá ser fixada da forma mais severa possível, com três finalidades principais: a finalidade punitiva, uma vez que o dano moral é um delito como qualquer outro, de modo que quem o praticou se sinta castigado pela ofensa que perpetrou; a finalidade preventiva, servindo para desestimular qualquer pessoa, independentemente de sua condição econômica, a praticar semelhante ofensa; a finalidade compensatória, tendente a constituir remédio para propiciar à vítima um sentimento de que a justiça foi feita em seu favor.

Nesse diapasão, ensina o conceituado CARLOS ALBERTO BITTAR (*in Reparação civil por danos morais*, 1994, p. 197 e seguintes), o seguinte:

Impera, aliás, a respeito: a) o princípio da responsabilidade integral, consoante o qual se deve atender, na fixação da indenização, à necessidade de plena satisfação do lesado, buscando-se no patrimônio dos lesantes valores que, sem limites, a tanto correspondem; e b) a técnica da atribuição de valor de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero, servindo a condenação como aviso à sociedade; com isso, ao mesmo tempo em que se sancionam os lesantes oferecem-se exemplos à sociedade, a mostrar-lhe que certos comportamentos, porque contrários a ditames morais, recebem a repulsa do Direito.

No caso dos autos:

Considerando a dor moral sofrida pelo autor, com a fratura do punho direito e a redução permanente de sua capacidade para o trabalho de pedreiro, com reflexos altamente negativos para seu bem-estar e paz interior;

Considerando que existiu culpa da reclamada no grau levíssimo, o que implica responsabilização;

Considerando o princípio da razoabilidade;

Considerando o nível econômico da vítima;

Considerando, por fim, a capacidade econômica da reclamada;

Impõe-se arbitrar o valor da indenização por danos morais sofridos em R\$15.000,00, atualizável a partir da data do evento danoso, ou seja, 09.11.2005, até a data do efetivo pagamento, com o acréscimo de juros simples a partir da data da citação.

4 - Expedição de ofícios

Rejeita-se o pedido de expedição de ofícios ao INSS e Caixa Econômica Federal porquanto não reconhecido que a remuneração recebida fosse superior àquela registrada na CTPS e constante dos recibos de pagamento.

A União, entretanto, será intimada da presente decisão, conforme dispõe a legislação aplicável à espécie.

5 - Justiça gratuita

Porque preenchidos os requisitos legais cabíveis (declaração de pobreza à f. 25 e requerimento à f. 14), impõe-se deferir a favor do reclamante o benefício da gratuidade de justiça. Releva destacar, no aspecto, que o fato de ter o obreiro contratado advogado é irrelevante, à luz da legislação aplicável à espécie para o deferimento dessa gratuidade.

6 - Honorários periciais

Fixam-se em R\$1.000,00 os honorários devidos ao perito médico Dr. Jorge Luiz Neto, tendo em vista a complexidade dos trabalhos periciais realizados, a serem satisfeitos pela reclamada, sucumbente no objeto da perícia (art. 790-B da CLT).

7 - Honorários advocatícios

Consoante a inteligência dos entendimentos consolidados nas Súmulas n. 219 e 329, ambas do C. TST, em conjunto com o art. 14 da Lei n. 5.584/70, os honorários advocatícios são devidos no âmbito desta Justiça Especializada quando o empregado, que se encontre em estado de miserabilidade presumida, estiver assistido por sindicato de sua categoria profissional.

No caso dos autos, não está demonstrado o preenchimento dos requisitos que configuram hipótese de cabimento da condenação ao pagamento de semelhante verba, razão da improcedência do pedido respectivo.

8 - Critério de cálculos

Para a apuração dos valores pertinentes às parcelas deferidas na presente, observar-se-ão os critérios legais de cálculo, com a incidência de juros e correção monetária, na forma da lei, observando-se o entendimento consubstanciado na Súmula n. 381 do C. TST.

9 - Contribuições previdenciárias

Não há recolhimento de contribuições previdenciárias a ser determinado, em razão da evidente natureza indenizatória dos valores deferidos na presente.

10 - Litigância de má-fé

Cotejados os autos, verifica-se que não restaram preenchidos quaisquer dos pressupostos legais previstos nos arts. 17 e ss. do CPC c/c art. 769 da CLT, sendo inelutável o indeferimento do pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé.

11 - Compensação

Por não preenchidos os requisitos legais cabíveis, não há compensação a ser deferida.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto:

a) pronuncio a prescrição total

dos créditos do reclamante relativos ao período compreendido entre 01.09.1999 a 10.05.2005;

b) julgo PROCEDENTE, EM PARTE, a reclamação, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, observados os parâmetros fixados na fundamentação supra, em valores a serem apurados em liquidação de sentença, com juros e correção monetária, na forma da lei:

b.1) indenização por danos materiais, no importe de R\$20.000,00, em cota única, atualizável a partir de 09.11.2005 (data do acidente), até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros simples a partir da data da citação;

b.2) indenização por danos morais sofridos, no importe de

R\$15.000,00, atualizável a partir da data do evento danoso, ou seja, 09.11.2005, até a data do efetivo pagamento, com o acréscimo de juros simples a partir da data da citação.

Fica deferido o benefício da gratuidade de justiça ao reclamante.

Custas, no importe de R\$700,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação em R\$35.000,00, e bem assim honorários periciais, arbitrados em R\$1.000,00, ao perito médico Dr. Jorge Luiz Neto, pela reclamada.

Cumpra-se em 48 horas, após o trânsito em julgado e liquidação.

Publicada em audiência. Cientes as partes (Súmula n. 197 do C. TST).

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00320-2009-043-03-00-8

Data: 24.06.2009

DECISÃO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE UBERLÂNDIA - MG

Juiz Substituto: Dr. MARCEL LOPES MACHADO

Aos 24 de junho de 2009, às 17h45min, na sede da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia - MG, na presença do Dr. Marcel Lopes Machado, Juiz do Trabalho, foi submetida a julgamento a reclamação anulatória de eleições sindicais proposta por Ronildo Cabral da Silva, Girlei Luis, José Damasceno de Lima e Carlos Humberto da Silva em face de STTRU - Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Uberlândia e Região.

I - RELATÓRIO

Ronildo Cabral da Silva, Girlei Luis, José Damasceno de Lima e Carlos Humberto da Silva ajuizaram reclamação anulatória de eleições sindicais em face de STTRU - Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Uberlândia e Região, alegando: eram associados do sindicato que representa sua categoria profissional; houve irregularidades praticadas pelo diretor presidente; houve nulidade no

edital de convocação das eleições; houve fundamentos para concessão de medida liminar. Formularam os correspondentes pedidos. Atribuíram à causa o valor de R\$1.000,00. Juntaram docs. de f. 14/67, declarações de f. 68/70 e f. 79, procurações de f. 71/73, f. 78 e substabelecimentos de f. 80/81.

Decisão à f. 75 que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

Notificado, o reclamado apresentou defesa escrita: arguiu preliminares de ilegitimidade ativa;

impossibilidade jurídica do pedido; no mérito, contestou todos os fatos e pedidos e requereu a aplicação da sanção de litigância de má-fé. Juntou procuração de f. 101, docs. de f. 102/227.

Impugnação às f. 232/240.

Parecer escrito do MPT às f. 248/254.

Manifestações do reclamado às f. 256/260 e f. 264/267.

Em audiência, encerrou-se a instrução.

Razões finais orais dos reclamantes e escritas do reclamado, acompanhadas dos docs. de f. 294/389. Inconciliados.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 - Preliminares

A - Condições da ação

É parte legítima para figurar no polo ativo da demanda aquele que formula a pretensão de direito processual, uma vez que a análise das condições da ação se faz abstratamente, *in status assertione*.

Os docs. de f. 14, f. 30/31, f. 54/63 e f. 137/138 demonstram que os reclamantes compõem o quadro de associados e dirigentes do reclamado, e, via de consequência, atribuem-lhes a pertinência temática para o conteúdo jurídico meritório pretendido na reclamação, alínea “b” do art. 525 da CLT.

Não existe impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a pretensão processual deduzida, além de não vedada pelo ordenamento jurídico, é expressamente autorizada por este, ante sua previsão legal no art. 8º c/c Convenções n. 87 e 98 da OIT c/c arts. 513, “c”, e 524 da CLT.

Ademais, a análise das condições da ação se faz abstratamente, *in status assertione*, uma vez tratar-se de matéria afeta à pretensão de direito processual.

Por fim, a análise da legalidade e/ou ilegalidade da convocação das eleições sindicais no reclamado é matéria de análise do mérito, por se tratar de pretensão de direito material, art. 524 da CLT.

Rejeitam-se as preliminares.

II. 2 - Medidas saneadoras

A - Protestos judiciais

Declarada a preclusão da produção de prova documental no termo de audiência de f. 84, bem como encerrada a instrução processual no termo de audiência de f. 268/269, não se recebem os documentos apresentados pelo reclamado após o encerramento da instrução processual, em face da preclusão do ato processual, art. 396 do CPC c/c inteligência da Súmula n. 08 e OJ n. 20 da SDI-II do TST, uma vez que é defeso aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões a cujo respeito operou-se a preclusão lógica, temporal e consumativa, art. 836 da CLT c/c art. 473 do CPC.

Devolvam-se os documentos ao signatário, certificando-se, mantendo-se apenas sua petição.

Mantém-se, ainda, a decisão do termo de f. 268/269 que indeferiu a realização de perícia técnica requerida pelo reclamado sobre o doc. de f. 254 apresentado pelo MPT, por se tratar de diligência desnecessária ao resultado útil da lide, art. 765 da CLT c/c art. 130 do CPC.

II. 3 - Mérito

A - Convocação de eleições sindicais - Nulidade - Direito constitucional fundamental à democracia participativa - Direito à liberdade e participação democrática na entidade sindical - Aplicabilidade e eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais

Com razão os requerentes e o Ministério Público do Trabalho em sua pretensão e parecer escrito, respectivamente, de declaração de nulidade do edital de convocação das eleições sindicais, art. 9º da CLT, e, via de consequência, sua pretensão de determinação de edital para nova eleição sindical, com restituição de prazo para inscrição de chapas de concorrência aos cargos eletivos do reclamado, art. 529 da CLT.

Isso porque, a cláusula 45ª do Estatuto Sindical, doc. de f. 16/26 e f. 103/113, cria injustificável prerrogativa unilateral da convocação de eleições no período de antecedência de 30 a 150 dias das eleições, é contrária ao *caput* do art. 532 da CLT, norma de ordem pública, caráter cogente e imperativa, que fixa o prazo de 30 a 60 dias.

Chama a atenção o edital de publicação e convocação das eleições sindicais, Diário do Comércio, doc. de f. 15 e f. 354, página 4ª, na data de 27.01.2009, com prazo imediato de 03 dias para inscrição de chapas, para eleição designada para o dia 18.06.2009, porquanto, conforme registrado pelo MPT no seu parecer de f. 248/254, inviabilizou-se qualquer participação democrática *interna corporis* para inscrição de chapas concorrentes ao presidente, o que, na convicção deste Magistrado, viola o princípio constitucional da democracia participativa que informa os fundamentos da República Federativa

do Brasil, parágrafo único do art. 1º da CR/88¹, direito fundamental de 3ª

¹ A consagração de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o Estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais.

O Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. [...].

Como é possível verificar, a partir do Direito Constitucional comparado, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da Democracia representativa, sem contudo descuidar-se da Democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direitos de associação, direitos de petição, direito de sindicalização).

Todavia, a representação política não deve ser meramente teórica, pois uma Democracia autêntica e real exige efetiva participação popular nas decisões governamentais e, em especial, na escolha de seus representantes. Mister se faz a adequação de mecanismos que ampliem a eficácia da representatividade, sejam preventivos, por meio de um maior interesse do cidadão nas eleições, sejam repressivos, por meio de práticas de Democracia semidireta, pois, como adverte Dalmo Dallari, a crise da Democracia representativa pode gerar regimes autoritários, pois, "se o povo não tem participação direta nas decisões

dimensão², cuja aplicabilidade estende-se às relações público-privadas (Estado-cidadão) e privadas-privadas (cidadãos/pessoas jurídicas - cidadãos), em razão da eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais³, STF - 2ª T. - Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa no RExt 201.809-RJ - DJU 26.04.2005, *In* Informativos STF n. 385 e 405.

políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições". *In* MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. Ed. Jurídico Atlas. 6ª ed., p. 131/132.

² "A história dos direitos humanos - direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos - é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros. 7ª ed., p. 528)".

³ "A ideia de *Drittwirkung* ou de eficácia de directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil privada segundo os valores de razão, justiça, progresso do Iluminismo. Este código de leitura - pergunta-se - não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós-modernidade?" [...]

E, a partir de uma perspectiva racional, cumpre insistir, mais e mais, na luta pela implementação dos grandes valores do Iluminismo, de liberdade, igualdade, democracia e solidariedade".

In SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., 2ª tiragem, Lumen Juris Editora, 2008, p. 44/45.

Com efeito, predomina hoje a visão de que a ideia de democracia não mais se circunscreve à existência de eleições periódicas com respeito do princípio majoritário. Afirma-se, hoje, que a democracia pressupõe a existência de um espaço público aberto, em que as pessoas e grupos possam discutir sobre os temas polêmicos, prontas ao diálogo, reconhecendo-se reciprocamente como seres livres e iguais. A democracia exige deliberação pública, e o seu objetivo não é - ou pelo menos não é exclusivamente - o de solucionar divergências contando votos. Presume-se, pelo contrário, que no processo deliberativo as pessoas manifestem-se buscando o entendimento e não a derrota do adversário. Pretende-se que, no espaço público, os cidadãos orientem-se pela busca do bem comum, e não pela defesa incondicional de seus interesses pessoais ou de grupo. Almeja-se, enfim, que no debate franco de ideias inerente a este processo, as pessoas eventualmente revejam suas posições originais, convencidas pelas razões invocadas pelo outro. Em suma, a democracia deve ser mais diálogo do que disputa; mais comunicação do que embate. [...]. Portanto, o aprofundamento do projeto democrático exige a ampliação dos espaços em que seja assegurado às pessoas o direito à participação na tomada de decisões que as atingirem. Para Karl Larenz, um dos princípios do "direito justo", que condiciona a legitimidade dos ordenamentos jurídicos, é o princípio da participação, que, no âmbito do Direito Privado, significa que "[...] cada miembro de una asociación tiene un irrenunciable derecho [...]

a participar en los asuntos comunes y en la formación de la voluntad social".

Apreciando questão semelhante em Portugal, Canotilho e Vital Moreira não hesitaram em reconhecer que o princípio democrático "[...] não é um 'princípio político' cujo âmbito se deva limitar à esfera política estadual. A Constituição conforma-o como princípio abrangente que, de forma tendencial, se deve estender a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural [...]. Como princípio de legitimação e organização, não releva apenas para o Estado ou para as coletividades políticas em geral. Vale também para as organizações sociais, designadamente para aquelas que, pelo seu poder social, assumem um particular relevo político".⁴

Verifica-se, inclusive, que o presidente da entidade sindical reclamada sequer publicou a convocação e o prazo de inscrição para chapas concorrentes nas eleições no informativo do sindicato, doc. de f. 27/29, utilizando-o apenas para fins políticos, mas não para informação de direitos e interesses da categoria profissional.

Constata-se também que a publicação do edital, em letras minúsculas, sem qualquer titulação, com prazo imediato de 03 dias de inscrição para chapas concorrentes se deu no dia 26.01.2009, e que houve a inscrição de chapa única, do próprio presidente, na data de 29.01.2009, doc. de f. 224/227, mantendo-se como presidente, perpetuando-se no cargo.

Em suma, o ato, além de violar direito fundamental à informação e participação democrática dos associados e de toda uma categoria profissional, visou beneficiar o seu próprio autor, o atual presidente, o que é ilícito, art. 9º da CLT, porquanto nenhum interesse meramente individual se sobrepõe em detrimento da ordem pública, constitucional e coletiva do trabalho, art. 444 da CLT.⁵

Verifica-se que esses fatos ocorreram anteriormente, com idêntica conduta do atual presidente, que, desde 1994, 1999, 2004, mantém-se presidente, com convocação de eleições sem nenhuma possibilidade plausível de inscrição de chapas concorrentes, docs. de f. 353/354, f. 373/375 e f. 383/384, porquanto sempre houve única e exclusivamente a inscrição de sua própria chapa, o que é

⁵ "*Dante Alighieri*, em feliz expressão, disse que o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a. Interpretando essa lição, esclarece Miguel Reale que a medida da proporção é o homem em relação a outro homem porque o direito tutela as coisas somente em razão dos homens.

O direito é, portanto, uma ordenação bilateral atributiva das relações entre os homens, na busca do bem comum, o qual é visto modernamente como uma estrutura social na qual são possíveis e necessárias as formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos porque a ordem estabelecida o é não para a satisfação individual, mas, na mira da realização de uma convivência ordenada, traduzida na expressão 'bem comum', admitida e reclamada pela sociedade em um dado momento".

In MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

⁴ *Idem, Ibidem*, p. 307, 311 e 312.

contrário, em síntese e em última análise, à própria noção de um Estado Democrático de Direito.⁶

Por fim, as próprias declarações emitidas às f. 220, f. 240 e f. 254 pelo Jornal Diário do Comércio demonstram a impropriedade e falta de credibilidade das informações, porquanto seu conteúdo atendeu aos interesses de cada um dos litigantes, sem, contudo, demonstrar a divulgação, informação e publicidade das eleições sindicais em cada uma das 07 cidades que compõem a base territorial do reclamado.

Razão pela qual, declara-se a nulidade do edital de convocação de f. 15 e f. 354 e, via de consequência, da eleição sindical com “chapa única” realizada na data de 18.06.2009.

⁶ “O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao afirmar a submissão do Estado, isto é, do Poder ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando assim o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período histórico precedente - o do Estado de Polícia - justamente a disciplina do Poder, sua contenção e inauguração dos direitos dos, já agora, administrados - não mais súditos.”
Em outra passagem da mesma obra, o professor Bandeira de Mello traz a clássica lição de Montesquieu quanto ao Estado Democrático de Direito:
“Afirmava Montesquieu, como dantes se anotou, que todo aquele que detém o Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites. [...]. Deveras, se o Poder vai até onde encontra limites, se o Poder é que se impõe, o único que pode deter o Poder é o próprio Poder. Logo, cumpre fracioná-lo para que suas parcelas se contenham reciprocamente”.
In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed., Malheiros, p. 40 e 42.

B - Antecipação dos efeitos da tutela - Juízo de cognição plena e exauriente - Matéria exclusivamente de direito - Fundado receio de continuação do ato ilícito e dano à coletividade da categoria profissional

Com razão os requerentes e o MPT em seu parecer escrito de f. 248/254 a título de antecipação dos efeitos da tutela em sentença de mérito, porquanto constatada a verossimilhança de suas alegações e o fundado receio de dano ao seu patrimônio jurídico em juízo de cognição plena e exauriente, art. 273, II, §§ 6º e 7º do CPC c/c art. 798 do CPC, inerente a direitos constitucionais fundamentais de toda a categoria profissional dos trabalhadores quanto à democracia participativa nas eleições de seus representantes sindicais.

A efetividade da entrega da prestação jurisdicional é garantia constitucional inscrita no rol dos direitos fundamentais do cidadão, inciso LXXXVIII do art. 5º da CR/88 c/c art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos c/c art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez que compete ao Poder Judiciário assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Há, portanto, o fundado receio de dano para que a tutela processual efetiva⁷ seja prontamente efetiva para

⁷ “Razoabilidade da duração do processo. A norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso

remoção do ato ilícito de conteúdo continuado⁸, que constitui direito fundamental a admitir a antecipação parcial dos efeitos da tutela pretendida segundo a técnica de ponderação de valores constitucionais, art. 1º, parágrafo único c/c art. 8º c/c arts. 525, “b” e 529 da CLT, como meio adequado de garantir a efetividade e celeridade da tramitação processual, inclusive, através de decisões judiciais incidentes no curso da tramitação processual.

concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF, art. 5º, § 1º), não necessita de regulamentação para ser aplicada. [...] Aplicação imediata das normas sobre direitos e garantias fundamentais. O texto constitucional é por demais claro e evita a perenidade das normas programáticas no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Todo e qualquer direito previsto na CF 5º pode ser desde já invocado, ainda que não exista norma infraconstitucional que o regule. [...]”.
In NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT. 2006, p. 140.

⁸ A mais importante das tutelas específicas é aquela que se destina a impedir ou a remover o ato contrário ao direito. Trata-se de tutela anterior ao dano, e que assim é capaz de dar efetiva proteção ao direito, seja quando o ato contrário ainda não foi praticado (tutela inibitória), SEJA QUANDO O ATO CONTRÁRIO AO DIREITO JÁ OCORREU, MAS, DIANTE DE SUA EFICÁCIA CONTINUADA, É PRECISO REMOVÊ-LO PARA EVITAR A PRODUÇÃO DE DANOS (TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO). MARINONE, Luiz Guilherme. *In Técnica processual e tutela dos direitos*. RT. 2004, p. 153.

A compreensão do direito de ação como direito fundamental confere ao intérprete luz suficiente para a complementação do direito material pelo processo e para a definição das linhas deste último na medida das necessidades do primeiro. Ou seja, a perspectiva do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional permite que o campo da proteção processual seja alargado, de modo a atender a todas as situações carecedoras da tutela jurisdicional.

[...]

Nesse caso, o ideal, diante do ato contrário ao direito, é a ação de remoção do ilícito. Essa ação conduzirá - obviamente que no caso de procedência - à remoção do ilícito, e não ao ressarcimento. NOTE-SE QUE REMOVER O ILÍCITO É SECAR A FONTE DOS DANOS. [...] Lembre-se de que, na compreensão dos direitos fundamentais, não se pode mais pensar apenas o velho direito de defesa, que objetivava garantir o particular contra as agressões do poder público. Na atualidade, o Estado tem um verdadeiro dever de proteger os direitos, e, para tanto, está obrigado a editar normas de direito material que se dirigem sobretudo em relação aos sujeitos privados. Ao lado disso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva concede ao procedimento (técnica processual) realmente capaz de atender aos direitos, seja perante o Estado, seja perante os particulares.⁹

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 30, 69 e 84.

