



EJTRT

TRT 24ª REGIÃO
ESCOLA JUDICIAL

EDIÇÃO ELETRÔNICA Nº 1

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO



FÓRUM TRABALHISTA SENADOR RAMEZ TEBET

**CAMPO GRANDE - MS
2016**

Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

Des. Nery Sá e Silva de Azambuja
Presidente e Corregedor

Des. João de Deus Gomes de Souza
Vice-presidente e Vice-corregedor

Endereço:

Rua Delegado Carlos Roberto Bastos de Oliveira, 208
Jardim Veraneio – Parque dos Poderes
Campo Grande, MS CEP 79037-102
escolajudicial@trt24.jus.br

Organização: Secretaria da EJTRT 24ª

REVISTA ELETRÔNICA
Campo Grande – MS
2016

**TRT 24ª Região
ESCOLA JUDICIAL**

Conselho Executivo

Diretor

Desembargador Nicanor de Araújo Lima

Vice-diretor

Juiz do Trabalho Júlio César Bebber

Membro Representante da 2ª Instância

Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida

Membro Representante da 1ª Instância

Juiz do Trabalho Substituto Maurício Sabadini

Representante dos Servidores

Aily Maria Longhi Danguì

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

Desembargadores

NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA

Presidente e Corregedor

JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA

Vice-presidente e Vice-corregedor

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

NICANOR DE ARAÚJO LIMA

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA

MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO

**JUÍZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO
(Ordem de Antiguidade)**

TOMAS BAWDEN DE CASTRO SILVA

1ª Vara do Trabalho de Campo Grande

ORLANDI GUEDES DE OLIVEIRA

Vara do Trabalho de Aquidauana

ADEMAR DE SOUZA FREITAS

3ª Vara do Trabalho de Campo Grande

JÚLIO CÉSAR BEBBER

2ª Vara do Trabalho de Campo Grande

JOÃO MARCELO BALSANELLI

6ª Vara do Trabalho de Campo Grande

WELLINGTON SEBASTIÃO GONCALVES

Vara do Trabalho de São Gabriel do Oeste

APARECIDO TRAVAIN FERREIRA

Vara do Trabalho de Jardim

MARINA BRUN BUCKER

4ª Vara do Trabalho de Campo Grande

RENATO LUIZ MIYASATO DE FARIA

7ª Vara do Trabalho de Campo Grande

IVETE BUENO FERRAZ

5ª Vara do Trabalho de Campo Grande

FATIMA REGINA DE SABOYA SALGADO

Vara do Trabalho de Amambaí

MARCO ANTONIO MIRANDA MENDES

2ª Vara do Trabalho de Dourados

IZABELLA DE CASTRO RAMOS

1ª Vara do Trabalho de Dourados

MARCO ANTONIO DE FREITAS

Vara do Trabalho de Fátima do Sul

KELLY CRISTINA MONTEIRO DIAS ESTADULHO

Vara do Trabalho de Rio Brilhante

FLÁVIO DA COSTA HIGA

Vara do Trabalho de Coxim

CHRISTIAN GONÇALVES MENDONÇA ESTADULHO

Vara do Trabalho de Ponta Porã

LUIZ DIVINO FERREIRA

Vara do Trabalho de Paranaíba

ANNA PAULA DA SILVA SANTOS

Vara do Trabalho de Corumbá

NEIVA MÁRCIA CHAGAS

Vara do Trabalho de Nova Andradina

LEONARDO ELY

Vara do Trabalho de Naviraí

MARCELINO GONÇALVES

Vara do Trabalho de Cassilândia

ANTONIO ARRAES BRANCO AVELINO

Vara do Trabalho de Bataguassu

MARCELO BARUFFI

1ª Vara do Trabalho de Mundo Novo

**JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS
(Ordem de Antiguidade)**

CARLOS ROBERTO CUNHA

BEATRIZ MAKI SHINZATO CAPUCHO

MARCIO ALEXANDRE DA SILVA

DENILSON LIMA DE SOUZA

LILIAN CARLA ISSA

BORIS LUIZ CARDOZO DE SOUZA

MARIO LUIZ BEZERRA SALGUEIRO

KEETHLEN FONTES MARANHÃO

MÁRCIO KURIHARA INADA

IZIDORO OLIVEIRA PANIAGO

JOÃO CANDIDO

MARA CLEUSA FERREIRA JERONYMO

HERBERT GOMES OLIVA

VANESSA MARIA ASSIS DE REZENDE

ANA PAOLA EMANUELLI

MAURICIO SABADINI

GUSTAVO DORETO RODRIGUES

DÉA MARISA BRANDÃO CUBEL YULE

NADIA PELISSARI

RENATO DE MORAES ANDERSON

ERIKA SILVA BOQUIMPANI

FABIANE FERREIRA

DANIELA ROCHA RODRIGUES PERUCA

HÉLIO DUQUE DOS SANTOS

GERALDO FURTADO DE ARAÚJO NETO

PATRÍCIA BALBUENA DE OLIVEIRA
PRISCILA ROCHA MARGARIDO MIRAULT
PRISCILA GIL DE SOUZA MURAD

SUMÁRIO

Artigo	9
BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E INDENIZAÇÃO FUNDADA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. CUMULAÇÃO OU COMPLEMENTAÇÃO?	10
<i>Amaury Rodrigues Pinto Júnior</i>	
INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO.....	29
<i>Amaury Rodrigues Pinto Júnior</i>	
O SISTEMA DO PRECEDENTE JUDICIAL: LEIS 13.015/2014 e 13.105/2015.....	50
<i>Francisco das Chagas Lima Filho</i>	
O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL EM DETRIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA.....	63
<i>Aline Aparecida de Souza</i>	
Acórdãos	77

ARTIGOS

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E INDENIZAÇÃO FUNDADA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. CUMULAÇÃO OU COMPLEMENTAÇÃO?

Amaury Rodrigues Pinto Junior *

Resumo: A doutrina e jurisprudência dos principais Tribunais brasileiros pacificaram o entendimento de que o benefício previdenciário e a indenização fundada na responsabilidade civil do empregador em razão dos prejuízos ocasionados por acidentes do trabalho e doenças ocupacionais são cumuláveis. O presente estudo tem como objetivo questionar as premissas utilizadas para se chegar a essa conclusão e apresentar argumentos jurídicos consistentes que recomendam reflexão e, eventualmente, revisão do entendimento hoje dominante. Ainda, instigando o leitor à reflexão, faz-se referência a diversos sistemas jurídicos estrangeiros em que, à semelhança do brasileiro, a entidade previdenciária suporta várias prestações decorrentes de acidentes do trabalho e sub-roga-se pelos valores pagos. Nesses sistemas jurídicos, porém, entende-se que a indenização civil é complementar e não cumulativa com o benefício previdenciário. Em conclusão, demonstra-se que a cumulação apregoada pela doutrina majoritária e acolhida pela jurisprudência desafia o princípio da reparação integral.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil; benefício previdenciário; cumulação e complementação; princípio da reparação integral; sub-rogação

***Abstract:** The doctrine and jurisprudence of the main Brazilian courts pacified the understanding that the pension benefits and the compensation grounded in the civil responsibility of the employer, in relation to damages caused by labour accidents and occupational diseases, are cumulative. This paper aims at questioning the premises utilised to reach this conclusion and present the consistent juridical arguments that recommend reflection and, eventually, revision of the standing comprehension. Still, instigating the reader to reflection, references are made to diverse foreign juridical systems in which, in similitude with the Brazilian, the social security entity supports various instalments incurrent of labour accidents, and it is subrogated by the payed amount. In these juridical systems, however, it is understood that the civil compensation is complementary and not cumulative with the social security benefit. In conclusion, it is demonstrated that the accumulation touted by the majoritarian doctrine and welcomed by the jurisprudence challenges the principles of integral reparation.*

***Key-words:** civil responsibility; social security benefit; accumulation and complementation; principle of integral reparation; subrogation.*

(*) Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região – MS. Professor da Escola da Magistratura do Trabalho de Mato Grosso do Sul – EMATRA – MS. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo – USP.

1. Introdução

A uniformização da jurisprudência é salutar e recomendável, na medida em que proporciona estabilidade e segurança para as relações jurídicas concretizadas em ambiente de liberdade democrática. Mas, há um perigo que espreita esse ritual: a pacificação massificada da tese jurídica adotada, muitas vezes, dificulta e até mesmo impossibilita uma reflexão crítica a respeito da exatidão das premissas fáticas que alicerçam o raciocínio e da própria juridicidade dos argumentos que fundamentaram a tese.

Por isso, é muito importante que a pacificação jurisprudencial não impeça novas reflexões a respeito do tema e que os juízes e Tribunais estejam sempre dispostos a ouvir, refletir e, se for o caso, modificar suas decisões.

A pacificação jurisprudencial é sadia, mas o benefício social será muito maior quando sua concretização proporcione equilíbrio nas relações jurídicas e equidade entre os jurisdicionados.

É com essa visão que se propõe uma nova reflexão a respeito do problema da cumulação do benefício previdenciário com a indenização civil. Há razões ponderosas para acreditar que há equívocos nas premissas fáticas e nos argumentos jurídicos até agora utilizados para admitir essa cumulação e o estudo dos sistemas jurídicos estrangeiros evidencia que o Brasil é o único país do mundo em que a indenização civil é cumulativa e não complementar às parcelas recebidas pelas vítimas de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.

Espera-se que a reflexão crítica que será desenvolvida seja não apenas lida, mas efetivamente ponderada sem os preconceitos gerados pela massificadora pacificação jurisprudencial que reina no tema.

2. O entendimento dominante

Inspirados na antiga Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal¹ e, mais tarde, na interpretação literal do art. 7º, XXVIII da Constituição Federal, que garantiu aos trabalhadores “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, *sem excluir* a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, a jurisprudência, inicialmente do Superior Tribunal de Justiça e agora do Tribunal Superior do Trabalho, inclina-se a entender que as prestações pagas pela autarquia previdenciária em razão de incapacidades decorrentes de

¹ A Súmula foi aprovada em 1963, com o seguinte teor: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

acidentes do trabalho não devem ser consideradas para efeito de fixação da indenização material devida pelo empregador em caso de dolo ou culpa.

Invoca-se, ainda, no afã de se defender a cumulação de ambas as reparações, o art. 121 da Lei nº 8.213/91, consoante o qual “o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”.

São inúmeros os precedentes nesse sentido, registrando-se, apenas para ilustração, Acórdão da Subseção de Dissídios Individuais 1, do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE PRESIDENTE DE TURMA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO DE EMBARGOS. CUMULAÇÃO DA PENSÃO MENSAL COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. *A pensão mensal possui caráter indenizatório resultante da invalidez decorrente de acidente de trabalho, não se confundindo com o pagamento de benefício previdenciário, o qual não serve de parâmetro para a exclusão ou redução dos valores reconhecidos a título de indenização a cargo do empregador. Nos termos do art. 121 da Lei 8.213/91, ademais, o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem. Tal proposição é reiterada no Decreto 611/92 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, bem como na Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal. Assim, a obrigação de indenizar o dano material decorrente de acidente de trabalho independe dos rendimentos pagos pela Previdência Social, pois advém da responsabilidade civil. Indevida, nessas circunstâncias, qualquer dedução ou compensação entre parcelas de natureza jurídica de origem diversa. Esta é a atual e iterativa jurisprudência da SBDI-1, com a qual se encontra em perfeita harmonia o acórdão embargado, sendo inviável, dessa forma, o conhecimento do recurso de embargos, nos exatos termos do § 2º do artigo 894 da CLT. Correta, pois, a decisão agravada. Agravo regimental não provido.²*

O entendimento foi sufragado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília, em novembro de 2007, e resultou no Enunciado nº 48, aprovado pela maioria dos magistrados presentes naquele evento:

Acidente do trabalho. Indenização. Não compensação do benefício previdenciário. A indenização decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional, fixada por pensionamento ou arbitrada para ser paga de uma só vez, não pode ser compensada com qualquer benefício pago pela Previdência Social.³

Parcela da doutrina comunga dessa opinião e elenca vários argumentos com os quais tenciona justificar a cumulação propalada. José Luiz Dias Campos afirma que “a ação de acidente do trabalho, por ser de natureza alimentar, é compensatória e a responsabilidade civil é

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção de Dissídios Individuais 1. AgR-E-RR-282600-39.2009.5.09.0023. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Julgado em 10 de março de 2016. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho 18 mar. 2016.

³ JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO, 1, 2007, Brasília, Enunciados. Disponível em: <<http://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

indenizatória”⁴. Carlos Roberto Gonçalves considera que “a indenização por ato ilícito não guarda relação com o sistema previdenciário. Desse modo, não se há de deduzir da indenização do direito comum as verbas recebidas com base na infortunistica”⁵. Cirlene Zimmermann também utiliza esse argumento ao consignar:

*“o simples custeio pelo empregador do SAT não o exime da responsabilidade frente a todas as consequências oriundas do não cumprimento do seu dever de manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, sendo possível ao trabalhador cumular as indenizações civil e acidentária, sem necessidade de compensação, tendo em vista possuírem naturezas distintas, além de não importar em bis in idem, já que o pagamento do seguro pelo empregador é para cobrir infortúnios eventuais, imprevisíveis, e não aqueles decorrentes do não cumprimento da legislação de proteção à vida, à saúde e à integridade do trabalhador.”*⁶

Já Sebastião Geraldo de Oliveira assevera que o acidentado também contribui para a Previdência Social e que o seguro de acidente do trabalho, apesar da denominação, não tem natureza jurídica de seguro propriamente dito⁷, sustentando que a cumulação “ganhou status de garantia constitucional”⁸, assinalando:

Uma vez fixada a diretriz constitucional pela cumulação, ficou superada também a pretensão do empregador de compensar a parcela recebida pela vítima ou seus dependentes, da Previdência Social, porquanto o deferimento de um direito não exclui, nem reduz o outro. O seguro acidentário destina-se a proteger a vítima e não diminuir ou substituir a obrigação do empregador de reparar o dano causado pelo acidente ocorrido por sua culpa ou dolo.

Tem razão, porém, José Cairo Júnior, quando considera que todos os argumentos apresentados em prol da cumulação das parcelas “não resistem à mínima análise crítica”¹⁰.

3. A análise crítica

⁴ CAMPOS, José Luiz Dias. Responsabilidade civil e criminal decorrente do acidente do trabalho na Constituição de 1988 – Ação civil pública – Ministério Público e o ambiente do trabalho. *Revista LTr*, v. 52, n. 12, dez. 1988, p. 1429. No mesmo sentido: SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo, LTr, 2005, p. 105-106.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 427.

⁶ ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 142. Na mesma linha argumentativa: MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 440-441 e MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 447.

⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 87-88. No mesmo sentido: ZIMMERMANN. Op. cit. p. 144, embora mais adiante, de forma contraditória, sustente o direito de regresso do órgão previdenciário na Súmula 188 do STF, que trata do direito do segurador, bem como no art. 934 do Código Civil, que fala do direito de regresso daquele que ressarcir o dano causado por outrem (p. 153).

⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. cit., p. 87.

⁹ Idem, *ibidem*, *ibidem*.

¹⁰ CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 118.

3.1. A interpretação da norma do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal

A afirmação de que o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, constitui “garantia constitucional de cumulação” é, no mínimo, excessiva, visto que desconsidera a possibilidade de a referida norma trazer em seu bojo a ideia da complementaridade e não da cumulatividade. Aliás, é a complementaridade que, nesse caso, faz todo o sentido, mormente quando se leva em conta que o legislador brasileiro adotou, à semelhança do francês, um sistema binário de reparação de danos: o primeiro vinculado a um sistema de securitização que, independentemente das causas do infortúnio, promove reparação parcial dos danos, e o segundo condicionado a existência de nexo de imputação que possibilite responsabilização do empregador e que proporcionará reparação integral.

O benefício previdenciário abrange apenas o dano material imediato (salários que o trabalhador deixa de receber durante o período de incapacidade) e somente até o limite do teto de contribuição (dez salários mínimos), não ressarcindo prejuízos materiais de outro jaez¹¹ ou mesmo os de natureza extrapatrimonial.

E justamente porque as prestações decorrentes do “seguro contra acidentes do trabalho” não garantem a reparação integral dos danos, o legislador constituinte acrescentou a ressalva “sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, significando que, havendo dolo ou culpa, o empregador arcará com *indenizações complementares* que proporcionarão ao trabalhador a reparação integral dos prejuízos.

A previsão constitucional, além do mais, não anuncia nenhuma novidade. Relembre-se que o Direito francês adota a mesma sistemática: o Caixa Previdenciário assume uma indenização tarifada e, em situação de culpa inescusável, o empregador responde por indenizações complementares que garantem a reparação integral do dano.

3.2. A sub-rogação legal dos pagamentos efetuados pela Previdência Social ao trabalhador acidentado nos casos de culpa do empregador. Consequências jurídicas

No sistema jurídico brasileiro, a sub-rogação é “instrumento jurídico utilizado para se efetuar o pagamento de uma dívida, substituindo-se o sujeito da obrigação, mas sem extingui-la”¹², significa dizer que, por ter recebido o pagamento, o credor originário se dá por ressarcido (ainda que parcialmente)¹³ e transfere seus direitos creditórios ao terceiro-pagador.

¹¹ Como é o caso do dano decorrente da perda de uma chance, consistente em promoções na carreira, por antiguidade ou merecimento.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. V. 2, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 577. No mesmo sentido DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 2, p. 144 e

Além do mais, a sub-rogação induz dois efeitos: liberatório em relação ao credor originário e translativo para o novo credor, como, aliás, se depreende das disposições dos arts. 349 e 350 do Código Civil.

Paulo Nader é preciso quando destaca que “ao pagar, o sub-rogado substitui integralmente o credor na relação obrigacional, podendo exercitar, no momento oportuno, todos os direitos definidos no ato negocial ou na lei”¹⁴ e Carvalho de Mendonça sintetiza que “a essência da sub-rogação é ser um benefício concedido a certas pessoas por ocasião de um pagamento que tenham efetuado com o fim de lhe auxiliar o recurso contra o devedor por elas liberado”¹⁵.

É indubitável, portanto, que, havendo previsão sub-rogatória, o pagamento da prestação terá o efeito de satisfazer o direito do credor originário e transferir a dívida para o credor sub-rogado¹⁶, conforme anuncia expressamente o art. 350 do Código Civil: “(...) até a soma que tiver desembolsado *para desobrigar o devedor*”.

Pretende-se demonstrar que o sistema dualista (ou binário) de reparação de danos acidentários representa caso típico em que é aplicável o princípio sub-rogatório, ou seja, o pagamento das prestações acidentárias pelo órgão administrador não extingue a obrigação do responsável pelo dano (no caso, o empregador), mas transfere a titularidade do crédito adimplido para quem efetivou o pagamento ao credor original. É assim em todos os países que adotam o sistema dualista de reparação de danos acidentários e não poderia ser diferente, sob pena de se materializar o “milagre” da multiplicação de dívidas e de créditos: o empregador subjetivamente responsabilizado pelos prejuízos decorrentes de um acidente do trabalho seria responsabilizado duas vezes pelas prestações adimplidas pela autarquia previdenciária (a primeira em ação de regresso movida pela instituição que realizou o pagamento de direitos acidentários, e a segunda ao realizar o pagamento integral dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, sem descontar os valores anteriormente percebidos diretamente da instituição previdenciária). O trabalhador

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1, p. 202.

¹³ Paulo Nader esclarece que “Se o pagamento ao credor não foi integral, continua ele no polo ativo da relação, ao lado do sub-rogado, mas em relação a este terá preferência para receber o seu crédito restante”. (NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 235).

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 321.

¹⁵ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 534

¹⁶ Quanto aos efeitos do instituto, Valdeci Mendes de Oliveira sintetiza: “o pagamento com sub-rogação é o meio de se extinguir a obrigação perante o credor, por terceiro que substitui o devedor no pagar, porém com subsistência do mesmo devedor e dívida perante esse terceiro que pagou”. (OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *Obrigações e responsabilidade civil aplicadas: doutrina, prática, jurisprudência*. 2. ed. rev. atual., ampl. Bauru: EDIPRO, 2002, p. 305)

sinistrado, por sua vez, seria o beneficiário do “milagre”, já que receberia as prestações acidentárias da instituição administradora (auxílio-doença acidentário em valor equivalente à sua remuneração mensal) e, ainda, receberia do empregador, civilmente responsabilizado, os mesmos valores, agora a título de pensão mensal ou lucros cessantes.

Essa incoerência, não apenas lógica, mas aritmética, nem sequer é cogitada nos sistemas reparatórios de danos acidentários espalhados pelo mundo.

No Chile, por exemplo, embora se reconheça que “*la ‘responsabilidad civil’ y el llamado ‘seguro social obligatorio’ son instituciones jurídicas absolutamente distintas*”¹⁷, percebe-se que o instituto sub-rogatório previsto na lei acidentária é fato jurídico suficiente para impedir o duplo pagamento. A respeito do tema é precisa a linha de raciocínio desenvolvida por Barros Bouri e repetida por Rafael Vargas Miranda:

*En este sentido cabe preguntarse: ¿debe el juez que conoce de una acción civil reparatoria o indemnizatoria de derecho común, descontar – de la indemnización demandada por la víctima -, todo lo que ésta há recibido y recibirá con cargo a la Seguridad Social o son prestaciones independientes y que no se pueden descontar de la indemnización civil? Siendo ésta una materia compleja y no pacífica, podemos señalar aquí – en términos generales y sin entrar en mayores detalles – que la acción de repetición que concede el art. 69 letra a) de la LATYEP al Organismo Administrador del Seguro Social que paga las prestaciones o compensaciones legales, contra el civilmente responsable del accidente, es un antecedente poderoso para defender con fuerza la idea de que las prestaciones de nuestra LATYEP tienen una naturaleza claramente reparatoria o indemnizatoria, pues dicho Organismo – una vez que paga la prestación a la víctima o beneficiario – se subroga en sus derechos para dirigirse contra el autor y civilmente responsable del daño ya que, si ello se permitiera, el autor del accidente y civilmente responsable estaría obligado a reparar dos veces el mismo daño. De esta manera podemos concluir que la responsabilidad civil por accidentes del trabajo es un mecanismo de reparación complementario al régimen de seguridad social establecido en la Ley N° 16.744.*¹⁸

A própria redação legislativa chilena induz ao raciocínio da complementaridade, já que o art. 69, “b” da *Ley sobre Accidentes del Trabajo*, ao tratar da possibilidade de a vítima de infortúnios laborais vindicar reparação civil de seu empregador, consigna que elas “*podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral*” (sem grifos no original).

Em França o pagamento das indenizações acidentárias pelas *Caisses Mutualistes*, desde que verificada a “falta inescusável” do empregador, importa sub-rogação legal daqueles valores, conforme se depreende da parte final do art. L 452-3, do *Code de la sécurité sociale*, *verbis*:

Indépendamment de la majoration de rente qu'elle reçoit en vertu de l'article précédent, la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la

¹⁷ MIRANDA, Rafael Andrés Vargas. *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales - 2ª parte - de la responsabilidad civil por accidentes del trabajo, responsabilidad subsidiaria, régimen de subcontratación y competencia judicial*. Santiago: Editorial metropolitana, 2012, p. 11.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 16.

réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle. Si la victime est atteinte d'un taux d'incapacité permanente de 100 %, il lui est alloué, en outre, une indemnité forfaitaire égale au montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de consolidation.

De même, en cas d'accident suivi de mort, les ayants droit de la victime mentionnés aux articles L. 434-7 et suivants ainsi que les ascendants et descendants qui n'ont pas droit à une rente en vertu desdits articles, peuvent demander à l'employeur réparation du préjudice moral devant la juridiction précitée.

La réparation de ces préjudices est versée directement aux bénéficiaires par la caisse qui en récupère le montant auprès de l'employeur.¹⁹

Assim sendo, o trabalhador não poderá receber duas vezes pelo mesmo prejuízo e o empregador tampouco deverá pagar duas vezes pela mesma indenização.

Yves Chartier, ao tratar do princípio da reparação integral e da indenização proveniente de várias fontes, assentou:

Elle signifie surtout que la victime ne saurait cumuler des indemnités, venant de différentes sources (responsable, mais aussi compagnies d'assurances, employeur, caisses mutualistes...), qui répareraient plusieurs fois le même préjudice. Mais il faut préciser la portée de cette affirmation. Le problème est, en effet, de déterminer, parmi les sommes reçues par la victime, celles qui ont un caractère indemnitaire. Or, sur ce point, à la suite de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation, la Cour de cassation a lié ce caractère à l'existence d'un recours subrogatoire au profit de celui qui a payé: autrement dit, l'absence d'un tel recours pour une prestation versée à la victime implique que cette prestation n'est pas imputable sur l'indemnité mise à la charge de la personne tenue à réparation (Cass. 2. civ., 5 juill. 1989, Bull. civ., n. 145, p. 73; Cass. Crim., 21 mars 1991, Bull. crim. N. 136, p. 345)²⁰.

A construção da *Cour de Cassation* é perfeita: se o pagamento realizado à vítima pelo segurador (seja uma companhia de seguros, seja uma autarquia previdenciária) outorgar a este o direito de sub-rogação em face do causador do dano, então o pagamento efetuado terá natureza indenizatória e deverá ser tomado em conta para efeitos de reparação integral.

Se, ao contrário, a prestação paga ao segurado não autorizar ação regressiva com lastro na sub-rogação de direitos, estará evidenciado o caráter autônomo da parcela, não se justificando sua inclusão no cálculo de eventual indenização. A linha de raciocínio adotada prima pela lógica do razoável e, por isso mesmo, é irretorquível.

Também na Itália, em que o sistema reparatório dos danos acidentários possui a bipolaridade caracterizada pela indenização previdenciária e o ressarcimento proveniente da responsabilidade civil, não se cogita de cumulatividade de pagamentos. A questão é muito bem esclarecida por Giubboni e Rossi:

¹⁹ FRANÇA. *Code de la sécurité sociale*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=6A3665A7A9990FC33AD520942D80DA4C.tpdjo13v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006156141&cidTexte=LEGITEXT000006073189&dateTexte=20141119>. Acesso em 31 mar. 2016.

²⁰ CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996. p. 48-49.

Si dall'istituzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, il risarcimento vantato dal lavoratore infortunato nei confronti del responsabile civile ha dovuto misurarsi con l'indennizzo, seppur appartenenti a piani di tutela differenti, no sono, infatti, puramente e semplicemente, cumulabili o, all'opposto, alternativi, ma concorrenti, stante la natura anticipatoria del secondo rispetto all'obbligazione risarcitoria. ²¹

Atente-se que lá, como aqui, reconhece-se que “*la garanzia previdenziale è istituto autonomo e distinto dalla tutela risarcitoria e che il concetto di danno assume un significato profondamente diverso nelle due discipline*”²², mas isso não é motivo para justificar a cumulatividade de “indenizações” que têm a mesma finalidade: reparar o dano infortunistico. O sistema é exatamente o mesmo que vige no Chile e em França: o empregador responde (presente o nexo de imputação: culpa ou risco) pela diferença existente entre o princípio da reparação integral e os valores pagos pelo *INAIL*, nominado pelos italianos de “*danno differenziale*”²³ e, havendo culpa do empregador, o órgão previdenciário italiano terá a seu dispor a “*l'azione di regresso*”²⁴ com o objetivo de reaver os valores antecipados aos trabalhadores acidentados.

No Brasil, por sua vez, o sistema indenizatório de acidentes do trabalho funciona de forma muito similar ao que ocorre no Chile, França e Itália, já que a autarquia previdenciária suporta os pagamentos tarifados decorrentes da incapacidade laborativa (ou morte) e, na forma do art. 120 da Lei nº 8.213/1991, desde que haja participação culposa do empregador, sub-roga-se pelos valores pagos ao trabalhador. Disciplina a norma legal em referência:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Não é só: exatamente com fundamento na sub-rogação, o Tribunal Superior do Trabalho expediu recomendação aos Tribunais Regionais para que encaminhem às Procuradorias Federais cópia das sentenças e acórdãos em que se reconhece participação culposa do empregador no infortúnio, com vista a facilitar a proposição das ações regressivas, *verbis*:

RECOMENDAÇÃO CONJUNTA GP.CGJT. N.º 2/2011
Recomenda o encaminhamento de cópia de sentenças e acórdãos que reconheçam conduta culposa do empregador em acidente de trabalho para a respectiva unidade da Procuradoria-Geral Federal - PGF.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, e

²¹ GIUBBONI, Stefano; ROSSI, Andrea. *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 125.

²² LUDOVICO Giuseppe. *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 314

²³ Idem, ibidem, p. 315.

²⁴ Idem, ibidem, p. 137-155.

CONSIDERANDO o papel institucional da Justiça do Trabalho na preservação da cidadania e da dignidade do ser humano, mormente no tocante à melhoria das condições laborais e à prevenção de acidentes de trabalho;

CONSIDERANDO o Protocolo de Cooperação Técnica celebrado pelo Tribunal Superior do Trabalho, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Previdência Social e Advocacia-Geral da União visando à implementação de ações e medidas voltadas à prevenção de acidentes de trabalho;

CONSIDERANDO as ações propositivas e de política judiciária sugeridas pelo Comitê Interinstitucional composto por representantes das instituições parceiras; e

CONSIDERANDO a importância das ações regressivas acidentárias como meio de ressarcimento da Administração Pública pelos gastos decorrentes das prestações sociais decorrentes de acidente de trabalho e, ainda, como instrumento pedagógico e de prevenção de novos infortúnios, a teor do artigo 120 da Lei 8.213/91;

R E S O L V E M:

RECOMENDAR aos Desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Juízes do Trabalho que encaminhem à respectiva unidade da Procuradoria-Geral Federal - PGF (relação anexa), por intermédio de endereço de e-mail institucional, cópia das sentenças e/ou acórdãos que reconheçam conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, a fim de subsidiar eventual ajuizamento de Ação Regressiva, nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91.

Brasília, 28 de outubro de 2011.

Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN
Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho²⁵

Diante disso, é possível inferir, assim como se fez relativamente ao sistema indenizatório chileno, francês e italiano, que no Brasil o trabalhador não poderá receber duas vezes pelo mesmo prejuízo e tampouco o empregador deverá pagar duas vezes pela mesma indenização.

3.3. A natureza jurídica do seguro de acidentes do trabalho

Para justificar a cumulatividade de indenizações, argumenta-se que o seguro contra acidentes do trabalho, “apesar da denominação, não tem natureza jurídica ou conteúdo de seguro propriamente dito. Apesar da denominação ‘seguro’, só garante ao acidentado um benefício estrito de cunho alimentar²⁶”.

²⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recomendação Conjunta nº 02/2011*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/acoes-regressivas>>. Acesso em: 31 mar 2016.

²⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. cit., p. 88.

Ora, o benefício pago pela Previdência (que como visto no tópico anterior, tem cunho indenizatório), na maioria dos casos, corresponde à integralidade dos salários que o trabalhador deixou de receber durante o período de inatividade²⁷. Conquanto ele tenha evidente cunho alimentar, uma vez que essa é a natureza dos salários, isso não autoriza a ilação de que seus valores sejam desprezíveis ou tenham natureza meramente assistencialista. É de se distinguir, neste momento, o “assistencialismo”, suportado por toda a sociedade com base no princípio solidarista, da “securitização contra acidentes do trabalho”, consistente em uma contribuição destinada ao financiamento dos Riscos Ambientais do Trabalho – RAT.

No primeiro caso, o direito decorre da cidadania (financiado por toda a sociedade), ao passo que no segundo o direito é lastreado em um sistema de securitização obrigatória, de responsabilidade exclusiva do empregador, como ensina Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Na ocorrência de acidentes do trabalho ou de doenças chamadas ocupacionais, tem o acidentado, ou seus dependentes no caso de sua morte, direito às prestações e serviços previstos na legislação previdenciária.

*Trata-se de seguro obrigatório, instituído por lei, mediante uma contribuição adicional a cargo exclusivo da empresa e destina-se à cobertura de eventos resultantes de acidente do trabalho*²⁸.

No mesmo sentido esclarecem, de forma bastante incisiva, Todeschini, Codo e Lino:

*Vamos nos deter agora no campo do custeio do Seguro contra Acidentes do Trabalho. A CF/88 no art. 7º, inciso XXVIII, é cristalina e límpida: é do empregador esse financiamento. Enquanto que para os demais benefícios previdenciários o custeio é feito de forma solidária entre empregadores e trabalhadores, no caso do acidente de trabalho esse dever de reparação tanto pecuniária como de retorno e readaptação do trabalho é responsabilidade exclusiva do empregador.*²⁹

Dallegrave Neto arremata:

²⁷ Diz-se “na maioria dos casos” porque há um teto para pagamento de benefícios previdenciários, conforme disciplina o art. 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, *verbis*: “§ 2º O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício”. (Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991) Assim, nos termos do art. 2º da Portaria Interministerial nº 1, de 08 de janeiro de 2016, “A partir de 1º de janeiro de 2016, o salário-de-benefício e o salário-de-contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 888,00 (oitocentos e oitenta e oito reais), nem superiores a R\$ 5.189,82 (cinco mil, cento e oitenta e nove reais e oitenta e dois centavos)”. (BRASIL. Ministério da Previdência Social e Ministério da Fazenda. *Portaria Interministerial nº 1*, de 08 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interm-mtps-mf-1-2016.htm>. Acesso em 31 mar.2016)

²⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 262.

²⁹ TODESCHINI, Remígio; CODO, Wanderley; LINO, Domingos. Fundamentos jurídicos da tarifação coletiva acidentária e individual (FAP): Histórico e evolução legislativa. Mudanças ideológicas. In: TODESCHINI, Remígio; CODO, Wanderley (org.). *O novo seguro de acidente e o novo FAP*. São Paulo: LTr, 2009, p. 25.

Por força da Emenda n. 20/98, o acidente do trabalho foi excluído do rol dos infortúnios relacionados no art. 201, I, da CF. Assim, a partir de então não há mais dúvida de que o custeio do seguro acidentário é encargo exclusivo do empregador, através de recolhimento mensal do SAT (Seguro de Acidente do Trabalho) a um caixa específico do INSS destinado a cobrir os reflexos do acidente do trabalho. ³⁰

De fato, o art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.732/98, prevê contribuições adicionais “para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho”. As contribuições acima mencionadas, além de financiarem os pagamentos indenizatórios, são proporcionais aos riscos de acidente da atividade empresarial. Ademais, a Lei nº 10.666/2003 criou o FAP – Fator de Acidente Previdenciário, que possibilita a redução em até 50% ou aumento em até 100% das referidas alíquotas, em razão do desempenho³¹ da empresa em relação à respectiva atividade econômica.

Conclui-se, pois, que o seguro contra acidentes do trabalho é realmente um seguro com todas as características que lhes são próprias e não mero assistencialismo, cabendo ao empregador suportar com exclusividade o pagamento do “prêmio”, que é proporcional ao risco da atividade econômica desenvolvida e ao seu padrão comportamental no que se refere à segurança e prevenção dos riscos laborais.

Na verdade, o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho observa a mesma sistemática adotada em relação ao seguro obrigatório contra acidentes de trânsito, pago pelos proprietários de veículos automotores³². Em relação a estes, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça pacificou jurisprudência no sentido de que os valores recebidos pelas vítimas devem ser abatidos da indenização judicialmente fixada³³. Esse entendimento prevalece há décadas, conforme se vislumbra do seguinte precedente:

*“Indenização – Acidente de veículo – Seguro obrigatório. A verba recebida a título de seguro obrigatório não impede o recebimento de qualquer outra indenização, mas deve ser abatida do montante da condenação”*³⁴.

³⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 314.

³¹ Considerando-se a frequência, gravidade e custos dos acidentes ocorridos no ano anterior.

³² Muito embora o seguro obrigatório contra acidentes de trânsito seja pago apenas uma vez no ano, enquanto o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho deva ser quitado todos os meses.

³³ Conforme Súmula 246 do STJ: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *REsp 119.963-PI*. Relator: Sálvio de Figueiredo. Diário da Justiça da União 22 jun.1998.

Em outro precedente, além de determinar o abatimento do seguro obrigatório, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo previu a exclusão do “auxílio-funeral”, pago pela autarquia previdenciária, sob pena de ficar caracterizado o enriquecimento sem causa:

Todavia, na indenização a que estão sujeitos os apelantes, devem ser excluídas as despesas do funeral e do seguro obrigatório, pois as apeladas já as receberam do INPS. Assim se impõe para não haver duplicidade de reparação sob o mesmo título, com inegável enriquecimento ilícito dos beneficiários das vítimas. É certo que o seguro obrigatório é de natureza contratual e tem a sua causa no pagamento do prêmio. Mas não menos exato que esse prêmio é pago pelo dono do veículo com a finalidade de reparar danos físicos de terceiros, no caso de acidentes de trânsito, de acordo com a única finalidade de tal seguro. No tocante ao auxílio-funeral, embora pago pelo INSS em virtude de contribuições previdenciárias das vítimas, não se legitimaria sua cumulação na espécie, pois os beneficiários não poderiam receber duas vezes parcela destinada ao mesmo fim³⁵.

O entendimento jurisprudencial cristalizado é coerente: se a vítima recebeu valores em decorrência de seguro obrigatório cujo prêmio foi pago pelo proprietário do veículo causador do dano, nada mais natural que considerar esses valores para efeitos de abatimento de indenização judicialmente fixada em atenção ao princípio da reparação integral. Quanto às despesas de funeral, da mesma forma, não há como se admitir o duplo recebimento, que caracterizaria enriquecimento sem causa³⁶. O que não se compreende é o porquê deste mesmo raciocínio deixar de ser utilizado quando o assunto é acidente do trabalho.

Perceba-se que o empregador, segundo a doutrina e jurisprudência hoje prevalente, poderá pagar até três vezes pelo mesmo fato gerador: paga o seguro obrigatório (com exclusividade, ao contrário do que se sustenta), paga a integralidade da reparação dos danos sofridos pelo trabalhador (inclusive com desprezo dos valores recebidos da Previdência Social) e, por fim, paga regressivamente à Previdência pelos valores que ela repassou ao trabalhador (e que não poderão ser abatidos da indenização devida a este).

Não é difícil perceber que há algo errado neste raciocínio!

3.4. Fundamento jurídico das indenizações

Em sede jurisprudencial, o argumento mais utilizado para negar o abatimento dos valores pagos pela Previdência Social ao trabalhador acidentado está associado à “natureza diversa” das parcelas, pois o benefício acidentário seria decorrente das prestações suportadas pelo

³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RJTJSP 55:226.

³⁶ Atualmente o órgão previdenciário já não mais faz pagamentos a título de “auxílio-funeral”, benefício extinto a partir de janeiro de 1996, por força do Decreto n. 1.744/95, que regulamentou a Lei Orgânica da Assistência Social (este Decreto fora revogado pelo de nº 6.214, de 8 de dezembro de 2007).

segurado e satisfeito pela autarquia previdenciária, enquanto a indenização é decorrente de culpa e devida pelo empregador.

Como visto, entretanto, não é o empregado que arca com os custos do seguro, e sim o empregador, que realiza contribuições adicionais para esse fim, constituindo-se, por expressa disposição legal, na única fonte de custeio daqueles benefícios³⁷.

Demais disso, diante da sub-rogação prevista em lei, não se pode dizer que as naturezas jurídicas das parcelas sejam tão distintas assim: as duas têm o objetivo de reparar danos decorrentes de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. O que muda é somente a fonte pagadora, pois, enquanto a parcela previdenciária é quitada pelo INSS, a indenização é suportada diretamente pelo empregador. Isso, contudo, não autoriza o desprezo da primeira, mormente porque caberá ao empregador ressarcir-la à autarquia previdenciária, do que se infere que mesmo o valor pago pela entidade previdenciária é assumido, ainda que indiretamente, pelo empregador.

4. Conclusão. O princípio da reparação integral

É consenso, na doutrina e na jurisprudência, que o princípio da reparação integral, como ensina Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, “deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, mas não pode ultrapassá-lo para que também não sirva de causa para o seu enriquecimento injustificado”³⁸. Nesse campo, a culpabilidade do agente não é fator autorizador da majoração da indenização, pois como asseveram Estêvão Mallet e Flávio da Costa Higa:

*No campo da responsabilidade civil, não pode a indenização superar o valor do dano. Ainda que séria a lesão, ainda que tenha o causador dela agido com dolo ou de modo malicioso, a indenização destina-se a recomposição de seu patrimônio, tornando-a indene*³⁹.

Da mesma forma, Yves Chartier registra que “*L'exigence d'une réparation intégrale du préjudice conduit encore naturellement à rejeter toute prise en considération de la gravité ou de la légèreté de la*

³⁷ Além da doutrina destacada no tópico anterior, registre-se observação de Antonio Monteiro e Roberto Bertagni: “Contudo, se para os benefícios comuns da Previdência Social contribuem empregadores e empregados nos termos da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 (lei que “dispõe sobre a Organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências”), a fonte de custeio para os benefícios acidentários é de responsabilidade exclusiva do empregador, nos termos, do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal” (MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processo de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26)

³⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

³⁹ MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Indenização arbitrada em parcela única – implicações materiais e processuais do art. 950, parágrafo único do Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 303-339. 2013, p. 305.