Razão pela qual, em face da aplicação do princípio processual do poder geral de cautela¹⁰, art. 798 do CPC, este Magistrado revê a decisão de cognição prévia, parcial e sumária de f. 75, para, em juízo de constatação plena e exauriente, art. 273, II, §§ 6º e 7º do CPC, conceder a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para:

¹⁰ “Diante, porém, do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apoia-se em ‘poderes indeterminados’, porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. [...]”

Apreciando o tema, observa Galeno Lacerda que, ‘no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas, para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discrição do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*’.

In THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Forense. Vol. III, 31ª ed., p. 344/345.

“O poder geral de cautela, tanto quanto o processo cautelar em geral, tem origem na CF. Os autores dizem que se trata de um poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional, e explicaremos, adiante, o que isso significa. [...]”

Concretamente, o poder geral de cautela fez nascer a possibilidade de a parte que consegue demonstrar *fumus boni iuris* e *periculum in mora* pleitear proteção ao seu provável direito por meio de ação cautelar inominada, ou seja, por meio de ação cautelar cujos contornos não estejam nítida e precisamente descritos em lei”.

In WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. RT, vol. 3, 5ª ed., p. 38.

- a) determinar ao sindicato reclamado, na pessoa de seu diretor presidente que, no prazo de 15 dias de sua intimação desta decisão, proceda à publicação de edital para nova eleição sindical, com restituição de prazo razoável de 15 dias para inscrição de chapas de concorrência aos cargos eletivos, art. 529 da CLT;
- b) deverá o novo edital e o prazo de inscrição das chapas ser publicado em jornais de circulação local de maior movimento que o Diário do Comércio, em todas as 07 cidades que compõem a base territorial do sindicato, bem como no próprio Boletim Informativo da Categoria Profissional, para ampla ciência e divulgação a todos os interessados da categoria profissional;
- c) tratando-se de obrigação de fazer, art. 461 do CPC, o descumprimento da obrigação, após o prazo de 15 dias imediatos à sua intimação, acarretará ao reclamado a incidência de multa diária de R\$2.000,00 (dois mil reais), a favor dos reclamantes, incidente até a data do efetivo cumprimento da obrigação;
- d) ainda, a multa diária possui natureza de sanção processual, expressamente prevista no art. 461, §§ 4º e 6º do CPC, razão pela qual, em caso de descumprimento da determinação de fazer, poderá a mesma ser majorada de ofício, a

qualquer momento, não se vinculando ao valor da obrigação principal, por não se tratar de cláusula penal, instituto de direito material, previsto no art. 412 do CC/2002.

C - Honorários advocatícios de sucumbência

Tratando-se de lide decorrente de relação sindical, inciso III do art. 114 da CR/88, são devidos os honorários advocatícios de sucumbência, Súmulas n. 219 e 329 c/c art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST.

Fundamentos pelos quais são devidos aos reclamantes os honorários advocatícios de sucumbência, art. 20, § 3º, “c”, e § 4º do CPC¹¹, arbitrados no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), considerada a natureza dos direitos fundamentais em litígio, e a ausência de conteúdo econômico imediato, porquanto a pretensão da tutela jurisdicional processual é de conteúdo declaratório, anulatório e mandamental.

D - Litigância de má-fé

Os reclamantes utilizaram-se da promessa constitucional de acesso ao

Poder Judiciário, inciso XXXV do art. 5º da CR/88, para obter a declaração deste quanto à existência ou inexistência da relação jurídica material deduzida em juízo, o que é seu direito constitucional fundamental.

Essa garantia constitucional insere-se no rol dos direitos humanos fundamentais, não havendo tipificação por litigância de má-fé à parte que se vale do Poder Judiciário para deduzir e pleitear os direitos a que se acha investida.

Ademais, o direito de acesso ao Poder Judiciário não se confunde e sequer impõe o direito à sentença de mérito favorável, garantindo-se, pois, aos litigantes seu direito ao devido processo legal em sentido procedimental, inciso LIV do art. 5º da CR/88.¹²

Assim, ausente, no presente caso, uma tipificação dos atos processuais praticados pelos reclamantes com qualquer das hipóteses do art. 14 c/c art. 17 do CPC, não procede a aplicação da pena de litigância de má-fé.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, e por tudo mais que consta da fundamentação, rejeitada a preliminar de carência de ação, no mérito, julgam-se PROCEDENTES os pedidos formulados por Ronildo Cabral da Silva, Girlei Luis, José Damasceno de Lima e Carlos Humberto da Silva em face de STTRU - Sindicato dos Trabalhadores em Transportes

¹¹ “A regra do art. 20, § 3º, há de ser temperada no seu rigor, em cada caso, sob pena de os honorários advocatícios serem fixados com exagero, com o que a administração da Justiça faltaria ao seu objetivo primordial e à própria seriedade dos seus julgamentos. (1ª TACSP - AP 270.205 - In O novo CPC nos tribunais de alçada cível de São Paulo, p. 39, LEX 1975)”
In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 6. ed., Saraiva, p. 26/27.

¹² “O devido processo legal - (CF 5º LIV) - exerce-se de conformidade com a lei. No caso, a decisão observou o que dispõe a lei processual. (STF - 2ª T. - Ag. Rg. Ag. 211.551-7 - Rel. Min. Carlos Velloso - DJU 26.06.1998, p. 06).”

Rodoviários de Uberlândia e Região, para:

- a) declarar a nulidade do edital de convocação de f. 15 e f. 354, e, via de consequência, da eleição sindical com “chapa única” realizada na data de 18.06.2009.

Em face da aplicação do princípio processual do poder geral de cautela, art. 798 do CPC, bem como da lesão de caráter continuado aos direitos constitucionais fundamentais da categoria profissional constatada em juízo de constatação plena e exauriente, art. 273, II, §§ 6º e 7º, concede-se a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para:

- b) determinar ao sindicato reclamado, na pessoa de seu diretor presidente que, no prazo de 15 dias de sua intimação desta decisão, proceda à publicação de edital para nova eleição sindical, com restituição de prazo razoável de 15 dias para inscrição de chapas de concorrência aos cargos eletivos, art. 529 da CLT;
- c) deverá o novo edital e o prazo de inscrição das chapas ser publicado em jornais de circulação local de maior movimento que o Diário do Comércio, em todas as 07 cidades que compõem a base territorial do sindicato, bem como no próprio Boletim Informativo da Categoria Profissional, para ampla ciência e divulgação a todos os interessados da categoria profissional;

- d) tratando-se de obrigação de fazer, art. 461 do CPC, o descumprimento da obrigação, após o prazo de 15 dias imediatos à sua intimação, acarretará ao reclamado a incidência de multa diária de R\$2.000,00 (dois mil reais), a favor dos reclamantes, incidente até a data do efetivo cumprimento da obrigação;
- e) ainda, a multa diária possui natureza de sanção processual, expressamente prevista nos §§ 4º e 6º do art. 461 do CPC, razão pela qual, em caso de descumprimento da determinação de fazer, poderá a mesma ser majorada de ofício, a qualquer momento, não se vinculando ao valor da obrigação principal, por não se tratar de cláusula penal, instituto de direito material, previsto no art. 412 do CC/2002.

E, condenar o sindicato reclamado a pagar aos requerentes:

- f) honorários advocatícios de sucumbência, art. 20, § 3º, “c”, e § 4º do CPC c/c art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST, arbitrados no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

A correção monetária, para cálculo dos honorários de sucumbência, incidirá a partir da data da publicação desta decisão, uma vez que o valor arbitrado encontra-se atualizado nesta data, aplicação extensiva e analógica da

Súmula n. 362 do STJ c/c Enunciado n. 52 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho - TST/ANAMATRA.

Os juros de mora, no percentual de 1% a.m., nos termos do art. 39 da Lei n. 8.177/91, serão devidos desde a inicial, CLT, art. 883, e incidirão sobre a importância corrigida, Súmula n. 200 do TST.

A correção monetária e os juros incidirão até a data da efetiva quitação do crédito, Súmula n. 15 do TRT da 3ª Região.

Tornada líquida a conta, ao final, intime-se a Procuradoria-Geral Federal, § 3º do art. 879 da CLT c/c § 3º do art. 16 da Lei n. 11.457/2007.

Custas, pelo reclamado, no importe de R\$110,00, calculadas sobre R\$5.500,00, valor arbitrado à condenação.

Atentem as partes que a decisão adotou tese explícita sobre todos os temas de conteúdo meritório e relevantes da lide, e que não serão admitidos eventuais embargos

declaratórios visando à reapreciação de fatos, provas e teses jurídicas ou alegação de prequestionamento em 1ª instância, porquanto este último é pressuposto processual objetivo dos recursos de natureza extraordinária aos Tribunais Superiores (RExt ao STF, RR ao TST e REsp ao STJ), e, porquanto eventual recurso ordinário devolve ao TRT toda a matéria fática e jurídica objeto da controvérsia, em razão da amplitude e profundidade do seu efeito devolutivo, § 1º do art. 515 do CPC c/c Súmula n. 393 do TST.

Intimem-se as partes, e, após, o MPT, este com as prerrogativas do art. 18, II, "h" da LC n. 75/93, bem como oficie-se de imediato a DRT, com cópia da presente decisão.

Cumpra-se a intimação da antecipação dos efeitos da tutela, na pessoa do diretor presidente do sindicato, por mandado através de oficial de justiça, com as prerrogativas do § 2º do art. 172 do CPC.

Nada mais, encerrou-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00976-2007-031-03-00-9

Data: 22.06.2009

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE ITAJUBÁ - MG

Juiz Titular: Dr. MARCELO MOURA FERREIRA

Aos 22 dias do mês de junho do ano de 2009, às 16h59min, na sala de audiências da 3ª Vara do Trabalho de Contagem, esteve presente o Juiz do Trabalho, Dr. MARCELO MOURA FERREIRA, para julgamento da ação de cumprimento ajuizada por SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DE BELO HORIZONTE E CONTAGEM em face de FERROSIDER PARTICIPAÇÕES S/A, FERROSIDER INDUSTRIAL LTDA. e SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - SEEDSIDER.

Aberta a audiência, foram apregoadas as partes, por ordem do Juiz do Trabalho. Ausentes estas, proferiu-se a seguinte decisão:

RELATÓRIO

SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DE BELO HORIZONTE E CONTAGEM, qualificado à f. 03, ajuizou ação de cumprimento em face de FERROSIDER PARTICIPAÇÕES S/A, FERROSIDER INDUSTRIAL LTDA. e SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - SEEDSIDER, também qualificados, alegando, em síntese, que é legítimo substituto processual da categoria dos empregados das empresas ré; que as ré desenvolvem atividade ligada à indústria, transformação e beneficiamento de produtos siderúrgicos; que celebrou convenção coletiva de trabalho para a categoria que abrange os empregados das empresas ré, cujas cláusulas as ré vêm se negando a cumprir sob alegação de que seus empregados são representados por sindicato diverso; que o sindicato que as empresas ré alegam representar seus empregados não se encontra legitimado a firmar normas coletivas de trabalho para os trabalhadores representados pelo sindicato-autor; que houve reunião de mediação na DRT para a qual as ré foram chamadas a participar quando o SEEDSIDER esclareceu que a entidade resultou de desmembramento da categoria de comerciários e que não pretende representar trabalhadores metalúrgicos; que a maioria dos empregados das ré exerce atividade de metalúrgicos e não de distribuição de produtos (comerciários); que a imposição das ré na alteração da representação sindical de seus empregados, atribuindo a sindicato

diverso do sindicato-autor a representatividade dos seus empregados, levou à perda de diversos direitos dos empregados, gerando indignação dos trabalhadores.

Pelo que expôs, formulou os pedidos e requerimentos de itens “a” até “u” das f. 30/33 da inicial, atribuindo à causa o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais). Requereu a condenação das ré no pagamento de honorários assistenciais. Juntou documentos e procuração à f. 204.

Juntada de documentos novos pelo sindicato-autor, relativos à sentença prolatada em ação declaratória de representação sindical que tramitou perante o juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte às f. 212/218.

Conciliação recusada, a primeira ré apresentou defesa escrita de f. 221/226. Documentos às f. 236/267. Alegou que o objeto social da ré é a participação acionária em outras empresas por ela controlada (*holding*), não se inserindo na categoria representada pelo sindicato-autor, asseverando que não possui qualquer empregado. Sob esses argumentos, impugna os documentos acostados à inicial, refutando todos os pedidos do mérito e de honorários advocatícios.

A segunda ré também apresentou defesa escrita de f. 227/235, alegando, em síntese, que a atividade preponderante da empresa é a comercialização e não a industrialização dos produtos siderúrgicos, sendo esta última atividade realizada por terceiros fora da sede da empresa. Impugna, sob essa alegação, a legitimidade do sindicato-autor para representar a categoria de seus empregados, pedindo pela improcedência de todos os pedidos da inicial e refutando o pedido de condenação em verba honorária. Juntou documentos às f. 268/321.

Impugnação do autor às f. 325/360 (*e-mail*) e f. 361/394 (original).

O Sindicato dos Empregados em Empresas Distribuidoras de Produtos Siderúrgicos do Estado de Minas Gerais - SEEDSIDER, até então terceiro na lide, requereu sua inclusão na lide como litisconsorte, uma vez que se diz terceiro interessado no deslinde da demanda, às f. 396/397, com documentos às f. 398/419. Concedida vista ao terceiro, o mesmo se manifestou nos termos de f. 423/430, juntando documentos de f. 431/488.

Instado, o autor manifestou-se sobre os documentos juntados às f. 492/509 (*e-mail*) e 510/525 (original).

Designada a prova pericial requerida pelo autor, em sua impugnação, com vistas à dilucidação da controvérsia que se estabeleceu quanto ao enquadramento sindical da categoria respectiva, bem como para se apurar a correção ou não do procedimento das rés no tocante ao cumprimento de convenção coletiva diversa daquela firmada com o sindicato-autor, conforme fundamentação do termo às f. 527/528.

Deferido, na oportunidade, o ingresso de terceiro interessado na lide na condição de assistente adesivo dos réus, f. 527.

As partes apresentaram quesitos para a perícia técnico-administrativa às f. 530/531, 534/535, 543/544, 545/547.

Requerida pelo perito a delimitação das empresas a serem periciadas e determinada a diligência em relação a todas as empresas pertencentes ao grupo econômico das rés, conforme decisão de f. 559. Juntada de documentos pelas empresas integrantes do grupo econômico, conforme determinação, às f. 573/1385.

Laudo pericial, com documentos, às f. 1405/1514. O sindicato-autor

manifestou-se sobre o laudo às f. 1519/1525 (*e-mail*) e 1526/1533 (original). O assistente adesivo manifestou-se às f. 1542/1548. Manifestação das rés às f. 1549/1550. O perito prestou esclarecimentos às f. 1554/1598, sobre os quais o autor manifestou-se às f. 1602/1605 e 1606/1609, as rés, às f. 1615/1618, e o terceiro interessado, às f. 1619/1623.

Autos do processo 1155/08 reunidos aos presentes autos às f. 1624/1803, devido à conexão das ações, conforme determinado em audiência, f. 1744.

Audiência para encerramento da instrução realizada conforme termo de f. 1819. Partes dispensadas do comparecimento. Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual. Razões finais orais e conciliação prejudicadas.

É o relatório.

FUNDAMENTOS

Assistência litisconsorcial - Intervenção de terceiro na lide

O SEEDSIDER, Sindicato dos Empregados em Empresas Distribuidoras de Produtos Siderúrgicos do Estado de Minas Gerais, terceiro estranho ao processo, dizendo ser o lídimo representante da categoria dos empregados da segunda ré, Ferrosider Industrial Ltda., sustenta ter uma contenda judicial, trântita em julgado, com o sindicato-autor, dos metalúrgicos, na qual discutiram a representação sindical da categoria, em vista do que se explica o seu “alto interesse” - palavras suas - na causa, pelo que requereu sua inclusão nesta como parte integrante na condição de litisconsorte necessário (petição de f. 396/397).

Terceiro teve sua pretensão, ao

menos em parte, por mim atendida. Assim foi que, embora não o considerando litisconsorte necessário, porque ausentes os supostos legais de formação de um litisconsórcio, sem o que a relação processual não se forma validamente, tampouco por não ser ele, terceiro, parte, porque não foi desejo do autor incluí-lo no processo, consenti, não obstante, no seu ingresso na lide. Pontuei, no examinar a questão incidente em audiência, que esse ingresso dar-se-ia na condição de assistente adesivo (v. termo de f. 527/528).

Repensando a ideia, pela amplitude do interesse de terceiro na causa, que pretendia, pareceu-me, desde o início, assistir a um dos réus, o segundo deles, por considerá-lo seu afiliado enquanto entidade sindical, entendo eu, agora, que a hipótese, conquanto não se amolde à figura jurídico-processual do litisconsórcio necessário, não é, outrossim, de mera assistência adesiva, como até então vinha pensando, mas de assistência litisconsorcial, o que, na conformidade do disposto no *caput* do art. 54 do CPC, torna, de fato, o assistente um litisconsorte da parte assistida. E isso se explica facilmente, tendo em vista a manifesta influência da sentença a se proferir nestes autos na relação jurídica entre ele, assistente, que é um sindicato de classe, e o adversário do assistido, que é o autor na ação vertente e outro sindicato de classe, os dois que vêm contendendo há algum tempo na disputa da representatividade de toda a categoria, nesta se compreendendo os trabalhadores das indústrias metalúrgicas e os a serviço das empresas distribuidoras de produtos siderúrgicos.

É bem verdade que, em tese, a decisão de primeira instância, proferida

pela MM. juíza substituta da 25ª VT de Belo Horizonte, e que transitou em julgado, dirimiu a questão, obstando o sindicato ora assistente, o SEEDSIDER, a participar de negociação coletiva representando a categoria dos metalúrgicos. Porém, não lhe obstou de atuar, enquanto entidade sindical, na condição de lídimo representante da categoria dos trabalhadores das empresas distribuidoras de produtos siderúrgicos, categoria que surgiu, a par da prova dos autos, de um dissenso e consequente desmembramento da categoria dos trabalhadores comerciários e sindicato respectivo. Ao contrário, a decisão de primeiro grau deixou isso quando menos implícito, ao distinguir, no corpo da precisa e bem posta fundamentação, as atividades de metalurgia e distribuição. Daí a ilação, tanto a que dá a transparecer a MM. juíza prolatora quanto a que eu estou a externar de que o SEEDSIDER, ora assistente processual do segundo réu, pode e deve representar a categoria dos trabalhadores nas empresas de distribuição. E em os representando, o resultado do embate jurídico travado nos autos entre uma das empresas que está a assistir processualmente, em razão da afinidade que entende ter com seus empregados em matéria de enquadramento sindical, e o outro sindicato contra quem tem interesse oposto, é de tal magnitude que vai, inexoravelmente, influir na relação jurídica que tem com este último de não ingressar em sua seara e, portanto, não representar, em juízo ou fora, os trabalhadores das indústrias metalúrgicas, pois que a obrigação de não fazer, vazada neste exato sentido, foi-lhe impingida por decisão judicial de que não cabe mais recurso.

A questão, então, concluindo a exposição, é a de se saber se o

assistido, Ferrosider Industrial Ltda., não só ele como as demais empresas do grupo Ferrosider, são empresas metalúrgicas ou de distribuição de produtos siderúrgicos ou, eventualmente, dedicada a ambos os ramos. Em vingando a primeira hipótese, o assistente passa a não mais deter a representação sindical dos respectivos trabalhadores. Em vingando as outras duas, essa representação se lhe reconhece sem ou com restrições, nessa ordem.

Com efeito, a assistência reconhecida a terceiro interveniente é litisconsorcial e não apenas adesiva, a ele se aplicando as disposições contidas nos arts. 54, *caput* e parágrafo único, e 55, ambos do CPC. A propósito deste último preceptivo, tenho a esclarecer ao assistente e mesmo às partes em litígio que, malgrado não venha aquele a suportar, neste processo, os efeitos processuais desta decisão, por não ser ele parte na acepção jurídico-processual do termo, não havendo tutela jurisdicional invocada em face dele, fica ele, assistente, obstado de rediscutir a decisão, em processo posterior, em seguida ao trânsito em julgado.

Insurge-se o autor contra a legitimidade de terceiro, ora assistente, como entidade sindical, alegando não haver registro seu junto ao MTE. Sem-razão, assertiva que se lança com esteio em prova material dos autos, demonstrando exatamente o contrário. O registro foi definitivamente obtido pelo sindicato, naquele órgão, após decisão judicial final.

Coisa julgada

Antes mesmo de ter o seu pedido de ingresso na lide apreciado, terceiro, o SEEDSIDER, invocando a decisão trãnsita em julgado, proferida nos autos

em que ele, SEEDSIDER, contende com o autor da ação presente, o sindicato dos metalúrgicos arguiu a coisa julgada material e consequente extinção deste processo sem resolução do mérito (v. petição de f. 423/429).

Sem qualquer razão, entretanto. Não se subsume a coisa julgada, material ou formal, na espécie, seja em seus limites subjetivos ou objetivos. A começar pelas partes de uma e outra contendas, que não são as mesmas. Na ação precedente, partes foram as entidades sindicais, enquanto que, na ação vertente, apenas uma delas. A outra, a arguente, parte nesta ação não é, figurando como assistente processual de outra parte, o que, conforme exposto em capítulo anterior, é figura processual diversa. Não há, portanto, identidade de sujeitos em ambas as relações processuais. A arrematar pelo pedido, que também é diverso. Enquanto na ação precedente um sindicato vindicava tutela inibitória, pura e simplesmente, em face da conduta do outro, na ação vertente, a tutela requerida não se resume a isso, indo além, revestindo-se de conteúdo em boa parte condenatório em obrigações de dar e de fazer. O que há de comum numa e noutra ações é a representatividade sindical, móvel de uma e de outra, só que naquela, disputada entre os sindicatos, e nesta, entre um sindicato e as empresas.