*fauté*⁴⁰. O Direito francês, aliás, categorizou o princípio com um verdadeiro adágio: “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”⁴¹.

Chega a ser óbvia a conclusão de que a indenização não pode superar o dano, afinal, já que a função da responsabilidade civil é eliminar, tanto quanto possível, o prejuízo, a reparação deverá corresponder exatamente à extensão do dano. Como ensina Aguiar Dias em clássica lição: “O que se procura com a indenização, é restabelecer o *statu quo* anterior ao dano. A indenização não empobrece nem enriquece”⁴². É o que preceitua expressamente o art. 944 do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

A doutrina e a jurisprudência majoritária contornam o princípio da reparação integral e proporcionam à vítima um ganho real, um plus monetário, que decorre do acidente do trabalho e de suas consequências. Isso porque o trabalhador recebe o benefício previdenciário em consequência da incapacidade laborativa em valor correspondente ao seu salário mensal, com o declarado objetivo de não o prejudicar durante o período em que não pode exercer seu trabalho. De outro lado, uma vez reconhecida a culpa do empregador, ele é obrigado a pagar, entre outras reparações, a integralidade dos salários do período de inatividade como se o trabalhador nada tivesse recebido naqueles meses (ou indefinidamente, no caso de incapacidade permanente). Sendo assim, o trabalhador recebe dois salários mensais nesse período: um da autarquia previdenciária e outro do empregador condenado a indenizá-lo.

Há alguma dúvida de que a percepção dobrada do salário gera enriquecimento? Qual seria a causa deste enriquecimento? O acidente do trabalho não pode e não deve ser fonte de enriquecimento do trabalhador e, como visto, no que diz respeito à responsabilidade civil, nem mesmo a culpa ou o dolo justificariam indenização superior ao dano.

A conclusão inexorável é a de que uma interpretação isolada do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que conduza ao reconhecimento de que a norma em referência agasalha um princípio de cumulatividade e não complementaridade gera enriquecimento sem causa do trabalhador e compromete todo sistema normativo vigente, porquanto não se há como

⁴⁰ CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996, p.46.

⁴¹ Expressão consagrada na doutrina francesa e por diversas vezes reiterada em decisões da *Cour de Cassation*, sempre no sentido de que deverá ser indenizado todo o dano, mas não mais do que o dano. A variante utilizada por LAMBERT-FAIVRE e PROCHY-SIMON não provoca qualquer alteração de sentido, como se percebe da seguinte afirmação: “*Le principe indemnitaire apporte sa limite au principe de la réparation intégrale: tout le préjudice, mais rien que le préjudice. En effet, La victime ne doit pas s’enrichir à l’occasion de l’indemnisation. Bien entendu, il serait contraire au principe indemnitaire que la victime soit indemnisée pour un préjudice qui n’existe pas*” (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel. Systèmes d’indemnisation*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 170)

⁴² DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 801.

compreender a parte dissociada do todo, pena de comprometer-lhe a unidade e a coerência.
Assevera Eros Grau:

A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminho pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum⁴³. (grifos no original)

Tem-se, portanto, que a única interpretação possível é a de que a norma constitucional em debate garante ao trabalhador um seguro de acidente do trabalho custeado pelo empregador, sem prejuízo de sua responsabilização por indenização *complementar*, caso concorra com culpa ou dolo para a ocorrência do infortúnio.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 229*, de 13 de dezembro de 1963;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 246*, de 17 de abril de 2001;

_____. _____. 4ª Turma. *REsp 119.963-PI*. Relator: Sálvio de Figueiredo. Diário da Justiça da União 22 jun.1998;

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção de Dissídios Individuais 1. AgR-E-RR-282600-39.2009.5.09.0023. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Julgado em 10 de março de 2016. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho 18 mar. 2016;

_____. _____. *Recomendação Conjunta nº 02/2011*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/acoes-regressivas>>. Acesso em: 31 mar.2016;

_____. Ministério da Previdência Social e Ministério da Fazenda. *Portaria Interministerial nº 1*, de 08 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interm-mtps-mf-1-2016.htm>. Acesso em 31 mar.2016;

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008;

CAMPOS, José Luiz Dias. Responsabilidade civil e criminal decorrente do acidente do trabalho na Constituição de 1988 – Ação civil pública – Ministério Público e o ambiente do trabalho. *Revista LTr*, v. 52, n. 12, dez. 1988;

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012;

CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996;

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010;

DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960;

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 16 ed. São Paulo:

Saraiva, 2002. V. 2;

FRANÇA. *Code de la sécurité sociale*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6A3665A7A9990FC33AD520942D80DA4C.tpdjo13v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006156141&cidTexte=LEGITEXT000006073189&dateTexte=20141119>. Acesso em 31 mar.2016;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1;

GIUBBONI, Stefano; ROSSI, Andrea. *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*. Milão: Giuffrè, 2012;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO, 1, 2007, Brasília, *Enunciados*. Disponível em: <<http://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 31 mar. 2016;

LAMBERT-FAIRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009;

LUDOVICO Giuseppe. *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*. Milão: Giuffrè, 2012;

MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Indenização arbitrada em parcela única – implicações materiais e processuais do art. 950, parágrafo único do Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 303-339. 2013;

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006;

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004;

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1956;

MIRANDA, Rafael Andrés Vargas. *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales - 2ª parte - de la*

responsabilidad civil por accidentes del trabajo, responsabilidad subsidiaria, régimen de subcontratación y competencia judicial. Santiago: Editorial metropolitana, 2012;

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processo de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações.* V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013;

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *Obrigações e responsabilidade civil aplicadas: doutrina, prática, jurisprudência.* 2. ed. rev. atual., ampl. Bauru: EDIPRO, 2002;

TODESCHINI, Remígio; CODO, Wanderley; LINO, Domingos. Fundamentos jurídicos da tarificação coletiva acidentária e individual (FAP): Histórico e evolução legislativa. Mudanças ideológicas. In: TODESCHINI, Remígio; CODO, Wanderley (org.). *O novo seguro de acidente e o novo FAP.* São Paulo: LTr, 2009;

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2010;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RJTJSP 55:226;

SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social.* São Paulo, LTr, 2005;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* V. 2, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007;

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente de trabalho.* São Paulo: LTr, 2012;

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO.

Amaury Rodrigues Pinto Junior *

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”
(art. 5º, LIV da Constituição Federal)

1. Introdução

Não foram poucas as inovações coligidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e, em razão da ressentida ausência de um Código de Processo do Trabalho, é natural que se indague da aplicabilidade dessa nova ordem normativa no âmbito processual trabalhista. Aliás, o próprio Código de Processo Civil faz expressa referência a essa possibilidade, ao prever aplicação supletiva e subsidiária de suas disposições¹.

É evidente, porém, que não bastará a ausência de norma trabalhista (omissão) para que sejam automaticamente aplicados institutos regulados pelo novo Código de Processo Civil, seja porque muitas vezes essa omissão é eloquente ou intencional, seja porque desde os primórdios da Justiça do Trabalho se compreendeu que, por razões de logicidade, a utilização subsidiária das regras de Direito Processual comum só seria possível quando não conflitassem com os princípios e as próprias estruturas do Direito Processual do Trabalho.

Não é difícil perceber que, diante da escassa normatização específica, a averiguação da compatibilidade que autorizará a adoção subsidiária das normas e institutos próprios do Direito Processual Comum envolverá grande dose de subjetivismo, incluindo questões filosóficas, ideológicas e de política judiciária. A complexidade do problema justifica estudos teóricos que certamente alicerçarão os caminhos que serão adotados pelos Tribunais trabalhistas. Afinal, caberá à jurisprudência da Justiça Especial definir quais e em que termos serão aproveitadas regras criadas para disciplinar o processo comum.

Foi com a consciência desse importante papel decisório que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 39, em 15 de março de 2016², com o objetivo de publicizar o entendimento majoritário da Corte quanto à aplicabilidade, ou não, das normas do

(*) Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região – MS. Professor da Escola da Magistratura do Trabalho de Mato Grosso do Sul – EMATRA – MS. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo – USP.

¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 15. “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa nº 39. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em 14 mai.2016.

Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho. Embora tenha sido alvo de questionamento jurídico³, a rápida movimentação da principal instância jurisdicional trabalhista tem o inegável mérito de sinalizar um caminho uniforme a ser trilhado pelas instâncias regionais⁴. Embora o Brasil tenha dimensões continentais e diversificadas realidades, não se concebe que a ordem processual trabalhista seja tão múltipla quanto sejam as Varas do Trabalho. É que, como destacado alhures, o requisito da compatibilidade envolve grande carga de subjetividade, sendo possível e até provável que juízes e Tribunais divirjam quanto ao tema, provocando verdadeira pluralidade de “Códigos Processuais do Trabalho”. A Instrução Normativa nº 39 foi erigida com o objetivo de evitar esse risco sistêmico e sua edição está legitimada pelo fato de competir ao Tribunal Superior do Trabalho promover a uniformização jurisprudencial quanto à interpretação das regras de direito processual. Conquanto essa uniformização, em tese, deva ocorrer *a posteriori*, nada impede que a Corte superior, antevendo a possibilidade de graves divergências na adoção, ou não, do novo regramento processual comum, trace, *a priori*, os primeiros contornos interpretativos⁵.

Ademais, a Instrução Normativa nº 39 representa, tão somente, as primeiras impressões da Corte Superior a respeito do tema, pois muitos estudos ainda serão desenvolvidos e é natural que o aprofundamento teórico justifique a evolução do entendimento inicial. O próprio Tribunal Superior do Trabalho, ao dedicar a esse assunto uma Revista que coleta estudos doutrinários, reconhece a necessidade do debate e o promove, obviamente, com o objetivo de aperfeiçoar a sistematização inicialmente proposta.

É com o desejo de contribuir para o profícuo debate que nos propomos a abordar o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, instituto procedimental criado pelo Código de Processo Civil de 2015 e que, segundo a Instrução Normativa nº 39, é aplicável ao Processo do Trabalho. Analisaremos, de início, como o Incidente foi regulamentado no Código e como o problema da desconsideração da personalidade jurídica é resolvido atualmente no âmbito da Justiça do Trabalho. Logo a seguir, será preciso analisar a compatibilidade dessa nova

³ A Associação Nacional dos Juízes do Trabalho ingressou com ADI no Supremo Tribunal Federal sustentando a inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 39 (ADI nº 5516, distribuída à Ministra Cármen Lúcia).

⁴ A respeito do tema, destacou Marcus Barberino: “A louvável contribuição dos experientes Magistrados e acadêmicos que a compõe de usar a via administrativa para reduzir os impactos que um novo diploma processual causará na administração da justiça, não impedirá as controvérsias judiciais próprias do fenômeno da interpretação e aplicação do direito, mas contribuirá certamente para a redução do tempo de estabilização da nova jurisprudência” (MENDES, Marcus Menezes Barberino. Nem BA x VI e nem FLA x FLU. *Revista eletrônica da Amatra V*. Salvador: Associação dos Magistrados do Trabalho da Bahia, ano V, p. 26-30, abril/2016, p. 26). Disponível em: <http://www.amatra5.org.br/pub/Revista8.pdf>. Acesso em: 11 mai.2016.

⁵ Defende-se, neste particular, que no âmbito procedimental, a liberdade interpretativa do magistrado encontra limites decorrentes da necessidade de manutenção de um sistema processual mais ou menos uniforme, que não promova incerteza e insegurança para os jurisdicionados.

regulamentação com o Processo do Trabalho e, em caso afirmativo, como será realizada a adequação para o modelo trabalhista.

2. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 inseriu o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Título relativo à Intervenção de Terceiros (Título III), regulamentando-o no capítulo IV (artigos 133 a 137). A capitulação está correta, desde que a pretensão não tenha sido veiculada na petição inicial, pois então não se tratará de incidente⁶ e o sócio será litisconsorte e não terceiro interveniente.

O pedido de desconsideração tem como objetivo excepcionar o princípio da autonomia entre o patrimônio da pessoa jurídica e o dos seus sócios, possibilitando a ampliação do patrimônio exequível. Normalmente, apenas o patrimônio da pessoa jurídica responde pelas dívidas por ela contraídas e, de início, construção teórica⁷ propôs a desconsideração da personalidade em caso de fraude ou violação à lei⁸. Mais tarde essa possibilidade foi expressamente reconhecida no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que, no âmbito das relações de consumo, alargou as hipóteses de cabimento, chegando a prever a desconsideração da personalidade jurídica “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”⁹.

No que se refere às relações obrigacionais comuns, o art. 50 do Código Civil de 2002, disciplina:

⁶ Art. 134, § 2º, do Código de Processo Civil.

⁷ A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica surgiu nos países da Common Law e Manoel Antônio Teixeira Filho lembra que “Muito antes de essa doutrina penetrar o direito positivo brasileiro, a Justiça do Trabalho, com seu caráter vanguardista, autorizava, em determinadas situações, a penhora de bens dos sócios nas causas em que figurava como devedora a sociedade à qual ele pertencia ou pertencera”. (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho*: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015). São Paulo: LTr, 2015, p. 158).

⁸ Nesse sentido vale referir didático acórdão do Superior Tribunal de Justiça, citado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção. EREsp 1.306.553/SC. rel. Maria Isabel Galloti. DJe 12 de z.14). In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 268-269.

⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 28, § 5º.

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”

O legislador processual previu, ainda, que a desconconsideração inversa, medida que torna possível a responsabilização do patrimônio empresarial por dívidas particulares de seus sócios, também estará sujeita ao rito incidental.

Exatamente por se tratar de medida excepcional, a desconconsideração da personalidade jurídica não acontece automaticamente, sendo indispensável decisão judicial que a efetive e, neste particular, o novo regramento processual está em harmonia com a lei substantiva, ao prever que o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, cabendo ao proponente fundamentar o pedido com lastro nos pressupostos previstos em lei, de acordo com a natureza da dívida.

A simples existência legal do instituto processual induz ao raciocínio de que não poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica sem concretização de prévio contraditório. Não era o que estava ocorrendo na prática dos procedimentos judiciais, pois primeiro eram proferidas decisões de desconsideração, seqüenciada pela penhora dos bens do sócio e, só depois de garantido o juízo, é que seria possível apresentar embargos questionando a decisão anteriormente proferida. Com a instituição do incidente, o sócio da pessoa jurídica tomará conhecimento prévio das razões pelas quais se pretende atingir seu patrimônio, terá prazo razoável para apresentar argumentos e provas em oposição ao requerido e, só depois da completa atividade cognitiva, é que será possível acolher, ou não, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Instaurado o incidente, haverá imediata comunicação ao distribuidor para fins de registro (art. 134, § 1º), procedimento indispensável para que terceiros tomem conhecimento da possibilidade de o patrimônio particular do sócio vir a responder por dívida da pessoa jurídica. Não é possível promover a desconsideração da personalidade jurídica com o objetivo de tornar ineficaz alienação ocorrida em período anterior, salvo se evidenciada má-fé do adquirente. Com a publicização da pretensão incidental, qualquer alienação posterior poderá ter sua ineficácia reconhecida sem que seja necessário perquirir a esse respeito¹⁰.

O regramento do incidente prevê a possibilidade de sua instauração em qualquer fase processual, acarretando a suspensão do processo e a citação do sócio (ou pessoa jurídica, se a pretensão for de desconsideração inversa) para, no prazo de quinze dias, manifestar-se e requerer

¹⁰ “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente” (Art. 137 do CPC).

provas. Embora o Código não mencione, parece evidente que também a parte originária (pessoa jurídica ou sócio na desconsideração inversa) deverá ser intimada para tomar ciência e manifestar-se a respeito da pretensão incidental, observado o mesmo prazo de quinze dias¹¹.

A decisão proferida terá natureza interlocutória (art. 136) e será impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, IV), salvo se o incidente foi instaurado no tribunal, quando será decidido pelo relator e passível de impugnação por meio de agravo interno (art. 136, parágrafo único). No sistema do Processo Civil, portanto, a decisão do incidente de desconsideração é sempre impugnável de imediato e só gera efeitos após confirmada por decisão colegiada.

Essa brevíssima exposição evidencia que o instituto processual surgiu com a proposta de viabilizar o exercício de um contraditório prévio, que possibilite, ao devedor e ao titular do patrimônio que se pretende alcançar, o exercício de amplo direito de defesa sem que precisem sofrer os gravames decorrentes da constrição judicial. A instituição do incidente como procedimento obrigatório para promover a desconsideração da personalidade jurídica caracteriza uma opção legal. Na ponderação dos valores em conflito, o legislador optou por minorar a celeridade e efetividade em prol de maior segurança jurídica.

Essa opção é legítima e constitucional, de modo que não será possível desconsiderar a personalidade jurídica, direta ou inversamente, sem a instauração do incidente, a efetivação do contraditório, a produção de provas e a decisão judicial que, fundamentadamente, acolha a pretensão do credor. Mais do que isso: no âmbito do direito processual civil a desconsideração só produzirá efeitos depois de esgotado o prazo recursal ou julgado o recurso interposto.

Resta indagar se, a partir do novo Código de Processo Civil, todos os créditos estarão subordinados à medida incidental, caso surja a necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica. É o que será abordado a seguir.

3. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o processo do trabalho. Compatibilidade

Como dito no tópico anterior, a opção do legislador pela ampliação da segurança jurídica em detrimento da celeridade e efetividade, sem nenhuma dúvida, resultou no enfraquecimento do direito do credor, que agora terá um caminho um pouco mais difícil quando se fizer necessária a desconsideração da personalidade jurídica.

¹¹ Como esclarecem MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, “não se aplica a causa de aumento de prazo prevista no art. 229, CPC” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 270)

E é exatamente em razão desse enfraquecimento creditório que surgem as primeiras críticas à Instrução Normativa nº 39, que declarou “Aplicável ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil” (art. 6º). Argumenta-se que o crédito trabalhista, de natureza alimentar, é privilegiadíssimo e que o princípio protetivo do hipossuficiente tornaria incompatível o instituto criado para disciplinar as relações jurídicas comuns, que têm como marca a igualdade entre os litigantes.

É nesse sentido a ponderação de Marcus Barberino:

Essa intangibilidade ampla é que torna concreto o princípio fundador do direito do trabalho e do seu instrumento processual: a proteção do hipossuficiente econômico e político (jamaís cultural). Perpassa toda a relação jurídica de direito material e, quando necessário, deságua numa relação jurídico-processual, que é administrada por um juiz constitucional, tecnicamente especializado e que tem o dever institucional de zelar pelo desvelamento da verdade e pelo impulso célere e oficial, inclusive dos atos executivos, por força dos artigos 765 e 878 da “Bela Senhora”.

Assim, parece haver incompatibilidade do instituto com o processo de trabalho de modo incondicionado, para não falar da inconveniência decorrente da forçada dilação probatória criada pela literalidade do IDPJ nos moldes versados nos artigos 133/137 do Código de Processo Civil.¹²

Ben-Hur Silveira Claus refere-se a um círculo hermenêutico que congregaria direito substancial e procedimento, fazendo-os atuar em harmonia, o segundo como instrumento de efetivação do primeiro. Partindo dessa base teórica, afirma a incompatibilidade do incidente de desconsideração, que qualifica como burocrático e ineficaz, com o processo do trabalho:

A necessidade de iniciativa da parte (art. 133), a previsão de automática suspensão do processo (art. 134, § 3º), a atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (art. 134, § 4º), a exigência de contraditório prévio (art. 135) e a previsão de recurso autônomo imediato da decisão interlocutória respectiva (art. 136 e parágrafo único) tornam o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 e seguintes do NCPC incompatível com o processo do trabalho, por revelar-se, na prática, manifestamente contrário aos princípios jurídicos trabalhistas do impulso oficial, da concentração dos atos, da celeridade e da efetividade, da simplicidade das formas e da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias, incompatibilidade essa que inviabiliza a aplicação subsidiária desse incidente – burocrático e ineficaz – à execução trabalhista (CLT, arts. 769 e 889).¹³

¹² MENDES, Marcus Menezes Barberino. Op. cit., p. 27.

¹³ CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho. *ENAMAT, Biblioteca – Cadernos de Execução Trabalhista*, p. 15. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4_O-incidente-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADica-previsto-no-novo-CPC.pdf. Acesso em 16 mai.2016.

Manoel Antônio Teixeira Filho não afasta completamente o incidente, mas repele o efeito suspensivo previsto no § 3º do art. 134 e consigna que no processo do trabalho a penhora antecederá o ato citatório¹⁴. Na verdade, retirando-se o efeito suspensivo e a necessidade de prévio contraditório, esvazia-se o instituto jurídico que se torna inútil para o fim colimado pelo legislador, qual seja, ampliar o direito de defesa e a segurança jurídica. Assim, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, no formato proposto pelo ilustre doutrinador, nem sequer é assemelhado ao instituto jurídico criado pelo Código de Processo Civil de 2015, pois mantém inalterado o procedimento que vinha sendo cotidianamente adotado pelos juízes do trabalho. Significa dizer que o autor, na prática, não reconhece compatibilidade entre o novo instituto e o processo do trabalho.

Parece-nos, entretanto, e com o maior respeito aos ponderosos argumentos supramencionados, que a resistência ao novo instituto tem fundamento muito mais ideológico do que técnico-jurídico. Ainda que o incidente de desconsideração torne a atuação expropriatória um pouco menos célere e, como afirmado alhures, enfraqueça o direito creditório, ele não foi criado com esse objetivo ou com a finalidade de favorecer, ou fortalecer o devedor. O incidente foi idealizado pelo legislador processual para dar maior efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º, da Constituição Federal), motivo pelo qual se torna irrelevante a natureza do crédito exequendo.

O fato de o crédito trabalhista ser privilegiado e de natureza alimentar não pode justificar o atropelo ao direito de defesa e às normas que o alicerçam e o aperfeiçoam. O juiz da execução deve ser efetivo, não truculento. Foi com esse enfoque que registrou, com muita acuidade, Flávio Luiz Yarshell:

(...) não obstante os aspectos diferenciais das relações jurídicas trabalhistas, o escopo social da jurisdição continua a ser ali o mesmo da jurisdição 'comum': as idéias de superação da controvérsia (mediante a atuação do direito objetivo em concreto) e de pacificação social são essencialmente as mesmas. Isso quer dizer que, embora na justiça especializada a celeridade – que impulsiona o processo rumo à superação do conflito – seja um dado marcante, isso não é suficiente, por si só, para justificar o afastamento de regras processuais gerais – notadamente daquelas que, como dito acima, consideram que o processo é instrumento de exercício de poder e que, portanto, deve comportar limites e controle. O postulado constitucional de duração razoável do processo se aplica a todo e qualquer processo e também a Justiça Comum aspira tal brevidade; o que, contudo, e mais uma vez, deve se pautar pelos cânones do devido processo legal.¹⁵

¹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 160.

¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a aplicação subsidiária do novo CPC à execução trabalhista e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 82, n. 1, p. 191-202, jan/mar, 2016. São Paulo: Editora Lex, p. 194.

Os que defendem a inaplicabilidade do incidente no processo do trabalho lembram que os juízes estaduais e federais comuns já o afastaram em relação ao crédito tributário, menos privilegiado que o trabalhista. O argumento fala demais:

O Enunciado nº 53 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados dispõe que “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”¹⁶. Ocorre que aqui o “redirecionamento da execução fiscal” é autônomo e automático, procedimento que está em perfeita harmonia com a Súmula nº 435 do STJ, verbis:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

A respeito do tema, três pontos precisam ser ponderados: a) a Súmula do STJ trata de situação específica, dissolução societária irregular, e não de toda e qualquer execução de crédito tributário. b) não se fala em descon sideração da personalidade jurídica, mas em redirecionamento autônomo da execução, do que resulta que o sócio responderá pessoal e diretamente pela dívida, sendo citado como devedor, com todas as faculdades e ônus que lhe são inerentes. c) o redirecionamento atinge especificamente o sócio-gerente (e não qualquer sócio), o que reforça o entendimento de que não há despersonalização da personalidade jurídica, mas responsabilização direta.

Não se trata, portanto, de excepcionar o crédito tributário em relação à aplicabilidade do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, mas sim de afirmar que, na situação específica da Súmula 435 do STJ, há redirecionamento automático da execução, o que torna desnecessária a utilização do incidente de descon sideração personalidade jurídica. Assim analisado, o Enunciado nº 53 da ENFAM é perfeito: o que justificaria adotar o procedimento incidental quando não se necessita descon siderar a personalidade jurídica? Não significa, porém, que todo crédito tributário esteja infenso ao incidente em comento.

Já o Enunciado nº 6 do FOREXEC – Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região, 2015, promovido com apoio do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e da AJUFE, Associação dos Juízes Federais, dispôs: “A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de descon sideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015”¹⁷.

¹⁶ BRASIL. ENFAM- Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 16 mai.2016.

¹⁷ BRASIL. FOREXEC – Fórum de Execuções Fiscais, 2015. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>. Acesso em 16 mai.2016.

Mais uma vez, a leitura desapassionada do Enunciado revela que não se está tratando de desconsideração da personalidade jurídica. Aliás, é o que diz o seu texto, com todas as letras: “não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica”.

E, de fato, o art. 135 do Código Tributário Nacional prevê hipóteses em que há responsabilidade pessoal e não apenas dos sócios, mas também de “mandatários”, “prepostos”, “empregados” (inciso II), “diretores”, “gerentes” ou “representantes” (inciso III) de pessoas jurídicas. Claro que não se está diante de desconsideração da personalidade jurídica, até porque não é possível desconsiderar a personalidade jurídica para responsabilizar “mandatários”, prepostos ou “empregados”.

Assim, é inarredável a conclusão de que os Enunciados estudados, tanto da ENFAM, quanto do FOREXEC, não afastam o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução de créditos tributários, mas apenas registram situações em que o crédito tributário é redirecionado em desfavor de terceiros (sócios ou não), sem que haja necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica do devedor original.

A verdade é que as normas processuais erigidas com o objetivo de dar efetividade a princípios constitucionais não podem ter sua aplicabilidade restringida pela especialização da jurisdição ou excepcionada pela natureza da relação jurídica de direito material. Essas normas precisam ser estudadas sob a ótica de uma disciplina contemporânea, nominada em primeiro lugar por Paulo Bonavides como Direito Processual Constitucional¹⁸.

Sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco faz alusão aos princípios constitucionais do processo civil e lembra que “a Constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: o do devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural e publicidade”¹⁹.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em precioso estudo, dá cores ao que nominou “visão dinâmica do devido processo legal” e que consiste no direito a um processo justo e equânime, *verbis*:

“(…) a visão estática assentava a segurança na garantia do ‘devido processo legal’ (art. 5º, LIV, da CF/88). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos

¹⁸ Assinalou o festejado constitucionalista: “com a ‘publicização’ do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 44).

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 202.

direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos ‘meios processuais’, mas também um ‘resultado’ qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (‘processo’ tout court), mas assume um conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’), que é exatamente a face dinâmica do ‘devido processo legal’”²⁰.

No que se refere à desconsideração da personalidade jurídica, é preciso recordar que o instituto é fruto de criação doutrinária, que teve como escopo tornar mais efetiva a tutela jurisdicional nas situações fáticas em que o princípio da autonomia da personalidade jurídica era utilizado para fraudar ou dificultar a satisfação de créditos. Atualmente, a técnica foi inserida na legislação substantiva e, em relação a determinadas categorias de crédito, sua utilização foi consideravelmente ampliada (é o caso do ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, referido alhures). Ocorre que a incorporação da técnica pela legislação material não foi acompanhada por uma regulamentação procedimental que assegurasse ao terceiro (sócio ou, na desconsideração inversa, pessoa jurídica) momentos próprios para exercer o amplo direito de defesa²¹, garantido constitucionalmente.

Na falta de procedimento legalmente estabelecido, os juízes passaram a desconsiderar a personalidade jurídica por simples despacho, sem maiores fundamentações e sem ouvir o terceiro cujo patrimônio, a partir do despacho, passaria a constituir alvo da atividade jurisdicional expropriatória²². Preocupado com esse vácuo legislativo, o ministro João Batista Brito Pereira,

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, vol. 155. São Paulo: RT, jan/2008, p. 22.

²¹ Assim, Luiz Gustavo Lovato: “a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto relativamente novo, que ainda precisa de algumas regulamentações, principalemtno no campo processual”. (LOVATO, Luiz Gustavo. Da personalidade jurídica e sua desconsideração e previsões do novo CPC. *Revista da ESMESC – Escola Superior da magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 21, n. 27 (2014). Versão eletrônica, p. 250. Disponível em: <https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/102>. Acesso em 19 mai.2016).

²² A deficiência do contraditório no procedimento de desconsideração da personalidade jurídica adotado pelos juízes da execução fez com que o Tribunal Superior do Trabalho viesse a admitir os embargos de terceiro como via impugnativa, o que prolongava bastante as questões que envolviam a responsabilidade patrimonial. Neste sentido, é bastante elucidativo o seguinte precedente: “RECURSO DE REVISTA - PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - PRAZO PARA OPOSIÇÃO - TERMO A QUO - TEMPESTIVIDADE - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O art. 1.048 do Código de Processo Civil estabelece que, no processo de execução, os embargos podem ser opostos até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Identifica-se, portanto, que o legislador fixou apenas um limite final para a oposição dos embargos por aquele que foi surpreendido com a constrição do seu bem. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma de modo uníssono que o único marco temporal a ser tomado como referência para a oposição dos embargos de terceiro é a turbação da posse. Assim, é firme o entendimento no sentido de não ter sido estipulado um *dies a quo* para a oposição dos embargos de terceiro, mas apenas um termo *ad quem*, que consiste em 5 dias após a efetiva expropriação do bem, exigindo-se ainda a ciência inequívoca da ocorrência deste momento. 3. O elástico lapso temporal estipulado no diploma processual se justifica exatamente no fato de ter sido furtado ao terceiro

então Corregedor-Geral, incluiu na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho²³ brevíssima regulamentação procedimental a ser observada pelos Juízes do Trabalho que viessem a promover descon sideração da personalidade jurídica (artigos 78 e 79). Ainda assim, essa regulamentação não estabelecia contraditório prévio: era preciso garantir a execução “sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, a discussão sobre a existência da sua responsabilidade executiva secundária” (parte final do art. 79). A previsão de um contraditório, ainda que diferido, e após o terceiro (previamente tido como responsável patrimonial) sofrer os efeitos da decisão que o considerou responsável, vinha ao encontro do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Ocorre que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, esse vazio legislativo foi devidamente preenchido. O legislador processual, finalmente, instituiu procedimento a ser observado sempre que se pretender descon siderar a personalidade jurídica. O procedimento instituído, como reiteradamente lembrado, buscou equilibrar a efetividade da técnica de descon sideração com a garantia constitucional da ampla defesa. E como ensina Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “normalmente o conflito entre os direitos fundamentais da *efetividade* e da *segurança* está resolvido previamente pelo texto legislativo [lei ordinária material ou processual], presumivelmente em consonância com o sistema constitucional em que se insere”²⁴.

Assim, uma vez disciplinado, pelo legislador constitucionalmente legitimado, procedimento específico para concretização da descon sideração da personalidade jurídica, não mais prevalecem regulamentações precárias, anteriormente estabelecidas com o objetivo de suprir a carência normativa. Perceba-se, por outro lado, que a dinâmica procedimental estabelecida no

qualquer possibilidade anterior de exercício do seu contraditório, pois não há instauração de um incidente processual para decretação da descon sideração da personalidade jurídica, nem, conseqüentemente, oportunidade de defesa antes de sua efetivação. O contraditório é diferido, realizado apenas após a constrição do bem. 4. Com efeito, é indispensável se conferir ao embargante, que, em regra, é completamente surpreendido com o procedimento de excussão de seu bem, tempo suficiente que lhe permita, antes de mais nada, tomar conhecimento efetivo das circunstâncias e razões evidenciadas no processo "principal" que determinaram o atingimento dos seus bens, e, em seguida, contratar advogado, estabelecer a sua tese de defesa e providenciar as provas necessárias à demonstração do seu direito. 5. Por estas razões, não me parece adequado o entendimento de que a intimação da penhora, ou mesmo do ato de depósito do imóvel, não apenas autoriza, mas obriga o terceiro a se valer imediatamente das medidas cabíveis para evitar a perda do bem, pois estabelecer o termo inicial do prazo de oposição dos embargos, sem que o legislador ordinário o tenha feito, impondo uma antecipação do exercício da sua defesa, implica não apenas em violação do devido processo legal, mas em demasiada mitigação do contraditório do terceiro, que já é, por natureza, reduzido, limitado. 6. Os princípios da celeridade, da boa fé processual, da utilidade do prazo, ou mesmo o instituto da preclusão, comumente utilizados em defesa da fixação do *dies a quo* referido, não podem se sobrepor às garantias insculpidas nos arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, não sendo suficientes a justificar o estabelecimento de um marco temporal não definido em lei e que causa nítido prejuízo ao embargante. 7. Configurada, portanto, a ofensa literal e direta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal. 8. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Processo: RR - 1592-60.2012.5.02.0040. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 09 out.2015).

²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Consolidação dos Provimentos. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consolidacao-dos-provimentos>. Acesso em 16 mai.2016.

²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Op. cit., p. 24.

novo CPC está umbilicalmente associada à técnica da desconconsideração da personalidade jurídica (e não a natureza dos créditos que precisam ser adimplidos), de modo que não será possível aplicar a última sem observância da primeira. Afinal, como muito bem assenta Cândido Rangel Dinamarco, “a observância das normas sobre procedimento é penhor de idoneidade no exercício da jurisdição e ao juiz não é lícito omitir atos essenciais ou praticá-los por forma diferente da ditada na lei, a dano dos litigantes”²⁵.

O argumento de que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é incompatível com o processo do trabalho, com o devido respeito, não se sustenta. Qual seria, então, o procedimento adequado à técnica da desconconsideração no âmbito da Justiça do Trabalho? Aquele esboçado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (e já, por ela própria, revogado)? Ou aquele que cada juiz do trabalho achar mais adequado (ou mais efetivo)? Qualquer que seja a resposta a essas indagações, ficar-se-á distante do devido processo legal²⁶.

Se a técnica da desconconsideração da personalidade jurídica não é própria do Direito do Trabalho, mas, ao contrário, é comum a todos os ramos do Direito, parece bastante temerário afirmar que apenas na Justiça do Trabalho não se deva observar o procedimento legalmente estatuído para sua utilização.

4. Hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica e defesas oponíveis

Embora reconheçamos que o procedimento incidental regulado pelo Código de Processo Civil é obrigatório, independentemente da natureza do crédito que se pretende fazer valer, a legislação de direito material faz essa distinção quanto às hipóteses em que será possível promover a desconconsideração da personalidade jurídica.

Como já afirmado anteriormente, o Código Civil de 2002 fixou, como regra geral, que a extensão da responsabilidade patrimonial poderá ocorrer “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”. Ocorre que legislações especiais, tendo em conta o interesse social ou a natureza específica de determinados créditos, alargaram as hipóteses de desconconsideração.

O art. 34 e parágrafo único da Lei Antitruste, por exemplo, prevê essa possibilidade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 114.

²⁶ Mais uma vez, merece referência ponderação de Flávio Yarshell, para quem “se a premissa é a de desconconsideração da personalidade jurídica, não há como recursar aplicação aos arts. 133 e seguintes do novo CPC – seja no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outro. A desconconsideração, repita-se, é projeção do princípio do contraditório, integrante do conceito de devido processo legal”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 200).

pessoa jurídica por má administração²⁷. O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) prevê inúmeras hipóteses que justificariam a desconsideração da personalidade jurídica, mas aquela especificada no seu parágrafo quinto é tão ampla que torna todas as outras desnecessárias. A disposição legal, já mencionada neste trabalho, autoriza a técnica da desconsideração “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”²⁸. A mesma hipótese foi prevista com o objetivo de ressarcir prejuízos ambientais: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”²⁹.

Não há lei especial tratando das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica para fins de satisfação de créditos trabalhistas, mas não é difícil concluir que essas obrigações, de reconhecida natureza alimentar, merecem proteção especial. Por isso é que, com muita razão, os juízes do trabalho promovem a desconsideração sempre que a personalidade jurídica surge como obstáculo ao adimplemento de créditos trabalhistas³⁰. A construção jurídica é perfeita e está alicerçada na aplicação analógica dos artigos. 28, § 5º, da Lei 8.078/1990 e 4º da Lei 9.605/1998.

Como a desconsideração da personalidade jurídica será possível sempre que não se conseguir satisfazer o crédito trabalhista com o patrimônio da pessoa jurídica, a defesa oponível pelos sócios estará, em princípio, restrita à alegação (e comprovação, é claro) de que a pessoa jurídica possui bens livres e desembaraçados. E, nestes casos, não importa a gradação legal de preferência. Existindo patrimônio social suficiente à satisfação dos débitos, não se admite avançar, desde logo, para o patrimônio dos sócios³¹.

²⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

²⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 28, § 5º.

²⁹ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Art. 4º.

³⁰ Neste sentido a seguinte ementa: “PENHORA - TEORIA DO SUPERAMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD OF LEGAL ENTITY). A doutrina do superamento da personalidade jurídica, ou da penetração, permite que, em alguns casos, seja desconsiderada a personalidade jurídica das sociedades de capitais, para atingir a responsabilidade dos sócios. Não se trata, é claro, da declaração de nulidade da personificação, mas de sua ineficácia para determinados atos, a fim de impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da personalidade jurídica. No caso em tela, a prova dos autos evidencia a dissolução irregular da sociedade. Logo, está regular a penhora havida sobre bem pertencente ao ex-sócio, que participou da gerência, à época da tramitação do processo, ainda que o mesmo tenha se desligado anteriormente à efetivação do ato de constrição. Cabe invocar aqui, por analogia, o art. 28, § 5º, do Código do Consumidor, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que a mesma constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos. (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. 2ª Turma. AP 790/93. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. DJMG 19 nov.1993).

³¹ Neste sentido já tivemos oportunidade de decidir, conforme se depreende da seguinte ementa: “DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INDICAÇÃO DE BEM DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE. 1. A pessoa jurídica somente poderá ser desconsiderada quando sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos por ela causados (art. 28, § 5º, do Código de Defesa Consumidor) e quando frustrada a busca por bens da própria devedora (art. 596 do Código de Processo Civil). 2. Tendo a pessoa jurídica indicado bem de seu patrimônio, fornecendo sua localização, caberá ao juiz da execução determinar a

Há situações, porém, em que se almeja a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar bens de sócios retirantes ou sócios de fato ou ocultos. Nestas hipóteses a defesa poderá não ficar restrita à indicação de bens sociais: o sócio retirante poderá alegar essa situação, desde que ultrapassado o prazo previsto no art. 1.003, parágrafo único, do Código Civil de 2002, *verbis*: “Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”.

Outra hipótese que exigirá a desconsideração da personalidade jurídica e que, portanto, justificará a instauração do incidente ocorre quando o exequente pretender alcançar patrimônio pertencente a terceiros que não integram o contrato social, mas a quem imputam a condição de sócios de fato ou ocultos. A hipótese não é incomum e tampouco recente. Veja-se, a respeito, acórdão proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região – Minas Gerais, relatado em 1995 pelo, agora, ministro do Tribunal Superior do Trabalho, José Roberto Freire Pimenta:

EMBARGOS DE TERCEIRO - SÓCIO DE FATO - APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA À EXECUÇÃO TRABALHISTA. Ao tratar da questão do abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, Rubens Requião conclui que "é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas" (in Revista dos Tribunais 410:12 - 24, p. 14). Se a pessoa jurídica executada não tem patrimônio suficiente para satisfação do crédito trabalhista do exequente-embargado e restou cabalmente provado que o embargante de terceiro era seu único sócio de fato, embora nunca de direito, deve ainda assim seu patrimônio pessoal ser penhorado e responder por seus débitos trabalhistas, em direta aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, consagrado de forma expressa no art. 28, § 5º, da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), subsidiariamente aplicável às esferas material e processual trabalhistas por força do parágrafo único do art. 8º e do art. 769 da CLT.³²

Nestes casos a defesa poderá negar a condição que lhe é imputada, competindo ao exequente o ônus da prova de suas alegações. Essa circunstância deixa muito evidente que a hipótese não admite a instauração do incidente *ex officio*, pois o juiz não poderá alegar, provar e decidir.

apreensão de tal bem, antes de promover a desconsideração da pessoa jurídica. 3. Agravo provido, no particular.” (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. 1ª Turma. AP 0153700-21.2008.5.24.0002. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior. Diário da Justiça Eletrônico 11 jul.2007).

³² MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 3ª Turma. AP 2283/95. Relator: José Roberto Freire Pimenta. DJMG 21 nov.1995.

Por outro lado, a eventual impenhorabilidade de bens é matéria estranha ao incidente, motivo pelo qual o sócio só poderá ventilar a matéria após o julgamento que promova a desconsideração. De idêntica forma, não é possível discutir, no âmbito do incidente, questões relativas ao mérito da execução (como, por exemplo, os cálculos de liquidação). Essas questões deverão ser apresentadas em embargos à execução, após definitivamente decidido o incidente. É importante observar que, acolhido o incidente e desconsiderada a personalidade jurídica, o sócio para quem foi redirecionada a execução passará a figurar como parte e terá direito de apresentar embargos à execução no prazo de cinco dias, contados da garantia da execução ou da realização da penhora (art. 884 da CLT).