Rejeito.

MÉRITO

Enquadramento sindical - Ação de cumprimento de CCT

O móvel da ação presente, conforme expus no tópico anterior, é o mesmo que levou, num primeiro momento, dois sindicatos a uma disputa

judicial em torno da representatividade de uma categoria profissional, a dos metalúrgicos, e está levando, no momento presente, um desses sindicatos a demandar as empresas, cujos trabalhadores, todos eles, a seu ver, integram a categoria respectiva, o reconhecimento dessa representação e o cumprimento das disposições inseridas num dos instrumentos normativos que lhe é próprio, a saber, a convenção coletiva de trabalho da data-base de 2006/2007, com vigência no período de 01.10.2006 a 30.09.2007, de cuja negociação foram partes o sindicato autor, dos metalúrgicos, como representante da categoria obreira, e a FIEMG, como representante da categoria patronal na qual os réus se inserem. O autor funda-se na premissa de que todos os empregados do grupo econômico empresarial Ferrosider, integrado pelos réus, atuam na produção e transformação próprias da indústria metalúrgica, pelo que metalúrgicos são.

Os réus se defendem. O primeiro, Ferrosider Participações S.A., alega ser uma *holding*, não tendo empregados, não sendo empresa do ramo metalúrgico, tendo por objeto social a participação em outras sociedades do grupo como sócio ou acionista, cumprindo, em razão disso, as disposições normativas próprias do sindicato dos empregados no comércio de Belo Horizonte e região metropolitana. Junta à defesa GRCs, comprovando o alegado. O segundo, Ferrosider Industrial Ltda., adota idêntica linha de argumentação, dizendo que sua atividade preponderante não é metalúrgica, mas mercantil, terceirizando a atividade industrial. A contribuição sindical sua é recolhida em favor do SEEDSIDER, que acabou vindo a ser seu assistente processual nesta ação.

É esse, enfim, o sumário do dissídio. Vamos agora aos fatos, coligidos da prova dos autos, eminentemente material.

Começo pelo contrato social da empresa Ferrosider Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos, que não é parte, mas pertencente ao grupo econômico dos réus, em cuja cláusula quarta consta o seu objeto social, a saber, "indústria, beneficiamento e comércio de tubos, chapas, sucatas, perfis laminados de aço, prestação de serviços no ramo dos aços planos... (*sic*) importação e exportação de produtos siderúrgicos (docs. de f. 101/109). Essa empresa funciona no endereço do primeiro réu, Ferrosider Participações S.A., sendo uma das empresas do grupo responsáveis pela contratação dos empregados do primeiro réu. Eis, portanto, a razão de o primeiro réu não ter, formalmente, trabalhadores a seu serviço. O fato aqui declinado foi apurado em perícia técnico-administrativa.

Prossigo pela ata de reunião realizada no MTE, da qual participaram o sindicato-autor e o sindicato-assistente, o SEEDSIDER, em cuja ata consta a informação, colhida junto ao representante do SEEDSIDER, de que o referido sindicato resultou de um desmembramento do sindicato da categoria dos comerciários (docs. de f. 115).

Passo pela sentença proferida pela MM. juíza do trabalho substituta da 25ª VT de Belo Horizonte, em ação promovida pelo sindicato-autor em face do sindicato-assistente do réu, o SEEDSIDER, no bojo da qual se decidiu que o réu naquela ação, o SEEDSIDER, devesse se abster de celebrar normas coletivas de trabalho que compreendam a categoria dos trabalhadores metalúrgicos, representados pelo

sindicato-autor, também autor na ação vertente (docs. de f. 214/218).

Vejo, agora, a sétima alteração contratual, em dezembro de 2005, do segundo réu, Ferrosider Industrial, constando como objeto social, além da atividade mercantil pela empresa exercida, a industrialização. No mesmo compasso, o seu CNPJ, constando, a tal título, a produção de ferroligas (docs. de f. 276/282 e 283).

Partindo rumo ao laudo pericial técnico-administrativo, de extrema valia como meio de prova, tem-se o seguinte: primeiro, a confirmação de que os contratos de trabalho dos empregados de um dos réus, a Ferrosider Participações, são assinados, aleatoriamente ao que parece, por três outras empresas do grupo. O grupo Ferrosider compõe-se de onze empresas, sendo que três delas, Ferrosider Participações S.A., BGC Participações S.A. e CG Administrações e Consultoria Ltda., são as controladoras do grupo. À exceção dessas três, cujo objeto social é restrito à participação noutras empresas, as demais têm em comum o fato de pertencerem à indústria de transformação, produzindo tubos de aço com costura, tubos aluminizados, tubos com rosca, chapas, peças para tratores, escavadeiras e retroescavadeiras, perfis de aço para construção civil e material congêneres. Ao final, a oportuna, precisa e sucinta conclusão do perito que, por esses predicamentos, vale a pena transcrever (*in verbis*): “Não restam dúvidas de que as empresas do grupo econômico réu estão enquadradas como indústria de transformação, pertencentes ao setor metal mecânico. Por consequência, os seus empregados, pela similitude das condições em situação de emprego na mesma atividade econômica, à exceção

daqueles pertencentes às categorias diferenciadas, devem ser representados pelo sindicato dos trabalhadores nas indústrias metalúrgicas, mecânicas e de material elétrico de Belo Horizonte e Contagem” (laudo de f. 1405 e segs., especialmente f. 1410).

Seguindo pelo laudo, ao responder determinado quesito sobre a atividade funcional exercida pelos trabalhadores das empresas do grupo Ferrosider, lotados nas dependências do primeiro réu, Ferrosider Participações, se a mesma guarda similitude com as atividades dos trabalhadores comerciais, o perito técnico-administrativo admitiu a similitude em caráter excepcional, restrita aos trabalhadores do departamento de vendas da referida empresa (respostas aos quesitos h e j, à f. 1424). A seguir, o perito, ao listar o objeto social de todas as empresas do grupo, cita, além do processo de industrialização próprio de cada qual, a comercialização dos seus produtos, inclusive operações de exportação e importação (resposta ao quesito 2, às f. 1432/1434).

Com efeito, a par do arcabouço de provas aos autos trazido à colação e à minha apreciação, concludo sem hesitação, na esteira do que concluiu o perito judicial, que não só os réus, como as demais empresas que integram o grupo econômico empresarial Ferrosider, à exceção das três citadas pelo perito - Ferrosider Participações S.A., BGC Participações S.A. e CG Administrações e Consultoria Ltda. - têm como atividade preponderante a produção e a transformação de produtos do setor metal mecânico, atividade tipicamente metalúrgica. A distribuição junto ao público consumidor do ramo, atacadista e varejista, de sua produção não é atividade econômica, mas

operação mercantil por excelência. Para aclarar o raciocínio jurídico, tenho como plausível a indagação que se deva formular quanto ao que essas empresas fazem, o que produzem, e não o que vendem. A venda, no caso delas, é uma contingência da produção, o que vai lhes ensejar o lucro. Mas o lucro, fazendo coro com a pertinente exposição do autor na inicial, não é o escopo da empresa tal ou qual, dedique-se ela ao comércio, à indústria ou à prestação de serviços, mas de todas, sem o que o capital não circula e, consequentemente, não se gera trabalho. É diferente da atividade mercantil *stricto sensu*, em que o empresário não produz, mas revende o que comprou, muitas das vezes não de quem produziu o produto final para consumo, mas indiretamente de um atravessador, outro comerciante. Com certeza que esse empresário do comércio vive a expensas de suas vendas, como delas sobrevivem os trabalhadores empregados no ramo, pois que nada produzem ou transformam, só vendem. Aí se tem, não há como negar, atividade econômica, ao reverso da situação anterior, em que a venda consiste em operação de mero escoamento da produção. De considerar-se, ainda, o fato de a atividade metalúrgica abarcar, no grupo empresarial integrado pelos réus, um expressivo número de trabalhadores, incomparavelmente maior do que aquele dedicado à operação mercantil. Com certeza que o elemento quantitativo da mão-de-obra, se por si só não define, contribui sobremodo para definir o critério de preponderância da atividade econômica empreendida pelas empresas do grupo.

Dito isso, não vislumbrando nos autos controvérsia quanto à legitimidade do sindicato-autor para representar

judicialmente, na condição de substituto processual da categoria, os trabalhadores das indústrias metalúrgicas, ocupem estes esta ou aquela função, exceção só se fazendo, na forma da lei, às categorias diferenciadas, e sendo um dos réus, Ferrosider Industrial Ltda., como de resto as demais empresas às quais ele, segundo réu, atrela-se em razão de um grupo econômico, empresas do setor metal mecânico ou, numa só palavra, empresas metalúrgicas, jungidos estão todos e não apenas o segundo réu - exceção se fazendo ao primeiro réu, Ferrosider Participações S.A. e às duas outras empresas do grupo, BGC Participações S.A. e CG Administrações e Consultoria Ltda., por não exercerem atividade metalúrgica - a cumprirem as disposições normativas entabuladas entre a entidade sindical maior que os representa, a FIEMG, e o autor, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Belo Horizonte e Contagem. E a inclusão delas, empresas do grupo, em que pese alheias à relação processual, não pode causar espécie, não havendo de se cogitar de *error in procedendo* deste prolator, na medida em que, em seara trabalhista, são empresas integrantes de um mesmo consórcio empresarial, do ramo industrial metalúrgico, pelo que responsáveis, umas e outras, em caráter solidário, para com os contratos de trabalho dos incontáveis empregados seus, ora processualmente substituídos, *ex vi* do disposto no § 2º do art. 2º da CLT. A não pensar assim seria, então, o caso de se chamar à lide não dois dos réus, mas os onze integrantes do grupo, cada qual com seus argumentos, sujeitos de direito que são ao contraditório, pelo que podendo cada qual produzir sua contestação e provas

em juízo. Mais do que um tumulto, seria uma balbúrdia processual. Imagine-se, então, a situação de o grupo empresarial não ser constituído de onze, mas de cem empresas... O que seria do processo, das partes e do juiz? Talvez em um ano não houvesse espaço para outra contenda. Também por esse lado, puramente pragmático, o legislador consolidado foi sábio ao atribuir aos empregadores que se insiram no contexto a responsabilidade solidária, indiferentemente ao fato de um, alguns ou todos figurarem na relação processual. É o caso dos autos.

Passo agora à análise de *per se* das parcelas do pedido que, em verdade, têm início no item “d” do rol dos pedidos de f. 30/33.