5. O procedimento do incidente no âmbito da Justiça do Trabalho. Análise crítica da Instrução Normativa nº 39 do TST

Tratar do procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Processo do Trabalho não é tarefa simples. Explica-se: se, como dito alhures, a disciplina procedimental do incidente foi elaborada pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015 sob os eflúvios das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, sua observância representa obséquio ao devido processo legal. De outro lado, como ele foi elaborado tendo em vista as características do Processo comum, ao transportá-lo para o Processo do Trabalho, será preciso realizar adequações para harmonizá-lo ao sistema procedimental trabalhista. Essas adequações, porém, precisarão ser muito bem sopesadas, pois não poderão comprometer a vocação constitucional que inspirou o legislador ordinário. Em outras palavras, será lícito adequar o procedimento ao Processo do Trabalho, desde que não se comprometa o contraditório e a ampla defesa objetivados pela regulamentação original do incidente.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio do art. 6º da Instrução Normativa nº 39, procurou fazer essa adequação e traçou as linhas gerais do procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Processo do Trabalho. Neste tópico o propósito será analisar criticamente as orientações emanadas da instrução regulamentadora, sob o enfoque da harmonia entre as adaptações propostas e as garantias constitucionais objetivadas na regulamentação legal do procedimento do incidente.

A primeira adequação está assinalada no próprio *caput* do art. 6º, quando se concede, também ao juiz, a iniciativa de instauração do incidente na fase de execução. E essa, talvez, seja a adaptação mais perigosa que foi referida na Instrução Normativa em estudo. A regulamentação original prevê que o incidente será instaurado, somente, a pedido da parte ou do Ministério Público. A limitação imposta pelo legislador atende ao princípio dispositivo, representado pela garantia de inércia do juiz para instauração de instância. É sob esse prisma que destaca

Cândido Rangel Dinamarco:

A mais ampla de todas essas limitações consiste no veto sistemático ao exercício espontâneo da jurisdição, caracterizado pela máxima nemo iudex sine actore (CPC, arts. 2º e 262), pelo qual a formação do processo civil depende sempre da iniciativa de parte”³³

Ainda que no Processo do Trabalho o juiz tenha o poder-dever de instaurar e desenvolver a execução sem necessitar da iniciativa da parte (art. 878 da CLT) é preciso atentar que o incidente criado pelo legislador não é ato de execução, mas verdadeira demanda incidental³⁴, que não prescinde de requerimento e motivação que demonstre a existência dos pressupostos especiais que autorizem a desconsideração (art. 134, §4º, do CPC). Essa constatação nos conduz a um dilema ético: como pode o juiz tomar a iniciativa de instauração do incidente (ato necessariamente motivado) e ter isenção para conduzi-lo e decidi-lo? Esse é, aliás, o problema que dá suporte deontológico à garantia constitucional da inércia jurisdicional.

A dificuldade ética decorrente da instauração de ofício do incidente, entretanto, fica minimizada pelo reconhecimento de que a desconsideração estará justificada sempre que a personalidade jurídica representar obstáculo à satisfação do crédito trabalhista. Assim, diante do fato objetivo de inexistência de patrimônio pertencente ao devedor original, já será possível cogitar de desconsideração da personalidade jurídica como caminho único a ser trilhado na direção da satisfação do crédito trabalhista.

Outra adequação procedimental levada a efeito pela Instrução Normativa nº 39 diz respeito à fase recursal do incidente. O Código de Processo Civil prevê que a decisão proferida no incidente poderá ser impugnada por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, IV). No Processo do Trabalho, ao menos na instância ordinária, o agravo de instrumento é previsto apenas para impugnar decisão denegatória de seguimento de outro recurso. Além disso, tem vigência normativa o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT) e o Código de Processo Civil reconhece expressamente a natureza interlocutória da decisão resolutiva do incidente (art. 136).

A regulamentação adaptadora adota caminhos distintos conforme a fase procedimental em que ocorre a decisão: na fase cognitiva não haverá recurso imediato (art. 6º, §

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 113.

³⁴ É o que, com muita propriedade, defende Flávio Luiz Yarshell: “conforme já examinado, o pedido de desconsideração encerra exercício do direito de ação. Não se trata da ação executiva na tradicional dimensão em que, com base em título, imputa-se ao demandado a qualidade de devedor e, portanto, de responsável patrimonial. Contudo, ainda que a responsabilidade patrimonial esteja excepcionalmente dissociada do débito, o que pretende o demandante é que os meios executivos recaiam sobre o patrimônio de determinada pessoa. Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo. Portanto, prevalece o princípio da demanda”. (YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 201-202).

1º, I), enquanto na fase de execução caberá agravo de petição, independentemente de garantia de juízo (art. 6º, § 1º, II). Tornou-se expressa, ainda, a compatibilidade do recurso de agravo interno, quando o incidente é decidido em segundo grau de jurisdição (art. 6º, § 1º, III). A adequação procedimental levada a efeito foi perfeita, pois se promoveu a harmonização com as características do Processo do Trabalho sem deixar de lado a imprescindível preocupação com as garantias constitucionais que o instituto objetivou efetivar.

Na fase de conhecimento, a falta de recurso imediato não prejudica a ampla defesa e o contraditório, pois ainda não ocorrem medidas constritivas (ressalvadas providências de ordem cautelar que, de qualquer forma, não sofrem interferência pela existência de uma fase recursal imediata) ou expropriatórias. As partes, portanto, não sofrerão qualquer prejuízo, na medida em que poderão recorrer da decisão incidental, por meio de recurso ordinário, depois de proferida sentença que aprecia os pedidos veiculados na ação trabalhista.

De modo diverso, na fase de execução, quando são praticados atos expropriatórios e constritivos, a Instrução Normativa previu recurso imediato, adequando-o, apenas, à nomenclatura e prazo específicos da jurisdição trabalhista. Mais, o ato regulamentador preocupou-se com o aspecto teleológico do incidente ao esclarecer que a atividade recursal não estava atrelada à garantia do juízo, deixando expresso, portanto, o efeito suspensivo que caracteriza o instituto jurídico na sua origem (art. 134, § 3º, do CPC). Respeitaram-se as peculiaridades do procedimento trabalhista e, ao mesmo tempo, a finalidade do instituto recentemente criado. Ainda que, no Processo do Trabalho, o agravo de petição não tenha efeito suspensivo, não será possível penhorar bens dos sócios até o julgamento do recurso cabível, pois o processo estará suspenso em razão do incidente.

Claro que a impossibilidade de penhora não afastará a possibilidade de o juiz conceder tutela de urgência de natureza cautelar, como, aliás, restou expresso na regulamentação estudada (art. 6º, II). A inserção de referência à viabilidade da tutela cautelar foi providencial, pois a prática judiciária demonstra que quando a execução chega ao extremo de necessitar da desconsideração da personalidade jurídica, o arresto de bens e valores *inadita altera pars* é, em muitos casos, condição de utilidade do instituto da desconsideração. O procedimento incidental tem como objetivo reforçar o direito de defesa do sócio que poderá responder com seu patrimônio pela dívida da pessoa jurídica, mas não se concebe sua utilização para frustrar maliciosamente a execução. Assim, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica suspende o processo e impede a constrição imediata de bens do sócio, o que só poderá acontecer depois de decisão definitiva afastando a separação patrimonial. Nada impede, porém, que o juiz adote providências provisórias, de natureza cautelar, com a finalidade de assegurar a efetividade da execução no futuro.

Em relação ao agravo interno, a Instrução Normativa apenas reconhece a compatibilidade da previsão original com o procedimento trabalhista e, de fato, não há incompatibilidade ou necessidade de adaptação, exceto no que tange ao prazo recursal. Na sistemática do Código de Processo Civil, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica poderá ser instaurado até mesmo na fase recursal, caso em que caberá ao relator instruí-lo e decidi-lo monocraticamente (art. 932, VI). Da decisão proferida pelo relator caberá agravo interno (art. 136, parágrafo único) para o respectivo órgão colegiado, na dicção do art. 1.021. O prazo para interposição do recurso, entretanto, não é aquele assinalado no art. 1.021, § 2º (15 dias), pois no sistema processual trabalhista os prazos recursais foram unificados em oito dias (art. 1º, § 2º, da Instrução Normativa nº 39³⁵).

Poder-se-ia questionar qual órgão fracionário do Tribunal teria competência para julgar o agravo interno interposto contra a decisão proferida em incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Parece evidente, entretanto, que essa competência estará previamente estabelecida pela distribuição do recurso interposto na ação original, fato que torna o órgão colegiado prevento para todas as demandas incidentais (art. 61).

6. Conclusão

A desconconsideração da personalidade jurídica é técnica de fundamental importância para a efetividade das execuções, mas deverá ser empregada com a observância do devido processo legal, pois há garantias fundamentais que precisam ser respeitadas em um estado democrático de direito. O mandamento constitucional é incisivo: “**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**” (art. 5º, LIV) (sem grifos no original).

A falta de uma disciplina processual específica possibilitou a adoção de procedimentos variados, muitas vezes proporcionando precárias condições de defesa. O Código de Processo Civil regulamentou, pela primeira vez, procedimento específico para que se promova a desconconsideração da personalidade jurídica e como a técnica é comum a todos os ramos do Direito, sua observância é obrigatória, independentemente da natureza do crédito que se pretende fazer efetivo ou da especialidade da jurisdição.

A natureza alimentar do crédito trabalhista justifica a adoção de pressupostos menos rigorosos para que se autorize a desconconsideração, mas não afasta a necessidade de se observar o

³⁵ Com a seguinte redação: “O prazo para interpor e contra-arrazoar todos os recursos trabalhistas, inclusive agravo interno e agravo regimental, é de oito dias (art. 6º da Lei nº 5.584/70 e art. 893 da CLT), exceto embargos de declaração (CLT, art. 897-A)”.

procedimento legalmente estatuído. A adaptação desse procedimento às peculiaridades do Processo do Trabalho não poderá desvirtuar ou frustrar os objetivos da regulamentação original que, a toda evidência, foi proporcionar um consistente direito de defesa ao sócio da pessoa jurídica que tem o seu patrimônio pessoal ameaçado.

As orientações provenientes da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho buscam uniformizar a aplicação do direito processual do trabalho em todo o território nacional. Afasta-se, assim, o risco sistêmico decorrente da multiplicidade de interpretações a respeito da aplicabilidade ou não das novas regras contidas no Código de Processo Civil de 2015 e modo de adequá-las ao Processo do Trabalho. Evitam-se, dessa forma, a insegurança jurídica e a instabilidade procedimental que certamente afetariam a jurisdição trabalhista por longos anos.

Em relação ao incidente de descon sideração da personalidade jurídica, a adequação procedimental emanada da Instrução Normativa não fere o fundamento teleológico da disciplina estatuída pelos artigos. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015.

É preciso ter em mente que, na balança das garantias fundamentais, é papel atribuído ao legislador equilibrar efetividade e segurança jurídica. Daí por que o devido processo legal é o caminho seguro que deverá ser trilhado na concretização do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015;

BRASIL. ENFAM- Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 16 mai.2016;

_____. FOREXEC – Fórum de Execuções Fiscais, 2015. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>. Acesso em 16 mai.2016;

_____. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção. EREsp 1.306.553/SC. rel. Maria Isabel Galloti. DJe 12 dez.14;

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

Consolidação dos Provimentos. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consolidacao-dos-provimentos>. Acesso em 16 mai.2016;

_____. _____. Instrução Normativa nº 39. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em 14 mai.2016.

_____. _____. 7ª Turma. Processo: RR - 1592-60.2012.5.02.0040. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 09 out.2015;

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho. *ENAMAT, Biblioteca – Cadernos de Execução Trabalhista*. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4_O-incidente-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADica-previsto-no-novo-CPC.pdf. Acesso em 16 mai.2016;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009;

LOVATO, Luiz Gustavo. Da personalidade jurídica e sua desconconsideração e previsões do novo CPC. *Revista da ESMESC – Escola Superior da magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 21, n. 27 (2014). Versão eletrônica, p. 250. Disponível em: <https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/102>. Acesso em 19 mai.2016;

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. 1ª Turma. AP 0153700-21.2008.5.24.0002. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior. Diário da Justiça Eletrônico 11 jul.2007;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

MENDES, Marcus Menezes Barberino. Nem BA x VI e nem FLA x FLU. *Revista eletrônica da Amatra V*. Salvador: Associação dos Magistrados do Trabalho da Bahia, ano V, p. 26-30, abril/2016). Disponível em: <http://www.amatra5.org.br/pub/Revista8.pdf>. Acesso em: 11

mai.2016;

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. 2.^a Turma. AP 790/93. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. DJMG 19 nov.1993;

_____. _____. 3.^a Turma. AP 2283/95. Relator: José Roberto Freire Pimenta. DJMG 21 nov.1995;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, vol. 155. São Paulo: RT, jan/2008;

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho*: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015). São Paulo: LTr, 2015;

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a aplicação subsidiária do novo CPC à execução trabalhista e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 82, n. 1, p. 191-202, jan/mar, 2016. São Paulo: Editora Lex, p. 194.

O SISTEMA DO PRECEDENTE JUDICIAL: LEIS 13.015/2014 E 13.105/2015

Francisco das C. Lima Filho¹

1. Introdução

Com a Lei 13.015/2014, foi introduzido no sistema recursal trabalhista, o modelo do precedente judicial.

Inaugura-se, assim, um novo paradigma no sistema processual trabalhista brasileiro que exige de todos os profissionais que atuam no âmbito laboral uma mudança de postura e de mentalidade, e por parte das instituições de ensino jurídico adequação de seus programas para essa nova realidade que não sabemos quais serão os impactos que produzirá na concretização do fundamental direito de acesso à justiça, garantia constitucional que, infelizmente, ainda não se conseguiu implementar em sua plenitude.

Necessárias, assim, algumas palavras a respeito do significado e do alcance desse novo sistema que agora se inaugura com o novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, e que, na Justiça do Trabalho foi incorporado pela Lei 13.015/2014 ao introduzir profundas alterações no sistema recursal trabalhista.

Indispensável, pois, breves palavras sobre os grandes sistemas de Direito, de modo a permitir uma melhor compreensão do sistema de precedentes judiciais e sua origem.

2. Os grandes sistemas de direitos

Para que se possa entender o significado e do alcance do precedente judicial que, entre nós, a bem da verdade, foi consagrado de forma vinculativa a partir da Emenda Constitucional 45 com a chamada Súmula Vinculante e, posteriormente, com a repercussão geral em sede de recurso extraordinário (arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil vigente e 1035 do novo Código)², necessário algumas considerações a respeito dos grandes sistemas de direitos.

¹ Mestre e doutor em Direito Social (UCLM – Espanha). Mestre em Direito (UNB). Desembargador do Trabalho do TRT da 24ª Região. Professor em Direito Processual do Trabalho – Pós-graduação (UCDB).

² O Brasil Colônia estava integrado ao Reino Unido de Portugal e Algarves. E mesmo depois de proclamada a independência política (1822), as Ordenações Filipinas e, juntamente com elas, os Assentos da Casa da Suplicação de Portugal continuaram a ser aplicados, embora a Constituição de 1824 a eles não tenha feito referência expressa. Desse modo, podemos afirmar que os Assentos do direito processual português poderiam, histórica e remotamente, ser considerados como o antecedente do precedente judicial entre nós. Esse regime com força vinculante perdurou no Brasil até o advento da República quando “se arrebitou”, como lembra Pontes de Miranda no livro *Fontes de evolução do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1928, p. 94. E no campo do Direito Processual do Trabalho, o art.

De acordo com o magistério doutrinário de René David³, essencialmente existem no mundo ocidental dois grandes sistemas de direitos:

a) o sistema da *civil law*, tributário do Direito Romano, no qual, o Direito é escrito e a jurisdição é estruturada essencialmente com a finalidade de fazer atuar o direito objetivo, em regra posto pelo legislador e que, portanto, visa a segurança jurídica nas relações;

b) o sistema da *common law*, originário do direito anglo-saxão, que tem como base o direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência, no qual o modelo de distribuição de justiça prepondera a visão de pacificação dos litigantes e as decisões jurisdicionais se fundamentam no precedente judicial.

3. O significado e o alcance do precedente

Podemos entender o precedente como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para julgamentos posteriores em casos análogos⁴. Portanto, é da natureza do precedente, o efeito vinculativo.

Essa força vinculativa dos precedentes está ligada a valores essenciais de um Estado democrático de direito como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia⁵.

Constituí, assim, o precedente elemento de suma importância para a estabilidade e harmonia do sistema jurídico e, por conseguinte, para as decisões judiciais e, portanto, fonte do direito, na medida em que a moderna dogmática jurídica reconhece ao Poder Judiciário o papel de co-criador do direito⁶.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci⁷, o precedente é composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e da tese ou princípio jurídico assentado na

902 da Consolidação das Leis do Trabalho previa os Prejulgados com força vinculante que foi considerado inconstitucional e por isso se transformaram em Súmulas que, todavia, teoricamente não vinculam, mas que na prática, servem como fundamento tanto para admissão como para impedir o seguimento do Recurso de Revista e em regra são seguidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos juízes da primeira instância.

³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direitos Contemporâneos*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo; Martins Fontes, 1998, p, 17-24.

⁴ JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodium, 2015. v. 2, p. 441

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito.asp?txt>>. Acesso em 05.06.2016.

⁶ “Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 27.

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

motivação do provimento decisório, que constitui a *ratio decidendi* – a holding para os norte-americanos - constituindo a essência da tese jurídica com duas normas:

a) uma suficiente para decidir o caso concreto – *rule of law* - portanto, de caráter individual;

b) outra geral, fruto da interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na lide e da conformação ao direito positivo que servirá de base para futuros julgamentos. Por conseguinte, a norma geral ou *ratio decidendi* está sempre localizada na fundamentação da decisão, sendo assim, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão e que servirá para fundamentar futuras decisões que tenham como base os mesmo fatos ou as mesmas circunstâncias.

É esse o sistema que o novo Código de Processo Civil adota (arts. 926 e seguintes) e que, no âmbito da Justiça do Trabalho, foi incorporado pela Lei 13.015/2014 que o disciplinou por meio do:

- a) Recurso de Revista (art. 896, §§ 3º a 6º);
- b) Julgamento de Recursos Repetitivos (art. 896-C);
- c) Incidente da Assunção de Competência (art. 896, § 13).

Então vejamos em apertada síntese, em que consiste cada um deles.

4. Uniformização da jurisprudência no sistema recursal trabalhista

4.1 Incidente de Uniformização de Jurisprudência

A Lei 13.015/2014 cria a obrigação de uniformização da jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Nesse sentido, o § 4º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, na redação advinda da citada Lei estabelece:

Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.

Como se vê, há, agora, uma obrigação dos Tribunais Regionais do Trabalho de uniformizar sua jurisprudência, tarefa que anteriormente era feita pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Como lembra o Prof. Estevão Mallet⁸, “ao invés de o próprio Tribunal Superior do Trabalho julgar a causa e, assim, solucionar, em caso individual, a divergência remete-se ao

⁸ MALLETT, Estevão. *Reflexões sobre a Lei 13.015/2014*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Ano 80, nº 4. out.-dez./2014, p. 74-110.

Tribunal Regional a incumbência de uniformizar a sua jurisprudência, fazendo-o em termos gerais e não casuísticos”, o que implica afirmar que não mais se admite decisões divergentes sobre o mesmo tema no âmbito do Tribunal.

E aqui a primeira e talvez mais importante norma a respeito do regime do precedente no âmbito do Processo do Trabalho.

De fato, com a uniformização da jurisprudência se evitam decisões divergentes a respeito do mesmo tema no âmbito do Tribunal e ao mesmo tempo dá-se o norte para futuras decisões sobre a mesma matéria aos Juízes da primeira instância trazendo estabilidade, integridade e coerência nas decisões judiciais, nos termos recomendados pela norma constante do art. 926 do novo Código de Processo Civil ao ordenar:

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Nessa perspectiva, as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, sobre determinado tema, além de vincular os membros do próprio Tribunal, vinculam também os Juízes da primeira instância (art. 489, inciso VI, do novo Código) que deverão seguir a orientação adotada pelo precedente, salvo quando o caso examinado for distinto, hipótese em que o Juiz terá de justificar fundamentadamente, sob pena de nulidade (art. 489, § 1º, incisos V e VI, do novo Código).

Com isso, além de se evitar decisões divergentes sobre a mesma matéria tanto no âmbito do Tribunal como na primeira instância, há possibilidade de que elas sejam proferidas de forma mais célere com maior aptidão de se tornarem efetivas, cumprindo-se assim, pelo menos no campo teórico, o princípio da razoável duração do processo.

A uniformização da jurisprudência se fazia precipuamente por meio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, que era disciplinado nos arts. 476/479 do Código anterior. Todavia, esse instrumento foi extinto com a entrada em vigor do novo Código, sendo substituído pelo procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos no âmbito dos Tribunais Superiores (arts. 896-C da CLT e 1036 e seguintes do novo Código) que deve ser aplicado também pelos Tribunais Regionais do Trabalho à falta de outro mecanismo (arts. 976 e seguintes do novo Código).

Nesse sentido, veja-se o contido nos Enunciados 343 e 347 do FPPC, prevendo:

Enunciado 343: O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional.

Enunciado 347: Aplica ao processo do trabalho o incidente de resolução de demandas repetitivas, devendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito.

E essa admissibilidade foi expressamente admitida pela Instrução Normativa 39/2016, cujo art. 8º prevê expressamente:

Art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Portanto, parece não existir dúvida de que o incidente também é cabível no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho e constitui um instrumento de uniformização da jurisprudência no âmbito do processo do trabalho que deve ser usado como substituto do antigo e extinto Incidente de Uniformização da Jurisprudência previsto no art. 476 do Código de Processo Civil de 1973.

Todavia, os fatos da realidade da vida são dinâmicos e sempre estão à frente do legislador, especialmente numa sociedade de conflitos massificados, tecnologicamente avançada e de rápidas mudanças no contexto social.

Essa realidade implica em mudanças que precisam ser compreendidas e absorvidas pelo Direito, embora este sempre esteja atrás dos fatos, inclusive no campo instrumental.

Desse modo, o precedente pode ser superado pela técnica do *overruling*, por meio da qual perde a força vinculante e é substituído por outro em face de um juízo negativo sobre a sua *ratio decidendi*, fundado em substanciais razões ou de mudanças sociais e jurídicas para abandoná-lo como, por exemplo, alterações legislativas, mudança do modelo econômico, conquistas tecnológicas, entre outras⁹.

Ademais, o precedente pode deixar de ser aplicado quando a situação fática do caso concreto a ser julgado for diversa havendo, assim, uma distinção.

Nessa hipótese, o juiz não está obrigado a segui-lo, devendo, todavia, demonstrar na decisão, de forma fundamentada, a distinção entre a tese nele acolhida e o caso a ser apreciado, fazendo assim, o que a doutrina norte-americana denomina de *distinsbing* (arts. 489, inciso VI e 1037, §§ 9º e seguintes do novo Código). Porém, presente a mesma situação fática ou as mesmas circunstâncias e enquanto não superado pela técnica do *overruling*, não se admite possa haver decisões divergentes sobre a mesma matéria no âmbito do mesmo Tribunal.

⁹ Nos Estados Unidos a vinculação aos precedentes é um princípio geral que, todavia, pode ser afastado excepcionalmente, em razão da mudança das condições históricas ou da própria percepção do direito a ser extraído de determinada norma, como ocorreu, por exemplo, com a ruptura do entendimento anterior sobre a segregação racial nas escolas, no caso *Brown v. Board of Education*, em 1954. *Ur*: BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito.asp?txt>>. Acesso em 05.06.2016.

Com isso também se pretende garantir a segurança jurídica nas relações, integridade e coerência da jurisprudência do Tribunal e mais, se dá consequência prática ao princípio-garantia da igualdade.

Como lembra Guilherme Marinoni¹⁰, “a igualdade é um elemento indissociável do Estado Democrático de Direito”. Por conseguinte, “tanto o Estado quanto os particulares estão submetidos ao princípio da igualdade. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário sofrem a mesma incidência do princípio”.

Quanto ao Judiciário, no nosso modo de ver, a incidência do princípio da igualdade se mostra evidente pela necessidade de se dar tratamento igualitário para as situações iguais que são submetidas a julgamento, não sendo admissível que sejam tratadas de forma diferenciada, pois além de injusto gera insegurança jurídica.

Vale reiterar que o precedente pode sofrer revisão ou superação especialmente em razão das mudanças inerentes à vida social que é sempre mais dinâmica do que o Direito, nomeadamente num mundo globalizado, de avanços e conquistas tecnológicas e científicas rápidas como se vivencia na atualidade, em que as distâncias culturais e de comunicação cada vez mais diminuem e terminam influenciando a vida de todos.

Essa realidade não pode ser desprezada pelo Direito que existe e tem a missão de disciplinar exatamente as relações e vida em sociedade.

Desse modo, o precedente também sofre a influência dessas mudanças e conquistas que não podem ser por ele ignoradas. Logo, o precedente precisa ser superado ou revisto quando elas ocorrem de forma a mudar a visão não apenas do legislador, mas da própria sociedade sobre certos ou determinados assuntos.

Todavia, para garantir a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão acolhida pelo precedente, a norma processual faculta ao Tribunal modular os efeitos da alteração (art. 896-C, § 3º, da CLT), autorização que também se encontra prevista no art. 927, § 3º. do novo Código de Processo Civil estabelecendo que:

na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de recursos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Desse modo, a decisão de alteração do precedente poderá, em nome da preservação das situações criadas pelo entendimento anterior, inclusive em homenagem ao princípio-garantia da segurança jurídica, modular os efeitos da alteração.

Afinal, como lembra J. J. Gomes Canotilho¹¹:

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 227.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almeida, 1995, p. 375.

o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.

Na hipótese de o precedente sofrer alteração ou ser superado pela técnica do *overruling*, as situações jurídicas com base nele constituídas devem ser preservadas, modulando-se os efeitos da alteração.

Como averba Guilherme Marinoni¹², a segurança jurídica, “vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”, o que implica afirmar que a superação ou alteração do precedente deve preservar as decisões e situações com base nele criadas, não se podendo surpreender aqueles que tiveram os conflitos compostos com arrego em seus fundamentos, sob pena de se criar instabilidade nas relações jurídicas.

De fato, as pessoas têm o direito de prever razoavelmente as obrigações decorrentes dos atos originários do Poder, não apenas os decorrentes do sistema normativo, mas também os que são originados da atividade jurisdicional do Estado não podendo ser surpreendidas com mudanças que impliquem em destruição daquilo que convencionaram ou conquistaram com base em entendimento anterior do Poder Judiciário, sob pena de se instalar a insegurança se não a desordem.

Desse modo, na hipótese de uma Corte de Justiça, nomeadamente uma Corte Superior, tomar uma decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ela própria gerada, à boa-fé e à confiança legítima que os jurisdicionados criaram com base nesse entendimento. Nessa hipótese, é a própria credibilidade do Tribunal que está em questão¹³.

Se a Constituição impõe limites à inovação legislativa em nome da segurança jurídica, da boa-fé e das legítimas expectativas de direito, pelas mesmas razões essa limitação deve ser observada pelo Judiciário ao alterar um precedente. Até porque a garantia da segurança encontra-se consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como um direito natural e imprescritível. E na Constituição de 1988, esse direito encontra abrigo no art. 5º ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 211.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito.asp?txt>>. Acesso em 05.06.2016

Por essa razão, a uniformização da jurisprudência por meio do precedente judicial deve ser fonte de certeza e segurança, mas também de tratamento igualitário para situações iguais, garantia que decorre do macro princípio do Estado Democrático de Direito, que tem a igualdade e a segurança como pilares.

Em definitivo, a eventual alteração do precedente apenas poderá produzir efeitos futuros, não se mostrando razoável que lhes sejam atribuídos efeitos retroativos.

Deve-se conciliar a possibilidade da modificação com o respeito ao conteúdo essencial do princípio da segurança jurídica, da boa-fé e das legítimas expectativas de direitos dos cidadãos.

4.2. Julgamento de Recursos Repetitivos

Uma outra técnica de resolução de conflitos de massa, com base na teoria do precedente, incorporada pela Lei 13.015/2014 que inseriu na CLT os arts. 896-B e 896-C é a do julgamento de recursos repetitivos, prevista também no novo Código de Processo Civil (arts. 1036 e seguintes).

Referida técnica surge no processo civil brasileiro com a Lei 11.418/2006 no âmbito do recurso extraordinário e, posteriormente, com Lei 11.672/2008, para o recurso especial.

Para admissibilidade dessa técnica de julgamento faz-se necessária a existência de uma “multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito” (art. 896-C, *caput*, da CLT). Por conseguinte, a multiplicidade de recursos deve, necessariamente, envolver “idêntica questão de direito”.

Podemos, então, afirmar que são pressupostos para admissibilidade dessa técnica de julgamento:

a) a existência de multiplicidade de recursos de revista.

Não se pode aplicar a referida técnica quando houver apenas um recurso ou um pequeno grupo de processos que se mostre quantitativamente insignificante.

A propósito, lembra Claudio Brandão¹⁴:

Ainda que se trate de conceito jurídico indeterminado (multiplicidade de recursos de revista), a idéia é interessante porque afasta certa margem a discricionariedade do Ministro ao pretender suscitar o procedimento em havendo, por exemplo, apenas dois casos a serem apreciados. Certo é, contudo, que, diante da verdadeira “avalanche de processos” distribuídos, facilmente se poderá alcançar a quantidade sugerida.

¹⁴ BRANDÃO, Claudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n. 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015, p. 158.

Parece, pois, acertado entender, ante a ausência de um critério objetivo ou substantivo, que o termo multiplicidade deve ser interpretado no sentido da existência de um grande número de recursos de revista, não sendo razoável aplicar-se a nova técnica ante uma quantidade pequena de recursos¹⁵ considerando-se, inclusive, os efeitos que o julgamento provoca.

b) identidade da questão de direito como objeto dos recursos.

Necessário, ainda, que a multiplicidade de recursos tenha como objeto idêntica questão de direito – material ou processual – ordinária ou constitucional, para que a escolha daquele representante da controvérsia possa servir de parâmetro para os demais. Não se admite julgamento pela técnica dos recursos repetitivos quando se está ante matéria fática.

Também não é cabível a técnica em matéria de dissídios coletivos, devendo necessariamente tratar-se de recursos repetitivos interpostos em dissídio individual.

c) a existência de questão relevante ou controvérsia interpretativa sobre ela.

Necessário, ademais, que a matéria objeto dos recursos tenha relevância, ou exista a seu respeito divergência interpretativa entre os Ministros ou entre as turmas do Tribunal.

A matéria objeto dos recursos para ser considerada relevante e justificar a técnica de julgamento de recursos repetitivos, deverá ter alcance econômico, social, político ou jurídico que transcenda os interesses subjetivos da causa.

Como lembra Estêvão Mallet, “a controvérsia deve envolver o direito em tese sendo desimportante dizer respeito ao direito material, como ao direito processual”.

Pode ser suscitado por qualquer um dos Ministros componentes da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, ao identificar os requisitos mencionados no art. 896-C da CLT, incumbindo à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidir sobre a adoção do procedimento de julgamento de recursos repetitivos.

Entende Estêvão Mallet¹⁶ não existir proibição para que o pedido seja feito pelas partes ou até por integrante do Ministério Público do Trabalho.

Ouso divergir do ilustre Professor nesse aspecto, pois a norma constante do art. 896-C é expressa ao dizer que o requerimento deve ser feito por qualquer um dos Ministros que compõe a Seção Especializada, não mencionando nenhum outro legitimado, ao contrário do

¹⁵ SILVA, Bruno Freire e. *A Lei n. 13.015/2014 e o Tratamento dos Recursos Repetitivos no Processo do Trabalho*. In: *A Nova Lei de Recursos Trabalhistas*. Alexandre Agra Belmonte). São Paulo: LTr, 205, p.71-84.

¹⁶ MALLET, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei 13.015/2014*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Ano 80, nº 4. out.-dez./2014. p. 74-86.

novo Código de Processo Civil (art. 977) que autoriza expressamente às partes e outros legitimados a requerer a instauração do incidente.

Como a CLT não é omissa quanto à matéria, parece não ser possível invocar-se, ainda que subsidiariamente, a norma de Direito Processual Civil no particular, embora reconheça ser a tese defendida pelo nobre Professor bastante tentadora, máxime se pensarmos que visa facilitar o direito fundamental do acesso à justiça e à uniformização da jurisprudência e seja mesmo recomendável que evolua para admitir que não apenas os julgadores, mas também as partes e o Ministério possam arguir, considerando-se, inclusive, o princípio da cooperação previsto no art. 6º do novo Código que a deve ter aplicação em todos os graus de jurisdição.

A deliberação sobre o julgamento compete exclusivamente à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno.

O acolhimento do procedimento exige maioria simples.

Devem chegar ao órgão julgador - Seção Especializada em Dissídios Individuais ou o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho - os processos representativos da controvérsia jurídica que ensejaram a multiplicação de recursos a fim de permitir que se tenha “visão global da questão”. E para tanto, alguns processos serão afetados pelos Presidentes de Turmas, por indicação dos relatores.

Devem ser escolhidos processos que permitam conhecer esses diferentes enfoques.

A seleção pode abranger ainda, a critério dos Presidentes das Turmas, processos que tenham sido considerados representativos pelos Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho (art. 896-C, § 4º, da CLT).

O relator poderá, ainda, “solicitar, aos Tribunais Regionais do Trabalho, informações a respeito da “controvérsia”, que podem ser prestadas por meio de relatório, sem prejuízo de envio dos processos considerados representativos.

Pode o relator, também, determinar a suspensão dos “recursos interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos” que estejam aguardando o julgamento, sendo facultado, ainda, ouvir pessoas, órgãos ou entidades, inclusive como assistentes que, todavia não têm legitimação para recorrer da decisão que vier a ser proferida nem estão sujeitos aos efeitos da sucumbência.

Considerando, todavia, que a norma não especifica a que título essas pessoas podem ser ouvidas, apenas falando, exemplificativamente, “inclusive como assistentes simples”, parece perfeitamente cabível a aplicação subsidiária da norma do art. 138 do novo Código de Processo Civil que admite a intervenção de *amicus curiae*, com a possibilidade da interposição de recurso da decisão que julgar o incidente de recursos repetitivos, mas não do acórdão que resolver a controvérsia de mérito, na medida em que sua intervenção visa auxiliar com o fornecimento de

esclarecimentos e informações técnicas sobre determinados assuntos de grande repercussão e com isso ajudando na formação do convencimento do Tribunal.

O papel do *amicus curiae* é, assim, o de chamar atenção da corte para alguma matéria de interesse público que outro modo, poderia escapar-lhe à atenção.

Visa, pois, ajudar a corte obter informação sobre determinadas matérias a respeito das quais haja divergência e cuja relevância transcenda aos interesses subjetivos das partes envolvidas na demanda, em que o julgamento pode influenciar em outros casos transformando-se em precedente.

A propósito lembra Alexandre Câmara¹⁷ que a presença do *amicus curiae* só deve ser admitida se a matéria de direito for nova ou, sendo antiga, haja divergência a seu respeito.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça assentou que “*o escopo da edição da norma legal viabilizadora da intervenção do amicus curiae é o de permitir ao julgador maiores elementos para a solução do conflito, que envolve, de regra, a defesa de matéria considerada de relevante interesse social*”. (AgRg nos Embargos de Divergência em Resp nº 827.194 – SC. DJ: 18/09/2009).

Com o devido respeito, no âmbito laboral, tratando-se de recursos em ações repetitivas envolvendo questão de relevância social, econômica ou jurídica que possa afetar aos interesses de grupos ou categorias, a presença do *amicus curiae* poderá auxiliar o Tribunal trazendo subsídios e informações sobre determinados temas técnicos a respeito dos quais nem sempre os julgadores têm conhecimento, e com isso contribuindo para julgamento e consequente tese a ser firmada pelo precedente.

Nesse quadro, não vemos nenhum inconveniente na admissão dessa figura processual no âmbito do Processo do Trabalho; antes, trará grande contribuição nos julgamentos, especialmente porque não se pode deixar de reconhecer a complexidade das demandas que hoje são apresentadas a julgamento na Justiça do Trabalho, não raro de natureza repetitiva com fortes e concretos impactos não apenas sobre os interesses dos envolvidos na demanda, mas também sobre coletividades ou grupos de trabalhadores ou de empreendedores, não podendo essa realidade ser desprezada pelo Direito.

De resto, a Instrução Normativa 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho expressamente admite a participação do *amicus curiae* no âmbito do Processo do Trabalho, não se podendo mais questionar a esse respeito.

No procedimento de recursos repetitivos, no julgamento é firmada a tese jurídica para a questão de direito controvertida que servirá como precedente produzindo dois efeitos:

a) um com relação a caso ou os casos em que hajam sido objeto de afetação (intraprocessual);

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. I, 2009, p. 210.

b) outro, para os demais, em que se tenha ordenado o sobrestamento dos recursos de revista (extraprocessual) e que valerá para futuros julgamentos constituindo assim, o precedente judicial.

Essa técnica encontra fundamento na teoria do precedente e visa coerência, estabilidade e integridade das decisões, e ao mesmo tempo produz celeridade, pois com um único julgamento são resolvidas várias demandas prestigiando-se também o princípio da razoável duração do processo.

4.3. Assunção de competência

Por último, gostaria de tecer rápidas considerações a respeito do incidente assunção de competência previsto e disciplinado nos arts. 896, § 13, da CLT e 947 do novo Código de Processo Civil.

Esse incidente tem lugar nos dissídios individuais quando a matéria de direito objeto do recurso seja reputada de grande relevância a ponto de merecer julgamento pelo Pleno do Tribunal.

Será suscitado por qualquer um dos membros da Sessão Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho e aprovado pela maioria dos integrantes da Seção.

O acórdão proferido tem efeitos vinculantes em relação a todos os juízes e órgãos fracionários do Tribunal, salvo quando houver revisão da tese.

Também aqui se pretende dar integridade, estabilidade e coerência nas decisões de forma a prevenir ou compor divergências de entendimentos entre câmaras ou turma do Tribunal.

Trata-se de um mecanismo que visa resolver questões de direito, com grande repercussão social, econômica ou jurídica, sem repetição em múltiplos processos (art. 947 do novo Código de Processo Civil e 896, § 13 da CLT), visando assegurar estabilidade nas relações jurídicas, tendo em vista que a eficácia do pronunciamento definitivo no recurso representativo se estende aos demais recursos que tenham idêntico fundamento de direito. Por conseguinte, traz maior celeridade na resolução dos conflitos, pois a uniformização interpretativa se aplica obrigatoriamente aos demais processos que tratam de idêntica questão de direito, tendo ainda uma estreita relação com o princípio da isonomia.

De fato, o pronunciamento judicial proferido no recurso representativo da controvérsia alcança os demais recursos que tenham sido sobrestados, visando evitar decisões contraditórias ou divergentes sobre a mesma matéria trazendo segurança jurídica e estabilidade às decisões, especialmente àquelas que envolvem questões de grande repercussão social.

São essencialmente essas três técnicas que a Lei 13.015/2014 trouxe ao sistema recursal trabalhista.

Se considerarmos que a Justiça do Trabalho recebe por ano mais de dois milhões de novos processos, a técnica de julgamento de recursos repetitivos e da assunção de competência contribuirá e muito para tornar realidade a garantia da razoável duração do processo devendo ser também no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, seja porque recomendada pela Instrução Normativa 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, seja ainda porque essa possibilidade encontra-se autorizada pelo novo Código de Processo Civil (arts.947 e 976).

5. Considerações finais

Embora extremamente importantes as novas técnicas de julgamento dos recursos trabalhistas trazidas pela Lei 13.015/2014 para imprimir celeridade nos julgamentos, estabilidade e segurança jurídica, para que esse novo sistema possa produzir os almejados efeitos, faz-se necessária uma mudança de postura e de mentalidade de todos os envolvidos com o sistema de justiça, de modo a compreender que muitos conflitos deveriam ser compostos por mecanismos extrajudiciais como a mediação e a conciliação que, no campo dos dissídios laborais se mostram bastante eficazes.

Apenas os conflitos que envolvam questões relevantes sob a perspectiva social, econômica e jurídica devem ser levados ao Judiciário.

Precisamos, assim, reeducar a sociedade de modo a conscientizá-la que é ela quem deve ser a protagonista da resolução de seus conflitos por meio dos mecanismos de negociação e conciliação e que o processo judicial é apenas mais um desses instrumentos não o único como infelizmente pensam alguns.

E nessa tarefa os sindicatos e os advogados têm um relevante papel a desempenhar, mas não apenas estes, também as faculdades e universidades de Direito, de modo a preparar os futuros profissionais do Direito para essa nova e inevitável realidade, pois a Justiça não mais consegue resolver, pelo menos no tempo desejável, os milhões de conflitos que são apresentados a julgamento perante o Poder Judiciário.