O pedido de letra “d” é o primeiro a se acolher. Se bem interpretado e em consonância com a exposição clara da inicial em sua fundamentação que, só para ilustrar, faz referência à empresa do grupo Ferrosider que não é parte na relação processual - Ferrosider Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos Ltda. - juntando aos autos os seus atos constitutivos, o rol de pedidos foi deduzido, todo ele, em face não apenas dos réus, mas de todas as empresas que formam o grupo econômico respectivo. E não podia mesmo ser diverso, pois que o perito judicial, antes de iniciar o seu trabalho, em diligência por ele envidada junto a uma das empresas réus, constatou que cinco empresas do grupo se encontravam instaladas no endereço de uma delas, a Ferrosider Participações S.A., esta sim, parte na lide. Daí em diante, para que se obviasse a perícia, o louvado suspendeu a diligência, ficando no aguardo de um pronunciamento judicial sobre as empresas a serem periciadas. Foi quando decidi, atento à parte expositiva da inicial e sobretudo ante a

constatação do perito, uma e outra muito próprias da realidade de um grupo empresarial, que todas as empresas do grupo seriam periciadas porque, em verdade, tudo o que alegado e deduzido na petição de ingresso a elas se estendia, não podendo se circunscrever aos réus, até porque constatado *a posteriori* pelo i. louvado que as duas empresas réus detinham um número insignificante de trabalhadores, se comparado ao das outras nove empresas do grupo que ficaram de fora do processo (petição de f. 553/555, despacho de f. 559 e laudo e anexos de f. 1405/1514). O aqui articulado vai, portanto, em complemento ao que por mim alinhavado em linhas transatas para, a par de todas essas circunstâncias de fato e de direito, concluir, em reforço ao que por mim há pouco afirmado, que o sujeito das obrigações que venham a ser reconhecidas nesta decisão não é apenas o segundo réu, Ferrosider Industrial Ltda., mas também as demais empresas integrantes do mesmo grupo econômico, à exceção, repito, do primeiro réu, Ferrosider Participações S.A., e empresas BGC Participações S.A. e CG Administrações e Consultoria Ltda.

Com efeito, o sindicato-autor está legitimado, em sua base territorial, a representar os trabalhadores do grupo econômico integrado pelos réus, quaisquer que sejam as funções por aqueles desempenhadas nas referidas empresas, exceção só se fazendo às três empresas antes citadas e aos trabalhadores pertencentes às categorias diferenciadas na forma da lei. Pedido procedente em parte.

O pedido de letra “e” é consequência do anterior. Declarada a legitimidade do autor para representar com exclusividade a categoria dos

metalúrgicos, com as ressalvas já citadas, fica o réu - grupo econômico - obstado de entabular negociação coletiva com o SEEDSIDER. Procedente.

O pedido de letra “f” segue igual sorte. Legitimado que está o sindicato-autor a negociar em nome da categoria, como legitimado estava em outubro de 2006, quando transacionou direitos e obrigações com a categoria econômica do réu, este - grupo econômico - deve cumprir o avençado no particular, reajustando os salários em conformidade com o que convencionado na CCT respectiva, lançando os novos valores nas CTPSs. Procedente.

Os pedidos de letras “g” e “h” são, igualmente, consequências do anterior. Como de fato, em se reajustando os salários na data-base própria, geram-se diferenças salariais, pelo principal e reflexos, a contar de então e até o momento do efetivo cumprimento da obrigação. Procedente.

O pedido de letra “i” é de se acolher parcialmente e em sua parte final como pedido sucessivo. O abono único especial será, então, concedido, tomando-se como parâmetro de cálculo o número de empregados do réu - grupo econômico - em 30.09.2006, consoante o disposto em cláusula específica da CCT respectiva. Procedente em parte.

Os pedidos de letras “j” e “q”, em deles ensejando obrigação de fazer e os demais de dar, têm todos amparo na CCT de que estou a falar, da data-base de 2006/2007. Não tem por que o réu - grupo econômico - não ter cumprido as disposições respectivas, a não ser o fato de, a contar de então, ter-se limitado às disposições normativas de outra CCT de categoria profissional diversa da que de fato representa os seus empregados, equívoco que só agora restou reparado

com a declaração da representatividade respectiva pelo sindicato-autor. Em face disso, a condenação ao reconhecimento e cumprimento das cláusulas contratuais coletivas correspondentes a cada qual dos pedidos aqui expresso é obrigação que se lhe impõe. Procedente.

O pedido de letra “r” não segue igual sorte de prosperidade. Com efeito, o tal desconto comercial de que cogita a cláusula 84ª da CCT de 2006/2007 é para acontecer na folha de pagamento dos trabalhadores, indistintamente, redundando o procedimento em redução salarial. É bem verdade que o parágrafo primeiro da cláusula faz menção a um prazo ínfimo, de cinco dias, para que o trabalhador se oponha ao desconto, mas sem a garantia expressa de que ele vá ser restituído do desconto. Ao contrário, nas 48 horas seguintes ao fluxo desse prazo, que é mínimo, o sindicato envia às empresas a lista de oponentes, mas estas nem aquele nada fazem no sentido de ressarcir os que não concordaram, indo parar o dissenso, se for da vontade dos opositores, nas barras desta Justiça que, em condenando as empresas ao ressarcimento, serão elas e não eles, trabalhadores, ressarcidos pelo sindicato, porque assim acordado entre eles, empresas e sindicato. É essa a dicção do parágrafo segundo da indigitada cláusula. No mais, não há sequer menção na cláusula, em seu *caput*, parágrafos e diversos incisos, sobre o significado desse desconto, a que título ele se refere, só se tendo notícia, pelo *caput* do dispositivo, de que ele defluiu de um TAC celebrado com o MPT. Mas os termos desse TAC não constam, sequer resumidamente, da redação da cláusula, tampouco tendo o documento vindo aos autos. Conclusão, o tal desconto está, segundo penso, na

contramão de direção do princípio constitucional da liberdade de associação sindical, não valendo sequer, pelas razões aqui expostas, para os empregados associados ao sindicato-autor, que dirá, então, para os não associados. Improcedente.

O pedido de letra “s”, segundo penso, deve ser interpretado como o que não constou, expressa e especificamente, do rol dos pedidos. Seu teor é no sentido de que os réus cumpram de imediato “todas as normas previstas na CCT celebrada pelo sindicato-autor”. Considero-o, todavia, vago e incerto. Ademais, em considerando que o rol dos pedidos é adstrito à negociação coletiva entabulada na data-base de 2006/2007 e que a pretensão em comento, genericamente formulada, vai de encontro a direitos, muitos deles que se traduzem em obrigações de fazer que ficam ao sabor das partes renová-los ou suprimi-los nas negociações coletivas posteriores, tenho que o seu atendimento feriria o princípio da livre negociação, impondo a uma das partes obrigações que ela não ajustou e estava ao seu alcance não ajustar. Deixo claro que a situação aqui descrita é bem distinta das anteriores, retratadas pelos pedidos especificamente deduzidos, certos, que vieram a ser acolhidos, porque ao alcance dos empregadores que, assim como os réus, formam um grupo econômico, deveriam ter cumprido as obrigações normativas a que se obrigaram na data-base respectiva, por intermédio da federação que os representa, e, não obstante, não cumpriram. Improcedente.

O pedido de letra “t” é o de multa convencional, justificando-se a par do descumprimento pelo réu - grupo econômico - das cláusulas convencionais a que se obrigou pela

CCT de 2006/2007, o que redundará em pagamento de uma multa, prevista na cláusula 90ª, por cada infração. Como cláusula convencional descumprida, entenda-se aquela que veio a ser acolhida no rol dos pedidos da inicial. Procedente em parte.

O pedido de letra “u” é o de honorários assistenciais e custas sucumbenciais. Ambos são de se atender. O primeiro, no percentual vindicado, incidente sobre o valor líquido da condenação, a se apurar em execução, em proveito do sindicato-autor. O segundo, conforme parâmetro que mais adiante arbitrar-se-á no dispositivo da decisão, em proveito da União. Procedente.

Todos os pedidos deduzidos em face do primeiro réu, Ferrosider Participações S.A., são improcedentes.

Honorários periciais

Sucumbente que foi o réu - grupo econômico - no objeto da perícia, arcará com o pagamento dos honorários respectivos que, em vista da qualidade do laudo produzido, a considerar-se a precisão e o zelo envidados pelo perito em sua elaboração, ficam arbitrados em R\$3.000,00 (três mil reais).

Reunião de processos - Processo n. 1155/08 - Ação de cumprimento de CCT

O processo em epígrafe foi, por determinação minha, reunido ao processo principal que acabo de analisar - processo n. 976/07 - em face da conexão que vislumbrei entre uma e outra ações, ambas de cumprimento (ata de audiência, de f. 1744, 9º vol.).

A ação é voltada contra uma das empresas do grupo empresarial Ferrosider, a Ferrosider Indústria e

Comércio de Produtos Siderúrgicos. Em seu bojo, o sindicato-autor, dos metalúrgicos, o mesmo que demanda na ação principal, aduz ser o legítimo representante da categoria profissional correlata à categoria econômica a que pertencente o réu, razão pela qual postula a condenação deste ao pagamento de contribuições especiais, a saber, desconto negocial e mensalidade, previstas na CCT de 2006/2007, bem como as contribuições sindicais do mesmo período, além de honorários advocatícios e isenção de custas.

O réu se defende. Sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do autor, ao argumento de que ele não detém a representatividade da categoria profissional, que se dá a par da representação da categoria econômica que, de seu turno, define-se pela preponderância de sua atividade, sendo esta, no caso, de distribuição, comercialização de produtos siderúrgicos, e não metalurgia, razão pela qual o sindicato profissional legitimado a representar a categoria respectiva é o SEEDSIDER. No mérito, rebate as alegações da inicial, sustentando que as contribuições sindicais do período postulado foram recolhidas em favor do sindicato legitimado, que não é o autor, e que as demais contribuições, se devidas forem em razão da representatividade, o são em face dos trabalhadores associados, apenas eles.

Vê-se, para logo, da exposição da matéria litigiosa uma identidade quase que plena quanto ao que discutido na outra ação, cujo tema central era do enquadramento sindical. Daí a prejudicialidade e a reunião de um processo ao outro em razão do incidente. Afinal, na outra ação, discutiam a mesma questão o sindicato

dos metalúrgicos, lá também autor, e algumas das empresas do grupo econômico do qual o ora réu faz parte. E as pretensões lá deduzidas eram de tal ordem mais abrangentes do que as que aqui se discutem, que o processo principal só podia ser mesmo o outro, até porque já em trâmite nesta jurisdição, territorialmente competente, muito antes de a ação vertente vir a ser distribuída neste Foro.

Começo por rejeitar a exceção de ilegitimidade *ad causam* ativa, sem ter que me alongar, pois que tudo que tinha a dizer sobre a representatividade sindical das partes em conflito em ambos os processos, vale dizer, enquadramento sindical, já o disse no processo n. 976/07, autos principais, aqui também sentenciado. Não preciso, portanto, considerando que a sentença é a mesma para os dois processos, voltar à tona com aquilo que foi exaustivamente apreciado na outra ação. A representatividade, lá disse e aqui reitero, é do sindicato-autor, dos metalúrgicos.