É preciso assim repensar as formas de composição de conflitos e reeducar a sociedade para o diálogo e para a negociação. Mas enquanto isso, as novas técnicas de resolução de demandas, especialmente aquelas de natureza repetitiva e com grande relevância social, política ou econômica previstas tanto no novo Código de Processo Civil como na Lei 13.015/2014, se bem empregadas, poderão constituir um valioso instrumento para a concretização do verdadeiro acesso à ordem justa com a resolução das demandas em prazo razoável e com isso, ao mesmo tempo, podendo contribuir para a diminuição de litígios ou pelos menos para diminuir o tempo do processo.

O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL EM DETRIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

Aline Aparecida de Souza¹

Resumo: O presente artigo se propõe a explicitar como o trabalho escravo, sobretudo no Brasil, ofende a dignidade humana dos cidadãos subjugados a tal condição, situação inadmissível na conjuntura de um Estado Democrático de Direito. O texto apresenta um breve esboço histórico a respeito da escravidão do período colonial e imperial no Brasil. Em seguida, traz à tona a escravidão contemporânea em que se encontram alguns trabalhadores neste país, mesmo depois da abolição do regime escravocrata. Após, busca-se apresentar iniciativas normativas no âmbito internacional e nacional com o intuito de combater e erradicar a escravidão contemporânea considerando o atual contexto de maior reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: trabalho escravo; dignidade humana; Brasil; escravidão contemporânea; erradicação; direitos humanos.

Abstract: This article aims to explain how the slave labor, especially in Brazil, offends the human dignity of citizens subjugated to such condition, which is considered a unacceptable situation in the context of a democratic State. The text presents a brief history foreshortening about the slavery of colonial and imperial period in Brazil. Then it brings up the contemporary slavery, where some workers can be founded in this country, even after the abolishing of the slavery. After, some regulatory initiatives at the international level and national about the combat and eradication of contemporary slavery were presented considering the current context of greater recognition and protection of Human Rights.

Keywords: slave labor; human dignity; Brazil; contemporary slavery; eradication; human rights

Sumário: Introdução; 1. Escravidão e dignidade humana; 2. A escravidão do período colonial e imperial no Brasil; 3. A escravidão contemporânea no Brasil; 4. Normatização acerca da escravidão contemporânea; 5. Normatização nacional; Conclusão.

¹ Técnica Judiciária no TRT 24ª Região; pós-graduação lato sensu em Direito Material e Processual do Trabalho; Mestranda em Direitos Humanos (UFMS)

INTRODUÇÃO

Inevitável que ao se pensar em Direitos Humanos venha à tona uma série de ideais e pretensões para se alcançar a quimérica realização humana, em que todos os homens seriam livres, dignos e iguais entre si. Conquanto este seja um retrato de fácil elaboração mental, trata-se de um *mister* de grande dificuldade prática.

Tanto é assim que esses ideais levaram muito tempo para serem amadurecidos e acalentados pela maioria dos povos e nações ao redor do mundo. Esse processo longo e demorado tem como um de seus marcos históricos o ano de 1948 em que, por iniciativa da Organização das Nações Unidas – ONU, alguns países editaram em conjunto uma carta que propugna pelo reconhecimento e proteção da dignidade de todos os homens, a qual foi intitulada de Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Apesar da pretensão de serem universais, os direitos humanos ainda são objeto de dissenso ao redor do mundo. Um dos primeiros entraves ao consenso esbarra-se na sua própria definição, haja vista tratar-se de uma expressão ampla e plurissignificativa. Contudo, a despeito das inúmeras tentativas de se condensar o conceito dos direitos humanos, adequada é a definição de Marconi Pequeno (2008) quando afirma que:

Direitos Humanos são aqueles princípios e valores que permitem a uma pessoa afirmar sua condição humana e participar plenamente da vida. Tais direitos fazem com que o indivíduo possa vivenciar plenamente sua condição biológica, psicológica, econômica, social, cultural e política. Os Direitos Humanos se aplicam a todos os homens e servem para proteger a pessoa de tudo que possa negar sua condição humana.

Outro empecilho teórico que causa certa dissidência entre os povos estaria em definir qual(is) seria(m) o(s) fundamento(s) desse arcabouço de direitos, como se fosse possível encontrar uma resposta precisa para tal pergunta. Não obstante isso, das inúmeras discussões travadas a respeito, sobressai o valor da dignidade humana.

Mas o que seria a dignidade humana?

Trata-se de um conceito que se encontra intimamente associado à pessoa humana, porquanto se refere a uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2004).

Assim, da supracitada conceituação pode-se entender que todos os homens devem ter reconhecida a sua dignidade?

A resposta parece óbvia, mas no decorrer da história e, até presentemente, o que se observa são inúmeros episódios de agressão e aviltamento da dignidade do homem, em que os próprios homens se diferenciam e subjagam uns aos outros.

Infelizmente, a história do Brasil não destoa da história de grande parte dos países no que diz respeito à adoção de práticas institucionalizadas ou não que desumanizaram muitos indivíduos por todo o mundo. Dentre estas práticas, nos interessa neste trabalho uma análise acerca da escravidão perpetrada no Brasil desde o seu período colonial até a atualidade.

Com o advento da Lei nº 3.353 de maio de 1888, conhecida como Lei Áurea, que declarou a extinção da escravidão no Brasil, imaginou-se que a figura do escravo tivesse sido extirpada do país. Contudo, nas últimas décadas, pesquisadores, entidades não-governamentais e órgãos públicos têm relatado a existência de trabalhadores sendo sujeitados a condições análogas àquelas em que os escravos eram submetidos, ou seja, submetidos a trabalhos forçados, à inexistência de direitos, à aplicação de penalidades e à condições degradantes de trabalho e moradia.

Com o intuito de explicitar como o trabalho escravo, sobretudo no Brasil, ofende a dignidade humana dos cidadãos subjugados a tal condição, a presente pesquisa, qualificada metodologicamente como bibliográfica e exploratória, pretende contribuir para o debate jurídico sobre esse problema que ainda assola nosso país e que viola uma série de direitos humanos.

1. A ESCRAVIDÃO E A DIGNIDADE HUMANA

Ao lançar-se um olhar à história do homem, corriqueiramente encontrar-se-ia a figura do escravo, figura esta, que se via inserida em um sistema de super exploração de sua força de trabalho, no qual era despojado de cidadania e demais direitos e servia unicamente para atender os interesses econômicos de seus proprietários.

Não se sabe claramente em que época e em que civilização iniciou-se o sistema de escravidão, o que se pode afirmar é que a sua existência remonta aos períodos de sedentarização do homem, entretanto, há de se ressaltar que não ocorreu em todas as sociedades e civilizações.

Dentre os principais fundamentos justificadores da conversão de seres humanos em escravos podem-se retratar: a ocorrência de guerras, cujos prisioneiros tornavam-se escravos do povo vencedor; a execução de crimes, muitas vezes tornava o culpado um escravo, assim como, a falta de pagamento de alguma dívida; outros povos subjugavam pessoas devido à religião que professavam ou por conta da sua origem ou raça.

Neste contexto, o que se observa é a instrumentalização do homem, como um indivíduo despido de seu caráter humano e pertencente ao mundo das coisas, pois passa a figurar no rol de bens de seu proprietário e é este que passa a gerir seu destino.

José de Souza Martins (2008) leciona que o escravo poderia ser definido como sendo “uma mercadoria como qualquer outra, destituído de vontade própria, como um par de sapatos, uma camisa, um carro, um boi”.

Todavia, essa condição não parecia natural ao se reparar na racionalidade que detêm o ser humano e na irrepetibilidade dos indivíduos, tanto é assim que Immanuel Kant (2007) postulou que:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações (sic), tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.

[...]

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade?

Kant deixou um legado para a filosofia dos direitos humanos ao se reportar à impossibilidade de substituir um homem por outro, ao sobrelevar sua racionalidade em relação aos demais seres vivos, bem como ao vê-lo como ser detentor de autonomia e individualidade.

Sendo assim, se pode notar que a escravidão é uma antítese à dignidade humana, inferência esta que poderá ser confirmada ao se debruçar sobre a análise do escravismo tão propalado e ainda existente na biografia de muitos cidadãos desta pátria, apesar de a dignidade humana ser um dos fundamentos em que se encontra alicerçada a República Federativa do Brasil, conforme preceitua o inc. III, do art. 1º da Constituição Federal.

2. A ESCRAVIDÃO DO PERÍODO COLONIAL E IMPERIAL NO BRASIL

Desde a descoberta deste país em 22 de abril de 1500, o território brasileiro passou a ser explorado e colonizado pelos portugueses que se utilizaram predominantemente da mão de obra escrava para atingir seus intentos.

No momento seguinte à descoberta, os colonizadores utilizaram-se da mão de obra dos indígenas nativos do território brasileiro ante a falta de interesse dos portugueses em migrar para o novo continente, bem como, a desvantagem econômica para a migração e custeio de imigrantes assalariados (COSTA, MELLO, 2009).

Inicialmente, o trabalho dos indígenas era retribuído com objetos ou utensílios sem valor, porque estes materiais, a princípio, fascinavam os indígenas. Com o passar do tempo, acabou essa forma de escambo e o trabalho dos índios tornou-se compulsório.

Neste contexto, a população indígena começou a ser dizimada, pois muitos eram mortos por desobedecerem às ordens recebidas, outros morriam porque não se acostumavam

com os tipos de trabalho e com os maus-tratos impostos pelos portugueses, e outros porque eram acometidos por doenças provenientes do território europeu e disseminada pelos colonizadores.

A Igreja Católica, à época, posicionou-se contra a escravização dos indígenas, pois eram seres humanos considerados não civilizados, passíveis de evangelização e comunhão com os demais cristãos. Deste modo, diante de um quadro de escassez de mão de obra e das pressões da Igreja Católica, os portugueses recorreram à mão de obra negra (COSTA, MELLO, 2009).

Para os europeus, os negros eram tidos como uma raça inferior e pecadora, tanto que a escravidão dos africanos era justificada em razão das diversas crenças politeístas e animistas que professavam, e, por conta disso, a escravidão serviria como redenção de seus pecados.

Na verdade, a escravização de negros africanos era muito mais rentável do que a de indígenas locais, pois a Coroa Portuguesa lucrava com a cobrança de taxas de importação e autorização da entrada de africanos no país; já os traficantes de escravos lucravam com a sua venda, pois pagavam uma bagatela àqueles que prendiam os negros em suas terras de origem e vendiam por um preço altíssimo aos interessados em adquiri-los (COSTA, MELLO, 2009).

Assim, o escravo negro no Brasil tornava-se um bem da propriedade de quem o comprava. Frise-se que o escravo não tinha direitos, pois nesse sistema ele era coisificado, comparado a um animal quadrúpede nos termos da legislação vigente à época.

Ainda, note-se que diante desse quadro de coisificação, aqueles seres humanos perdiam um dos maiores direitos fundamentais do homem: a liberdade. Como eram objetos da propriedade do seu senhor, os escravos viviam sob constante vigilância dos empregados de seus donos e muitas vezes viviam presos a correntes, a fim de se evitar qualquer tentativa de fuga (COSTA, 1998).

Eliane Pedrosa (2006) descreve como os donos de escravos não encontravam limites para gerir seu patrimônio cativo:

Os proprietários de escravo, por seu turno, detinham total soberania sobre o seu patrimônio, não intervindo habitualmente o Estado quer na aplicação de castigos, quer na concessão de alforrias. A supremacia do senhor em relação ao seu direito de proprietário sobre os escravos era tanta que quando necessário solicitava o apoio da polícia.

O trabalho de escravos negros no Brasil foi utilizado nas diversas atividades econômicas desenvolvidas neste país durante a colonização e em quase todo o período imperial. Assim, era possível encontrar escravos nos engenhos de açúcar, na atividade agropecuária em geral, na exploração de minerais, na construção civil, na carga e descarga de materiais, dentre outras atividades tipicamente braçais.

As riquezas nacionais, bem como, aquelas que eram exportadas para a colônia e

demais países europeus importadores de produtos brasileiros eram conquistadas a partir do suor do trabalhador escravo (COSTA, MELLO, 2009).

Entretanto, com o passar do tempo, a aquisição e a manutenção de escravos foi se tornando muito onerosa, a ponto de os proprietários visualizarem na contratação de mão de obra assalariada uma saída para a contenção de despesas.

José de Souza Martins (1999) descreve essa situação surgida em meados do século XIX :

O escravo negro, que tinha que ser comprado a peso de ouro no mercado negreiro, a partir de um certo momento, passou a representar um grande prejuízo para os fazendeiros. A partir de 1850, o preço do escravo cresceu continuamente. Mas não cresceu o preço do café e o preço do açúcar produzidos com trabalho escravo; não cresceram os lucros dos fazendeiros.

Libertar os escravos negros era, pois, uma forma de os fazendeiros se libertarem dos escravos negros (sic). Não houve bondade nem maldade – houve cálculo e predomínio dos interesses econômicos sobre os interesses sociais, como é próprio da sociedade capitalista.

Nesse contexto, conjugado com os esforços de grupos abolicionistas, bem como da pressão internacional, foi assinada a Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888, mais conhecida como Lei Áurea, e a escravidão foi proibida no Brasil e os seus escravos foram alforriados (COSTA, 1998).

Todavia, calha ressaltar que a escravidão no país deixou marcas indeléveis na sociedade brasileira, principalmente quando se reporta ao preconceito que ainda existe em relação à população negra e a situação de pobreza que herdaram face à falta de políticas sociais que amparassem os negros alforriados.

Tanto é assim que Jessé Souza (2006) percebe que a formação de uma classe conhecida como “ralé” é resultado do abandono e da inadaptação dos ex-escravos e ex-dependentes do regime senhorial e escravocrata.

3. A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL

Por mais que o regime escravista tenha sido proibido no país, o governo brasileiro reconheceu, no ano de 2004, junto à Organização das Nações Unidas - ONU, a existência de dezenas de milhares de cidadãos brasileiros trabalhando em regime análogo ao de escravos.

As estimativas são advindas de pesquisas realizadas por entidades não-governamentais e, igualmente, dos relatórios do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego que encontraram esses cidadãos em diversas localidades no território brasileiro, exercendo variados tipos de atividades, sobremaneira as agropecuárias, mas também em trabalhos urbanos, a exemplo de confecções que exploram a mão de obra estrangeira, mais

especificamente a boliviana; ainda encontra-se o uso de mão de obra escrava com o tráfico de mulheres e adolescentes, as quais ludibriadas com promessas de bons empregos, elas são encaminhadas a prostíbulos, onde vivem em cativeiro, dentre inúmeras outras situações descritas nos aludidos relatórios.

Como dito acima, na maior parte das vezes, uma das formas de escravidão contemporânea é aquela encontrada na zona rural do Brasil, travestida por uma forma peculiar de trabalho desenvolvido em algumas fazendas latifundiárias, onde proprietários ou gerentes de fazendas reduzem seus trabalhadores a condições análogas à de escravos, colocando-os sob o regime de cativeiro, negando-lhes a liberdade de ir e vir, assim como, de deixarem o trabalho ao qual se dispuseram espontaneamente, pois se encontram atrelados a uma dívida imposta por seus patrões, cobrada em razão do transporte, alojamentos e alimentação oferecidos.

Por oportuno, calha trazer à colação algumas descrições sucintas de como ocorre a arregimentação dos trabalhadores que eventualmente acabam sendo submetidos a condições análogas à de escravos:

[...] os fazendeiros utilizam 'gatos' e recrutadores de mão-de-obra (sic) que percorrem as regiões de ciclo agrícola diferente, como o Nordeste, e aí, mediante promessas de bom trato e bom pagamento, aliciam trabalhadores disponíveis e os levam para regiões remotas (MARTINS, 1999).

Uma outra forma de aliciar os trabalhadores é quitar a dívida dos rurícolas com as pensões onde eles permanecem nos períodos de entressafra, quando se encontram desempregados. As dívidas ali contraídas são resgatadas pelos 'gatos' que, em contrapartida, exigem que os camponeses trabalhem indefinidamente nas fazendas (SENTO-SÉ, 2001).

Note-se que o trabalhador se oferece espontaneamente para trabalhar, pois confia nas promessas de pagamento de bons salários e boas condições de trabalho. Como se encontra desempregado e necessita do emprego para o sustento de sua família, bem como, para quitar seus débitos, aceita o trabalho, mesmo que seja em regiões distantes da onde reside.

Contudo, quando chega ao local em que irá trabalhar, depara-se com uma realidade diversa daquela prometida por seu arregimentador, uma vez que os equipamentos necessários para a execução do trabalho não são oferecidos gratuitamente, assim como a alimentação.

Sento-Sé (2001) descreve a aludida situação da seguinte forma:

Ao chegar ao seu destino, recebe os equipamentos essenciais para realizar o seu trabalho (como facão, facas, botas, chapéu etc.), juntamente com aqueles fundamentais para a sua sobrevivência (rede de dormir, panelas, mantimentos, lonas para barraca e outros). Note-se que todos estes são cobrados pelo empregador e, o que é o pior, a preço bem superior ao do mercado, em frontal desrespeito ao que estabelece a legislação trabalhista vigente, em especial o art. 458, caput e § 2º da CLT, ambos aplicados subsidiariamente à relação de trabalho rural, por força do que preceitua o art. 4º, caput, do Decreto n. 73.626, de 12.2.74, que regulamentou a Lei n. 5.889/73 (lei que estatui normas reguladoras do trabalho rural e dá outras providências).

O mesmo acontece quanto aos gêneros alimentícios de primeira necessidade que, em geral, são vendidos pelo próprio proprietário rural em sua fazenda a preços acima dos de mercado e descontados do salário do obreiro ao final do mês. É o chamado sistema de barracão ou truck-system. Por ser uma pessoa de pouco discernimento, muitas vezes analfabeta, perde totalmente o controle quanto ao valor da dívida e é facilmente ludibriado pelo credor.

Assim, logo no início dessa suposta relação de trabalho, o trabalhador vê-se obrigado a adquirir seus equipamentos de trabalho e pagar sua alimentação, todos oferecidos, na maioria das vezes, pelo próprio empregador a preços superiores aos ofertados no mercado. As dívidas são anotadas em uma espécie de caderneta e posteriormente são descontadas da remuneração do trabalhador.

Ocorre que as dívidas tornam-se impagáveis, uma vez que os preços dos produtos adquiridos são altíssimos e os salários do trabalhador são ínfimos, dessa forma, o trabalhador sequer recebe algum valor em pecúnia, pois, na maior parte das vezes, seu saldo com o empregador está negativo.

Para evitar que o trabalhador fuja deixando o trabalho e as dívidas adquiridas, o empregador, se assim puder ser chamado, retém a documentação desses trabalhadores e/ou utiliza-se de capatazes armados para vigiar e coagi-los, por conta disso, o trabalhador vê-se obrigado a submeter-se aos trabalhos impostos, mesmo que em condições degradantes e em jornadas exaustivas.

Alguns trabalhadores sequer cogitam a hipótese de fugir, pois assumem as dívidas contraídas e sentem-se compelidos a quitá-las, haja vista seu senso de honra e honestidade. José de Souza Martins (1999) descreve essa situação, conforme excerto abaixo:

Para prendê-los ao trabalho, criam mecanismos de endividamento artificial e formas de controle e repressão, geralmente envolvendo violência física e confinamento, para assegurar que o trabalhador não escapará e se submeterá ao trabalho até que a tarefa seja concluída. Basicamente, trata-se de uma forma degradada e violenta de trabalho assalariado, aparentemente como se fosse trabalho por tarefa ou empreitada, variante do chamado trabalho por peça. Ao tentar fugir ou resistir contra a exploração embutida nessa relação, o trabalhador é tratado como se estivesse descumprindo o contrato, a palavra empenhada quando fora recrutado pelo 'gato'. Palavra empenhada, aliás, cuja eficácia é geralmente assegurada por adiantamentos em dinheiro que fazem o cativo e o recrutador suporem que a fuga representa um roubo, o não pagamento do dinheiro recebido. Essa é, seguramente, uma das razões pelas quais o trabalhador teme e recusa sua libertação, pois se considera subjetivamente devedor, e, portanto, incapaz de violar o princípio moral em que apóia sua relação de trabalho.

A prática de violência como meio coercitivo dos trabalhadores é uma constante, um exemplo disso pode ser visualizado nesse trecho de notícia publicada na Revista Veja de

24.7.1991², a qual relatava depoimentos de trabalhadores libertos de uma fazenda em Paragominas no estado do Pará:

[...] nessas propriedades os materiais utilizados para tortura, como ferros, açoites e correntes de aço, que também serviam para amarrar os peões à noite para não fugirem. Os trabalhadores eram torturados quando desobedeciam as ordens do patrão e mortos quando tentavam fugir por pistoleiros auxiliados por cães treinados. Foi confirmada até mesmo a existência de um cemitério clandestino, onde foi encontrada, numa vala, a parte inferior de um corpo.

Vale observar que esse trabalhador, em sua humildade e ignorância, sequer vislumbra que se encontra em uma situação subumana, relegado dos direitos mais mezinhos do ser humano e castrado de sua dignidade e liberdade, servindo apenas como um meio e/ou instrumento para o aumento de lucros e de riquezas de seus empregadores.

Nessa esteira de pensamento é que se pode comparar a sua condição com àquela em que se encontravam os seres humanos escravizados historicamente, destituídos de direitos, coisificados e submetidos ao jugo de seus senhores.

4. NORMATIZAÇÃO ACERCA DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Como visto, a escravidão não é um sistema extinto, vários países ainda padecem desse mal, ainda que proibido em suas legislações, existem nações em que ela ainda é consentida culturalmente, a exemplo da Índia, Bangladesh e Paquistão³.

A fim de contornar essa realidade, a Organização Internacional do Trabalho – OIT atentou-se a esse fenômeno mundial e expediu convenções relacionadas à proteção de trabalhadores contra práticas de trabalhos forçados ou obrigatórios, que reduzem trabalhadores a condições análogas à de escravos.

Em 1926 foi elaborada a Convenção sobre a Escravidão, a qual dispôs que fossem tomadas todas as medidas necessárias para evitá-la, nessa convenção a escravidão foi definida como sendo um estado ou condição em que um indivíduo é submetido, sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, alguns ou todos os atributos do direito de propriedade (MELO, 2006).

A OIT também expediu a Convenção nº 29, publicada em 1º de maio de 1932, na qual utilizou a expressão trabalho forçado ou obrigatório e não mais trabalho escravo, pois tal expressão traz interpretações muito abrangentes, ainda, optou por não confundir este tipo de trabalho atual com aquele praticado até o século XIX, observe-se o que dispõe o seu art. 2º, *in verbis*:

Artigo 2º Para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório"

² A reportagem, datada de 24.07.91, e publicada na **Veja**, é referida por Sento-Sé (2001).

³ Fonte: Fundação Walk Free, disponível em: <<http://www.globalslaveryindex.org>>, acesso em 06.07.2016.

compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

A própria Convenção afasta alguns tipos de trabalhos que poderiam ser confundidos com trabalhos forçados ou obrigatórios, a exemplo de: qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório; qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizooticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população; dentre outros enumerados no inc. II, do seu art. 2º.

Em 1956, foi ratificada uma Convenção Suplementar Relativa à Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e de Instituições e Práticas Análogas à Escravidão, visando à total abolição do trabalho forçado e da servidão por dívida pelos países que assinassem àquela Convenção. Em seguida, em 1957, a OIT reuniu-se em Conferência Geral, a fim de adotar outras proposições referentes à abolição do trabalho forçado ou obrigatório e expediu a Convenção nº 105.

Observe-se que em todas essas convenções expedidas pela OIT, há a utilização da nomenclatura “trabalho forçado ou obrigatório”. A expressão “trabalho escravo” configuraria situações mais específicas, todavia, seria abrangida pela expressão “trabalho forçado”, nesse sentido, Sento-Sé (2001) leciona que:

Em verdade, o trabalho escravo contemporâneo seria espécie do gênero “trabalho forçado”. Afinal de contas, aquele estaria incluído no segundo, como a parte que integra o todo. Ou, como se costuma dizer, numa relação entre continente (trabalho forçado) e conteúdo (o trabalho escravo).

Apesar de o Brasil ter ratificado aquelas Convenções da OIT, é assente no país o uso das expressões “redução de alguém a situação análoga à de escravo” ou “trabalho escravo contemporâneo”, pois a legislação e normas acerca do tema contêm as aludidas expressões.

5. NORMATIZAÇÃO NACIONAL

Reduzir uma pessoa a condição análoga à de escravo é um crime que muito embora envolva a execução de trabalho por parte do indivíduo cativo com a violação de inúmeros direitos e garantias trabalhistas não está disciplinado em leis trabalhistas, mas sim no Código Penal⁴, no Capítulo dos Crimes contra a liberdade individual, porquanto está intrinsecamente

⁴ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

ligado à restrição da liberdade individual da pessoa.

Entenda-se não apenas a liberdade de ir e vir, como também a liberdade de o indivíduo de exercer a própria vontade, de autodeterminar-se e de dispor sobre si mesmo. Poder-se-ia atentar ainda, que o indivíduo também perde a liberdade de resilir seu vínculo de emprego, como preceitua a Consolidação de Leis Trabalhistas - CLT. Sem falar das liberdades de expressão; de pensamento; de consciência; de exercício de trabalho; de reunião; de associação; dentre outras amparadas na legislação nacional que acabam sendo restringidas neste tipo de relação.

Veja-se que a restrição da liberdade da vítima não é uma restrição jurídica como nos tempos da escravidão do período colonial, mas a restrição da liberdade de fato, porquanto o indivíduo possui a liberdade albergada na Constituição Federal, no entanto, momentaneamente vê-se privado dela.

Nesse contexto, o país começou a buscar alternativas para extirpar a escravidão no país, em 1995 o Ministério do Trabalho e Emprego criou o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM)⁵, em que auditores-fiscais do trabalho em conjunto com membros e servidores do Ministério Público do Trabalho - MPT, da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal passaram a fiscalizar estabelecimentos no país com o intuito de reprimir o trabalho escravo, bem como libertar os trabalhadores encontrados nesta situação.

Tendo em vista a quantidade de pessoas encontradas nessas condições, o Ministério Público do Trabalho - MPT criou a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONAETE⁶, com o escopo de integrar as Procuradorias Regionais do Trabalho para a erradicação do trabalho escravo, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema e pretendendo uma atuação ágil e efetiva do MPT frente aos casos de escravidão contemporânea.

Nesses anos de atuação das equipes móveis de fiscalização, estima-se que mais de 50.000 pessoas foram libertadas⁷, mas ainda era necessário envidar mais esforços para que essas situações não se repetissem, em 2004, o Ministério do Trabalho e Emprego criou o “Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo”⁸,

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;
II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

⁵ Mediante a Portaria nº 550 de 14 de junho de 1995.

⁶ Portaria nº 231, de 12 de setembro de 2002 do Ministério Público da União.

⁷ Fonte: ONG Repórter Brasil, disponível em: < <http://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>>, acesso em 30.06.2016.

⁸ Portaria nº 540 de 15 de outubro de 2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

também conhecida como “Lista Suja” em que constam o nome de pessoas físicas e jurídicas flagradas pela fiscalização.

Outro avanço importante aconteceu após muitas discussões no Congresso Nacional, em 2014 quando foi aprovada uma emenda⁹ à Constituição Federal com o intuito de expropriar a terra daqueles proprietários que forem flagrados servindo-se de trabalho escravo, conforme se pode observar na nova redação dada ao art. 243 da Constituição, *in verbis*:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Muito oportuna a aprovação dessa Emenda Constitucional porquanto demonstra a sensibilidade do país ao sobrelevar os direitos à liberdade e à dignidade humana em detrimento ao direito à propriedade, tão protegido na legislação nacional.

CONCLUSÃO

Como se vê, a redução de alguém a situação análoga à de escravo é uma afronta a toda a ordem jurídica, pois malsina desde princípios fundamentais do indivíduo, também os seus direitos sociais, dentre outros pertencentes ao arcabouço jurídico de um cidadão, essa é uma situação que não pode ser admitida em um Estado Democrático de Direito.

A existência de trabalho escravo na atualidade é um acinte a todas as ideologias sociais e filosóficas, bem como, jurídicas desenvolvidas pelo homem nos últimos séculos, em que se levantaram as bandeiras dos direitos humanos.

Desse modo, impossível admitir que homens sejam transformados em meros instrumentos de subserviência para outros homens, relegados a um plano inferior e privados de seus direitos mais básicos, servindo apenas para satisfazer os interesses econômicos de outrem.

Os avanços normativos e a criação de mecanismos de combate e fiscalização contra o trabalho escravo, bem como meios de punir aqueles que descumprem a legislação nacional e internacional a respeito do trabalho forçado demonstram a preocupação do país com a dignidade de seus cidadãos, fundamento desta nação que deve ser observado por todos.

⁹ Emenda Constitucional nº 81 de 2014.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal* – Decreto-lei nº 2.848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 20 de maio de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em 18 de maio de 2016.

COSTA, Emília Viotti da. *Da senzala à colônia*. 4 ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1998.

COSTA, Luís César Amad. MELLO, Leonel Itaussu A. de. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

MARTINS, José de Souza. *A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação*. In: CPT (org.). *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. Loyola, 1999.

MELO, Luís Antônio Camargo. *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias temáticas*. Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE). Brasília: ESMPU, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed, São Paulo, Malheiros Ed., 1994.

NETO, Vito Palo. *Conceito Jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 29 - Trabalho Forçado ou Obrigatório*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>, acesso em 30.06.2016.

PEDROSO, Eliane. *Da negação ao reconhecimento da escravidão contemporânea. Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

PEQUENO, Marconi. O fundamento dos Direitos Humanos *in Direitos Humanos: capacitação de educadores / Maria de Nazaré Tavares Zenaide, et al.* – João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004, p. 61.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil da Atualidade*. São Paulo: LTr, 2001.

SOUZA, Jessé José Freire de. *A construção social da subcidadania – Para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

ACÓRDÃOS

PROC. N. 0024848-60.2014.5.24.0004-RO

A C Ó R D ã O
1ª TURMA

Relator : Des. ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA
Recorrente : F.L.T.
Advogado : W.A.A.
Recorrida : J.L.O. - ME
Advogado : W.M.T.
Origem : 4ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL. RACIOCÍNIOS PROBATÓRIOS. O sistema da persuasão racional, sustentado pelo princípio da livre convicção motivada (art. 131 do CPC/1973; art. 371 do CPC/2015), segundo o qual as provas não têm, a priori, qualquer peso, cabendo ao juiz, na sua apreciação, determinar o seu valor, estrutura-se por intermédio dos raciocínios probatórios, desenvolvidos entre os fatos alegados e as provas produzidas. No presente caso, a avaliação da prova oral realizada pela juíza encontra-se harmônica com o conjunto probatório, isto é, o juízo do fato está estruturado em elementos de prova que demonstram o acerto de suas conclusões. As razões do juízo de convencimento desenvolvidas na r. sentença permitem a verificação dos raciocínios que a juíza utilizou e a confirmação das justificativas apresentadas. Recurso desprovido no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0024848-60.2014.5.24.0004-RO) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Inconformada com a r. decisão proferida pela Exma. Juíza Titular de Vara do Trabalho Marina Brun Bucker, que julgou procedentes em parte os pedidos articulados na inicial, recorre ordinariamente a reclamante a este Egrégio Tribunal, pretendendo reforma.

Devidamente intimada, a reclamada não apresentou contrarrazões.

Em razão do que prescreve o artigo 84 do Regimento Interno, os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do recurso.

2 - MÉRITO

2.1 - PERÍODO DO VÍNCULO - SALÁRIO POR FORA - JORNADA DE TRABALHO - PROVA TESTEMUNHAL

A recorrente assevera ter sido admitida em 9.2.2009 e dispensada em 11.5.2014, por considerar a projeção do aviso prévio, buscando, assim, a reforma da sentença quanto ao período contratual e seus efeitos. Pleiteia, ainda, o reconhecimento da percepção de salários por fora, as horas extras laboradas e as horas suprimidas do intervalo interjornadas. Aduz, em síntese, que não há fundamento para desconsiderar o depoimento de suas testemunhas.

Não lhe assiste razão.

O sistema da persuasão racional, sustentado pelo princípio da livre convicção motivada (art. 131 do CPC/1973; art. 371 do CPC/2015), segundo o qual as provas não têm, a priori, qualquer peso, cabendo ao juiz, na sua apreciação, determinar o seu valor, estrutura-se por intermédio dos raciocínios probatórios, desenvolvidos entre os fatos alegados e as provas produzidas. O dever do juiz indicar as razões pelas quais formou o seu convencimento diz respeito à apresentação dos referidos raciocínios, que compõem os fundamentos da decisão.

Na inicial, alegou a autora que recebia salário de R\$ 1.200,00 no primeiro ano de trabalho e, a partir de março de 2010, passou a receber salário no valor de R\$ 2.700,00, cumprindo jornada das 6h às 24h de quarta-feira a

domingo.

A reclamada defendeu-se aduzindo que a reclamante sempre recebeu salário da categoria, conforme os recibos de pagamentos carreados aos autos, e que o vínculo de emprego existiu apenas no período registrado, de acordo com a CTPS e o TRCT.

O juízo manteve a data de admissão e demissão constante na CTPS (1º.9.2012 a 23.4.2014, respectivamente - ID 8dd44dc). Assentou que, diante da fragilidade da prova testemunhal produzida, a reclamante não se desvencilhou do seu ônus de comprovar o salário inoficioso, o labor extraordinário e o descumprimento do intervalo interjornada.

A testemunha M.H. afirmou, *litteris*:

1. a reclamada inicialmente operava com o nome C.F., no bairro Zé Pereira, depois mudou de endereço e o nome passou a ser T.B.;
2. a depoente trabalhou nos dois lugares por aproximadamente 03 meses, no início do ano de 2009;
3. a reclamada realizava eventos(festas), de quarta feira a domingo;
4. o Buffet oferecia salgados e doces para as festas;
5. a depoente trabalhava como auxiliar de cozinha da reclamante;
6. na cozinha trabalhava a depoente e a reclamante;
7. a depoente trabalhava das 06h30/07h00 até por volta das 24h00;
8. as refeições eram feitas no próprio buffet, despendendo em torno de 30 minutos;
9. quando a depoente foi admitida a reclamante já trabalhava como cozinheira no buffet;
10. a depoente recebia R\$70,00 por dia;
11. a reclamante recebia em torno de R\$1.200,00 por mês;
12. no período em que a depoente trabalhou, em todos os dias de quarta a domingo foram realizados eventos no buffet;
13. a reclamante trabalhava em todos os dias mencionados no mesmo horário da depoente (ID 8bfebc6, p.1-2).

A testemunha N. disse que:

1. trabalhou para a reclamada de meados de 2013 até fevereiro de 2014;
2. trabalhava como auxiliar de cozinha;
3. a cozinheira na época era a reclamante;
4. a depoente recebia por dia trabalhado, sendo que era contratada conforme houvesse alguma festa em determinado dia da semana;
5. tinha semana que tinha festa até na segunda feira e em outras semanas não tinha festa nenhuma;
6. normalmente as sextas e sábados havia festas agendadas;

7. a depoente iniciava sua jornada as 06/07h00 e terminava às 22/23h00 se fosse festa pacote simples e quando era jantar terminava por volta das 02h00;
8. os pacotes eram de 04 horas de festa e então o encerramento dependia do horário de início podendo encerrar às 22/23/24h00;
9. o pacote simples consistia no fornecimento de cachorro quente, salgados, doces e o bolo que eram preparados no próprio buffet pela depoente e pela reclamante;
8. a depoente recebia a diária conforme o tamanho da festa, variando de R\$70/100,00;
9. a reclamante recebia por diária, a depoente acha;
10. além da depoente havia uma outra auxiliar chamada L.;
11. algumas vezes tinha eventos também as sextas feiras;
- (...)
15. algumas vezes a reclamante dispensava a vinda da depoente porque o evento era pequeno e então ela fazia o preparo da festa sozinha;
16. a reclamante é vizinha da depoente e então pode informar que ela trabalhou por bastante tempo para o buffet porque via a reclamante saindo para trabalhar (ID 8bfebc6, p.2).

E a testemunha L. declarou, *in verbis*:

1. trabalhou para a reclamada de 2013 a 2014, sendo que trabalhava de duas a três vezes por semana como free lance;
2. recebia de R\$80/100,00 por dia;
3. trabalhava das 07h00 às 01/1h 30 da madrugada, ou seja no encerramento da festa;
- (...)
5. não havia dia certo na semana para a realização dos eventos no buffet;
6. quem coordenava os serviços era a reclamante;
7. a reclamante era quem abria o buffet às 06h00;
8. a reclamante era registrada;
9. não se recorda quando foi o primeiro dia em 2013 nem o seu último dia em 2014 de trabalho no buffet;
- (...)
11. a reclamante trabalhava de quarta a domingo;
12. a reclamante também permanecia trabalhando até o final do evento;
13. as vezes trabalhavam a depoente e a reclamante e algumas vezes a cunhada da reclamante também ajudava;
14. a reclamante na época lhe disse que recebia de R\$1.200,00 a 2.700,00 (ID 8bfebc6, p.3).

Ao apreciar a prova testemunhal, o juízo fundamentou:

A reclamante produziu prova testemunhal, no entanto, nenhum a delas com condão de retirar o valor probante da prova documental

(CTPS/TRCT).

O depoimento da testemunha N.A.F.G. não pode ser levado em consideração, eis que não possui isenção de ânimo, já que afirmou ser ex-cunhada e que possui três filhos com o irmão da autora (itens 19 e 20 - ata ID Num. 8bfebc6 - Pág. 3).

O depoimento da testemunha M.H.G.R. é bastante frágil já que informa que laborou com a reclamante por apenas 03 meses no início do ano de 2009, não sendo passível de credibilidade de que após 6 anos (depoimento em abril/2015) possa afirmar com convicção qual seria o salário da autora na época em que laboraram para a reclamada (itens 2 e 11 - ata ID Num. 8bfebc6 - Pág. 1)

Igual sorte o depoimento da testemunha L.P.S. a qual não se recorda da data em que prestou serviços para a reclamada (item 9), mas tem conhecimento do salário da reclamante, inclusive a evolução salarial (item 14) que ocorreu em 2010, segundo consta da inicial, ou seja, antes mesmo da prestação de serviços da testemunha à reclamada que ocorreu a partir 2013 (ata ID Num. 8bfebc6 - Pág. 3) (ID d2f1965, p. 2).

No presente caso, a avaliação da prova oral realizada pela juíza encontra-se harmônica com o conjunto probatório, isto é, o juízo do fato está estruturado em elementos de prova que demonstram o acerto de suas conclusões. As razões do juízo de convencimento desenvolvidas na r. sentença permitem a verificação dos raciocínios que a juíza utilizou e a confirmação das justificativas apresentadas. A apreciação da prova testemunhal, no tocante aos pleitos em epígrafe, revela a fragilidade dos depoimentos, em razão de suas afirmações e respectivas circunstâncias, não sendo possível a confirmação dos fatos alegados pelo autor, sobretudo em face da prova documental.

Relativamente ao depoimento de N., correta a constatação da juíza de falta de isenção, tendo por fundamento o fato de ser a testemunha ex-cunhada e ter três filhos com o irmão da reclamante. E, acresça-se a este fundamento que retira a isenção, conforme declarou, o fato de que a testemunha mora na casa dos fundos da autora há aproximadamente oito anos (ID 8bfebc6, p. 3, itens 17-20). Se é verdade, por um lado, como aduz a reclamante em seu recurso, que esta testemunha não estava impedida de depor, por outro lado, os laços familiares e de proximidade impossibilitam que

o depoimento contenha credibilidade em suas declarações. Ademais, diferentemente do que afirma a reclamante em suas razões recursais, a advertência e o compromisso da testemunha não garantem sua credibilidade e não retiram do juiz o seu poder de valorar a prova de acordo com o seu conteúdo e circunstâncias, como acertadamente analisou a juíza.

Observa-se que a testemunha M.R. foi a única a declarar que a reclamante trabalhou no ano de 2009, no entanto, seu depoimento é frágil pois contraditório, uma vez que, de acordo com o declarado, a depoente, exercendo o cargo de auxiliar de cozinha, receberia salário maior que o da reclamante, cozinheira do buffet. Assim, além da questão relativa ao tempo e à memória destacados pela juíza, que atuam contra a credibilidade do depoimento, o aspecto contraditório apontado desmerece o seu valor.

A testemunha L., que trabalhou para reclamada de 2013 a 2014, infirmou seu depoimento ao apresentar contradição que indica favorecimento ou inverossimilhança, como bem demonstrado pela juíza, ao não saber sobre determinados dados acerca da sua atividade na reclamada e conhecer a evolução salarial da reclamante. Ademais, declarou o que lhe foi dito pela própria reclamante sobre o salário auferido por ela desde o início do pacto laboral, não possuindo a declaração, portanto, nenhum valor probatório (item 14 de seu depoimento).

Diante da correta valoração da prova levada a efeito pela juíza, os fatos alegados pela reclamante, relativamente ao período do contrato de trabalho e ao salário, não podem ser acolhidos como verdadeiros, sobretudo em face dos recibos salariais e das anotações da CTPS, que geram presunção relativa de validade.

Da mesma forma, no tocante à jornada de trabalho, a fragilidade dos depoimentos e a falta de credibilidade destacados, considerando que o ônus da prova também pertencia à reclamante (a reclamada é empresa individual e não houve alegação ou demonstração de que possuísse mais de dez empregados, estando desobrigada a manter

controle de jornada, consoante artigo 74, § 2º, da CLT), impõem a confirmação do julgado.

Por todos estes fundamentos, nega-se provimento ao recurso para manter a r. sentença.

2.2 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Diante da prova eletrônica (facebook), que revelou o diálogo entre a reclamante e os representantes da reclamada, e considerando também a coerência deste diálogo com as alegações da petição inicial, a juíza condenou a reclamada a pagar integralmente os valores constantes do TRCT. A reclamada não recorreu da decisão. A juíza indeferiu, entretanto, o pleito de indenização, ao fundamento de que não "logrou a obreira demonstrar o dano moral sofrido".

Reitera a autora, em grau de recurso, o pedido de reconhecimento de dano moral. Sus tenta que a empresa se aproveitou da sua boa-fé e pegou de volta o pagamento das verbas rescisórias, o que enseja a indenização pleiteada. Narra que a empresa simulou o pagamento das verbas rescisórias constantes no TRCT no ato da homologação, *verbis*:

ao se afastarem do atendente do sindicato, o Sr. A., que, juntam ente com sua esposa R., são os efetivo s proprietários da em presa que se encontra em nome de terceiro, pediu à Autora a devolução dos valores alegando que nos dias seguintes lh e passaria, pois em decorrência do acerto com a mesma teve que pegar emprestado e teria que devolver, o que foi feito pela Autora. A Autora devolveu os valores e nos dias seguintes não recebeu novamente (ID dbf9fa0, p. 8-9).

Parcial razão lhe assiste.

Com efeito, no ordenamento jurídico pátrio, a obrigação de indenizar tem por pressuposto a prática de um ato ilícito (artigos 186 e 927 do Código Civil).

No caso, evidenciou-se a prática de ato ilícito pelo empregador, pois, ao privar a reclamante de usufruir imediatamente dos valores provenientes das verbas rescisórias, considerando sua condição de desempregada, causou dano de ordem material e moral. Conquanto a autora não tenha sido

coagida a repassar o valor recebido na rescisão contratual, agindo por mera liberalidade, o que parecia ser um empréstimo revelou-se, na verdade, sonegação do pagamento das parcelas rescisórias.

Pelo exposto, constatados os pressupostos da reparação civil, o valor a ser definido deve observar as circunstâncias relativas ao contrato de trabalho (salário de R\$ 732,00), o caráter pedagógico e as condições econômicas do responsável pelo dano.

Nesses termos, provejo parcialmente o recurso para deferir indenização por dano moral no valor de R\$ 2.000,00.

Juros de mora a partir do ajuizamento da ação e correção monetária a partir da publicação do presente acórdão.

Ante a natureza indenizatória da parcela, não há deduções previdenciárias e fiscais.

2.3 - HONORÁRIOS CONTRATUAIS - PERDAS E DANOS

Busca a parte autora a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por perdas e danos em razão da despesa com a contratação de advogado.

Sem razão.

O C. TST entende inaplicáveis os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil com a finalidade de indenizar o empregado pelo valor a ser gasto com honorários contratuais.

Deve ser observada, assim, a legislação vigente no âmbito da Justiça do Trabalho, que defere honorários assistenciais apenas na hipótese da Súmula 219 do C. TST, e, no caso, a parte autora não se encontra assistida pela entidade de classe.

Nesse sentido também foi decidido no IUJ/TRT 24ª Região n. 0024142-55.2015.5.24.0000, julgado em 29.6.2015, pacificando o tema no âmbito da 24ª Região, nos moldes da Súmula 18:

PERDAS E DANOS - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. O entendimento consubstanciado na Súmula 219 do TST im pede o deferimento de indenização por perdas e danos decorrentes da contratação de advogado.

Destarte, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

ACORDAM os integrantes da Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, **conhecer do recurso** e, no mérito, **dar-lhe parcial provimento** para deferir o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00, nos termos do voto do Desembargador André Luís Moraes de Oliveira (relator), com ressalva do Desembargador Francisco das C. Lima Filho. Juntará voto convergente o Desembargador Nicanor de Araújo Lima.

Campo Grande, 26 de julho de 2016.

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

Desembargador do Trabalho

Relator

PROC. N. 0024824-28.2015.5.24.0091-RO

A C Ó R D ã O
1ª TURMA

Relator : Des. ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA
Recorrente : T.B. S.A.
Advogados : A.C.X.M. e outros
Recorrido : E.A.M.
Advogados : E.R. e outro
Origem : Vara do Trabalho de Rio Brilhante/MS

PROVA EMPRESTADA - VALORAÇÃO DA PROVA. O artigo 372 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, regulamentou a utilização de prova emprestada, assegurando ao juiz a autonomia na sua valoração relativamente à valoração definida no processo e em que a prova foi colhida. O pedido de reforma sobre a valoração da prova emprestada deve estar assentado em razões sobre os elementos de prova analisados pelo juiz e os raciocínios lógico dedutíveis utilizados. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0024824-28.2015.5.24.0091-RO) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Inconformada com a r. decisão proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Substituto Mauricio Sabadini, que julgou procedentes em parte os pedidos articulados na inicial, recorre ordinariamente a reclamada a este Egrégio Tribunal, pretendendo reforma.

Depósito recursal e custas processuais satisfeitos.

Contrarrazões apresentadas pelo reclamante.

Em razão do que prescreve o artigo 84 do Regimento Interno, os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conhecimento do recurso e das contrarrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - HORAS IN ITINERE - REDUÇÃO DA HORA NOTURNA

Aduz a reclamada que o local de trabalho é de fácil acesso e servido de transporte público intermunicipal e que o fornecimento de condução pelo empregador é um benefício ao empregado, não devendo o tempo de percurso integrar a jornada. Defende a validade da norma coletiva que fixou o tempo de percurso em 50 minutos diários, a partir de maio de 2013.

Assiste-lhe parcial razão.

O fornecimento de transporte gratuito aos empregados é fato incontroverso, e a reclamada situa-se em zona rural, tratando-se, portanto, de local de difícil acesso.

A empresa não é servida por transporte público regular, nos moldes exigidos no artigo 58, § 2º, da CLT e na Súmula 90 do C. TST, mas por empresa que realiza transporte intermunicipal, o que não afasta o direito às horas *in itinere*, uma vez a sua finalidade é diversa, não tendo as mesmas características do transporte público urbano, sobretudo quanto ao valor da passagem e à possibilidade de transportar maior número de pessoas.

Assim decidiu, ademais, este Egrégio Tribunal no IUJ 0024134-78.2015.5.24.0000, julgado em 29.6.2015, cujo tema mereceu a seguinte súmula:

SÚMULA 13: HORAS IN ITINERE - TRANSPORTE PÚBLICO INTERMUNICIPAL/INTERESTADUAL. A existência de linha de ônibus intermunicipal ou interestadual não elide o direito à percepção das horas *in itinere*.

É evidente, nessas condições, a conveniência para o empregador em fornecer o transporte, uma vez que o faz

para viabilizar a sua atividade econômica.

Preenchidos, então, os pressupostos legais para o direito às horas *in itinere* (artigo 58, § 2º, da CLT).

De outro prisma, há nos autos cláusula convencional (ACTs 2013/2014 e 2014/2015) que delimita o tempo de percurso em 50 minutos por dia de trabalho a partir de 1º de maio de 2013 (autor laborou de 19.8.2013 a 20.12.2014).

Inicialmente, ressalto que a limitação por norma coletiva do pagamento de minutos de percurso é plenamente válida, devendo ser respeitadas a vontade das partes (artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal) e a efetiva razoabilidade na fixação do tempo médio de deslocamento. Nesse sentido, a decisão do C. Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA - HORAS *IN ITINERE* - LIMITAÇÃO POR NORMA COLETIVA - REDUÇÃO PARCIAL DAS HORAS A SEREM PAGAS EM RELAÇÃO AO REAL TEMPO GASTO NO TRAJETO. Consoante o atual posicionamento da SBDI. 1 do TST, ao qual tenho ressalvas, é válida a cláusula coletiva que estabelece a prefixação razoável e equilibrada da quantidade de horas de trajeto a ser paga ao obreiro, mesmo após o advento da Lei nº 10.243/2001. **É viável a limitação das horas *in itinere* desde que demonstrada a razoabilidade no ajuste efetuado pelas partes e o equilíbrio entre o pactuado e a realidade dos fatos. Na espécie, a norma coletiva estabeleceu redução parcial das horas a serem pagas em relação ao real tempo gasto no trajeto, com base na fixação de tempo médio do percurso a ser cumprido**, reduzindo para uma hora diária o que, efetivamente, era realizado em duas horas (**redução pela metade**). Diante da premissa fática inscrita na decisão regional, e em consonância com a atual jurisprudência da corte, não se identifica no acordo coletivo a disparidade entre o tempo de percurso despendido pelo autor para chegar ao seu local de trabalho e aquele atribuído pela norma coletiva. **Destaque-se que em decisão, proferida na sessão de julgamento do dia 22/8/2013, a subseção I especializada em dissídios individuais firmou o entendimento de que a validade da fixação do tempo médio das horas *in itinere* por norma coletiva depende da preservação de ao menos 50% do período efetivamente gasto** (TST-E-RR-13684.2010.5.15.0072, Rel. Min. Brito pereira). Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-0002612-53.2012.5.18.0101 - Sétima Turma - Rel. Min. Vieira de Mello Filho - DEJT 14.3.2014 - p. 1265 - grifo nosso).

Assim também dispõe a Súmula 10 deste E.

Tribunal:

HORAS *IN ITINERE* - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - AUDETERMINAÇÃO COLETIVA QUE ENCONTRA LIMITES NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Não se reconhece validade de cláusula de instrumento normativo de natureza autônoma que estabelece o pagamento das horas *in itinere* em parâmetros inferior a 50% (cinquenta por cento) do tempo de percurso.

Dessa forma, ao se considerar o tempo de percurso de uma hora e quarenta minutos diários acordado pelas partes em audiência, observa-se que a limitação imposta pela norma coletiva de cinquenta minutos diários *in itinere* preserva 50% do tempo.

Portanto, é válida a avença por observar os parâmetros fixados pelo C. TST.

O fato de a empresa não ter efetuado o pagamento não representa óbice para a aplicação do ACT, conforme vem decidindo esta E. 1ª Turma.

Considerando a extrapolação da jornada legal, as horas de percurso são extras, incidindo as disposições legais sobre a hora noturna/adicional noturno (a aplicação das disposições do artigo 73 da CLT não depende de requerimento da parte por se tratar de norma cogente e tem por escopo a proteção à saúde do trabalhador).

Por derradeiro, o juízo determinou a aplicação do adicional previsto no instrumento coletivo para as horas extras (70%). Nada obstante, as normas coletivas 2013/2014 e 2014/2015 trazem previsão específica em relação ao adicional a ser aplicado para o tempo de percurso a partir de maio de 2013, ou seja, 50% (cláusula décima segunda, parágrafo segundo).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para limitar a condenação em horas *in itinere* a 50 minutos diários e alterar o adicional de 70% para 50% para o cálculo das horas de percurso desse período.

Fixo à condenação o valor provisório de R\$ 10.000,00. Custas processuais no importe de R\$ 200,00, satisfeitas.

ACÓRDÃO

ACORDAM os integrantes da Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, **conhecer do recurso** e das contrarrazões e, no mérito, **dar-lhe parcial provimento** para limitar a condenação em horas *in itinere*, a partir de 1º.5.2013, a 50 minutos diários, alterar o adicional de 70% para 50% para o cálculo das horas de percurso desse período, bem assim excluir da condenação a indenização pela contratação de advogado/perdas e danos, nos termos do voto do Desembargador André Luís Moraes de Oliveira (relator). Juntará justificativa de voto o Desembargador Nicanor de Araújo Lima.

Fixado à condenação o valor provisório de R\$ 10.000,00. Custas processuais no importe de R\$ 200,00, satisfeitas.

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

Desembargador do Trabalho

Relator

PROCESSO nº 0024280-56.2014.5.24.0000 (DC)

TRIBUNAL PLENO

Relator : Des. JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA
Embargante : SINDICATO T. A. R. E. P. P. DE MS
Advogado : L. F. A. N.
Embargante : SINDICATO H. E. S. S. DE MS
Advogada : R. C. S.
Custus legis : Ministério Público do Trabalho da 24ª Região
Embargado : ACÓRDÃO (id 1fb1840)

EMBARGOS DE DE CLARAÇÃO. DISSÍDIO COLETIVO. CONTRADIÇÃO. MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS AJUSTADAS NA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO PRECEDENTE.

As normas do P rocesso Coletivo do Trabalho estipulam regras específicas à solução dessa espécie de litígio, despropositada a pretensão de deferimento das cláusulas fundada no ajuste de seu conteúdo na norma colet iva precedente, porquanto os contornos do exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho estão delimitados na Constituição Federal (CF, art. 114, §2º), mediante julgamento por juízo de equidade. **Embargos de declaração das partes conhecidos e rejeitados, no particular, por unanimidade.**

Vistos, relatados e discutidos estes embargos de declaração (PROC. N. 0024280 -56.2014.5.24.0000) opostos pelas partes.

O Sindicato T. A. R. E. P. P. opõe embargos de declaração apontando omissão e contradição quanto à preservação das cláusulas ajustadas na Convenção Coletiva de Trabalho precedente; prequestiona aplicação da Súmula n. 277 do c. TST.

O Sindicato dos H. E. S. S. opõe embargos de declaração apontando omissões quanto a compensação de antecipação salarial, da época do reajuste salarial e da sua proporcionalidade; alega contradição quanto à inclusão da atividade de ressonância magnética no âmbito normativo.

As partes apresentaram reciprocamente contrariedade aos embargos de declaração (id 88da696 e id ee058c8).

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, conhecimento dos embargos de declaração opostos pelas partes e das respectivas contrariedades.

2 - MÉRITO

Dissídio Coletivo - esclarecimentos

A interpretação da decisão proferida no âmbito do dissídio coletivo pressupõe aplicação das normas jurídicas que disciplinam o Processo Coletivo do Trabalho, delimitadas suas principais particularidades pertinentes ao caso concreto:

1 - A negociação coletiva constitui instrumento fundamental à harmonização da relação capital e trabalho; esse contexto evidencia a atuação dos sindicatos na qualidade de agentes de modernização das relações no mundo do trabalho, notadamente porquanto assegurado, no âmbito constitucional, os direitos fundamentais à autonomia sindical e ao reconhecimento dos acordos e convenções de trabalho (STF, RE 590415);

2 - O Processo Coletivo do Trabalho não comporta a aplicação da revelia;

3 - A anuência da suscitada quanto à manutenção da cláusula ajustada na norma coletiva precedente não assegura sua repetição na sentença normativa, porquanto o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho encontra contornos delimitados pela Constituição Federal;

4 - As cláusulas das convenções coletivas de trabalho não a derem em caráter permanente ao contrato individual do trabalho; a vigência dessas normas jurídicas tem seu horizonte temporal delimitado pela norma coletiva.

As cláusulas derivadas das normas coletivas aderem aos contratos individuais do trabalho, sem que a eficácia desses instrumentos coletivos vincule o exercício do Poder Normativo, porquanto a imposição de condições de trabalho via sentença normativa tem seus contornos delimitados na Constituição Federal.

A interpretação sedimentada na Súmula n. 277 do c. TST delimita o sentido e alcance da eficácia da norma coletiva quanto à sua aderência aos contratos individuais de trabalho e as possibilidades de sua modificação e revogação, tendo por destinatário as figuras do empregador e do empregado.

5 - Constitui requisito da petição inicial a indicação dos motivos do dissídio coletivo e as bases da conciliação (CLT, art. 858), mediante estrutura de cláusulas devidamente fundamentadas (Precedente Normativo n. 37 do c. TST);

6 - A imposição de obrigações aos empregadores via sentença normativa depende de elementos de prova que corroborem o convencimento quanto à capacidade de absorção do aumento de despesas, em coerência com a realidade atual do segmento da atividade econômica.

Preleciona Antônio Álvares da Silva ¹, quanto aos limites do exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, especificamente no tocante ao **respeito às disposições convencionadas anteriormente** (CF, art. 114, §2º, parte final):

Quanto às disposições convencionadas anteriormente, ou seja, direitos estabelecidos por convenções anteriores, o legislador constitucional foi claro e mandou "respeitá-las".

(...)

Se respeitar é cumprir, demonstrar acatamento, obediência, as normas convencionadas anteriormente não podem ser levadas a julgamento, nem mesmo mediante acordo dos sindicatos interessados, à Justiça do Trabalho, que tem o dever de respeitá-las. Isto significa que as cláusulas anteriormente convencionadas são intocáveis.

¹ In Dissídio Coletivo e a Emenda Constitucional 45/04, 1ª edição, 2005, Editora RTM, págs.

Mas esta primeira conclusão interpretativa é insuficiente e suscita uma segunda pergunta: se as cláusulas convencionadas anteriormente devem ser respeitadas, poupadas, mantidas íntegras, o que acontecerá com elas?

E aqui há duas respostas:

a) são intocáveis, porque integraram o contrato individual do trabalho e passaram a ser conquista dos trabalhadores da categoria ou

b) **são intocáveis apenas para decisão através de dissídio coletivo, devendo os sindicatos acordarem sobre seu destino.**

Essa segunda interpretação é a que me parece mais consentânea com o Direito Coletivo e tem precedentes sólidos no Direito Comparado. Além do mais se coloca em perfeita sintonia com o legislador constitucional, cuja intenção foi clara em **limitar o dissídio coletivo em função da liberdade sindical**: além de condicionar sua propositura a acordo entre os sindicatos, mandou **respeitar** as normas convencionadas anteriormente.

As normas convencionais têm natureza transitória. Vigem até quando a vontade das partes quiserem. Esta flexibilidade é que lhe dá vida, pois permite ajustes e adaptações segundo as necessidades do momento. Por isso é que se fala em "**negociação coletiva permanente**" como princípio do moderno Direito Coletivo do Trabalho. E a convenção coletiva é o instrumento desta negociação.

(...)

Se se interpretar a expressão "*disposições convencionadas anteriormente*", do art. 114, §2º, como integradas ao contrato individual de trabalho, estaremos dando um passo atrás. Empurraremos nossa legislação sindical para o atraso, barraremos a negociação coletiva e atentaremos, mais uma vez, contra a já combatida liberdade sindical brasileira.

(...)

A convenção coletiva perde sua principal função de atualização, ajuste e dinâmica do contrato de trabalho e inibe radicalmente a negociação coletiva. Qual empregador vai querer negociar direitos se sabe que está entrando numa via sem retorno? Sua natural tendência será esquivar-se à negociação coletiva e, por todos os meios, evitar qualquer concessão ao sindicato. O resultado dessa atitude será, mais uma vez, o entrave e o bloqueio da autonomia privada coletiva.

(...)

Aqui está mais uma razão para desincentivar a negociação coletiva. Sabedor de que as cláusulas integram o contrato de trabalho, o empregador preferirá o dissídio coletivo pois, através desta via, a integração não se realiza. (sem destaques no original)

Noutras palavras: a garantia constitucional às disposições convencionadas anteriormente delimita o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, sem que a sentença normativa possa decidir sobre o conteúdo das negociações coletivas consumadas (CF, art. 114, §2º).

Repita-se: resulta despropositada a inclusão das cláusulas ajustadas na norma coletiva precedente pela mera repetição na sentença normativa.

Embargos de declaração - Sindicato T. A. R. E.

P. P de MS:

Contradição/omissão/prequestionamento:

O suscitante opõe embargos de declaração apontando (a) omissão e contradição quanto à viabilidade da preservação das cláusulas ajustadas na norma coletiva precedente; e (b) pretensão de prequestionamento quanto à aplicabilidade da Súmula n. 277 do c. TST no tocante à ultratividade das cláusulas das normas coletivas.

Prequestionamento - TST, Súmula n. 277:

A eficácia das cláusulas normativas dos acordos ou convenções é direcionada aos empregados e aos empregadores. A modificação ou revogação das normas coletivas opera-se via negociação coletiva. Essa é a interpretação da Súmula n. 277 do c. TST.

Todavia, a adesão das normas coletivas aos contratos individuais de trabalho não acarreta vinculação do exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho quanto à sua manutenção após o decurso de sua vigência, porquanto os contornos desse julgamento por equidade têm sua competência material delimitada na Constituição Federal.

Mais importante: a ausência de norma coletiva vigente constitui pressuposto processual negativo do dissídio coletivo; exaurida a eficácia da norma coletiva, inexistente qualquer vinculação delimitadora da norma coletiva precedente quanto ao exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

Omissão e contradição quanto à viabilidade econômica de preservação das cláusulas ajustadas na convenção coletiva de trabalho precedente:

Os fundamentos adotados no indeferimento das cláusulas refutam o argumento da viabilidade econômica quanto à preservação das cláusulas ajustadas nas normas coletivas de trabalho anteriores.

A ausência de impugnação específica, a anuência expressa do suscitado quanto à preservação das cláusulas da norma coletiva precedente e a viabilidade econômica não asseguram, separadamente ou em conjunto, a mera repetição da cláusula na sentença normativa, porquanto os contornos do limite do exercício do Poder Normativo estão descritos na Constituição Federal.

Os embargos de declaração enumeram:

- cláusula 12ª - Trabalho noturno:

O suscitante p retende (a) a integração do adicional noturno na base d e cálculo do adicional de insalubridade; (b) a fixação do percentual do adicional de insalubridade; e (c) extensão do horário noturno até as seis horas da manhã.

A norma de direito que assegura a integração do adicional noturno na base d e cálculo do adicional de insalubridade não fora questionada pela decisão embargada.

A decisão indef eriu a cláusula porquanto é despropositada a fixação do adicional de insalubridade em grau máximo a todos os trabalhadores da categoria, dependente de laudo pericial fundada na especificidade do objeto, havendo norma de direito que dispõe sob re a integração do adicional noturno - verba de natureza salarial - na base de cálculo do adicional de insalubridade.

O art. 16 da Lei n. 7.394/1985, que estipula o salário profissional do Técnico em Radiologia, assegurando

adicional de risco e de insalubridade no grau máximo com percentual de 40%, não foi recepcionado pela Constituição Federal vigente.

A não-recepção da norma especial que estipulava salário profissional e do adicional de insalubridade atrai a incidência da norma geral que regulamenta essa matéria (CLT, art. 192), exigido laudo pericial à constatação do risco ocupacional (CLT, art. 193).

Não há, pois, vício a ser sanado.

- cláusula 24ª - Estabilidade:

O suscitante aponta omissão quanto à garantia no emprego do empregado no tempo que antecede a aquisição do direito à aposentadoria voluntária, porquanto a decisão limitou-se à apreciação da extensão da estabilidade provisória às mães adotantes.

Assiste-lhe razão.

A redação da cláusula na norma coletiva anterior:

Gozarão de estabilidade provisória, não podendo ser despedido, salvo falta grave, as gestantes, pactuando ainda as partes que concordam com o afastamento das mesmas de atividades onde haja risco de exposição à radiação, devendo ser aproveitadas em outros setores do estabelecimento onde não haja risco de radiação desde a concepção até o 5º (quinto) mês após o parto e o empregado em vias de se aposentar no interstício de 24 (vinte e quatro) meses anteriores à aposentadoria, desde que tenha mais de 05 (cinco) anos na empresa.

A proposta de redação atual da cláusula pelo sindicato suscitante:

CLÁUSULA 24ª - ESTABILIDADE

Gozarão de estabilidade provisória, não podendo ser despedidos, salvo falta grave, as gestantes desde a concepção até o 5º (quinto) mês após o parto e o empregado em vias de se aposentar, no interstício de 24 (vinte e quatro) meses anteriores à aposentadoria, desde que esses últimos contem com mais de 05 (cinco) anos de trabalho na empresa.

Parágrafo Primeiro - Será concedido à gestante o afastamento de atividades onde haja risco de exposição à radiação, devendo ser a

mesma aproveitada em outros setores do estabelecimento onde não haja risco de radiação.

Parágrafo Segundo - A estabilidade prevista para a gestante será concedida em igualdade de condições às mães adotantes.

A decisão embargada indeferiu o pedido de extensão da garantia no emprego às mães adotantes.

Resta apreciar o pedido de garantia no emprego aos empregados no tempo de vinte e quatro meses que antecede a aquisição do direito à aposentadoria voluntária.

A Convenção Coletiva precedente assegurava garantia no emprego pela condição de pré-aposentadoria nos doze meses que antecedem à aquisição do direito à aposentadoria voluntária.

Pretende-se ampliar o direito à garantia no emprego com duração de vinte e quatro meses.

A matéria comporta imposição via sentença normativa, adotada a interpretação sedimentada no Precedente Normativo n. 85 da SDC do c. TST:

N. 85 GARANTIA NO EMPREGO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA (positivo)

Defere-se a garantia no emprego, durante os 12 meses que antecedem a data em que o empregado adquire direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos 5 anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia.

Defiro em parte a cláusula para assegurar o direito à garantia no emprego pelo prazo de doze meses que antecede a aquisição do direito à aposentadoria voluntária.

A redação da cláusula será assim expressa:

Fica vedada a despedida sem justa causa, no período de 12 (doze) meses anteriores à aquisição do direito a aposentadoria voluntária junto à previdência social, do empregado que trabalhar há mais de 5 (anos) na mesma empresa, desde que comunique o fato formalmente ao empregador.

Deferida, em parte, a cláusula.

Acolho os embargos de declaração para sanar o vício de omissão quanto à garantia no emprego no período que antecede a aquisição do direito à aposentadoria voluntária.

- cláusula 25ª - Jornada de trabalho:

A decisão embargada indeferiu a cláusula que fixava duração diária e semanal do trabalho e de regime especial de jornada de trabalho (12x60), ao fundamento de que essa matéria é atinente à negociação coletiva e extrapola a competência material da Justiça do Trabalho.

O ajuste quanto à duração diária e semanal de trabalho e de regime especial de trabalho (12x60) na convenção coletiva de trabalho precedente não assegura sua repetição via sentença normativa, porquanto extrapola os contornos do Poder Normativo definidos na Constituição Federal.

O diploma legal que regula o exercício da profissão de Técnico em Radiologia estipula a duração semanal do trabalho (Lei n. 7.394/85, art. 14); cabe às partes diretamente interessadas, via negociação coletiva, dispor sobre essa matéria, em convergência às exigências da atividade econômica e aos interesses da categoria dos trabalhadores.

Não há vício a ser sanado.

Acolho parcialmente os embargos para prestar tais esclarecimentos.

- Cláusula 31ª - adicional de insalubridade:

O suscitante renova pretensão de deferimento do adicional de insalubridade à toda a categoria, invocando cláusula da norma coletiva precedente e dispositivo legal que disciplina o exercício da profissão de Técnico em Radiologia.

Repita-se: ajuste de cláusula na norma coletiva precedente não assegura sua reprodução em sentença normativa, porquanto os contornos dos limites do Poder Normativo estão delineados na Constituição Federal.

Quanto à aplicação da Súmula n. 277 do c. TST renova-se a indicação da leitura dos esclarecimentos efetuados no capítulo anterior.

O art. 16 da Lei n. 7.394/1985, que estipula o salário profissional do Técnico em Radiologia, assegurando adicional de risco e de insalubridade no grau máximo com percentual de 40%, não foi recepcionado pela Constituição Federal vigente.

A não-recepção da norma especial que estipulava salário profissional e do adicional de insalubridade atrai a incidência da norma geral que regulamenta essa matéria (CLT, art. 192), exigido laudo pericial à constatação do risco ocupacional (CLT, art. 198-200).

Não há, pois, vício a ser sanado.

- cláusula 34ª - contribuição social:

O suscitante pretende cobrança mensal de contribuição assistencial na proporção de 3% (três por cento) do salário básico.

A decisão embargada deferiu em parte a cláusula para delimitar o desconto da contribuição assistencial na proporção da metade do salário de um dia de cada trabalhador filiado à entidade sindical, uma única vez por ano.

O suscitante opõe embargos alegando simples desequilíbrio orçamentário da entidade sindical, comprometidos os princípios da autonomia sindical e da autonomia coletiva.

Não há vício a ser sanado.

Repita-se: a voracidade sindical mediante desconto mensal de três por cento do salário base constitui oneração excessiva ao trabalhador, sem correlação com a utilização dos recursos na defesa dos interesses da categoria.

A decisão embargada não contraria os princípios da autonomia sindical e da autonomia coletiva.

Acolho parcialmente os embargos de declaração para prestar tais esclarecimentos.

- cláusula 36ª - contribuição assistencial:

A decisão embargada indeferiu a cláusula porquanto a contribuição assistencial foi parcialmente deferida na cláusula 34ª e sua inclusão nesta cláusula resultaria na duplicidade dessa imposição.

Anoto que os fundamentos adotados não contrariam os princípios da autonomia sindical e da autonomia coletiva.

Não há vício a ser sanado; a modificação da decisão exige medida impugnatória específica.

Acolho parcialmente os embargos para prestar tais esclarecimentos.

- cláusula 39ª - descumprimento:

A decisão embargada deferiu em parte a cláusula para instituir multa na proporção de dez por cento do salário base por descumprimento de obrigação de fazer, revertendo-se em favor do empregado prejudicado, adotada a interpretação sedimentada no Precedente Normativo n. 73 do c. TST.

O suscitante pretende reforma da decisão, alegando: (a) a multa constitui mecanismo de eficácia quanto às cláusulas em que o prejudicado é diretamente a entidade sindical; (b) é despropositada a redução da proporção da multa; (c) consumada a contrariedade da Súmula n. 277 do c. TST.

Não há vício a ser sanado; o inconformismo desafia medida impugnatória específica.

A decisão embargada é adequada à interpretação sedimentada no Precedente Normativo n. 73 do c. TST.

Cabe à entidade sindical fiscalizar o cumprimento das disposições e, em caso de violação, a multa por descumprimento de obrigação reverte-se em benefício do empregado diretamente prejudicado.

Ajuste pelas partes do teor da cláusula na norma coletiva precedente não constitui direito a reprodução na sentença normativa, porquanto os contornos dos limites do

exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho estão delimitados na Constituição Federal. Reexaminem -se os esclarecimentos quanto à interpretação da decisão delineados no capítulo precedente.

Acolho parcialmente os embargos de declaração para prestar tais esclarecimentos.

Solução:

Acolher os embargos de declaração para sanar vício de omissão quanto aos pedidos contidos na redação da cláusula 24ª, deferida em parte para assegurar o direito à garantia no emprego com duração de doze meses que antecedem a aquisição do direito à aposentadoria voluntária; quanto aos demais, acolher parcialmente os embargos para prestar esclarecimentos.

Embargos de declaração - Sindicato H. E. S. S. de MS:

- contradição:

Âmbito normativo - atividade de ressonância magnética - inclusão:

O sindicato suscitado opõe embargos de declaração apontando contradição pela inclusão da atividade de ressonância magnética no âmbito normativo da sentença.

Alega que os operadores de equipamentos de ressonância magnética não estão expostos a radiação ou ionização e que a abrangência desses empregados na sentença normativa gera dúvidas quanto ao direito ao adicional de insalubridade e a aplicação do regime especial de duração do trabalho.

A circunstância de a atividade de ressonância magnética não constar nas normas coletivas ajustadas anteriormente não constitui óbice à sua inclusão via sentença

normativa, porquanto o âmbito normativo precedente não delimita o exercício do Poder Normativo (CF, art. 114, §2º).

A operação dos instrumentos de diagnósticos por imagem via ressonância magnética exige a qualificação de Técnico em Radiologia, na conformidade com o diploma legal que regula o exercício da profissão (Lei n. 7.394/1985, art. 2º, I), atendido o conteúdo do curso de formação da profissão incluído pelo Ministério da Educação (catálogo nacional de cursos técnicos, eixo tecnológico ambiente e saúde, com carga horária de 1.200 horas) e descrição na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho e Emprego.

A inclusão dessa atividade no âmbito normativo da sentença decorre, ainda, do enquadramento sindical pela atividade preponderante da empresa, atendida a representatividade por expressa previsão no estatuto do sindicato suscitante.

A inclusão da ressonância magnética no âmbito normativo da sentença acarreta a adesão das cláusulas aos contratos individuais de trabalho, no tempo de sua eficácia.

Noutras palavras: é despropositada a recusa da aplicação das cláusulas estipuladas pela sentença normativa aos contratos individuais de trabalho dos empregados que exercem atividade profissional em equipamentos de diagnósticos por imagem via ressonância magnética, cabendo ao sindicato dos trabalhadores assegurar sua eficácia via ação de cumprimento.

A elucidação quanto ao adicional de insalubridade e duração do trabalho dos empregados dessa atividade exige consulta às demais cláusulas da sentença normativa e, em caráter subsidiário, ao conteúdo normativo da ordem jurídica vigente que disciplina essa matéria.

Não há, pois, vício a ser sanado.

Acolho em parte os embargos de declaração para prestar tais esclarecimentos.

Omissões - reajuste salarial:

A decisão embargada arbitrou reajuste salarial na proporção de oito por cento, por representar a recomposição monetária do custo de vida do trabalhador. Deferiu em parte a cláusula com a seguinte redação:

CLÁUSULA 3ª - REAJUSTE E AUMENTO SALARIAIS - As empresas incluídas no âmbito normativo reajustam os salários praticados na proporção de oito por cento, em recomposição da perda do poder aquisitivo salarial dos trabalhadores.

A decisão embargada pronunciou perda da data-base por ajuizamento do dissídio coletivo após exaurido o tempo limite de trinta dias da comunicação do deferimento do protesto judicial.

Reproduzo fundamentos aduzidos quanto à vigência da sentença normativa:

Por esse contexto:

(a) a sentença normativa produzirá efeitos a partir da data de sua publicação (CLT, art. 867, parágrafo único, -a-; TST, SDC-PN-120), vigorando pelo prazo de 12 (doze) meses; (b) a eficácia da sentença compromete a data-base anterior da categoria (dia primeiro de setembro).

O suscitado opõe embargos apontando omissões quanto (a) a época da incidência do reajuste salarial; (b) a compensação das antecipações salariais efetuadas pelas empresas; (c) a proporcionalidade do reajuste aos empregados com duração do contrato inferior ao período de apuração das perdas salariais.

Época da incidência do reajuste salarial - salário de referência:

O termo inicial da incidência do reajuste salarial arbitrado coincide com a eficácia da sentença normativa, desde a data de sua publicação (CLT, art. 867, parágrafo único, -a-; TST-SDC-PN-120).

Anoto que o ajuizamento do dissídio coletivo após exaurido o tempo limite de trinta dias do deferimento do protesto judicial comprometeu a data-base da categoria.

O salário de referência à aplicação da reposição salarial é aquele anteriormente praticado pelo empregador, no tempo que antecede qualquer antecipação salarial, coincidente com a data-base comprometida; é o salário auferido a partir do dia 1º.09.2014; portanto, do mês de setembro/2014.

Compensação das antecipações salariais:

As eventuais antecipações salariais devem ser compensadas pelas empresas, por aplicação do princípio do enriquecimento sem causa.

A partir da data da publicação da sentença - termo inicial dos efeitos da reposição salarial -, o empregador que antecipou reajuste salarial efetuará a sua complementação, resultante da operação de subtração entre a proporção de oito por cento (arbitrada na sentença normativa) e a proporção anteriormente concedida aos empregados.

Anoto que a compensação opera-se a contar dos efeitos da sentença normativa; é despropositada a dedução dos valores já pagos por antecipação salarial.

Acolho os embargos de declaração para sanar a omissão e deferir a compensação das antecipações salariais concedidas.

Reajuste dos empregados admitidos antes e após o termo de referência (1º.09.2015) - proporcionalidade:

O suscitado pretende estabelecer mecanismo de proporcionalidade de reajuste salarial aos empregados admitidos no período que antecede e no período que sucede o termo inicial de referência (salários de setembro de 2015), com duração contratual inferior a um ano.

Sem razão.

O arbitramento reajustou os salários da categoria na proporção de oito por cento; o reajuste de salários não comporta fracionamento fundado no critério da época de contratação e da duração do contrato de trabalho.

Repita-se: o índice é aplicado indistintamente a todos os salários da categoria, pela recomposição da contraprestação pelos serviços prestados pelos empregados.

Não há vício a ser sanado.

A existência de mecanismo de proporcionalidade de reajuste salarial ajustado pelas partes na norma coletiva precedente não vincula o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, porquanto seus contornos estão delimitados na Constituição Federal.

A proporcionalidade de reajuste salarial fundada no critério da época da admissão e da duração do contrato de trabalho é matéria atribuída exclusivamente às partes via negociação coletiva, na convergência dos interesses dos atores diretamente envolvidos na relação capital / trabalho.

Acolho parcialmente os embargos de declaração para prestar tais esclarecimentos.

ACORDAM os Desembargadores Federais do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer dos embargos opostos pelas partes e, no mérito: 1 - quanto ao **sindicato suscitante**: (a) acolher os embargos de declaração opostos para sanar a omissão quanto à garantia no emprego no prazo de doze meses que antecede a aquisição do direito à aposentadoria voluntária e deferir parcialmente a cláusula 24ª; (b) quanto aos demais, acolher parcialmente os embargos de declaração para prestar esclarecimentos; 2 - **quanto ao sindicato suscitado**: (a) acolher os embargos para sanar omissão e deferir a compensação das antecipações salariais concedidas; (b) quanto aos demais, acolher parcialmente os embargos de

declaração para prestar esclarecimentos. Tudo nos termos do voto do Desembargador João de Deus Gomes de Souza.

JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

PROCESSO Nº 0073900-40.2005.5.24.0004 - AP.1

A C Ó R D ã O
1ª TURMA

Relator : Des. NICANOR DE ARAÚJO LIMA
Revisor : Des. TOMÁS B. DE C. SILVA (GDALMO)
Agravante : UNIÃO (PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL)
Procuradora : I.L.R.
Agravada : E.D.P. LTDA-ME
Advogados : L.F.J.S. e outros
Origem : 4ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

PENHORA DA MARCA COMERCIAL - POSSIBILIDADE. A marca (sinal distintivo, visualmente perceptível, de determinado produto, mercadoria ou serviço) é um bem incorpóreo do fundo de comércio que possui indiscutível valor econômico. O art. 5º, XXIX, CF/88, e o art. 129 da Lei nº 9279/96 garantem o direito de propriedade sobre o uso da marca. Assim, considerando que o art. 11, VIII, da Lei 6.830/80, estabelece ordem legal permitindo a penhora sobre direitos, reputo cabível a constrição do direito de uso de marca comercial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO N. 0073900-40.2005.5.24.0004 - AP.1) em que são partes as acima indicadas.

Trata-se de agravo de petição interposto pela União, às f. 154/157, contra a decisão de f. 153, da lavra da MM. Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Campo Grande, Marina Brun Bucker, que indeferiu o pedido formulado pela União em execução.

Insurge-se a União em face da decisão que indeferiu o pedido de penhora de marca de propriedade da executada.

Sem contraminuta.

O Ministério Público do Trabalho deixou de emitir parecer, sob o fundamento de ausência de interesse público primário, conforme manifestação às f. 161/163.

É, em síntese, o relatório.

V O T O

1 - ADMISSIBILIDADE

Interposto no prazo legal e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

2 - MÉRITO

2.1 - PENHORA - DIREITOS DE USO DE MARCA COMERCIAL

Insurge-se a exequente (União) em face da sentença que indeferiu o pedido de penhora da marca comercial de propriedade da executada.

Sustenta, em síntese, que: a) o único bem localizado e integrante do patrimônio da pessoa jurídica executada é a sua marca; b) segundo dispõe a Lei nº 9.279/1996, a marca é o sinal distintivo visualmente perceptível destinado à identificação de produtos e serviços, razão pela qual é dotado de expressão patrimonial e, por conseguinte, passível de cessação, transferência e penhora; c) os direitos autorais são bens móveis; d) a penhora de marcas enquadra-se na hipótese do art. 11, VIII, da LEP (penhora de direitos).

Analiso.

A marca (sinal distintivo, visualmente perceptível, de determinado produto, mercadoria ou serviço) é um bem incorpóreo do fundo de comércio que possui indiscutível valor econômico.

O art. 5º, XXIX, CF/88, e o art. 129 da Lei nº 9279/96 garantem o direito de propriedade sobre o uso da marca.

Assim, considerando que o art. 11, VIII, da Lei 6.830/80, estabelece ordem legal permitindo a penhora sobre direitos, reputo cabível a constrição do direito de uso de marca comercial.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

PENHORA. USO DE MARCA. O direito de uso de marca é, na verdade, um bem incorpóreo do fundo de comércio, sendo, por vezes, mais valioso que o próprio produto. Se faz parte do patrimônio da empresa e é capaz de garantir a satisfação dos haveres trabalhistas, é passível de penhora. (...) (AGVPET 645003520025010040, TRT1, 6ª Turma, Rel. Des. José Antonio Teixeira da Silva, Data de Publicação: 7.8.2013).

No caso, os documentos juntados às f. 49, 117, 118, 130 e 140 comprovam as tentativas frustradas de penhora sobre dinheiro e bens materiais da executada.

Logo, a marca comercial juntada às f. 146 foi o único bem da executada encontrado, pelo que observada a ordem legal de penhora.

Está prejudicada a discussão sobre a suposta dificuldade de alienação da marca comercial, visto que foi a própria exequente quem indicou o referido bem para penhora e quem suportaria os ônus da não satisfação futura da obrigação.