No mérito, quanto ao desconto negocial, valem, igualmente, os argumentos por mim expendidos ao examinar, nesta mesma sentença, idêntico pedido deduzido na outra ação, quando externei as minhas razões de fundo, segundo as quais entendia e continuo entendendo que a pretensão não faz sentido de ser acolhida sequer restritamente, de modo a aproveitar os empregados associados ao sindicato-autor. Quanto à mensalidade, não vislumbro sequer sua previsão no instrumento normativo à inicial carreado. Ambos os pedidos são, portanto, improcedentes.

Já as contribuições sindicais, estas sim, são devidas, amparadas que estão pela Consolidação, devendo reverter em proveito do sindicato

representante da categoria profissional. Como esta representação, conforme aqui decidido no processo em que figuram como réus empresas do mesmo grupo do ora réu, a quem também lá se fez referência, recai na pessoa do sindicato dos metalúrgicos, autor em ambas as ações, é ele o credor dessas contribuições. O fato de o réu ter recolhido o imposto em favor de terceiro, entidade sindical não legitimada, não o isenta da obrigação, sendo de todo imprópria a alegação de *bis in idem*. Vale aqui invocar o brocardo de que “quem paga mal paga duas vezes”. A não ser assim, a opção seria de prescindir do direito em favor da torpeza, o que, obviamente, não se concebe. Pedido de n. “3”, procedente.

Não há razão para expedição de ofício a nenhum órgão, ante a constatação, que dos autos se tem, seja pelo teor da defesa ou da prova material, de não ter havido retenção sem repasse de valores, a título de contribuições, ao sindicato-autor. Houve, sim, retenção e repasse dos valores respectivos ao outro sindicato, o que não vai eximir o réu de recolher a contribuição sindical em favor do autor, sem que ele, réu, possa reter o equivalente dos salários de seus empregados.

Honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor líquido da condenação. Pedido de n. “6”, procedente em parte.

CONCLUSÃO

Tudo isso posto, julgo PROCEDENTES EM PARTE as ações de cumprimento de CCT propostas pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Belo Horizonte e Contagem em face dos réus Ferrosider

Participações S.A., Ferrosider Industrial Ltda. e Ferrosider Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos - processos de n. 976/07 e 1155/08 - para declarar a representatividade sindical dos empregados do Grupo Ferrosider, integrado pelos ora réus, a cargo do sindicato-autor, com as ressalvas feitas às categorias diferenciadas e às empresas do grupo não exercentes da atividade metalúrgica, condenando-se os réus na forma seguinte: 1) no processo de n. 976/07, o atendimento, no todo ou em parte, conforme fundamentos desta decisão, pelas empresas do grupo econômico Ferrosider, das parcelas dos itens “d” a “q”, “t” e “u” do rol dos pedidos; 2) no processo de n. 1155/08, o atendimento, no todo ou em parte, conforme idênticos fundamentos, pela empresa Ferrosider Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos, das parcelas dos itens “3” e “6” do rol de pedidos respectivo.

A ação ajuizada no processo de n. 976/07, em face do réu Ferrosider Participações S.A., é IMPROCEDENTE.

Honorários periciais, pelas empresas do grupo Ferrosider.

Sobre as parcelas pecuniárias dos pedidos deferidos incidirão juros e atualização monetária na forma da lei.

Igualmente, sobre as mesmas parcelas e na forma da lei, incidirão os descontos previdenciários e fiscais. A União será intimada da decisão, nos termos e para fins do disposto no § 5º do art. 832 da CLT.

Custas pelos réus, no caso, quaisquer das empresas do Grupo Ferrosider, no importe de R\$8.000,00, calculadas sobre R\$400.000,00, valor arbitrado à condenação.

Publique-se, intimando-se as partes.

Encerrou-se.

- **ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DAS 1ª E 2ª SEÇÕES ESPECIALIZADAS DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT DA 3ª REGIÃO**
- **SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO**

**ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA 1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE
DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI) DO TRT DA 3ª REGIÃO**

- 01 - PREVENÇÃO. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA.** (Nova redação DJMG 22.08.2006)
Para os fins do artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil, considerar-se-á prevento o juízo onde se processou a desistência da ação, seu arquivamento ou a extinção do processo sem exame do mérito.
PUBLICAÇÃO: DJMG 17.07.2004, 20.07.2004 e 21.07.2004; DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 02 - MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DINHEIRO OU CRÉDITO. CABIMENTO.**
Penhora, bloqueio ou qualquer outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou de crédito é passível de exame por meio de mandado de segurança.
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 03 - MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DINHEIRO OU CRÉDITO. INDEFERIMENTO DA INICIAL PELO RELATOR. POSSIBILIDADE.**
Ainda que verificada penhora, bloqueio ou outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou crédito (OJ n. 02/1ª SDI/TRT da 3ª Região), poderá o relator indeferir, de plano, o processamento do mandado de segurança, caso detectado defeito processual grave ou seja manifestamente incabível o pedido.
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 04 - MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. EXAME DO MÉRITO. POSSIBILIDADE.**
Em face do disposto no art. 8º da Lei n. 1.533/51, pode o juiz relator, no exame da admissibilidade do processamento do mandado de segurança, verificar, além de outros requisitos formais, a existência de direito líquido e certo do impetrante, bem como a existência de ilegalidade do ato impugnado ou de abuso de poder da autoridade impetrada.
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 05 - BEM PENHORADO. REMOÇÃO. POSSIBILIDADE.**
Em face do que dispõem os arts. 765 e 878 da CLT, o juiz da execução pode determinar a remoção do bem penhorado, a requerimento do credor, e até mesmo de ofício (CPC, art. 666).
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

06 - SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. POSSIBILIDADE.

Em face do que dispõem os arts. 765, 878 e 889 da CLT, e o art. 15, II, da Lei n. 6.830/80, o juiz da execução pode determinar a substituição dos bens indicados à penhora ou penhorados, principalmente por dinheiro, até mesmo de ofício, respeitada, em caso de execução provisória, a restrição quanto à penhora de dinheiro.

PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

07 - MANDADO DE SEGURANÇA. VALOR DA CAUSA. INALTERABILIDADE.

O valor dado à causa pelo autor não pode sofrer modificação, uma vez que a ação mandamental não se insere na regra contida no art. 259 do CPC, mas, sim, naquela estabelecida no art. 258, porquanto, na maioria das vezes, não tem conteúdo econômico imediato.

PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

08 - MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE CONTA BANCÁRIA. VALORES RESULTANTES DE SALÁRIO OU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

Fere direito líquido e certo da pessoa física impetrante a determinação de penhora ou bloqueio de valores existentes em sua conta bancária, quando resultantes de salário ou benefício previdenciário, por lei considerados absolutamente impenhoráveis (incisos IV e VII do artigo 649 do CPC).

PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

09 - MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE AUTORIDADES COATORAS. NÃO CABIMENTO.

Em caso de multiplicidade de processos ajuizados contra devedor comum, não se processa mandado de segurança único impetrado contra atos praticados por Juízes de Varas do Trabalho distintas, por ensejar incabível litisconsórcio passivo de autoridades coatoras, ainda que impugnada penhora, bloqueio ou outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou crédito.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.08.2007, 08.08.2007 e 09.08.2007

**ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA 2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE
DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (2ª SDI) DO TRT DA 3ª REGIÃO**

01 - NOTIFICAÇÃO POSTAL. PROVA DO NÃO RECEBIMENTO.

Em face da presunção referida na Súmula n. 16/TST, cabe ao destinatário comprovar o não recebimento da notificação postal, ainda que tenha sido remetida sem comprovação do SEED.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PROCURAÇÃO SEM ESPECIFICAÇÃO DE PODERES PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. JUNTADA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO OUTORGADA PARA A RECLAMATÓRIA.

Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando o autor, instado a juntar a procuração com poderes específicos para o ajuizamento da ação rescisória, deixa de fazê-lo, remanescendo nos autos, tão-somente, a procuração com poderes para o foro em geral conferida na ação cuja sentença se pretende rescindir.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

03 - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. NULIDADE DA SENTENÇA RESCINDENDA POR VÍCIO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NÃO OCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a sentença rescindenda que declara a competência da Justiça do Trabalho para instruir e julgar as ações sobre indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a Constituição Federal de 1988, considerando principalmente que a matéria era controvertida.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

04 - AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE.

É desnecessária a juntada de certidão de trânsito em julgado, quando se pretende rescindir a própria sentença homologatória do acordo.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO

- 01 - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE - PARCELAS SALARIAIS. (CANCELADA)**
Aplica-se o índice após o 5º (quinto) dia útil do mês seguinte ao trabalho. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 124 da Seção de Dissídios Individuais - Subseção I do E. Tribunal Superior do Trabalho.
(Res. Adm. n. 199/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 89/2005, 05.08.2005 - DJMG de 11,13 e 17.08.2005)
- 02 - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO - HORAS EXTRAS.**
Independente da forma de contratação do salário, as horas trabalhadas, além da 6ª (sexta) diária, no turno ininterrupto de revezamento, devem ser pagas tomando-se o valor do salário-hora, apurado pelo divisor 180 (cento e oitenta) e acrescidas do adicional de horas extras.
(Res. Adm. n. 200/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
- 03 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. (CANCELADA)**
A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho. Permanecendo o empregado trabalhando forma-se novo contrato, que não se comunica com aquele anterior, extinto pela jubilação.
(Res. Adm. n. 201/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 181/2006, 15.12.2006 - DJMG de 20, 21 e 23.12.2006 e 16.01.2007)
- 04 - HORA NOTURNA REDUZIDA - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO.**
É devida a redução da hora noturna em turnos ininterruptos de revezamento.
(Res. Adm. n. 202/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
- 05 - INTERVALO PARA ALIMENTAÇÃO E DESCANSO NÃO GOZADO.**
O intervalo para alimentação e descanso não concedido, ainda que não tenha havido elástico da jornada, deve ser remunerado como trabalho extraordinário, com o adicional de 50% (cinquenta por cento). Inteligência do art. 71, § 4º da Consolidação das Leis do Trabalho.
(Res. Adm. n. 203/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)

06 - HORAS EXTRAS - COMPENSAÇÃO.

É válido o acordo individual para compensação de horas extras, desde que observada a forma escrita. Inteligência do art. 7º, XIII da Constituição da República.

(Res. Adm. n. 204/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)

07 - PETROBRÁS - PETROS - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - PL/DL 1971/82.

Não compõe a base de cálculo do salário contribuição, para fins de complementação de aposentadoria devida pela PETROS, a parcela de participação nos lucros que, por força do Decreto-lei 1.971, de 30.11.1982, passou a ser paga pela PETROBRÁS, mês a mês, sob a rubrica "PL/DL 1971/82".

(Res. Adm. n. 12/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 15, 21, 22 e 23.03.2001)

08 - HORAS EXTRAS - MINUTOS - CARTÕES DE PONTO - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 23 DA SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - PROVA EM CONTRÁRIO PELO EMPREGADOR. (CANCELADA)

Inaplicável é a Orientação Jurisprudencial 23, da Seção de Dissídios Individuais do E. Tribunal Superior do Trabalho, quando o empregador demonstra, por qualquer meio de prova, que o empregado não se encontra trabalhando ou à sua disposição.

(Res. Adm. n. 34/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 177/2004, 10.12.2004 - DJMG de 16, 17 e 18.12.2004)

09 - MINERAÇÃO MORRO VELHO LTDA. - ACORDO COLETIVO - VALIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - TEMPO DE EXPOSIÇÃO.

Dá-se validade à cláusula do acordo coletivo firmado entre a Mineração Morro Velho Ltda. e a categoria profissional, que limita o pagamento do adicional de periculosidade ao tempo de exposição ao agente perigoso.

(Res. Adm. n. 35/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

10 - TELEMAR - HORAS EXTRAS - BASE DE CÁLCULO - ANUÊNIOS.

Para fins de apuração do valor das horas extras, os anuênios pagos pela TELEMAR compõem a base de cálculo do salário hora normal.

(Res. Adm. n. 36/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

- 11 - TELEMAR - CESTA BÁSICA - NATUREZA INDENIZATÓRIA.**
Ao custo compartilhado e não fixando a norma coletiva a natureza jurídica da “cesta básica” paga pela Telemar a seus empregados, não detém essa parcela caráter salarial, não se integrando aos salários para nenhum fim legal.
(Res. Adm. n. 47/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 31.05.2001, 01 e 02.06.2001)
- 12 - RELAÇÃO DE EMPREGO CONTROVERTIDA - APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º DA CLT. (CANCELADA)**
Mesmo havendo séria controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício e sendo este reconhecido apenas em juízo, aplica-se ao empregador a multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias.
(Res. Adm. n. 60/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16, 17 e 18.05.2002)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 68/2007, 23.08.2007 - DJMG de 30 e 31.08.2007 e 01.09.2007)
- 13 - HONORÁRIOS PERICIAIS - JUSTIÇA GRATUITA. (CANCELADA)**
A Gratuidade Judiciária concedida à parte considerada pobre em sentido legal não abrange os honorários periciais por ela eventualmente devidos.
(Res. Adm. n. 96/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 03, 04 e 05.07.2002)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 159/2002, 24.10.2002 - DJMG 01, 05 e 06.11.2002)
- 14 - PRESCRIÇÃO - INTERRUÇÃO - AJUIZAMENTO ANTERIOR DE AÇÃO.**
A interrupção da prescrição pelo ajuizamento anterior de demanda trabalhista somente produz efeitos em relação às pretensões referentes aos direitos postulados naquela ação.
(Res. Adm. n. 97/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 03, 04 e 05.07.2002)
- 15 - EXECUÇÃO - DEPÓSITO EM DINHEIRO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS.**
A responsabilidade do executado pela correção monetária e juros de mora incidentes sobre o débito exequendo não cessa com o depósito em dinheiro para garantia da execução, mas sim com o seu efetivo pagamento.
(Res. Adm. n. 137/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 20, 21 e 24.09.2002)
- 16 - MULTA DE 40% DO FGTS - DIFERENÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.**
O empregador é responsável pelo pagamento da diferença da multa de 40% do FGTS decorrente da aplicação sobre o saldo da conta vinculada dos índices inflacionários expurgados pelos Planos Econômicos do Governo Federal e reconhecidos ao trabalhador após a rescisão contratual.
(Res. Adm. n. 93/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 04, 05 e 06.06.2003)

17 - MULTA DE 40% DO FGTS - DIFERENÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - PLANOS ECONÔMICOS - PRESCRIÇÃO - PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.

O prazo da prescrição para reclamar diferença da multa de 40% do FGTS, em decorrência dos expurgos inflacionários, conta-se do reconhecimento ao empregado do direito material pretendido (complementos de atualização monetária do FGTS), seja por decisão judicial transitada em julgado, seja pela edição da Lei Complementar n. 110/01. Irrelevante a data da rescisão contratual.

(Res. Adm. n. 189/2003/TRT 3ª R./STP. DJMG de 30.09, 01 e 02.10.2003)

18 - TELEMAR NORTE LESTE S/A - REDES DE TELEFONIA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - LEI N. 7.369/85.

O trabalho habitualmente desenvolvido em redes de telefonia não integrantes do sistema elétrico de potência, mas próximo a este, caracteriza-se como atividade em condições de periculosidade, nos termos do Decreto n. 93.412/86.

(Res. Adm. n. 218/2003/TRT 3ª R./STP. DJMG de 05, 06 e 07.11.2003)

19 - EMPREGADO DOMÉSTICO - FÉRIAS PROPORCIONAIS - ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

As férias são um direito constitucional do empregado doméstico, sendo-lhe aplicáveis as disposições da CLT que preveem o seu pagamento proporcional.

(Res. Adm. n. 217/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 05.11.2003, Rep. DJMG 06, 07 e 08.11.2003)

20 - INTERVALO INTRAJORNADA - REDUÇÃO - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - VALIDADE. (CANCELADA)

É válida a redução, mediante negociação coletiva, do intervalo mínimo para repouso e alimentação previsto no artigo 71, *caput*, da CLT.

(Res. Adm. n. 249/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 17, 18 e 19.12.2003)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 106/2004, 06.08.04 - DJMG de 11,13 e 14.08.2004)

21 - INTERVALO INTRAJORNADA - DURAÇÃO - HORAS EXTRAS.

A duração do intervalo intrajornada para repouso e alimentação é determinada pela jornada legal ou contratual do empregado, independentemente da prestação de horas extras.

(Res. Adm. n. 32/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 02, 03 e 04.03.2004)

22 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXECUÇÃO - COMPETÊNCIA - VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO EM SENTENÇA OU ACORDO JUDICIAL. (CANCELADA)

Reconhecido o vínculo de emprego em juízo, a competência da Justiça do Trabalho para executar a contribuição previdenciária abrange todo o período contratual objeto da decisão judicial, não se restringindo às parcelas salariais constantes da condenação ou acordo.

(Res. Adm. n. 178/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 162/2005, 09.12.2005 - DJMG de 15 e 16.12.2005)

23 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - BASE DE CÁLCULO - ACORDO JUDICIAL FIRMADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA - PROPORCIONALIDADE COM OS PEDIDOS INICIAIS.

A fixação das parcelas integrantes do acordo judicial constitui objeto de negociação, em que as partes fazem concessões recíprocas para a solução do litígio. Inexigível, para fins de cálculo da contribuição previdenciária, a observância de proporcionalidade entre as verbas acordadas e as parcelas salariais e indenizatórias postuladas na inicial, sendo possível que apenas parte do pedido seja objeto da avença.

(Res. Adm. n. 179/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)

24 - CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS - EXECUÇÃO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ART. 114 DA CR/1988.

A Justiça do Trabalho é incompetente para executar as contribuições arrecadadas pelo INSS, para repasse a terceiros, decorrentes das sentenças que proferir, nos termos do art. 114 da Constituição da República.

(Res. Adm. n. 180/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)

25 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCLUSÃO NO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

A comprovada inclusão do débito previdenciário exequendo no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, instituído pela Lei 9.964/00, extingue a sua execução na Justiça do Trabalho.

(Res. Adm. n. 110/2005/TRT 3ª R./STP, DJMG de 21,22 e 23.09.2005)

26 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Não são cabíveis honorários advocatícios em favor do sindicato vencedor da ação, nos termos da Lei n. 5.584/70, quando figurar como substituto processual.

(Res. Adm. n. 67/2007/TRT 3ª R./STPOE, DJMG de 30 e 31.08.2007 e 01.09.2007)

- 27 - INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO - CONCESSÃO PARCIAL - PAGAMENTO DO PERÍODO INTEGRAL.** A concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo gera para o empregado o direito ao pagamento, como extraordinário, da integralidade do período destinado ao repouso e alimentação, nos termos do § 4º do artigo 71 da CLT e da Orientação Jurisprudencial n. 307 da SBDI-I/TST.
(Res. Adm. n. 108/2007/TRT 3ª R./STPOE, DJMG de 31.10.2007, 01 e 06.11.2007)
- 28 - PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL/PREVIDENCIÁRIO - LEIS N. 10.522/02, 10.684/03 E MP N. 303/06 - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.** A comprovada inclusão do débito executado em parcelamento instituído pelas Leis n. 10.522/02, 10.684/03 e Medida Provisória n. 303/06 enseja a extinção de sua execução na Justiça do Trabalho.
(Res. Adm. n. 91/2009/TRT 3ª R./STPOE, DEJT 13, 14 e 17.08.2009)
- 29 - JORNADA DE 12 X 36 - ADICIONAL NOTURNO - SÚMULA N. 60, II, DO TST.** No regime acordado de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, é devido o adicional noturno sobre as horas laboradas após as 5h da manhã, ainda que dentro da jornada normal, em sequência ao horário noturno cumprido, nos termos do item II da Súmula n. 60 do TST.
(Res. Adm. n. 134/2009/TRT 3ª R. / DEJT 10, 11 e 12.011.2009)
- 30 - MULTA DO ART. 475-J DO CPC. APLICABILIDADE AO PROCESSO TRABALHISTA.** A multa prevista no artigo 475-J do CPC é aplicável ao processo do trabalho, existindo compatibilidade entre o referido dispositivo legal e a CLT.
(Res. Adm. n. 135/2009/TRT 3ª R. / DEJT 10, 11 e 12.11.2009)

ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

- ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANOS -
RESPONSABILIDADE
Walmir Inácio Vieira 323
- ELEIÇÃO SINDICAL - NOVA ELEIÇÃO - PUBLICAÇÃO DE EDITAL
Marcel Lopes Machado 337
- SINDICATO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - INTERVENÇÃO DE
TERCEIRO - ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL
Marcelo Moura Ferreira 347

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS

<ul style="list-style-type: none"> - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - COMISSÃO DE EMPREGADOS - RECUSA DO SINDICATO À NEGOCIAÇÃO - VALIDADE Marcus Moura Ferreira - CONTRATO A PRAZO - VALIDADE - COPASA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - CONCURSO PÚBLICO Deoclecia Amorelli Dias - DIREITO DE AÇÃO COLETIVA PELO SINDICATO - DIREITO INDISPONÍVEL - CLÁUSULA CONVENCIONAL IMPEDITIVA Júlio Bernardo do Carmo - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONHECIMENTO - GARANTIA DO JUÍZO INSUFICIENTE - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE Antônio Fernando Guimarães - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - DISPENSA IMOTIVADA - IMPOSSIBILIDADE Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo - FRAUDE DE EXECUÇÃO - INOCORRÊNCIA - AQUISIÇÃO REGULAR DO IMÓVEL - ADQUIRENTES DE BOA-FÉ João Bosco Pinto Lara - <i>HABEAS CORPUS</i> - DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA Maria Laura Franco Lima de Faria - PROVA DIGITAL - GRAVAÇÃO DE CONVERSA - LICITUDE Jorge Berg de Mendonça 	<p>255</p> <p>263</p> <p>269</p> <p>280</p> <p>282</p> <p>301</p> <p>303</p> <p>308</p>
---	---