Dou provimento para deferir a penhora sobre os direitos de uso da marca comercial da ré.

3 - CONCLUSÃO

Isso posto, conheço do agravo de petição e, no mérito, dou-lhe provimento para deferir a penhora sobre os direitos de uso da marca comercial.

É o meu voto.

NICANOR DE ARAÚJO LIMA

Desembargador do Trabalho Relator

PROCESSO N. 0024238-70.2015.5.24.0000

A C Ó R D Ã O
TRIBUNAL PLENO

Relator : Des. AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Suscitante : SINDICATO T.I.C.E. DE MS e M.A.B
Advogados : A.M.C e C.P.S.
Suscitado : DECISÃO DE ID b7c0027
Interessada : E.M.S - D.E. S.A
Advogado : G.A.B.
Interessado : MPT DA 24ª REGIÃO
Origem : TRT/24ª Região

PEDIDO DE REVISÃO DE TESE JURÍDICA FIRMADA EM IUJ. PRESCRIÇÃO. EFEITOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO TRABALHISTA. DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. O ajuizamento de ação anterior opera efeitos interruptivos em relação ao prazo bienal (para ajuizamento da ação), mas, no que diz respeito aos direitos trabalhistas propriamente ditos (cujo prazo é quinquenal), a proposição da primeira demanda atua como mera condição suspensiva, de modo que, com o fim do evento suspensivo (trânsito em julgado da ação coletiva), se reinicia a contagem do prazo prescricional, levando-se em consideração o quinquênio anterior ao ajuizamento da primeira demanda e o lapso temporal consumido entre o seu trânsito em julgado e a propositura da segunda demanda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0024238 -70.2015.5.24.0000) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Contra decisão de indeferimento do pedido de revisão de tese firmada por ocasião do julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência pelo Pleno desta Corte (Acórdão de ID 86706e9), interpueram Agravo Regimental o Sindicato T.I.C.E. DE MS e M.A.B (ID 9f83415) postulando a reconsideração da decisão de ID b7c0027.

Por intermédio do despacho de ID ad6b06c, reconsiderei a decisão que não admitiu o pedido de revisão e, logo em seguida, considerei prejudicado o Agravo Regimental (ID 6ea539f).

A douta Procuradoria Regional do Trabalho da 24ª Região, em parecer da lavra do Dr. Leontino Ferreira de Lima Júnior, manifestou-se pela admissibilidade e procedência do pedido de revisão, para que seja firmada tese jurídica pela aplicabilidade da OJ n. 359 da SBDI -1 do TST, de modo a se reconhecer a interrupção da prescrição pela coletiva ajuizada pelo Sindicato, devendo ser considerado como marco inicial da contagem do quinquênio prescricional a data do ajuizamento da ação coletiva, qual seja, 08 -08-2007, independentemente do lapso temporal decorrido entre o seu trânsito em julgado e a propositura da ação individual (ID 843ab64).

É o relatório.

V O T O

1 - ADMISSIBILIDADE

Desde logo reitero o entendimento de que as partes do processo em que foi suscitado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência não têm legitimidade para propor revisão do decidido, pois o art. 986 do NCCPC atribui essa legitimidade apenas ao Ministério Público e à Defensoria Pública, enquanto que o art. 146, § 2º, do Regimento Interno deste Regional atribui legitimidade aos Desembargadores e ao Comitê de Uniformização de Jurisprudência.

Pondere-se, ainda, que não há previsão legal ou regimental que admita pedido de reconsideração ou qualquer sucedâneo de recurso contra a decisão proferida pelo Tribunal Pleno em sede de Uniformização de Jurisprudência.

Esclareço, portanto, que a reconsideração da decisão que não tinha admitido o pedido de revisão decorre antes de minha iniciativa em propor revisão da tese, do que da compreensão no sentido de que o pedido revisional fosse cabível.

Apenas aproveitei o pedido revisional, em si incabível, para propor adequação da tese que foi aprovada pelo Tribunal Pleno.

Destarte, não admito o pedido revisional veiculado pelas partes do processo que originou o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, porém, com fulcro no art. 146, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, proponho a revisão da tese adotada no IUJ nº 0024238-70.2015.5.24.0000.

2 - MÉRITO

Para facilitar a compreensão do tema, peço licença para transcrever a ementa do voto que prevaleceu no julgamento da IUJ em questão:

"EMENTA: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. FORMA DE CONTAGEM. 1. Na seara trabalhista, há prazos diferenciados conforme a natureza do direito versado: o bienal é específico para o ajuizamento da ação (direito processual), enquanto o quinquenal diz respeito aos direitos trabalhistas propriamente ditos (direito material). 2. Além disso, há duas diferenças muito bem delimitadas nesses prazos: o marco inicial da contagem e a forma pela qual se opera a consumação. 3. O prazo bienal é contado da ruptura contratual e sua consumação ocorre em momento único. 4. Já o marco inicial da contagem prescricional quinquenal observa o princípio da actio nata, sendo irrelevante a existência ou não de ruptura contratual. 5. Ademais, ante a possibilidade de se tratarem de parcelas de trato sucessivo, cada uma com seu próprio momento de exigibilidade, esse prazo prescricional implementa-se gradualmente, observando a individualidade de cada direito e o termo inicial de sua exigibilidade. 6. Na hipótese do ajuizamento de demanda coletiva anterior e cujo processo haja sido extinto sem resolução do mérito, cessa-se a eficácia interruptiva com o trânsito em julgado da referida ação, oportunidade em que se reinicia a contagem do prazo prescricional, levando em consideração o quinquênio anterior ao ajuizamento da primeira demanda e o laps o

temporal consumido entre o seu trânsito em julgado e a propositura da ação individual. (grifei)

A maioria do Tribunal Pleno, portanto, considerou que interrupção da prescrição opera efeitos distintos, conforme a natureza do direito versado.

Explicitou-se, inclusive, o porquê da distinção: "o prazo bienal (que diz respeito ao ajuizamento da ação) é contado da ruptura contratual e sua consumação ocorre em momento único, enquanto a prescrição quinquenal (que diz respeito aos direitos trabalhistas propriamente ditos) observa o princípio da *actio nata*, sendo irrelevante a data da ruptura contratual".

Ademais, por se tratarem de parcelas de trato sucessivo, cada uma com seu próprio momento de exigibilidade, esse prazo prescricional implementa-se gradualmente, observando a individualidade de cada direito e o termo inicial de sua exigibilidade.

Concluiu-se que "na hipótese do ajuizamento de demanda coletiva anterior e cujo processo haja sido extinto sem resolução do mérito, cessa-se a eficácia interruptiva com o trânsito em julgado da referida ação, oportunidade em que se reinicia a contagem do prazo prescricional, levando em consideração o quinquênio anterior ao ajuizamento da primeira demanda e o lapso temporal consumido entre o seu trânsito em julgado e a propositura da ação individual".

Foi em razão desta conclusão que os requerentes sustentaram que a Corte estaria confundindo os efeitos da "interrupção de prazos" e "suspensão de prazos".

De fato, é de comum conhecimento que, como ensina Damásio de Jesus, "Na suspensão da prescrição o tempo decorrido antes da causa é computado no prazo; na interrupção, o tempo decorrido antes da causa não é computado no prazo, que recomeça a correr por inteiro. Em outros termos: cessado o efeito da causa suspensiva, a prescrição recomeça a correr,

computando-se o tempo decorrido antes dela; interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr por inteiro" (Direito Penal; 1º vol.- Parte Geral; Edit. Saraiva; 21ª Edição; pg. 733).

Conclui-se, portanto, que a eg régia maioria deste Tribunal considerou que o ajuizamento de ação anterior opera efeitos interruptivos em relação ao prazo bienal (para ajuizamento da ação trabalhista), mas, no que diz respeito aos direitos trabalhistas propriamente ditos (cujo prazo é quinquenal), o ajuizamento da ação anterior atua como mera condição suspensiva da contagem prescricional, de modo que, com o fim do evento suspensivo (trânsito em julgado da ação coletiva), reinicia-se a contagem do prazo prescricional, levando-se em consideração o quinquênio anterior ao ajuizamento da primeira demanda e o lapso temporal consumido entre o seu trânsito em julgado e a propositura da ação individual.

Aliás, essa tese ficou muito bem esclarecida em acórdão proveniente da 1ª Turma, da lavra do eminente juiz Júlio César Beber, *verbis*:

"PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTERRUÇÃO VERSUS SUSPENSÃO. O efeito do ajuizamento de demanda sobre a contagem do prazo prescricional quinquenal é de suspensão, e não interrupção. Ajuizada a demanda, detém-se a contagem do prazo prescricional, que volta a fluir se o processo for extinto sem resolução de mérito"

A pretensão dos requerentes era de que, interrompido o prazo prescricional, não mais recomece qualquer contagem em relação aos direitos trabalhistas, o que é injurídico e não encontra suporte legal.

Vejamos o quadro fático que alicerça a tese:

A ação civil pública foi ajuizada em 08.08.2007 interrompendo o prazo bienal para ajuizamento de outras ações, porém, em relação aos direitos materiais, o ajuizamento da ação atua como condição suspensiva da contagem do prazo, o u

seja, permanecem imprescritos direitos posteriores a 07.08.2002 (direitos anteriores já estavam com a prescrição consumada).

Pois bem, a ação coletiva foi extinta sem julgamento do mérito e transitou em julgado no 13.12.2010, logo, cessou a condição suspensiva e o prazo prescricional deve ter sua contagem reiniciada (prazo recomeça por inteiro, ou seja, estavam imprescritos direitos posteriores a 07.08.2002 - cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação coletiva).

Porém, é preciso lembrar que a partir de 13.12.2010 cessou a condição suspensiva e, portanto, o prazo prescricional começa a ser computado, obviamente atingindo parcelas vencidas a partir de 08.08.2002 (que ainda estavam imprescritas por força da condição suspensiva, mas que agora irão começar a prescrever em razão do reinício da contagem).

O que pretendiam os requerentes? Que o prazo prescricional dos direitos trabalhistas fique congelado por cinco anos e as parcelas imprescritas à época do ajuizamento da ação coletiva (posteriores 08.08.2002) permaneçam imprescritas até cinco anos após o trânsito em julgado da ação interruptiva, ou seja, 13.12.2015, para só então prescreverem.

O acolhimento da tese provocaria situações esdrúxulas: por exemplo, o empregado cujo vínculo fora rompido em janeiro de 2011 e ajuizasse ação em 2014, estaria com a prescrição para ajuizamento da ação consumada (lembre-se que o prazo é biennial e a ação coletiva foi extinta em dezembro/2010), mas os direitos trabalhistas, segundo a tese do agravante, só prescreveriam em dezembro/2015.

Por tais motivos, é que proponho rever a tese adotada no julgamento do IUJ e considerar que o ajuizamento de uma ação interrompe a prescrição para o ajuizamento de outra ação com o mesmo objeto, porém, em relação aos direitos materiais, que são de trato sucessivo e obedecem o princípio

da *actio nata*, o efeito é de condição suspensiva da contagem prescricional.

O voto vencido é da autoria do Exmo. Des. Francisco das C. Lima Filho:

"1. LEGITIMIDADE DO SINDICATO

Com o devido respeito, ousou divergir do nobre Relator quanto à legitimidade das partes para requer a revisão de tese firmada no Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

Com efeito, nos termos dos art. 977, inciso II do Código de Processo Civil de 2015, as partes do processo têm legitimidade, juntamente com o Ministério Público, Defensoria Pública e qualquer um dos julgadores, para suscitar o Incidente de Julgamento de Recursos Repetitivos, que constitui é um dos mecanismos que compõem o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos visando formar o precedente que servirá de base para compor o conflito posto na causa piloto e firmar uma tese para orientar o julgamento de futuras lides em que esteja em julgamento demandas repetitivas fundadas nos mesmos ou assemelhados fundamentos jurídicos.

Desse modo, se as partes têm legitimidade para suscitar o Incidente, pelas mesmas razões estão legitimadas a pedir a revisão da tese ou do precedente nele firmado, nos termos do previsto no art. 986 do Código de Processo Civil que, por evidente erro de redação, menciona apenas o inciso III como, aliás, adverte a boa doutrina.

De outro lado, visando o Incidente de Julgamento de Recursos Repetitivos, que subsistiu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, extinto com a entrada em vigor do novo Código, a formação de precedente judicial vinculativo ou obrigatório, deve ser interpretado tomando-se em consideração o princípio democrático de modo a se permitir o quanto possível, a participação das partes e dos demais interessados, assim entendidos todos aqueles que possam ser afetados pela tese, não se podendo limitar essa participação apenas na formação, mas também no caso de eventual revisão da tese firmada. Tanto assim, que se

admite uma participação ampliada com a intervenção de terceiros interessados, inclusive na condição de *amicus curiae* (arts. 138 e 983 do Código e 896-C, § 8º da CLT, na redação advinda da Lei 13.015/2014).

Desse modo, peço venia para admitir a legitimidade do suscitante, parte no processo em que foi suscitado o Incidente de Uniformização, para requerer a revisão de tese nele firmada.

2. MÉRITO

Também aqui e como votei por ocasião do julgamento do Incidente, entendo com o devido respeito, que o ajuizamento da ação coletiva, proposta pelo substituto processual, ainda quando extinta sem apreciação de mérito, tem o condão de interromper a prescrição. Por conseguinte, se o prazo é interrompido, volta a contar pela totalidade a partir do trânsito em julgado da decisão, como aliás, assentado na OJ 359-SBDI-1 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Desse modo, acolho a tese de revisão proposta pelo Sindicato.

É como voto."

POSTO ISSO

Participaram deste julgamento:

Des. Nery Sá e Silva de Azambuja (Presidente);

Des. André Luís Moraes de Oliveira;

Des. João de Deus Gomes de Souza;

Des. Nicanor de Araújo Lima;

Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior;

Des. Marcio Vasques Thibau de Almeida; e

Des. Francisco das C. Lima Filho.

Com base no art.145, § 1º, do CPC, declarou sua suspeição o Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona.

Presente ainda o Representante do Ministério Público do Trabalho.

ACORDAM os integrantes do Egrégio Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade: aprovar o relatório, por maioria, não admitir o pedido de revisão veiculado pelas partes do processo originário, mas, por proposição do relator, rever a tese adotada para considerar que o ajuizamento de uma ação interrompe a prescrição para o ajuizamento de outra ação com o mesmo objeto, porém, em relação aos direitos materiais, que são de trato sucessivo e obedecem ao princípio da *actio nata*, o efeito é de condição suspensiva da contagem prescricional, nos termos do voto do Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior (relator), vencido o Desembargador Francisco das C. Lima Filho.

Campo Grande, 8 de setembro de 2016.

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

PROCESSO N. 0001839-30.2012.5.24.0072-RO.1

A C Ó R D ã O
2ª TURMA

Relator : Des. AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
 Revisor : Des. RICARDO G. M. ZANDONA
 Recorrente : T.C.M. LTDA.
 Advogados : E.B.F. e outros
 Recorrente : A.P.S (ESPOLIO DE - REPRESENTADO PELA
 INVENTARIANTE S.M.P.S.)
 Advogados : N.F.P.G. e outro
 Recorrente : S.I.I.T e C.I. LTDA.
 Advogados : J.L.C.S e outro
 Recorrente : I.M. LTDA.
 Advogados : B.C.R. e outros
 Recorrente : S.F.L.V.M. LTDA. - ME
 Advogado : I.A.T.
 Recorrente : E.B.C. S.A.
 Advogados : G.M.M. e outros
 Recorridos : OS MESMOS
 Recorrida : A.C.S.
 Advogados : A.C.M.G. e outro
 Origem : 2ª Vara do Trabalho de Três Lagoas/MS

DANO MORTE E PREJUÍZO DE AFEIÇÃO. DISTINÇÕES.

1. No campo da responsabilidade civil a morte faz surgir duas linhas indenizatórias bem definidas: há que se distinguir o direito de indenização por danos extrapatrimoniais padecidos pela vítima direta (transmissível por herança e reivindicável pelo espólio), do direito indenizatório decorrente de danos extrapatrimoniais sofridos pelas vítimas indiretas (por ricochete). 2. O prejuízo de afeição não pode ser vindicado pelo espólio, mas apenas pelos que sofreram dano psicológico em razão da ligação afetiva que mantinham com o falecido (vítima direta). 3. O dano morte é transmissível por herança e deve ser vindicado pelo Espólio.

TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. É preciso distinguir entre o direito da personalidade e direito à indenização por sua violação: o direito da personalidade é inerente ao seu titular e não pode ser transmitido, cedido ou alienado, mas, uma vez ofendido em quaisquer de seus matizes, surge o direito ao ressarcimento, que só poderá ser obtido pela via patrimonial.

RESSARCIBILIDADE DO DANO MORTE. 1. O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida e é este o maior bem jurídico tutelado por nosso ordenamento. 2. Não se concebe que o maior patrimônio da pessoa humana, constitucionalmente tutelado, uma vez ofendido, possa permanecer não ressarcido. 3. Nem se diga que o fim da personalidade jurídica decorrente do falecimento da vítima impossibilitaria o ressarcimento do "dano morte", afinal, foge à lógica sustentar que a própria lesão seja a causa de sua não ressarcibilidade. 4. E como pondera Sergio Cavalieri Filho: "O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue - repita-se - é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 4ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009).

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0001839-30.2012.5.24.0072-RO.1) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Em razão da r. sentença de f. 1.587-1.607, complementada pela decisão de embargos de declaração de f. 1.723-1.726, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Hélio Duques dos Santos, da Egrégia 2ª Vara do Trabalho de Três Lagoas/MS, as partes interpuseram recursos ordinários.

A ré T.C.M. LTDA. alega, preliminarmente, incompetência material da Justiça do Trabalho e ilegitimidade ativa e requer a denúncia da lide. No mérito, pretende a reforma quanto à responsabilidade solidária, à indenização por danos extrapatrimoniais e materiais e aos honorários advocatícios (f. 1.616-1.631).

O espólio de A.P.S. insurge-se quanto à indenização por danos extrapatrimoniais (f. 1.673-1.681).

A ré S.I., preliminarmente, argúi ilegitimidade ativa e passiva, julgamento *extra petita* e incompetência em

razão da matéria; no mérito, pretende a reforma dos capítulos da responsabilidade solidária, indenização por danos extrapatrimoniais e materiais, multa por embargos protelatórios, juros e honorários advocatícios (f. 1.742-1.756).

A ré I. aponta preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, insurge-se quanto à responsabilidade solidária, indenização por danos extrapatrimoniais e materiais, honorários advocatícios e custas processuais (f. 1.760-1.771).

A ré S.F.L. argúi preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, pretende a reforma dos capítulos da indenização por danos extrapatrimoniais e materiais, da responsabilidade solidária, dos honorários advocatícios, da multa por embargos protelatórios e da justiça gratuita (f. 1.778-1.795).

Por fim, a ré E. insurge-se quanto à responsabilidade solidária, à multa por embargos protelatórios, à indenização por danos extrapatrimoniais e materiais e aos honorários advocatícios (f. 1.797-1.811)

As custas e o depósito recursal foram comprovados às f. 1.631-v (C.M.), 1.756-1.758 (S.I.), 1.772 (I.) e 1.812-1.813 (E.).

Contrarrrazões apresentadas pelo espólio de A.P.S., às f. 1.689-1.693 e 1.828-1.857; pela T.C.M. LTDA, às f. 1.710-1.713; pela E.B.C. S/A, às f. 1.717-1.719; pela I., às f. 1.774-1.776; por A.C.S., às f. 1.860-1.893; pela S.I. às f. 1.895-1.898.

O d. Ministério Público do Trabalho, à f. 1.924-1.940, em parecer da lavra do Exmo. Procurador do Trabalho Odracir Juares Hecht, opina pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

V O T O**1 - CONHECIMENTO**

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos e das contrarrazões.

Esclareço que o depósito recursal e as custas recolhidos pela ré C.M. (f. 1.631-v) aproveitam à ré S.F.L. diante do disposto na Súmula n. 128, III, do TST. Ressalto que o recurso desta ré somente não seria conhecido se a primeira pleiteasse sua exclusão da lide, o que não é o caso dos autos.

2 - MÉRITO**2.1 - DENUNCIAÇÃO DA LIDE (RECURSO DA C.M.)**

O juiz da origem extinguiu sem resolução de mérito a denúncia da lide porque a Justiça do Trabalho não possui competência para dirimir a lide travada entre litisdenunciante e litisdenunciada (f. 1.591).

A ré C.M. sustenta que a denúncia da lide é admitida no processo do trabalho, não traz prejuízos aos autores e viabiliza a economia processual (1.617-v-1.618).

Sem razão.

Em que pese o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 227 da SBDI-1 do TST, não vejo como admitir a competência da Justiça do Trabalho para resolver litígio envolvendo seguradora e segurada, pois os incisos do art. 114 da Constituição Federal não incluem na competência desta Especializada tal conflito de interesses.

Do mesmo modo, carece de competência a justiça trabalhista para julgar ação de regresso entre empregador e terceiro, suposto causador de acidente, haja vista que a relação entre ambos é eminentemente civil.

A intervenção de terceiros no processo do trabalho é medida excepcional, realizada no interesse do trabalhador e analisada caso a caso.

É certo que a seguradora pode, na condição de assistente, participar da relação trabalhista que envolve indenização objeto de contrato de seguro, mas não há competência jurisdicional autorizando a Justiça do Trabalho a resolver ação regressiva que decorreria naturalmente da denunciação à lide.

Nesse sentido é a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

DENUNCIÇÃO DA LIDE. Com efeito, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e o elástico da competência da Justiça do Trabalho, tornou-se possível, em tese, a denunciação da lide, desde que relacionada à relação de trabalho, uma vez que o artigo 114 da Constituição Federal passou a autorizar o exame amplo de questões afetas a estas relações. Todavia, esta Corte vem sedimentando o entendimento de que a denunciação da lide só pode ser acolhida nas hipóteses atinentes à competência da Justiça do Trabalho, em nome dos princípios norteadores do processo do trabalho, notadamente aos princípios da celeridade, da efetividade e da simplicidade. *In casu*, o Tribunal de origem consignou que "a presença da seguradora na ação teria como finalidade possibilitar que o juiz, além de decidir a lide entre a reclamante e a reclamada, também se pronunciasse a respeito das relações entre denunciante e denunciado, pretensão esta alheia ao rol das relações jurídicas materiais afeto à competência da Justiça do Trabalho, onde não se inclui o resguardo de responsabilidade, mediante ação regressiva". Portanto, a pretensão da recorrente não merece ser acolhida, pois, no caso de ocorrer a denunciação, haveria, para ser apreciada como objeto de julgamento, uma segunda relação jurídica de natureza civil, que refoge da competência da Justiça do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. - (AIRR-51400-22.2006.5.03.0006, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29.4.2015, 2ª Turma, Data de Publicação: 08.5.2015).

DENUNCIÇÃO DA LIDE. SEGURADORA. A aplicabilidade do instituto da denunciação à lide no processo do trabalho, a despeito da ampliação da competência desta Justiça Especial, deve ser analisada caso a caso, considerando-se o interesse do trabalhador na celeridade processual, tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas, bem como a própria competência da Justiça do Trabalho para apreciar a controvérsia surgida. Não está esta obrigada esta Justiça do Trabalho a acolher, sob o manto da denunciação à lide, relações jurídicas alheias ao contrato de trabalho, procedimento que, inclusive, prejudicaria a celeridade processual da demanda. É o caso dos autos, em que se pleiteia o julgamento de contratos de natureza civil entre a reclamada e a sua seguradora. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. - (ARR-119-58.2012.5.08.0012, Relator

Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15.4.2015, 6ª Turma, Data de Publicação: 17.4.2015).

Assim, embora tal instituto possa ser admitido no Processo do Trabalho, não é o caso de utilizá-lo quando faltar competência jurisdicional para conhecer e julgar a lide regressiva.

Nego provimento.

2.2 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (RECURSO DA C.M. e da S.I.)

O juiz da origem reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para julgar a ação.

A ré C.M. alega que nunca estabeleceu qualquer relação de trabalho com a vítima e que a indenização pleiteada possui cunho civil (f. 1.618-v-1.619).

A ré S.I., por sua vez, alega que a Justiça do Trabalho não possui competência para reconhecer a união estável do *de cujus* com a autora A.C.S. (f. 1.746).

Sem razão.

Incontroverso nos autos que a vítima A.P.S. foi contratada pela ré S.F., na função de motorista, para transportar empregados da ré S.I. (f. 311 e 622), a qual foi contratada pela empresa I. (f. 329) para realizar montagem elétrica no canteiro de obras da E., sendo aquela por esta contratada para montagem eletromecânica (f. 365). A empresa I., contratada pela E., firmou contrato com a ré C.M., ora recorrente, para a movimentação de turbina (f. 356).

Pois bem, tendo em vista a dinâmica do acidente, segundo a qual uma turbina transportada pela C.M. se desprende e caiu sobre a vítima, dentro do pátio de obras da E., tirando-lhe a vida imediatamente, evidente que os direitos vindicados tanto pelo espólio, quanto por A.C.S., decorrem de uma relação de trabalho, pois o autor estava em serviço no momento do infortúnio.

A competência material desta Justiça Especializada é delimitada pela causa de pedir e pelos pedidos insertos na petição inicial, sendo irrelevante qual o ramo do direito que se enquadra a pretensão jurídica.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, por iterativa jurisprudência, que compete à Justiça do Trabalho dirimir litígio em que se pretende indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho para dirimir a controvérsia, ainda que vista sob a estrita ótica da relação jurídica entre a ré C.M. e o autor, firma-se porque decorre da relação de trabalho, na dicção do inciso IX do art. 114 da Constituição Federal.

Irrelevante, assim, para se definir a competência, *data venia*, que a recorrente não tenha mantido com o autor qualquer vínculo de trabalho, pois não estamos diante de uma situação em que a competência se define em razão da pessoa, mas sim em razão da matéria.

Conclui-se, então, que é competente a Justiça do Trabalho para apreciar demanda que versa sobre acidente de trabalho, inclusive quanto à responsabilidade civil de empresa prestadora de serviços, contratada por outra (I.), na hipótese em que o obreiro é vinculado a esta empresa, por meio do contrato firmado com a S., a qual contratou a S.F., empregadora do autor, todas prestando serviços na mesma obra, quando a dinâmica do evento danoso, relatada na inicial, indica que tanto a empregadora quanto as outras empresas prestadoras de serviços concorreram para a ocorrência do infortúnio.

No que diz respeito à competência da justiça do trabalho para reconhecer a união estável da autora A.C.S. com a vítima A.P.S., sem razão a recorrente S.I.

A Lei 9.278/96, que regula o instituto da união estável (art. 226, § 3º, da CF), preceitua, em seu art. 9º,

que toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Ocorre que discussão dos presentes autos não versa sobre o reconhecimento de união estável, mas sim, sobre o direito à indenização por danos extrapatrimoniais e materiais decorrente de acidente de trabalho que ocasionou a morte de ex-empregado, o que torna evidente a competência da Justiça do Trabalho, conforme visto acima. Reitero, ainda, que o juiz da origem reconheceu a convivência marital de forma incidental no processo, por isso, não há falar em ofensa aos arts. 114 e 125, § 1º, da CF, nem sequer em julgamento *extra petita*.

Neste sentido, colaciono jurisprudência do C. TST que sinaliza a possibilidade de reconhecimento, de forma incidental, da união estável:

RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM COMO ÓBICE AO TRANSCURSO DA PRESCRIÇÃO. A autora da ação, companheira do trabalhador falecido em acidente de trabalho ocorrido após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, interpôs a presente ação trabalhista após o prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da CRFB/88. A tese que circunda sua ilegitimidade para a causa enquanto não sobreviesse ação na Justiça Comum reconhecendo a união estável com o *de cujus* não vinga, porquanto não é esta condição suspensiva da prescrição, **bem assim poderia ela provar sua condição de companheira na ação tempestivamente ajuizada, ainda que de forma incidental** (...). (Processo: AIRR - 318-63.2013.5.03.0019 Data de Julgamento: 05/08/2015, Relator Desembargador Convocado: Gilmar Cavalieri, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015, grifei)

Nego provimento aos recursos.

2.3 - ILEGITIMIDADE ATIVA (RECURSO DA C.M., da S.I., da I. e da S.F.)

O juiz da origem rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do espólio para pleitear a indenização por dano morte, bem como dos demais autores para vindicar indenização por danos extrapatrimoniais. Acolheu a

ilegitimidade do espólio e da mãe da vítima para pleitear indenização por danos extrapatrimoniais (f. 1.592-1.593).

A ré C.M. alega que o direito à indenização por danos extrapatrimoniais pleiteado pelos autores (irmão, avós e padrasto) é personalíssimo e que não restou provada a vinculação afetiva com a vítima ou dependência econômica (f. 1.619-v-1621).

A ré S.I. argumenta que o dano moral possui caráter personalíssimo e não se transmite com a herança, o que retira a legitimidade ativa dos herdeiros. Aduz, ainda, que A.C.S. não comprovou a união estável com a vítima e não é dependente do *de cuius*, por isso não pode pleitear indenização por danos morais (f. 1.742-v-1.744).

Por seu turno, a ré I. alega que não há legitimidade concorrente de todos aqueles que sofrem o dano com a perda do ente querido, devendo ser priorizada a legitimidade excludente, conforme a vocação hereditária, para garantir a segurança jurídica (f. 1.761-v-1.763).

Por fim, a ré S.F.L. pretende seja reconhecida a ilegitimidade dos herdeiros e de A.C.S. para postular indenização por danos morais, porque não houve prova de vínculo afetivo ou prova da união estável e porque o dano não é transmissível (f. 1.780-1.782)

Sem razão.

É indiscutível que a morte gera efeitos jurídicos. De início, abre-se a sucessão, que provoca a transmissão de bens e direitos aos herdeiros. No campo da responsabilidade civil surge o prejuízo de afeição, autêntico prejuízo reflexo ou por ricochete, consistente no dano psicológico que atinge todas as pessoas que mantinham ligação afetiva com o falecido. Esse dano extrapatrimonial decorre do evento morte, mas não objetiva indenizar a própria morte e sim o sofrimento que atingiu os sobreviventes, motivo pelo qual caberão a eles, vítimas indiretas do evento danoso, demandar em nome próprio uma indenização compensatória.

Evidente, portanto, a legitimidade do padrasto, dos irmãos e dos avós para buscar a reparação.

No que diz respeito à autora A.C.S., que se apresentou como cônjuge da vítima, a legitimidade é patente, porque o alegado vínculo afetivo lhe daria direito às indenizações pleiteadas. A existência ou não da união estável é matéria de mérito e influi na titularidade do direito, mas não na legitimidade para propor a ação.

Nego provimento.

2.4 - ILEGITIMIDADE PASSIVA (RECURSO DA S.I e da E.)

A ré S. e ré E. alegam que não têm legitimidade para responder à demanda porque não foram empregadoras da vítima (f. 1.744-v e f. 1.798v).

Sem razão.

A legitimidade *ad causam* se estabelece pelo simples fato de o autor ter vindicado a condenação solidária ou subsidiária da ré, o que torna inquestionável sua legitimidade para responder a ação.

Se há responsabilidade ou não, caberá ao Poder Judiciário decidir no mérito da demanda.

Nego provimento.

2.5 - ACIDENTE DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE (RECURSO DAS RÉ S C.M., S.I., I., S.F. e E.B.C.)

O juiz da origem reconheceu a responsabilidade exclusiva das ré s pelo acidente que vitimou o ex-empregado e as condenou a responder solidariamente pelas verbas devidas (f. 1.593-1.599v).

A ré C.M. alega que a vítima jamais foi seu empregado, que não hánexo de causalidade com as atividades da recorrente e que a empresa não agiu com culpa. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento de culpa concorrente da vítima (f. 1.621v-1.624).

A ré S.I. argumenta que não firmou nenhum vínculo empregatício com a vítima do acidente, que a solidariedade não se presume, que não houve terceirização ilícita, que não causou nenhum dano e que não agiu com culpa (f. 1.744v-1.749).

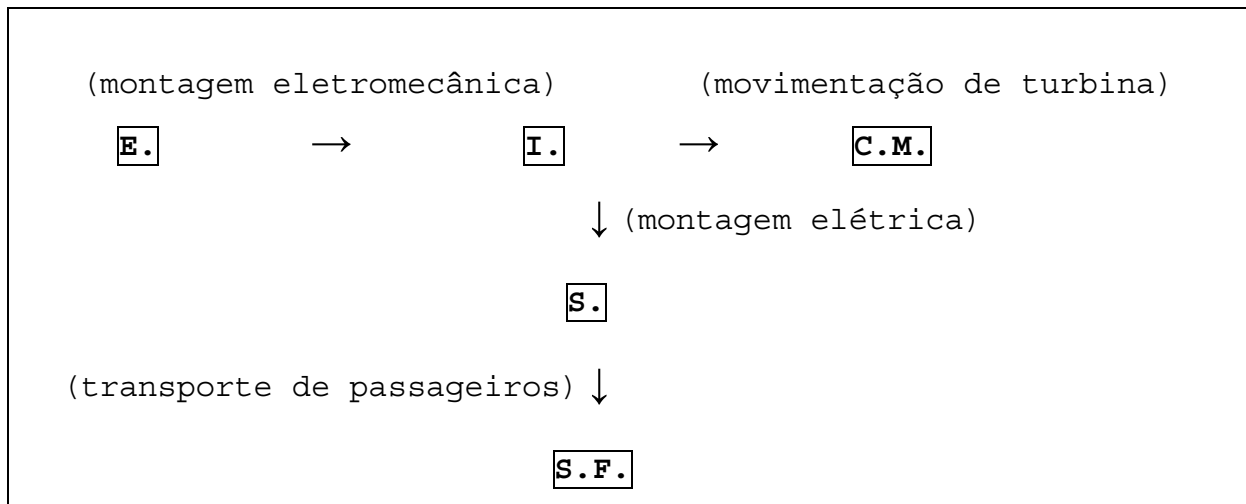
A ré I. afirma que confiou execução da atividade de movimentação da turbina à ré C.M., por ser empresa de alta performance e que não agiu com culpa (f. 1.763v-1.766).

A ré S.F. alega que as rés C.M. e S.I. possuem culpa exclusiva pelo infortúnio (f. 1.785-1.787).

Por fim, a ré E. afirma que é dona da obra, que não pode ser responsabilizada pelo infortúnio e que não há formação de grupo econômico (f. 1.798v-1.799 e 1.801-1.805).

Provejo parcialmente o recurso.

Incontroverso nos autos que A.P.S. foi contratado pela ré S.F. em 21.08.2012, para exercer a função de motorista (f. 68) e transportar empregados da ré S.I. (f. 311 e 622). Esta empresa, por sua vez, foi contratada pela ré I. (f. 329) para realizar montagem elétrica no canteiro de obras da E., sendo aquela por esta contratada para montagem eletromecânica (f. 365). A empresa I., contratada pela E., firmou contrato com a ré C.M. para a movimentação de turbina (f. 356). A rede de terceirização pode assim ser esquematizada:



↓ (motorista)

A.P.S. (vítima)

Pois bem.

O acidente de trabalho que vitimou o trabalhador ocorreu no canteiro de obras da E. no dia 14.09.2012, quando ele foi buscar água para a base da S., que estava com o bebedouro estragado, enquanto esperava os trabalhadores desta empresa terminarem sua jornada para serem transportados de volta à cidade (f. 1.551). Ao se aproximar do bebedouro, o pórtico que transportava a turbina, pertencente à empresa C.M., se desprendeu e caiu sobre o motorista, tirando-lhe a vida instantaneamente.

Incontroversa, portanto, a existência do dano e do nexos causal com o trabalho. O objeto de discussão cinge-se a quem recai a culpa sobre o infortúnio.

O laudo pericial confeccionado pela Polícia Civil constatou que as adjacências da área de transporte da turbina não estavam isoladas, sendo que terceiros possuíam livre acesso à área (f. 236). No mesmo sentido, a testemunha L.B.S. confirmou que o bebedouro onde a vítima foi pegar água, que estava dentro da área de movimentação de turbinas, não possuía isolamento (f. 1.551).

Tal constatação afasta a possibilidade de se reconhecer a culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Isso porque a conduta do trabalhador de ir buscar água no bebedouro que estava acessível a todos, sem qualquer restrição de circulação, demonstra que não houve imprudência, negligência ou imperícia de sua parte.

Segundo o laudo da Polícia Civil, um dos pórticos que transportava a turbina precisava de correção de 100mm em seu alinhamento, o que seria feito por movimento de pêndulo. Quando o operador iniciou o levantamento do sistema

hidráulico um dos cabos foi tensionado prematuramente, ocasionando o tombamento dos pórticos (f. 236).

Conforme o relatório adunado à contestação da ré S.F., os auxiliares de operação não conferem o posicionamento dos cabos durante seu tensionamento, fator que seguramente contribuiu para o tombamento dos pórticos. Como ações corretivas, o relatório sugere o treinamento de funcionários e o isolamento de área superior a 1,5 vezes a altura do pórtico (f. 636-637).

Ademais, o certificado de f. 1.347 revela que o operador de pórtico E.F.S. realizou curso de apenas 5 dias, em meados de 2002, ou seja, 10 anos antes do acidente.

A NR 18 estabelece que "É vedado o ingresso ou a permanência de trabalhadores no canteiro de obras, sem que estejam assegurados pelas medidas previstas nesta NR e compatíveis com a fase da obra." (Item 18.1.3).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza que "Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXIII), o que inspira o art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República, segundo o qual são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Emerge da Constituição Federal que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, nele incluído o meio ambiente do trabalho (art. 225).

O empregador e as empresas contratadas são destinatários diretos dessas normas na perspectiva de vinculação horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que cabe a eles cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e

medicina do trabalho; instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente (art. 157, CLT).

Tão importante quanto cumprir tais determinações, é atentar-se aos princípios do meio ambiente do trabalho. Segundo o princípio da prevenção (art. 225, incisos II, III, IV e V do § 1º, da CF/88) é necessária a adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto (acidente de trabalho).

Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom-senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Na hipótese, a empresa **C.M.**, responsável pelo transporte de turbinas, agiu com negligência e imperícia ao permitir que empregado insuficientemente capacitado operasse o pórtico de movimentação de turbinas e foi omissa ao não observar a restrição de circulação na área de transporte dos equipamentos.

Igualmente responsável é a empresa E. que não adotou qualquer providência no sentido de isolar a área em que era proibida a circulação ou até mesmo fiscalizar o ambiente laboral de forma a proibir e reprimir a circulação de trabalhadores pela área sujeita a riscos de acidente, preferindo se omitir na fiscalização e cumprimento das normas de segurança no ambiente laboral.

A empresa **I.**, **contratada pela E.**, ao terceirizar os serviços de movimentação das turbinas para

C.M., não agiu com culpa pelo acidente, de modo que deve responder apenas **subsidiariamente** por eventual condenação.

Quanto à empresa S.I., limitou-se a terceirizar o transporte de seus empregados para a empresa S.F. (empregadora direta do falecido), motivo pelo que **não detém qualquer responsabilidade pelo infortúnio**, seja em razão da **ausência de culpa**, seja porque não comprovada **atividade de risco** que pudesse implicar sua **responsabilização objetiva**.

Quanto à S.F., deve, tal qual ocorre com a I., ser responsabilizada apenas subsidiariamente (contratual), pois, apesar de figurar como empregadora direta do falecido, também não teve qualquer culpa pelo acidente de trabalho que culminou em sua morte.

Importante esclarecer que a ré E., em que pese ser considerada dona da obra (IUJ n. 0024138-18.2015.5.24.0000), deve responder solidariamente pela reparação civil dos danos sofridos pela vítima em decorrência de acidente de trabalho, uma vez que demonstrada sua culpa (arts. 927 e 942 do CC).

Os termos da OJ n. 191 do SBDI1 do TST alcançam apenas a responsabilidade referente às verbas trabalhistas oriundas do contrato de empreitada, não atingindo a situação dos autos, em que se discute a responsabilidade civil do causador do dano, compreendido o tomador de serviços ou o empregador, a quem incumbia garantir um ambiente de trabalho seguro e livre de riscos.

Neste sentido, colaciono jurisprudência do C. TST:

RECURSO DE REVISTA. 1. CONTRATO DE EMPREITADA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBSIDIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA OJ Nº 191 DA SBDI-1 DO TST. I. A jurisprudência dominante no âmbito desta Corte Superior é no sentido de que, nos casos de pretensão de indenização por danos morais ou materiais decorrentes de acidente de trabalho ocorrido nas dependências do contratante dos serviços de empreitada, o dono da

obra (mesmo não sendo empresa construtora ou incorporadora) também pode responder pela condenação à reparação do ato ilícito ocorrido com o empregado da empreiteira, por se tratar de crédito de natureza eminentemente civil, e não de parcelas propriamente decorrentes da relação de trabalho. **II.** Assim, nessas hipóteses, não incide a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST, a qual somente afasta a responsabilidade solidária ou subsidiária do dono da obra pelas obrigações tipicamente trabalhistas, mas não daquelas decorrentes da responsabilidade de natureza civil. **III.** Precedentes da SBDI-1 e de todas as Turmas do TST. **IV.** A decisão recorrida está de acordo com iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em relação ao tema, motivo pelo qual o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial encontra óbice na Súmula nº 333 do TST e no § 4º do art. 896 da CLT (redação anterior à Lei nº 13.015/2014). **V.** Não há contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST, porque a Corte Regional consignou que "*a citada OJ 191 põe o dono da obra a salvo de responsabilidade tão somente no que diz respeito às parcelas típicas da relação de emprego, como as rescisórias e outras previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, não as decorrentes de atos ilícitos*", como no caso em análise, em que foi "*demonstrada a conduta culposa de ambas as empresas (empreiteira e dono da obra) no tocante ao descumprimento das normas de proteção a segurança e saúde do trabalhador, que contribuíram para o evento danoso, como o que vitimou o reclamante, resultando em lesão corporal grave e incapacidade laboral*". **VI.** Recurso de revista de que não se conhece. (**Processo:** RR - 47900-18.2011.5.16.0003 **Data de Julgamento:** 04/05/2016, **Relatora Desembargadora Convocada:** Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 06/05/2016.)

Com esses fundamentos, **nego provimento** aos recursos das **rés E. e C.M.**, **dou parcial provimento** aos recursos das **rés I. e S.F.** para reconhecer a **responsabilidade subsidiária** de ambas e, por fim, **dou provimento ao recurso da ré S.I.** para **afastar totalmente a sua responsabilidade pelo acidente de trabalho.**

Fica prejudicada, portanto, a análise dos demais temas veiculados no recurso da S.I.

2.6 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS (RECURSO DAS RÉ S C.M., I., S.F. e E.)

O juiz da origem reconheceu de forma incidental a união estável da vítima com a autora A.C.S. e condenou as

rés ao pagamento de pensão mensal no importe de R\$ 854,64, desde a data do falecimento até a data em que a vítima completaria 75 anos. Determinou, ainda, a constituição de capital (f. 1.600-1.603).

As rés C.M. e E. alegam que não restou comprovada a dependência econômica da autora A.C.S. e sua união estável com a vítima e que a pensão deve ser limitada à data em que o *de cujus* completaria 65 anos, idade média do brasileiro, tese também defendida pela I. e S.F. (1.624-1.626, f. 1.749v-1.750, f. 1.766-1.767, F. 1.782-1.783 E 1.805V-1.806).

As rés S.F. e E. aduzem, ainda, que o INSS deve arcar com a reparação pelo dano (f. 1.783 e 1.807).

Por fim, a ré E. alega não ser necessária a constituição de capital, por não se tratar de alimentos e porque a empresa possui condição financeira sólida (f. 1.807).

Sem razão.

Primeiramente, importante esclarecer que é desnecessária, no caso em tela, a comprovação de dependência econômica da autora A.C.S., sobretudo diante da aplicação do princípio da *restitutio in integrum*, no sentido de que o pagamento da indenização, na forma de lucros cessantes, tem como objetivo manter o padrão econômico de vida da recorrida. A verba em questão tem, portanto, caráter reparatório e não alimentício, por isso irrelevante a discussão sobre dependência econômica.

Pois bem.

No caso dos autos, houve a conexão de duas ações: uma de autoria do espólio, dos irmãos, padrasto e avós da vítima; outra encabeçada por A.C.S., que alegou viver em união estável com o *de cujus*.

Segundo o art. 226, § 3º, da CF, união estável é a entidade familiar entre um homem e uma mulher. Com base nisso, o Código Civil acrescenta que a união deve ser *duradoura, pública, contínua* e com o *objetivo de constituir*

família (art. 1723). Note-se que a Lei nº 8.971/94 (artigo 1º), que estabelecia o requisito temporal, foi revogada.

A prova dos autos revela que, de fato, a autora A.C.S. vivia em união estável com a vítima, conforme bem avaliado pela origem:

A referida autora foi indicada, na qualidade de cônjuge, em seguro de vida adquirido por A. (f. 884-885, carmim).

Essa mesma qualificação pode ser constatada em ficha cadastral para aquisição de bens no comércio (f. 886-carmim), bem como no formulário de proposta de emprego, datada de maio de 2012 (f. 887, carmim).

Extraí-se dessa prova documental que o de cujus declarava de forma pública e formal que a autora em referência era sua esposa.

Além disso, a informante S.P.A.N. afirmou que A. passou a morar junto com A. em Três Lagoas. Esclareceu, ainda, que no dia do acidente, seu esposo foi convidado pelo de cujus para ir fazer um churrasco em sua casa, casa esta que era da A. (itens 6 e 9, f. 1553).

Há de se atribuir credibilidade a tal depoimento, porquanto em sintonia com a prova documental produzida.

Outrossim, pondera-se que o só fato de o de cujus fazer uso de diversos endereços não desqualifica a união estável, até porque há comprovação de uso de endereço do casal (f. 888, carmim), bem como de endereço de residência de seu irmão E. (f. 649 c/c f. 1547).

Também não impressiona o fato de em diversos documentos o de cujus ter se intitulado solteiro, na medida em que, nos termos da lei, era este o seu estado civil. (f. 1.601v-1.602)

Portanto, suficientes as provas e documentos presentes nos autos para a apreciação da matéria, por força da competência incidental legalmente atribuída a esta Justiça Especializada. Assim, não resta dúvida, de que A. deve ser a titular da pensão mensal devida pelas rés.

Ressalto, como já dito, que a discussão dos presentes autos não versa sobre o reconhecimento de união estável, mas sim, sobre o direito à indenização por danos extrapatrimoniais e materiais decorrente de acidente de trabalho que ocasionou a morte de ex-empregado, de modo que a união estável foi reconhecida de forma incidental como pressuposto para identificar o titular da pensão, se a suposta companheira ou se os demais parentes que também ingressaram com a ação.

No que diz respeito ao termo final do pensionamento, caso não houvesse morte do trabalhador, não haveria limite a ser fixado, por se tratar de pensão vitalícia, salvo se houvesse limitação do pedido (arts. 141 e 492 do NCPC).

Como o acidente ceifou a vida do ex-empregado, o critério adotado pelo juiz da origem, qual seja, a expectativa de sobrevida do cidadão brasileiro segundo dados do IBGE não merece ser alterado, porquanto pautado em estudos estatísticos da realidade nacional, condizentes com a "duração provável da vida da vítima" (art. 948, II, do CC). O limite de 65 anos apontados pelas rés não se justifica por nenhum critério razoável.

De acordo com o art. 475-Q do CPC, poderá o juiz ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão, bem como poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento.

O dispositivo do processo comum é aplicável em diálogo de subsidiariedade e complementaridade (art. 769 da CLT), porque, além de se imbricar com a principiologia trabalhista, o Texto Consolidado e a Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) não possuem parâmetros normativos (lacuna normativa).

Irrelevante que não haja pedido expresso para sua aplicação ao caso concreto, pois é faculdade do juízo a determinação de constituição de capital ou a sua substituição pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento, por se tratar de benefício a ser pago por vários anos e não se pode antever e garantir que a idoneidade financeira de que hoje goza a ré se mantenha até o final da obrigação.

Por fim, consigno que o recebimento do benefício previdenciário exclui a obrigação do empregador de pagar indenização por lucros cessantes. Como a petição de f.

1.950-1.952 informa que a titular da pensão mensal decorrente de lucros cessantes está pleiteando perante o INSS o recebimento da pensão por morte, cabe às rés ingressar com ação revisional em caso de deferimento da parcela, para que a condenação ao pagamento da pensão mensal seja reavaliado.

Nego provimento aos recursos.

2.7 - INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS (RECURSO DAS RÉS C.M., I., S.F. e E.)

O juiz da origem condenou as rés ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais no importe de R\$ 200.000,00 para cada autor (avós, dois irmãos, mãe, padrasto e cônjuge) - f. 1.603v-1.604.

As rés, em síntese, alegam que o valor arbitrado deve ser reduzido, que o evento morte não atinge com mesma intensidade todos os autores e que o juro deve incidir a partir do trânsito em julgado da decisão.

Assiste-lhes parcial razão.

No campo da responsabilidade civil a morte faz surgir duas linhas indenizatórias bem definidas: há que se distinguir o direito de indenização por danos extrapatrimoniais padecidos pela vítima direta (transmissível por herança e reivindicável pelo espólio), do direito indenizatório decorrente de danos extrapatrimoniais sofridos pelas vítimas indiretas (por ricochete). Este (aqui nominado dano de afeição) não pode ser vindicado pelo espólio, mas apenas pelos que sofreram dano psicológico em razão da ligação afetiva que mantinham com o falecido (vítima direta). O primeiro (dano morte propriamente dito) é transmissível por herança, enquanto o segundo é experimentado pelo próprio reivindicante, que não é, necessariamente, herdeiro do falecido.

O prejuízo de afeição é dano extrapatrimonial que decorre do evento morte, mas não objetiva indenizar a própria morte e sim o sofrimento que atingiu os sobreviventes.

Não resta dúvida que a perda de um ente querido é capaz de provocar profundo sofrimento, decorrente da privação de sua convivência, com angústia diária a cada lembrança, dano classificado como imaterial e cuja reparação deve ser reconhecida.

Como os autores pertencem ao círculo familiar mais íntimo (mãe, padrasto, irmãos, avós e cônjuge), trata-se do dano presumido, ou *in re ipsa*, sendo prescindível, a rigor, a prova efetiva do abalo suportado.

Ocorre que o grau de intimidade e convivência varia conforme o grau de parentesco dos autores com a vítima, o que reflete na intensidade do sofrimento a eles causado.

Por outro lado, não existindo tabelas de valores ou parâmetros concretos de arbitramento, cabe ao julgador avaliar, em cada caso, o montante indenizatório a ser fixado.

No caso presente, consideradas as ligações afetivas, grau de intimidade e convivência com a vítima, condeno as rés ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais no importe de R\$ 50.000,00 para A.C.S. (cônjuge) e da mesma quantia para S.M.P.S. (mãe); R\$ 30.000,00 para cada um dos avós, R\$ 10.000,00 para cada um dos irmãos e para o padrasto, perfazendo o montante total de R\$ 190.000,00.

A incidência de juros a partir do ajuizamento da ação está conforme a Súmula n. 439 do TST.

Dou parcial provimento aos recursos para reduzir o valor da indenização por danos extrapatrimoniais para o total de R\$ 190.000,00.

2.8 - INDENIZAÇÃO - DANO MORTE (RECURSO DO ESPÓLIO)

O juiz da origem julgou improcedente o pedido de indenização por dano morte, requerido pelo espólio, sob o fundamento de que se trata de direito personalíssimo, intransmissível a terceiros (f. 1.599v-1.600).

O espólio alega que a indenização pelos danos sofridos pela vítima integra seu patrimônio, que é transmitido ao espólio (1.675-1.681).

Com razão.

Com a devida vênia, é preciso distinguir entre o direito da personalidade e direito à indenização por sua violação: o direito da personalidade é inerente ao seu titular e não pode ser transmitido, cedido ou alienado, mas, uma vez ofendido em quaisquer de seus matizes, surge o direito ao ressarcimento, que só poderá ser obtido pela via patrimonial

Neste sentido, em percuciente voto, o Ministro Augusto César Leite de Carvalho ponderou:

Não se transmite o sofrimento da vítima, mas o crédito que corresponde ao dano moral e que se reveste, assim, de natureza patrimonial. Como os demais, esse crédito passa a integrar a universalidade dos bens que compõem a herança, cabendo ao espólio, em princípio e sob a representação do inventariante, a titularidade do direito de reivindicá-lo em juízo¹.

A transmissibilidade dos direitos extrapatrimoniais é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial. Dano moral. Falecimento do titular. Ajuizamento de ação indenizatória. Transmissibilidade do direito. Entendimento jurisprudencial consolidado. Súmula n. 168/STJ. A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Incidência da Súmula n. 168/STJ. Agravo regimental desprovido.²

O art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida e é este o maior bem jurídico tutelado por nosso ordenamento.

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. RR 91200-31.2006.5.03.0047. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho 18 mar. 2011.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg nos EREsp n. 978651/SP. Relator: Felix Fischer. Diário da Justiça 10 fev. 2011.

Não se concebe que o maior patrimônio da pessoa humana, constitucionalmente tutelado, uma vez ofendido possa permanecer não ressarcido.

Nem se diga que o fim da personalidade jurídica decorrente do falecimento da vítima impossibilitaria o ressarcimento do "dano morte", afinal, foge à lógica sustentar que a própria lesão seja a causa de sua não ressarcibilidade.

Como pondera Sergio Cavalieri Filho:

O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue – repita-se – é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. 4ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009).

Ora, não há dúvida de que, "no momento da violação", o titular do direito à vida estava vivo, caso contrário, não haveria "violação" de direito. Nesse diapasão, como disse Cavalieri Filho, perpetrado o dano contra a vítima ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com a sua morte.

Assim, o direito à indenização decorrente do dano morte passa a integrar o espólio do falecido e será transmitido aos herdeiros, na forma da lei.

Em relação ao valor da indenização, na realidade brasileira não há critério objetivo para sua apuração. Falar-se em princípio da razoabilidade, grau de culpa e situação econômica de ofensor e ofendido não possibilitam a compreensão de parâmetros que possam balizar uma condenação.

Torna-se imperioso, porém, estabelecer parâmetros para o arbitramento pecuniário, já que a vida, assim como os demais bens corpóreos e, em geral, os direitos de personalidade, não podem ser patrimonialmente comensuráveis.

Quanto ao valor monetário, está muito claro que deverá ser bem superior ao valor fixado para a compensação de outros prejuízos extrapatrimoniais, já que a vida, como destacado, é o principal bem imaterial de que o ser humano é dotado.

Embora o valor de uma vida seja incalculável, arbitro, com viés simplesmente compensatório, o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Dou provimento ao recurso do espólio para deferir indenização extrapatrimonial (dano morte) no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

2.9 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (RECURSO DAS RÉS C.M., I., S.F. e E.)

O juiz da origem condenou as rés ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 15% do valor da condenação, porque não há relação de emprego entre todos os envolvidos (f. 1.604v-1.605).

As rés alegam, em síntese, que não estão presentes os requisitos legais para o pagamento de honorários advocatícios.

Sem razão.

Na hipótese, a demanda foi proposta pelos dependentes do empregado, objetivando a compensação de danos extrapatrimoniais decorrentes de acidente de trabalho que culminou em sua morte. Assim, por não se tratar de lide que envolva direitos do falecido, desnecessário o preenchimento dos requisitos previstos na Lei n. 5584/70, sendo devidos honorários pela mera sucumbência, nos termos do inciso III da Súmula n. 219 do TST e do artigo 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 também daquela Corte Superior.

Nego provimento.

2.10 - MULTA - EMBARGOS PROTELATÓRIOS (RECURSO DAS RÉS S.I., S.F. E E.)

O juiz da origem condenou as rés ao pagamento de multa, pela oposição de embargos de declaração protelatórios, no importe de 1% sobre o valor da causa (f. 1.726).

As rés afirmam que não tem interesse em protelar o feito, mas apenas pretenderam sanar omissões e contradições. Pedem a exclusão da condenação (f. 1.752-1.753, 1.788 e 1.800-1.801).

Com razão.

A Constituição Federal garante aos litigantes em geral o amplo direito de defesa, com os recursos a ele inerentes. Os embargos de declaração foram opostos pelo autor com fulcro no art. 535 do CPC, sob o argumento de omissão no julgado.

A indicação de contradição, obscuridade e/ou omissão (art. 897-A da CLT e art. 535 do CPC) constitui pressuposto de conhecimento dos embargos de declaração, porém, a efetiva existência ou inexistência do vício apontado é questão jungida ao mérito dos embargos declaratórios.

O simples fato de inexistir omissão ou contradição na sentença não induz à conclusão de que os embargos apresentados tinham caráter protelatório.

Nem se cogita então de abuso do direito de defesa de modo a procrastinar o andamento do feito, tampouco a prática de qualquer outro ato a justificar aplicação da multa processual (art. 538, parágrafo único, CPC).

Destarte, dou provimento aos recursos para excluir da condenação a multa por embargos protelatórios.

2.11 - VALOR DAS CUSTAS (RECURSO DA RÉ I.)

A ré alega que o valor das custas fixado pela origem (R\$ 40.000,00) fere os princípios da adequação e proporcionalidade. Pretende a redução do montante (f. 1.769v-1.770).

Sem razão.

O art. 789 da CLT, ao fixar custas no importe de 2% do valor da condenação, estipula o valor mínimo de R\$ 10,64, mas não impõe nenhum limite máximo.

Nego provimento.

2.12 - JUSTIÇA GRATUITA (RECURSO DA RÉ SÃO FRANCISCO)

A ré alega que passa por dificuldades financeiras e não possui condições de suportar as despesas processuais. Reque, assim, o deferimento dos benefícios da justiça gratuita (f. 1.789).

Sem razão.

É cediço que os benefícios da gratuidade judiciária podem ser deferidos a qualquer tempo, conforme entendimento já sedimentado pelo TST, por meio da Orientação Jurisprudencial n. 269 da SDI-1. Possível, ainda, sua extensão, ao réu empregador, bem como encontra-se abrangido, dentre as isenções estabelecidas no art. 3º da Lei n. 1.060/50, o recolhimento das custas processuais (inciso VII).

Contudo, no caso de pessoa jurídica, a jurisprudência é pacífica em exigir prova robusta e inequívoca do estado de miserabilidade.

É neste sentido que vem decidindo o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DESERÇÃO - PESSOA JURÍDICA - BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - AUSÊNCIA DE PROVA DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. Apesar da possibilidade de pessoas jurídicas serem beneficiadas pela justiça gratuita, diferentemente do que acontece com as pessoas físicas, em relação às quais é suficiente a mera declaração da insuficiência econômica, para as pessoas jurídicas é necessária a sua comprovação, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Agravo de instrumento desprovido (**Processo:** AIRR - 1270-13.2011.5.05.0195 **Data de Julgamento:** 06.08.2014, **Relator Ministro:** Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 15.08.2014).

Portanto, à míngua de prova da impossibilidade econômica da recorrente de efetuar o recolhimento das custas processuais e do depósito recursal, indefere-se o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Como já analisado, o depósito recursal e as custas recolhidos pela ré C.M. (f. 1.631-v) aproveitam à ré S.F. diante do disposto na Súmula n. 128, III, do TST, o que autoriza o conhecimento deste recurso.

Nego provimento.

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. RR 91200-31.2006.5.03.0047. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho 18 mar. 2011.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg nos EREsp n. 978651/SP. Relator: Felix Fischer. Diário da Justiça 10 fev. 2011.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região: Por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer dos recursos e das contrarrazões e, no mérito, **dar provimento ao recurso da S.I.** para afastar totalmente a sua responsabilidade; **dar parcial provimento aos recursos das rés C.M., I., S.F. e E.** para reduzir a indenização por danos extrapatrimoniais para o importe de R\$ 190.000,00 (R\$ 50.000,00 para A.C.S. - cônjuge, R\$ 50.000,00 para S.M.P.S. - mãe; R\$ 30.000,00 para cada um dos avós, R\$ 10.000,00 para cada um dos irmãos e para o padrasto); **dar parcial provimento ao recurso das rés S.F. e E.** para excluir da condenação a multa por embargos protelatórios; **dar provimento ao recurso do ESPÓLIO de A.P.S.** para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais (dano morte) no importe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); **dar parcial provimento aos recursos das rés I. e S.F.** para reconhecer a responsabilidade subsidiária de ambas, tudo nos termos do voto do Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior (relator), vencido em parte o

Desembargador Francisco das C. Lima Filho, que fará a juntada de seu voto.

Altera-se o valor da condenação para R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e o das custas processuais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), art. 789 da CLT.

Encaminhe-se cópia desta decisão à Procuradoria Geral Federal - PGF, nos termos da Recomendação Conjunta GP.CGJT. N° 2/2011 (de 3.11.2011).

Sustentações orais: Dr. R.B.S., pelo 1º recorrido I.; Dr. E.C.S., pela 2ª recorrida C.M. Ltda e Dra. A.C.M.G., pela recorrida A.C.S. (Dia 03.08.2016).

Campo Grande, 14 de setembro de 2016.

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

Desembargador Federal do Trabalho

Relator

PROCESSO n° 0025414-97.2014.5.24.0007 (RO)

Relator : RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Recorrente : L.R.
Advogados : H.S.L.
Recorrente : E.B.C.T.
Advogado : M.H.K.
Recorrido : L.R.
Advogado : H.S.L.
Recorrido : E.B.C.T.
Advogado : M.H.K.
Origem : 7ª Vara do Trabalho de Campo Grande-MS

EMENTA

PRELIMINAR DE NULIDADE. EXTRA PETITA. Inicial que indica a função de Carteiro, sendo revelado nos autos, já na contestação, que a função era de Operador de Triagem e Transbordo. A especificação do pedido e da causa de pedir, à luz dos princípios da simplicidade e da transcendência aplicáveis ao processo do trabalho, deve ser hábil a permitir a ampla defesa e o contraditório da parte adversa. As especificações das razões de pedir foram suficientes para que a Ré apresentasse contestação quanto às atividades de Operador de Triagem e Transbordo (OTT), de modo a inexistir prejuízo ao direito constitucional de se defender. A contestação fez prevalecer o princípio da eventualidade. Inexistência de julgamento *extra petita*. **RECURSO PATRONAL: ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE.** Ergonomia. Prova pericial judicial sem visitação ao local de trabalho. Estudo ergonômico elaborado pela ECT em 1997. Manifestação da reclamada para realização de diligência para constatação das condições ergonômicas. Ausência de arguição de nulidade. Prevalência da prova judicial. **RECOLHIMENTOS FUNDIÁRIOS.** O ônus da prova documental é da empresa. Recurso patronal não provido **DANOS MORAIS. RECURSOS DAS PARTES.** A responsabilidade da Reclamada deve ser proporcional ao agravamento por ela causado, nos termos do art. 945, do CC. Recurso do reclamante não provido e recurso patronal parcialmente provido. **RECURSO DO RECLAMANTE: DANOS EMERGENTES.** O dano emergente diz respeito aos dispêndios necessários e concretos que a vítima ou sua família tiveram com a doença. Ausente nos autos qualquer

demonstrativo dessas despesas. A inabilitação do autor foi total e temporária, com redução da sua capacidade laborativa pelo prazo de 06 (seis) meses. O valor da indenização deve ser equivalente aos ganhos da atividade a que o lesado foi obrigado a abandonar, nos termos do art. 949 do CC. Recurso não provido. **PENSÃO VITALÍCIA.** Constatada a aptidão laboral do empregado é incabível a pensão mensal vitalícia. Recurso não provido. **PERDAS E DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:** Hipótese de indeferimento nos termos das Súmulas 219 e 329/TST. Recurso não provido.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N° 0025414-97.2014.5.24.0007-RO) em que são partes L.R. (Reclamante) e E.B.C.T. (Reclamada).

Trata-se de recurso interposto pelas partes em face da sentença ID 411ee72 pro ferida pelo Juiz do Trabalho Substituto Izidoro Oliveira Paniago que julgou procedentes em parte os pedidos, condenando a reclamada a pagar ao autor indenização por danos materiais e morais decorrentes de doença ocupacional; FGTS referente aos períodos de afastamento de 24.04.2013 a 31.07.2013 e de 31.01.2014 a 31.05.2014, complementada pela decisão de embargos de declaração ID 57db8b0 que acolheu os embargos opostos pela Reclamada para esclarecer que a ECT dispõe das mesmas prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, dispensando-a do recolhimento das custas e do depósito recursal e que a execução de seus débitos deve ser processada por precatório, gozando os mesmos prazos recursais e fixado taxa de juros de 0,5% ao mês.

Recurso das partes pleiteando a reforma da sentença.

Isenção de recolhimento das custas processuais e depósito recursal nos termos do art. 790 -A da CLT c/c Decreto-Lei n. 509/1969.

Contrarrazões ID 0c091ca e 11ec730.

Parecer dispensado, nos termos do art. 80 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

1 - CONHECIMENTO

Analisados e satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade: cabimento ou adequação, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de causa impeditiva ou extintiva do poder de recorrer, tempestividade, regularidade de forma. Isenção de recolhimento do depósito recursal e das custas.

O recurso e as contrarrazões estão aptos ao conhecimento.

2 - MÉRITO

2.1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS FUNÇÕES DE OPERADOR DE TRIAGEM E TRANSBORDO E CARTEIRO

A inicial indica que o reclamante exerceu a função de Carteiro. A reclamada impugnou, alegou a inépcia e, valendo-se da eventualidade, indicou a função de Operador de Triagem e Transbordo (OTT) como aquela efetivamente exercida pelo reclamante.

São distintas as funções e exigem esclarecimento do modo de operação, pois os temas pertinentes à atividade efetivamente exercida e condições ergonômicas são discutidos no mérito recursal.

O Operador de Triagem e Transbordo é o profissional responsável pela seleção dos itens despachos, tanto por usuários dos correios quanto por empresas de logística. Pessoas enviam correspondências a todo momento, e para que elas cheguem ao destino é necessário um profissional que direcione os diversos itens para o local mais adequado para sua entrega.

Nos Correios, o processo é o seguinte: O

atendente recebe o pacote (ou carta), verifica todos os itens necessários para seu envio, recebe o dinheiro e o encaminha para o operador de triagem e transbordo. Esse, por sua vez, divide o produto em várias categorias. O Operador de Triagem e Transbordo também é responsável pela acomodação dos pacotes em seus transportes, bem como o recebimento deles nos locais de destino, sendo ele quem garante que as encomendas foram para onde deveriam ir e certificar-se de que chegam onde deveriam chegar.

Tal função é diferente da de Carteiro. Este é o profissional responsável por realizar a entrega externa - objetos de correspondências, encomendas e malotes, precedida da organização interna desses objetos, normalmente a pé, carregando uma bolsa com peso-limite estabelecido em Acordo Coletivo de Trabalho, podendo, também, exercer sua atividade de bicicleta ou motorizado, sob condições climáticas variadas.

O primeiro exerce a função interna, dentro do estabelecimento da Reclamada, enquanto o segundo desenvolve atividades externas.

2.2 - JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NULIDADE

A reclamada pretende a nulidade da sentença por extra petição por entender a vinculação do juízo à causa de pedir.

Sustenta que o pedido inicial do autor se baseia nas patologias incapacitantes decorrentes da função de Carteiro, mas que as provas dos autos demonstraram a existência de tais incapacidades somente na função de Operador de Triagem e Transbordo (OTT), sendo esta a razão de decidir r. sentença.

Em impugnação à contestação o autor declara ter se equivocado quanto à função por ele exercida, pretendendo a condenação da Ré nas atividades decorrentes das suas atividades, independentemente da nomenclatura por ele inicialmente utilizada.

Não há nulidade, pois não há prejuízo: a Reclamada ao exercer a faculdade processual, defendeu-se tanto do pedido de nexos de causalidade das patologias constatadas na atividade de carteiro quanto de OTT.

A especificação do pedido e da causa de pedir, à luz dos princípios da simplicidade e da transcendência aplicáveis ao processo do trabalho, deve ser hábil a permitir a ampla defesa e o contraditório da parte adversa.

No caso concreto, a causa de pedir indicou que o reclamante exercia a função de carteiro.

A função efetivamente exercida pelo reclamante foi indicada pela reclamada na contestação e tudo o que diz respeito à atividade de Operador de Triagem e Transbordo foi oportunamente contestado (princípio da eventualidade).

As especificações das razões de pedir foram suficientes para que a Ré apresentasse contestação quanto às atividades de OTT, de modo a inexistir prejuízo ao direito constitucional de se defender.

Rejeita-se.

3 - RECURSO DA RECLAMADA

3.1 - PATOLOGIAS NA ATIVIDADE DE OPERADOR DE TRIAGEM E TRANSBORDO (OTT)

A sentença está assim fundamentada:

"O reclamante pretende indenização por danos morais e materiais decorrentes de doença ocupacional.

...

O reclamante trouxe aos autos, além de diversos atestados médicos, cópia de Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) emitida pela empresa em 12.04.2013, que descreve ser o autor portador de doença no ombro, causada por "reação do corpo a seus movimentos" (ID 690166e, fl. 20).

Registra-se, ainda, ser incontroverso que o reclamante esteve afastado do trabalho para tratamento de saúde mediante percepção de auxílio-doença por acidente de trabalho (benefício de espécie 91) de 24.04.2013 a 31.07.2013 e de 13.01.2014 a 31.05.2014, das atas registradas na ficha cadastral do empregado (ID 300b10c - fl. 56).

A perícia realizada por determinação do juízo concluiu que o autor sofre de síndrome do impacto no ombro direito, em razão da qual apresenta incapacidade total e temporária para o exercício de suas atividades laborativas habituais, devendo evitar movimentos com os braços abertos e elevados. Conforme o laudo pericial, é possível a recuperação do periciado por meio de tratamento com medicamentos e fisioterapia.

Atestou a perita, ainda, que o trabalho prestado à empresa reclamada atuou como concausa para o aparecimento da patologia diagnosticada no reclamante, à proporção de 70%.

Embora a conclusão da perícia não tenha o condão de vincular o juiz, que pode formar o seu convencimento com outros elementos ou fatos comprovados nos autos (art. 436, CPC, c/c o art. 769, CLT), no caso, a prova pericial é suficientemente convincente, inexistindo outros elementos probatórios aptos a elidi-la.

Demonstrados, portanto, o dano sofrido pelo reclamante e o nexo de causalidade com o labor. Observa-se que o autor, ao ser admitido, em 2003, foi considerado apto para o trabalho (ID 9fa45ec, fls. 76-78). Verifica-se, ainda, que, em exames médicos periódicos realizados ao longo do período de vínculo, foram apontados os riscos ergonômicos existentes na atividade desempenhada pelo reclamante (ID 9fa45ec, fls. 83, 85, 87, 89 -90). Diante de tais circunstâncias, impunha-se à empresa o dever de promover todas as medidas cabíveis para evitar a ocorrência de possíveis doenças ocupacionais.

Todavia, a culpa da empregadora restou demonstrada pela prova testemunhal, tendo a testemunha Vilmar informado que "a ginástica laboral na reclamada não é implementada de forma habitual" e que "muito esporadicamente recebem orientações sobre condições ergonômicas de trabalho". Relatou a testemunha, ainda, que o reclamante, inicialmente, "trabalhava em pé", passando, posteriormente, a trabalhar sentado em cadeira que "não possui encosto de braço", e que "as cadeiras encontram-se em esta do 'deplorável', pois algumas estão com o assento quebrado, com o encosto sem limite adequado de recuo, outras com o pés danificados" (ID 457c0cc, fl. 127).

Constatando-se, portanto, a correlação entre a conduta da reclamada, ao expor o reclamante a condições ergonomicamente inadequadas, e a patologia de que este se encontra acometido, resta patente a ocorrência de dano de caráter extrapatrimonial.

Provado o dano moral, impõe-se a fixação da respectiva indenização por arbitramento, a qual se mede pela extensão do dano, com vistas à *restitutio in integrum* (CC/02, art. 944). (...)

Com efeito, estabelece-se o valor da indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais, sendo que os juros moratórios deverão ser computados a partir do ajuizamento da ação, regra geral do processo do trabalho (Lei nº 8.177/91), não cabendo nesta seara a aplicação do disposto no artigo 398 do CC/02.

As fichas financeiras apresentadas pela demandada comprovam o não pagamento dos salários ao reclamante durante os afastamentos de 24.04.2013 a 31.07.2013 e de 13.01.2014 a 31.05.2014 (ID 3d3288b, fls. 69-71). O salário de benefício previdenciário pago ao autor não equivale à última maior remuneração, mas a uma média aritmética simples dos salários de contribuição. Evidencia-se, assim, também o dano material sofrido pelo autor em razão da doença ocupacional contraída, a ser reparado pela empresa.

Destaca-se que a percepção de benefício previdenciário não afasta o dano material em questão e que a possibilidade de cumulação entre o benefício previdenciário e a indenização pelos lucros cessantes é reconhecida pelo TST (...)

Dessa forma, defere-se ao autor indenização por danos materiais, na modalidade de lucros cessantes, equivalente aos salários relativos aos períodos de 24.04.2013 a 31.07.2013 e de 13.01.2014 a 31.05.2014. Improcede, por outro lado, o pedido de pagamento de pensão vitalícia, haja vista que o contrato de trabalho existente entre as partes permanece em vigor e que o reclamante não alegou qualquer redução em sua remuneração após o término do afastamento, não se constatando, portanto, a ocorrência de dano material posterior ao seu retorno ao trabalho. Ademais, a perícia concluiu pela incapacidade apenas temporária do obreiro, passível de plena recuperação funcional.

Pelo mesmo motivo, improcede o pedido de pagamento de danos emergentes decorrentes de custeio de plano de saúde, pois restou incontroverso que, estando o contrato ainda vigente, continua o reclamante a ser beneficiário do plano de saúde empresarial.

Por fim, rejeita-se também o pedido de pagamento de indenização de danos emergentes consistentes em outras despesas médicas, porquanto não houve comprovação de gastos efetuados pelo autor com seu tratamento de saúde.

Apresentado o julgado no primeiro grau, impõe-se a análise dos recursos.

3.2 - NEXO CAUSAL

A Ré pretende a reforma da r. sentença por entender inexistentes os fatores de risco mencionados pela i. expert e, conseqüentemente a inexistência de causalidade entre a lesão e o trabalho.

A lei acidentária contempla o nexos causal do acidente com o trabalho em três modalidades: causalidade direta, concausalidade e causalidade indireta.

Na causalidade direta o nexos fica caracterizado quando o acidente ocorre "pelo exercício do trabalho a serviço" da empresa. Observa-se uma vinculação imediata entre a execução das tarefas e o acidente ou doença que afetou o empregado. O acidente típico e a doença ocupacional estão enquadrados nessa modalidade de nexos casual.

A ECT apresentou estudo ergonômico (ID 7db7df9) datado de dezembro de 1997.

No curso da instrução processual foi determinada a realização de perícia.

O trabalho pericial foi realizado nas instalações do Tribunal.

Nas manifestações sobre a perícia, a ECT insistiu na realização de visitaçao ao local de trabalho pois a discussao se trava em torno das condições de ergonomia.

Os esclarecimentos solicitados pela ECT no ID 6035e74 págs. 10-11 foram assim respondidos pela Perita Judicial:

"... a visita técnica, ela não foi realizada porque a descrição das partes (petição inicial e contestação) do posto de trabalho, foi suficiente para visualização do tipo de movimento realizado pelo autor". (ID c314399 págs. 1-5).

No ID ecb2a6f pág.1 a ECT reitera a necessidade de perícia para verificação *in loco* das condições de trabalho e que se faça cumprir a OS/DSS 606/92 - INSS.

Atualmente, a matéria é regulamentada na IN 98 INSS/DC de 05/12/2003 - DOU 10/12/2003. Para o que se discute, há orientação para que seja realizada a visitaçao ao local de trabalho. A norma é subsidiária.

O caso seria de arguição de nulidade processual, pois a regulamentação da realização de perícia sobre condições ergonômicas depende - por óbvio - da verificação de *repetição de movimentos, esforço físico, ritmo de trabalho, posturas, levantamento de peso, pausas, apoios para pés e braços etc.*

A reclamada centrou boa parte da sua argumentação no fato de a inicial ter indicado que o reclamante exercia a função de carteiro (são notas observadas na impugnação ao laudo, na impugnação aos esclarecimentos e no recurso ordinário).

Uma vez aperfeiçoado o contraditório, a eventualidade atendida e a estabilização da demanda, o foco poderia e deveria ter sido direcionado na insuficiência da perícia judicial, que foi dada como bastante e contribuiu para a formação do convencimento do órgão julgador de primeira instância.

Apresentou as condições de trabalho com o estudo ergonômico de 1997, fotos sobre mobiliário e avaliações sobre o modo de operação/trabalho do OTT.

Sucumbe a reclamada quanto ao seu reconhecido esforço empresarial de manter condições ergonômicas adequadas (o próprio estudo ergonômico, ainda que de 1997, revela a existência de investimento para adequação do trabalho às normas de segurança e saúde ocupacional - se são suficientes ou não é outra discussão).

Pelo que se percebe dos autos, todo o esforço de adequação foi desconstruído por uma perícia fora do ambiente de trabalho e pelo depoimento de uma testemunha sobre condições ergonômicas, o que efetivamente não lhe é do conhecimento e aptidão técnica.

Dado que não se trata de nulidade absoluta, deveria ter sido arguida e não cabe a arguição de ofício.

A realização da perícia *in loco* seria de extrema utilidade tanto para a empresa (na busca do

reconhecimento da adequação ou não das condições ergonômicas) tanto para os trabalhadores (preservadas as condições de segurança e saúde ocupacional com efeito preventivo e atenuador das patologias advindas do ofício exercido).

A relatoria deixa claro que a análise há de ser feita com base nas provas produzidas nos autos, ainda que haja a limitação já definida em torno a perícia judicial.

Recurso não provido.

3.3 - DOENÇA DEGENERATIVA. ATIVIDADES DE OPERADOR DE TRIAGEM E TRANSBORDO. CONCAUSA

A Reclamada-recorrente pretende a reforma do julgado por entender que o autor contribuiu para o acidente, pois era portador de doença degenerativa.

O fato de o trabalho do autor agravar a situação já adquirida por ele por outras causas não exclui o nexo de causalidade, uma vez que o inciso I, do artigo 21 da Lei 8.213/91 admite as concausas:

Art. 21: Equiparam-se também ao acidente de trabalho, para efeitos desta Lei:

I - O acidente ligado ao trabalho, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

Na origem, com base no laudo pericial, concluiu-se que o serviço executado pelo autor atuou como concausa, agravando a patologia existente.

Constatou-se que o reclamante padece de tendinopatia do supra e infraespinhal, síndrome do manguito rotador, outras sinovites e tenossinovites (ID's ba4c92e pág. 6 / 843c774 - pág 1-2).

É certo que a patologia do reclamante é de cunho degenerativo, porém o fato do autor exercer uma atividade que demanda movimentos repetitivos é um fato adjacente e predisponente no estabelecimento e evolução da

síndrome dos autos.

Conclui-se, portanto, que a atividade laborativa apresentou-se como concausa para o agravamento da lesão.

A doutrina de Sebastião Geraldo de Oliveira, a respeito do tema, ensina que:

"As doenças profissionais são aquelas peculiares a determinada atividade ou profissão, também chamadas de doenças profissionais típicas, tecnopatias ou ergopatias. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, onexo causal da doença com a atividade é presumido (Indenizações por acidente do trabalho ou Doença ocupacional, LTr, 2005, P. 42).

E mais:

... a aceitação normativa da etiologia multicausal não dispensa a existência de uma causa eficiente, decorrente da atividade laboral, que "haja contribuído diretamente" para o acidente do trabalho ou situação equiparável ou, em outras palavras, a concausa não dispensa a causa de origem ocupacional. Deve-se verificar se o trabalho atuou como fator contributivo do acidente ou doença ocupacional; se atuou como fator desencadeante ou agravante de doenças preexistentes ou, ainda se provocou a precocidade de doenças comuns, mesmo daquelas de cunho degenerativo ou inerente a grupo etário (Indenização por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional, LTr, São Paulo, dezembro/2005, págs 47/48).

Recurso não provido.

3.4 - RESPONSABILIDADE

A reclamada sustenta que não houve qualquer prova de ato ilícito por ela praticado, pretendendo a reforma da r. sentença.

Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil:

III - O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Tratando de doença ocupacional, que se agravou pelas atividades laborais exercidas pelo autor, não há como afastar a responsabilidade da empregadora.

Esta a conclusão a que se chega a partir da avaliação médica oferecida nos autos. Ainda que dependente da avaliação *in loco*, e não tendo sido arquivada a nulidade processual, mesmo com inexigibilidade do conhecimento técnico de testemunha sobre condições ergonômicas.

Por outro lado, a própria reclamada que está classificada no grau III na tabela de riscos na atividade laboral.

A situação retratada nos autos demonstra a existência de culpa da reclamada, pois manteve o reclamante, mesmo sabedora de suas limitações funcionais, em atividades que agravaram sua patologia

3.5 - DEVER DE INDENIZAR

A r. sentença recorrida condenou a Reclamada ao pagamento de indenização na modalidade de lucros cessantes, equivalente aos salários relativos aos períodos de 24/04/2013 a 31/07/2013 e 13/01/2014 a 31/05/2014 ao argumento de que os danos materiais estariam consubstanciados no não pagamento dos salários ao reclamante durante os afastamentos.

A responsabilidade do empregador pelos danos materiais reconhecidos em ações como esta não podem ser repassadas ou substituídas pela garantia oferecida pela autarquia previdenciária.

Os benefícios previdenciários têm natureza jurídica diversa da indenização por danos materiais decorrentes de doença ocupacional. A questão é esclarecida pelos ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira, verbis:

"O empregado acidentado recebe os benefícios da previdência social, cujo pagamento independe da caracterização de culpa, já que a cobertura securitária está fundamentada na teoria da responsabilidade objetiva. E pode receber, também, as reparações decorrentes da responsabilidade civil. Quando o empregador tiver dolo ou culpa de qualquer grau na ocorrência, com apoio na responsabilidade subjetiva. Como registro o texto da Constituição, a cobertura do seguro

acidentário não exclui o cabimento da indenização (Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo, Ltr 2005, p. 73).

Recurso não provido.

3.6 - RESPONSABILIDADE CIVIL DA RECLAMADA E CONDENAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - ART. 945 DO CC - INDENIZAÇÃO FIXADA, NO MÁXIMO, EM PERCENTUAL CORRESPONDENTE AO GRAU DE CONCORRÊNCIA DA CONDUTA DA RECORRENTE PARA O SURGIMENTO DA PATOLOGIA

A prova pericial dos autos revela que há incapacidade laborativa, ainda que parcial.

Nesse quadro, e tomando em conta os elementos dos autos, nomeadamente as conclusões do laudo técnico no sentido de que as atividades da empresa contribuíram em 70% para o aparecimento da patologia diagnosticada no reclamante e, com base no art. 945 do CC, pode-se objetivamente determinar que os valores deferidos em sentença observem o percentual de concorrência da conduta da Recorrente, ou seja, 70%.

Recurso provido para limitar a responsabilidade da Reclamada a 70% dos valores deferidos em sentença.

3.7 - RECOLHIMENTOS FUNDIÁRIOS

A reclamada foi condenada a efetuar o depósito, na conta vinculada do demandante, do FGTS correspondente aos períodos de 24.04.2013 a 31.07.2013 e de 13.01.2014 a 31.05.2014, sob pena de responder pelo equivalente em execução direta (Lei nº 8.036/90, art. 26).

A Reclamada pretende a reforma por entender que o ônus da juntada dos extratos é de responsabilidade do autor.

Com o cancelamento da OJ 301 da SDI-1/TST, a jurisprudência orienta-se no sentido de que cabe à empresa a

prova da regularidade dos depósitos, uma vez que é a sua obrigação efetuar correto recolhimento do FGTS.

Este é o entendimento da jurisprudência,
verbis:

Ementa: RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS NO RECOLHIMENTO DO FGTS. ÔNUS DA PROVA DO RECLAMADO. Esta Corte cancelou a Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-1 do TST, por concluir que o ônus da prova, nos casos de diferenças de FGTS, será regulado pelo princípio da aptidão para a prova, pois a pretensão resistida em torno da irregularidade dos depósitos do FGTS necessita de confronto com as guias de recolhimento as quais estão em poder do empregador.... (TST - Recurso de Revista RR 14373820135090051, Relator Augusto César Leite de Carvalho, julgado pela 6ª Turma do TST em 05/11/2014, publicado no DEJT no dia 07/11/2014).

Recurso não provido.

4 - RECURSOS DAS PARTES

4.1 - DANOS MORAIS

Indenização fixada em R\$20.000,00.

É prescindível para o deferimento dessa espécie de indenização que haja prova efetiva ou concreta de sua ocorrência, medindo-se pela efetiva extensão e o grau de culpa do agente.

Entretanto, e remetendo aos fundamentos lançados no tópico III-3.6, para utilizar o mesmo critério adotado quanto aos danos materiais, ou seja, reduzir a condenação a 70% do estabelecido em sentença, por atender, mais uma vez, aos critérios de proporcionalidade previstos, no art. 944 do CC.

Recurso autoral não provido e recurso patronal provido para reduzir a condenação dos danos morais em 70% do estabelecido em sentença. Por critério de liquidez do título, indenização fixada em R\$14.000,00.

5 - RECURSO DO RECLAMANTE

5.1 - DANOS EMERGENTES

Indeferiu-se o pedido de indenização por danos emergentes consistentes de custeio de plano de saúde ao fundamento de que não houve comprovação dos gastos efetuados pelo autor com seu tratamento de saúde.

O reclamante pretende a reforma da decisão por entender que declarada, a culpa da reclama da, esta é responsável pelo dever de indenização dos danos emergentes.

O dano emergente diz respeito aos dispêndios necessários e concretos que a vítima ou sua família tiveram com a doença, tais como gastos com consultas médicas, medicamentos, sessões de fisioterapia e despesas hospitalares.

A comprovação é essencial.

Ausente nos autos qualquer demonstrativo de tais despesas.

Recurso não provido.

5.2 - LUCROS CESSANTES

A r. sentença julgou procedente os lucros cessantes equivalentes aos salários relativos aos períodos de 24.04.2013 a 31.07.2013 e de 13.01.2014 a 31.05.2014.

Pretende o deferimento do quantum total de 100% do valor da última remuneração até a efetiva convalescença.

Considerando que o autor sofreu inabilitação para o trabalho total e temporária, com redução da sua capacidade laborativa, tem a Reclamada o dever de indenizá-lo, por lucros cessantes, nos termos do art. 949 do CC/2002, ou seja, mediante o pagamento de quantia equivalente aos ganhos da atividade a que o lesado foi obrigado a abandonar, o que corresponde à remuneração mensal percebida pelo autor-vítima, no período em que, em decorrência da incapacidade laborativa em questão, deixou de receber pelos trabalhos que exercia.

Contudo, seu período de recuperação foi estabelecido em 6 (seis) meses (resposta "d" dos esclarecimentos periciais ID c314299, sendo-lhe apto ao exercício pleno de suas atividades após o transcurso prazo (resposta "e" dos esclarecimentos periciais ID c314299).

Recurso não provido.

5.3 - PENSÃO VITALÍCIA

Nos casos em que a perícia constata a aptidão laboral do empregado é incabível a pensão mensal vitalícia postulada, sendo devida apenas nos casos de lesão e inaptidão permanentes.

Este é o entendimento da jurisprudência,
verbis:

REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA - INCAPACIDADE PARCIAL TEMPORÁRIA - DANOS MATERIAS - PENSÃO VITALÍCIA INDEVIDA. A perda parcial da capacidade laborativa temporária, decorrente de doença ocupacional, por si só, não autoriza direito à pensão vitalícia, haja vista a possibilidade de recuperação total das patologias sofridas.(Processo n. 1617200868903 PR, Relator Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, publicado em 05/08/2011).

Recurso não provido.

5.4 - INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO

A r. sentença indeferiu o pedido de honorários advocatícios formulado pelo Reclamante em virtude da ausência de assistência pelo sindicato de sua categoria profissional.

O recorrente pretende a reforma da decisão por entender que é possível a condenação do empregador ao pagamento de indenização por perdas e danos relativa aos honorários advocatícios do patrono contratado pelo trabalhador.

Na Justiça do Trabalho, a contratação de

advogado particular é mera faculdade do reclamante, inexistindo, no caso dos autos prejuízo pela Reclamada capaz de ensejar a reparação prevista no artigo 389 do Código Civil.

No Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0024142-55.2015.5.24.0000, julgado na sessão do dia 29.06.2015, firmou-se o entendimento de que na Justiça do Trabalho, a questão pertinente aos honorários advocatícios - seja pela sucumbência, seja pela reparação plena (Código Civil) - está sob a regência da Lei 5584/70, conforme jurisprudência sedimentada nas Súmulas 219 e 329 do TST.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

POSTO ISSO

Participaram deste julgamento:

Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior;

Des. Ricardo Geraldo Monteiro Zandona;

Des. Francisco das Chagas Lima Filho

(Presidente).

Presente também o representante do Ministério Público do Trabalho.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório e **conhecer do recurso das partes** e das contrarrazões; no mérito, **negar provimento ao recurso do reclamante e dar provimento parcial ao recurso patronal** para limitar a responsabilidade da reclamada por danos materiais - lucros cessantes a 70% dos valores deferidos em sentença e, reduzir a condenação dos danos morais em 70% do estabelecido em sentença fixando-a em R\$1.400,00, nos termos do voto do Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona (relator).

Valor da condenação reduzido para R\$21.000,00.
Custas, R\$ 420,00, pela reclamada. Inexigíveis no caso da ECT.

Campo Grande, MS, 03 de agosto de 2016.

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA

Desembargador do Trabalho

Relator

PROCESSO n° 0026031-60.2014.5.24.0006 (RO)

Relator : Des. RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
 Recorrente : O.S.A.
 Advogados : D.B e M.B. e outro
 Recorrida : M.P.R.S.
 Advogados : R.M.A. e outros
 Recorrida : V.V. LTDA - EPP
 Advogada : N.D.S.I.
 Recorrida : T.T. MS LTDA. - ME
 Advogada : N.D.S.I.
 Recorrente : M.P.R.S.
 Advogados : R.M.A. e outros
 Recorrida : O.S.A.
 Advogados : D.B. e M.B. e outro
 Recorrida : V.V. LTDA - EPP
 Advogada : N.D.S.I.
 Recorrida : T.T. MS LTDA. - ME
 Advogada : N.D.S.I.
 Origem : 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

EMENTA

VENDEDOR DE PLANOS E PRODUTOS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Sendo a atividade principal da tomadora a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho realizado pela reclamante, vendedor de planos e produtos de telefonia exclusivos da 3ª reclamada (O.), porque essencial à consecução do seu objetivo social, caracteriza-se como atividade-fim. Reconhece-se, assim, a ilicitude da terceirização havida e, por conseguinte, a formação do vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços. Recurso da reclamada não provido, no particular. **HORAS EXTRAS. CONTROLES DE PONTO.** Competia à reclamada apresentar os registros de jornada da reclamante, uma vez que conta, incontestavelmente, com mais de dez empregados em seu estabelecimento, ônus do qual não se desincumbiu (súmula 338/TST). Recurso da reclamada não provido, no particular. **DANO MORAL. CONDIÇÕES DEGRADANTES. VENDEDOR PORTA A PORTA. VIAGENS PARA FORA DA SEDE.** A condenação foi imposta em face de informações prestadas por testemunha indicada pela reclamante e que também ajuizou reclamação em desfavor da ex-empregadora. A contradita não se justifica, mas os elementos de credibilidade e certeza que sustentam a prova testemunhal devem ser observados com

rigor. Testemunha que desconhece o próprio tempo de serviço prestado ao ex-empregador e que viajou com a reclamante para locais distantes em uma ou duas oportunidades não contribui para a formação da convicção do órgão julgador para impor condenação em face de condições ditas degradantes por pernoites em locais sem infraestrutura. Recurso da reclamada, provido

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N° 0026031-60.2014.5.24.0006-RO) em que são partes M.P.R.S. (reclamante), V.V. LTDA - EPP, T.T. MS LTDA - ME e O.S.A. (reclamadas).

Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamante e pela terceira reclamada (OI) em face da sentença de ID 65f59b7, integrada pela decisão de embargos declaratórios de ID 6a698a9, proferidas pela Juíza do Trabalho Substituta Beatriz Maki Shinzat o Capucho, que condenou as reclamadas, de forma solidária, ao pagamento de:

- reflexos das comissões e prêmios pagos em DSRs, aviso prévio, férias +1/3, 13° salários e FGTS + 40%;
- horas extras e reflexos;
- diferenças de seguro-desemprego;
- indenização por danos morais.

A terceira reclamada (O.) recorre (ID 9309407) pretendendo a exclusão da condenação que lhe foi imposta.

Custas processuais no ID 8d74e 45 e depósito recursal no ID fd0222d.

A reclamante, mediante as razões de ID a7d71fc, pretende a reforma da decisão no tocante à integração do salário por fora, intervalo intrajornada, integração do vale-alimentação e indenização por perdas e danos decorrente da contratação de advogado.

Contrarrazões da reclamante no ID fe7a971, da primeira reclamada (V.V.) no ID 2eac324 e da terceira reclamada (O.) no ID f05f5b6.

Parecer ministerial dispensado nos termos do art. 80 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

1 - CONHECIMENTO

Analizados e satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade: cabimento e adequação, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de causa impeditiva ou extintiva do poder de recorrer, tempestividade, regularidade de forma, depósito recursal e custas processuais.

Os recursos e as contrarrazões são conhecidos.

2 - MÉRITO

2.1 - RECURSO DA RECLAMADA

2.1.1 - SOBRESTAMENTO

A reclamada (O.) pretende o sobrestamento do presente feito sob a alegação de que o STF determinou a imediata suspensão de todas as demandas trabalhistas em que se questiona a licitude da terceirização à luz do artigo 94, II, da Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/97).

O presente caso não trata de atividade relacionada a *call center*, razão pela qual não há falar em sobrestamento.

Recurso não provido.

2.1.2- TERCEIRIZAÇÃO

Reconheceu-se vínculo de emprego com a reclamada O.S.A., tendo em vista a ilicitude da terceirização.

A reclamada alega que não há ilegalidade na contratação efetivada, que jamais firmou contrato com a reclamante, mas apenas realizou contrato de franquia com a

segunda reclamada, sendo que a legislação que regula tal contrato afastou expressamente qualquer vínculo empregatício entre a reclamante e a ora recorrente. Sustenta o não-preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 2º da CLT.

Aduz que as empresas de telefonia são regidas pela Lei n. 9.472/97, que em seu art. 94 expressamente autoriza a terceirização das atividades-fim. Assevera que a atividade-fim da telecomunicação é restrita à transmissão, emissão e recepção do transmitido, não se enquadrando aí as atividades de vendas realizadas pela reclamante.

A reclamante narra na inicial que foi contratada pela primeira reclamada (V.V.) para trabalhar na função de vendedor de planos e produtos de telefonia exclusivos da 3ª reclamada (O.).

Do estatuto social da reclamada O.S.A. constam dentre seus objetivos a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços (ID 52f82ee - Pág. 15).

A definição de telecomunicações está no art. 60 da Lei Geral das Telecomunicações - Lei n. 9.472/97:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

As atividades descritas no § 2º, acima transcrito, são realizadas em benefício dos próprios clientes da concessionária.

Sendo a atividade principal da tomadora a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho realizado pela reclamante, vendedor de planos e

produtos de telefonia exclusivos da 3ª reclamada (O.), porque essencial à consecução do seu objetivo social, caracteriza-se como atividade-fim.

A subordinação que se evidencia nestes casos é a estrutural, que decorre da submissão do empregado ao poder de direção empresarial, ainda que indiretamente e em outro espaço físico

O art. 94, II, da Lei n. 9.472/97, não autoriza a contratação de pessoa interposta para o desenvolvimento das atividades -fim da concessionária. Nessa linha:

RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/2007. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. EMPRESA DE TELEFONIA. INSTALADOR DE VELOX. 1. "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.º 6.019, de 03.01.1974)" (Súmula n.º 331, I, desta Corte superior). 2. **Acolenda SBDI-I deste Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plena, interpretando o disposto no artigo 94, II, da Lei n.º 9.472/97, consagrou entendimento no sentido de que o referido texto legal não autoriza a terceirização de serviços inseridos na atividade-fim das empresas concessionárias de serviços de telecomunicações** (E-ED-RR 2938-13.2010.5.12.0016, redator designado para o acórdão o Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 08/11/2012, DEJT de 26/03/2013). (...) (E-RR - 8800-50.2007.5.03.0038, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 23/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 30/04/2015, grifos acrescidos).

Reconhece-se, assim, a ilicitude da terceirização havida e, por conseguinte, a formação do vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços.

Diante do exposto, mantém-se a responsabilidade solidária deferida na sentença, bem como a determinação de retificação da CPTS e a imposição de multa diária nos moldes definidos na origem.

Recurso não provido.

2.1.3 HORAS EXTRAS

Com base na prova testemunhal, deferiu-se à reclamante o pagamento de horas extras que ultrapassarem o limite de 8h diárias ou 44h semanais.

A reclamada alega que os empregados que exercem a função desempenhada pela recorrida não estão sujeitos a controle de jornada em razão do trabalho externo, aplicando-se o disposto no artigo 62, I, da CLT.

A reclamante narra na petição inicial que laborava de segunda a sábado, das 07h às 21h com intervalo intrajornada, em média, de 30 minutos e em todos os feriados no mesmo horário. E em 02 domingos a cada mês das 07h às 12h, sem intervalo.

A inexistência de efetivo controle de jornada é argumento insuficiente para aplicação do art. 62, I, da CLT, porquanto a questão deve ser analisada sob o prisma da possibilidade de controle de jornada, pois, caso contrário, a empregadora seria favorecida com sua incúria.

A testemunha F. R. R. C., indicado pela reclamante, declarou que chegava na primeira reclamada (T.) às 7h, participava de reunião, havia o grito de guerra, depois se dirigiam ao bairro para as vendas e lá permanecia até às 19h00, retornando à empresa às 19h30; que tinha de 30/40 minutos de intervalo (ID 50f1b78 - Pág. 3, itens 6 e 7).

A prova testemunhal revela que a reclamante poderia ter seu horário de trabalho controlado pela reclamada.

Nesse contexto, competia, portanto, à reclamada apresentar os registros de jornada da reclamante, uma vez que conta, incontroversamente, com mais de dez empregados em seu estabelecimento, ônus do qual não se desincumbiu (súmula 338/TST).

Recurso não provido.

2.1.4 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A reclamada foi condenada ao pagamento de

indenização por danos morais decorrente das más condições de alojamento oferecidas em viagens.

Inconformada, a recorrente sustenta que não houve comprovação de prejuízos capazes de dar provimento à indenização ou de qualquer constrangimento. Aduz que não foi praticado qualquer ato ilícito que pudesse dar ensejo à responsabilização por dano moral. Eventualmente pretende a redução do valor para que seja baseado no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se, dessa maneira, o enriquecimento sem causa da trabalhadora.

A reclamante narra na petição inicial que:

As circunstâncias de trabalho resultaram à obreira dano de ordem moral passíveis de reparação pecuniária, senão vejamos:

A sistemática de trabalho da obreira se desenvolvia da seguinte forma:

Às 07h00min da manhã a obreira era obrigada a adentrar em um carro a serviço das rés, com trabalhadores que juntamente com eram obrigados a se dirigem em algum bairro da capital, cidades do interior e até em outros Estados, tendo como obrigação bater de porta em porta oferecendo os serviços e produtos da 3ª Ré.

Sucedem que, em sua jornada de trabalho, a obreira não contava com qualquer estrutura das Acionadas para que tivesse um trabalho digno.

Todos os dias, a obreira tinha de almoçar em praças da capital ou do interior, sem a menor possibilidade de sequer escovar os dentes após a refeição e quando sentia sede ou necessidades fisiológicas, tinha de pedir aos moradores das localidades, situação esta que gerava constante constrangimento, pois não raro passava pela humilhação de ter negado seu pedido e por vezes, diante da severidade das necessidades, teve de fazê-las em locais inapropriados tais como terrenos baldios e matagais.

Outrossim, as rés locavam em cidades diversas da Capital do MS, casas para que a obreira e seus colegas permanecem durante o período que desenvolveriam as tarefas naquela região, entretanto, as casas locadas não contavam com qualquer estrutura, como colchões, geladeiras, televisores, lixeiros, água potável, produtos de higiene do ambiente, etc.

Tais circunstâncias demonstram que o ambiente de trabalho da obreira era degradante, diante da falta de estrutura para o trabalho.

É certo que tais fatos, por si só, configura ato ilícito por omissão das Rés que descuraram da saúde e dignidade de seu empregado.

[...]

Em casos como vertente, resta evidenciado que as Reclamadas submeteram o Trabalhador a uma situação degradante, ao não disponibilizar locais adequados para as refeições e para a satisfação

das necessidades fisiológicas durante a jornada de trabalho e por isso devem ser condenadas à reparação do dano moral havido, pois que resta evidenciada a transgressão à ordem jurídica (artigo 186 do CCB) (ID 495dc3c - Pág. 11-14).

Em defesa, a primeira reclamada (V.V.) sustenta, em síntese que:

O trabalho de vendas nos bairros da cidade NÃO configura condição indigna.

A Reclamante era vendedora externa, onde oferecia e colhia pedidos de vendas de produtos de telefonia nas residências e comércio, popularmente conhecido como vendedor porta a porta, portanto, não há falar em falta de fornecimento de estrutura adequada pela Reclamada.

Nunca houve qualquer informação de que funcionário da Reclamada almoçava em ruas e praças dos bairros, até porque a Reclamada sempre possibilitou o almoço em local adequado (Restaurante) para todos os seus vendedores. E, eventualmente, quando o vendedor precisa fazer necessidades fisiológicas, o Supervisor de equipe providencia local adequado. Em nenhum momento a Reclamada expôs a Reclamante em situação humilhante, vexatória ou degradante.

[...]

Nas viagens para cidades do interior, ao contrário do que alega a Reclamante, quando era necessário pernoitar, a Reclamada providenciava local com estrutura completa e adequada em hotéis ou através de aluguel de casa com todos os utensílios.

[...]

Quanto ao valor sugerido na petição inicial, além de indevido, é totalmente exorbitante e estratosférico, sem qualquer conexão com a realidade do contrato de trabalho que existiu entre as partes (ID b9bd0ab - Pág. 14-15).

Esses os elementos argumentativos submetidos ao contraditório e influenciadores na formação da convicção do órgão julgador.

Quanto ao meio utilizado, prevaleceu a testemunhal.

A testemunha F.R.R.C., indicado pela reclamante, foi contraditado nos seguintes termos:

Contraditada a testemunha sob a alegação de mover ação em face da reclamada. Indefiro a contradita, vez que não torna a testemunha suspeita o simples fato de mover ação contra a reclamada. Súmula 357 do C. TST. PROTESTOS da reclamada (Pág. 3).

Referida testemunha declarou (naquilo que pertine às condições ditas degradantes):

2. que trabalhava como vendedor de planos da terceira reclamada, porta a porta;

17. que conheceu a reclamante;

19. que viajou com a reclamante uma ou duas vezes para locais distantes;

21. que não havia cama;

22. que não havia água potável para beber e nem geladeira;

23. que não havia local determinado pela empresa para beber água ou ir ao banheiro

(ID 50f1b78 - Pág. 3-4 - destaques acrescidos).

É sabido que a circunstância de a testemunha haver ajuizado reclamação trabalhista em desfavor do ex-empregador não justifica a contradita, porém suas informações são temperadas com grão de sal e maior rigor quanto aos quesitos certeza e credibilidade.

A reclamante laborou para a reclamada no período de 04/10/2010 a 03/01/2013. Era vendedora de porta a porta.

A testemunha F. também laborou para a reclamada, "aproximadamente dois anos a dois anos e meio, entre 2010 e 2012, não se recordando exatamente as datas". Também era vendedor porta a porta. Conheceu a reclamante e com ela viajou uma ou duas vezes para locais distantes. Também afirmou que nos locais onde pernoitavam não havia cama, nem água potável, nem geladeira.

O desconhecimento de fatos próprios, pertinentes ao tempo de serviço, já é indicativo de que a memória da testemunha compromete o elemento certeza.

A condenação foi imposta em relação às condições ditas degradantes quando em atividades fora de Campo Grande.

Reclamante e testemunha viajaram uma ou duas vezes para "locais distantes".

Também não se empresta ao depoimento da testemunha a credibilidade necessária para identificar as condições ditas degradantes, pois se o que ocorreu - se é que

ocorreu - foi informado em uma ou duas oportunidades, não é possível converter isso em prática constante a justificar a imposição de uma possível indenização por dano moral. A probabilidade de pernoites em locais sem infraestrutura não se confirma.

Recurso provido para excluir da condenação a indenização a título de danos morais/extrapatrimoniais

2.1.5 - CORREÇÃO MONETÁRIA

Insurge-se a reclamada sustentando que não deve ser aplicado o IPCA-E como índice de correção monetária, tendo em vista que a aplicação da TR não foi afastada pela prolatada decisão do STF. Alega que o objeto do recurso que tramitou na Suprema Corte era apenas a atualização dos créditos judiciais da Fazenda Pública antes da expedição de precatório, no entanto, a decisão do TST desrespeita a decisão do STF proferida nas ADIs 4.225, 4.357, 4.372 e 4.400. Assevera que tem conhecimento da Súmula 23 deste Regional, porém entende que o seu teor não está de acordo com a decisão do STF. Ademais alega que o E. TRT24 está evidentemente usurpando competência do STF, visto que a tese ainda está em discussão na Suprema Corte.

O Pleno deste Regional sedimentou o entendimento (Súmula 23/TRT) de que a TRD não é apropriada para atualização monetária dos débitos trabalhistas:

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL DIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 39 DA LEI N. 8.177/1991. É inconstitucional a expressão "equivalentes à TRD acumulada" constante do art. 39, *caput*, da Lei n. 8.177/91, pois esse índice não é apropriado para atualizar monetariamente débitos trabalhistas e sua adoção importa violação ao direito fundamental de propriedade (artigo 5º, X XII, da Constituição da República).

Considerando razões de segurança jurídica, especialmente por se tratar de matéria objeto de orientação jurisprudencial do TST (OJ/SDI-1 nº 300), modulam-se os

efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ArgInc n. 0024319-19.2015.5.24.0000; Súmula 39 deste Regional) do art. 39 da Lei 8.177/91. Assim, a aplicação do IPCA ocorrerá apenas a partir de 26.03.2015 (STF; ADI 4357), prevalecendo, no período anterior, o índice atualizador estabelecido na Lei n. 8.177/91.

Recurso parcialmente provido.

2.2 - RECURSO DA RECLAMANTE

2.2.1 - SALÁRIO "POR FORA"

Na origem, reconheceu-se que o salário pago por fora era o valor da comissão apontado pela reclamada.

Inconformada, a reclamante sustenta que a sentença merece reforma, pois o deferimento de valores conforme planilha juntada pela reclamada não são os mesmos confirmados pela testemunha. Alega que o preposto confessa que os valores para fins de comissionamento eram lançados em planilha específica pagos por meio de depósito bancário junto com o salário. Assevera que os documentos apresentados pela reclamada foram confeccionados de forma totalmente unilateral, não podendo prevalecer para comprar o valor do pagamento das comissões. Aduz que o ônus da prova pertence à reclamada.

Em contestação a reclamada defende que a recorrente recebia salário fixo através de depósito em conta bancária de titularidade da reclamante e que os valores da receita para fins de comissionamento eram lançados em planilha específica, individualizada, sendo que o valor da comissão apurada era pago no mês seguinte a confirmação da respectiva venda, através de depósito bancário junto com o líquido do salário fixo do mês de pagamento [...] e que a reclamante *SOMENTE* teria direito à comissão, se suas vendas proporcionassem à Reclamada o valor mínimo de R\$ 1.801,00 de receita no mês, o que lhe garantia uma comissão no percentual

de 3%, conforme a tabela, e assim por diante. Poderia chegar ao percentual máximo de 30%, desde que suas vendas alcançassem o limite de R\$ 4.500,01 de receita/mês para a Reclamada (ID b9bd0ab - Pág. 4). Aduz que a reclamante não conseguiu atingir o limite mínimo de produção em todos os meses.

Na planilha de ID 2fc3fa0 consta os indicativos referidos pela reclamada.

O ônus da prova quanto ao recebimento de salário superior ao registrado na CTPS é da reclamante, nos termos do art. 818 da CLT e 373, I, do CPC.

A testemunha ouvida declarou que recebia, em média, recebia o salário comercial, mais R\$800,00 de comissão em média e mais R\$800,00 de premiação e que só receberia a comissão se atingisse a meta estabelecida pela empresa (ID 50f1b78 - Pág. 3).

A base remuneratória diversa daquela registrada em carteira e discriminada nos recibos depende de prova inconteste, de natureza material, mesmo que por indício.

O fato de a testemunha afirmar que acredita que a reclamante atingia a meta em todos os meses não é suficiente para comprovar o salário extrafolha nos moldes descritos na petição inicial.

Recurso não provido.

2.2.2 - INTERVALO INTRAJORNADA

O intervalo intrajornada foi indeferido na origem ao fundamento de que comprovado que nas viagens não havia qualquer controle de horário e, na cidade, a reclamante confessou que encerrava o trabalho às 11h30min retornando às 13h.

A reclamante pretende a reforma da sentença com base no seu depoimento pessoal e na prova testemunhal.

A reclamante confessou em depoimento pessoal que fazia as vendas nos bairros até 11h30min retornando à empresa para almoçar, chegando às 12h, almoçava rapidamente em

30/40 minutos, passava as vendas, retornando ao bairro por volta das 13h (ID 50f1b78 - Pág. 1).

Da análise do depoimento, é possível concluir que o tempo de 1h de intervalo intrajornada era respeitado, pois 1h30min são suficientes para a realização das refeições e informações acerca das vendas na empresa.

Recurso não provido.

2.2.3 - INTEGRAÇÃO DO VALE-ALIMENTAÇÃO

Indeferiu-se a integração do valor relativo à refeição ofertada pela reclamada ante os descontos efetuados a título de alimentação no salário da recorrente. Indeferiu-se ainda o valor de R\$25,00 fornecido em dias de viagens, tendo em vista que tinha por fim custear despesas realizadas nessas ocasiões.

A reclamante pretende o reconhecimento de que a alimentação concedida gratuita e habitualmente possui feição salarial devendo integrar a remuneração para todos os fins. Aduz que a decisão violou o artigo 458 da CLT e a Súmula 241/TST e que o fundamento de que o valor de R\$25,00 tinha por fim custear despesas realizadas nas viagens viola a literalidade do artigo 141 CPC/2015.

Juridicamente, o salário utilidade ou in natura corresponde ao fornecimento de bens ou serviços pelo empregador, por força do contrato ou do costume, como contraprestação do trabalho desenvolvido pelo empregado.

Não é, pois, toda utilidade que possui natureza salarial.

Registre-se que, de fato, não há alegação da reclamada de que o valor de R\$25,00 era pago com a finalidade de custear despesas. Todavia, a reclamante não comprova o recebimento de tal valor, razão pela qual não há falar em integração salarial.

Quanto à alimentação fornecida pela empresa, saliente-se que os recibos de pagamento de salário revelam que

havia desconto pelo fornecimento de alimentação, de modo que não há falar em salário utilidade, uma vez que este pressupõe gratuidade.

Desse modo, não há repercussões econômicas da alimentação fornecida pela empresa em outros títulos trabalhistas.

Recurso não provido.

2.2.4 - INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS

A indenização por perdas e danos decorrente da contratação de advogado foi indeferida por falta de amparo legal.

A reclamante alega que não se trata de honorários advocatícios ou assistenciais mas de indenização por danos materiais decorrente da necessidade de contratação de advogado.

No Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0024142-55.2015.5.24.0000, julgado na sessão do dia 29.06.2015, firmou-se o entendimento de que na Justiça do Trabalho, a questão pertinente aos honorários advocatícios - seja pela sucumbência, seja pela reparação plena (Código Civil) - está sob a regência da Lei 5584/70, conforme jurisprudência sedimentada nas Súmulas 219 e 329 do TST.

Diante do exposto, o recurso não é provido.

VOTO VENCIDO - DES. NICANOR DE ARAÚJO LIMA

"Entendo que a atividade de venda de produtos e serviços, embora, inegavelmente, viabilize a oferta dos serviços de telefonia móvel, não constitui, ao meu ver, atividade-fim das empresas concessionárias, ex vi o contido no § 1º, do art. 60 da Lei 9.472/97.

Assim, dou parcial provimento ao recurso para afastar a ilicitude da terceirização e conseqüente vínculo direto e reconhecer a responsabilidade subsidiária da 2ª ré

pelas verbas deferidas em sentença."

ACÓRDÃO

POSTO ISSO

Participaram deste julgamento:

Des. Ricardo Geraldo Monteiro Zandoná;

Des. Francisco das C. Lima Filho (Presidente da 2ª Turma);

Des. Nicanor de Araújo Lima.

Presente também o representante do Ministério Público do Trabalho.

Sustentação oral: Dr. T.A.S., pela recorrente M.P.R.S.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório e **conhecer dos recursos da reclamante e da terceira reclamada (O.)** e das contrarrazões das partes; no mérito, por maioria, **dar parcial provimento ao recurso da terceira reclamada (O.)** para excluir o valor da indenização por danos morais e aplicar o IPCA apenas a partir de 26.03.2015, nos termos do voto do Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandoná (relator), vencido em parte o Desembargador Nicanor de Araújo Lima, que lhe dava provimento mais amplo; ainda no mérito, por unanimidade, **negar provimento** ao recurso da reclamante, nos termos do voto do Desembargador relator, com ressalvas do Desembargador Francisco das C. Lima Filho.

Atribui-se novo valor à condenação, no importe de R\$6.000,00, e custas processuais de R \$120,00, pela reclamada.

Campo Grande, MS, 28 de setembro de 2016

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA

Desembargador do Trabalho Relator

PROCESSO N° 0024652-84.2014.5.24.0006-RO

A C Ó R D ã O
1ª TURMA

Relator : Des. MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA
Recorrente : L.S.M.C.
Advogado : S.B. e outros
Recorrido : FUNDACAO E.T.D.C.
Advogado : C.B.C.
Recorrente : FUNDACAO E.T.D.C.
Advogado : C.B.C.
Recorrido : L.S.M.C.
Advogado : S.B. e outros
Origem : 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS

DANO MORAL. ATITUDE DESRESPEITOSA E VEXATÓRIA NO AMBINETE DE TRABALHO. REPARAÇÃO DEVIDA. Ao se dirigir à reclamante com apelido realmente desagradável, sobre o qual a autora já havia externado seu descontentamento, a advogada da ré expunha a obreira a situação constrangedora e vergonhosa, sem qualquer justificativa. Tal situação revela o extrapolamento dos limites de uma conduta tida como razoável, aceitável e condizente, esperada e necessária em um ambiente de trabalho, configurando a atitude abusiva e ilícita perpetrada pela empregadora, ensejadora do dever de reparação. Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO N° 0024652-84.2014.5.24.0006-RO) em que são partes as acima indicadas.

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelas partes em face da sentença, complementada pela decisão de embargos de declaração, proferida pela MM. Juíza do Trabalho Lilian Carla Issa, que julgou parcialmente procedente a ação.

Alega a reclamante nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, no mérito, pugna pela majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais e pelo deferimento da estabilidade provisória decorrente da pré aposentadoria.

Já a reclamada insurge-se quanto ao deferimento

de diferenças de verbas rescisórias e de indenização por danos morais.

Custas processuais e depósito recursal devidamente comprovados.

As partes apresentaram contrarrazões, pugnando pelo não provimento do apelo da parte adversa.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais, conheço dos recursos das partes e das contrarrazões da reclamante.

Não conheço das contrarrazões da reclamada por total impertinência, porquanto se trata de reprodução do recurso por ela aviado, e não de insurgência contra os argumentos lançados no recurso obreiro.

PRELIMINAR

RECURSO DA RECLAMANTE

2.1 - NULIDADE DA SENTENÇA

Pugna a reclamante pela nulidade da sentença por cerceamento de defesa, decorrente da negativa de oitiva de testemunha por ela arrolada. Aduz que referida testemunha tinha conhecimento das tratativas dispensadas pela superior da reclamada em relação à ela, apontadas como causa do alegado assédio moral.

Embora erigido a nível constitucional, o direito assecuratório da ampla defesa não é irrestrito, subsumindo-se, dentre outros aspectos, ao convencimento do juiz sobre a necessidade ou legitimidade de produção da prova, já que é ele quem dirige o processo, além de ser o seu destinatário.

No caso, a magistrada de origem acolheu a

contradita da testemunha S.A.G.S., em razão desta também mover ação em face da reclamada e a ora reclamante ter atuado como testemunha nela.

Assim, o testemunho cruzado foi o motivo do indeferimento. E tal decisão, a meu ver, não configura o cerceamento de defesa.

Apesar de haver entendimentos contrários a respeito do assunto, o fato é que no caso, o feito encontra-se devidamente instruído.

Também registro que a questão confunde-se com o próprio mérito, no qual haverá a ampla e completa discussão.

Por tudo isso, entendo que o indeferimento da oitiva de testemunha teve amparo na livre direção do processo pelo juízo, devidamente motivado pela juíza *a quo*, consistente na possibilidade de existência de troca de favores, não havendo irregularidade a ensejar a nulidade.

Rejeito a preliminar.

3 - MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

3.1 - VERBAS RESCISÓRIAS

Em face da decisão que a condenou ao pagamento de diferença de valor de saldo salarial, alega a ré estar comprovada a quitação do correto valor pelo TRCT dos autos.

Sem razão.

A alegação recursal é de que houve a quitação do saldo de salário de cinco dias sobre a correta remuneração da autora, consoante se extrai da soma das rubricas "saldo de salário", "gratificação" e "atividade extra" do TRCT (ID 419ef1d e c4b591d), no valor total de R\$ 1.793,10.

Impossível tal conclusão. As últimas duas rubricas são totalmente estranhas ao saldo de salário, não havendo nenhum elemento que as relacione com a referida

parcela, nem motivo para suposto desmembramento do valor com nomenclaturas diversas.

Assim, o que se tem comprovado é que o saldo de salário de cinco dias foi pago no valor de R\$ 1.051,94, aquém, portanto, do realmente devido, fato não negado pela ré.

Nego provimento.

3.2 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A julgadora de piso condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral à autor a no valor de R\$ 30.000,00 por constatar a existência de tratamento humilhante e vexatório praticado pela superiora.

Consternada, repisa a reclamada toda a argumentação de que procedeu à demissão da reclamante por conta da conduta reprovável que esta estava tendo com os pacientes e funcionários da instituição, fato demonstrado por várias reclamações encaminhadas à diretoria. Aduz que a reclamante inverteu os fatos, por estar frustrada com a demissão, já que na verdade, era ela quem praticava conduta constrangedora contra pacientes e outros profissionais que atuavam no local de trabalho, na qual era a coordenadora responsável.

Aduz ser contraditório e tendencioso o depoimento da testemunha obreira, totalmente desconexo com o prestado pela sua testemunha. Diz não existir prova robusta do fato causador do suposto dano moral.

Vejamos.

Primeiramente, irrelevante a longa argumentação quanto aos motivos da demissão (sem justa causa) da reclamante, porquanto a matéria não é objeto de discussão.

O que se discute é a conduta dispensada pela superiora (advogada da ré) à autora, suposta causadora de humilhação e vergonha no ambiente de trabalho.

O direito vem se preocupando há muito tempo e consolidando a responsabilização por atitudes não condizentes

com um bom e respeitoso relacionamento no que pertine ao trato entre as pessoas.

Ao se dirigir aos subordinados de maneira hostil, desrespeitosa e grosseira, a ponto de aqueles se sentirem humilhados e inferiorizados, revela o completo desrespeito por parte da chefia e abuso do poder diretivo.

E no caso, ratifico a decisão primária que se lastreou no depoimento da testemunha obreira, para concluir pela ocorrência de situação vexatória e desrespeitosa do tratamento dispensado pela então advogada da ré à autora, que exercia a função de coordenadora da instituição.

Referida testemunha (L.S.R.) informou:

12. que o relacionamento entre a reclamante e a Dra. C. já era conturbado de longa data, pois a Dra. C. chamava a reclamante em tom pejorativo de periquita;

14. que várias vezes a depoente atendeu a Dra. C. por telefone, que ligava de Bauru, e ela dizia que queria falar com a periquita, não se referia à reclamante pelo nome, a depoente questionava quem era periquita e ela respondia a periquita L.;

15. que os demais funcionários davam risadas e faziam chacotas com relação ao tratamento dispensado pela Dra. C. à reclamante;

16. que em reuniões a Dra. C. também se referia à reclamante, inclusive na frente da Dra. T., pelo nome de periquita;

17. que a depoente presenciou a reclamante dizendo a Dra. T. e também a Dra. C. que não queria ser chamada de periquita;

18. que a depoente nunca presenciou a Dra. T. tomando providências para que a Dra. C. não chamasse a reclamante de periquita, ela sempre baixava a cabeça e dava uma risadinha (ID 934ce75 - Pág. 3).

Referida testemunha também confirmou que no dia 15/04/2013, referida advogada mencionou, na frente de todos os funcionários da unidade, que a reclamante estava sendo afastada do cargo em razão de acusações que pesavam contra ela (ID 934ce75 - Pág. 2).

Já a testemunha apresentada pela reclamada negou a ocorrência desses fatos, afirmando não haver conduta desrespeitosa por parte da advogada da ré ou de qualquer outra pessoa.

Aqui, invoco o princípio da Imediatidade na Colheita das Provas, valendo-me da impressão pessoal do juízo

primário acerca das oitivas, porquanto em razão do contato que tem com os personagens do processo, evidente possuir maiores condições de relatar as reais impressões quanto às atitudes das testemunhas.

E, no caso, a magistrada registrou que o depoimento da testemunha da reclamante revelou -se mais convincente, diante da clareza, coesão e riqueza de detalhes (ID a7919d9 - Pág. 5).

Diante disso, reputo que ao se dirigir à reclamante com apelido realmente desagradável, sobre o qual a autora já havia externado seu descontentamento, a advogada da ré expunha a obreira a situação constrangedora e vergonhosa, sem qualquer justificativa. Tal situação revela o extrapolamento dos limites de uma conduta tida como razoável, aceitável e condizente, esperada e necessária em um ambiente de trabalho.

Neste ponto, ressalto o asseverado pela juíza *a quo*, de que o caso encerra conduta geradora de abalo moral passível de indenização, mas não assédio moral, como narrado na exordial.

Isso porque, apesar de comprovado o ato ilícito caracterizador do dano, não há como concluir que era feito de forma repetitiva e prolongada, pois o assédio resulta de exposição contínua do trabalhador a situações humilhantes e vexatórias.

Mas no caso, o tratamento reprovável partia da advogada da ré, a qual permanecia na matriz da fundação, localizada na cidade de Bauru, e encontrava a reclamante apenas quando vinha para esta cidade participar de reuniões (o que ocorria poucas vezes ao ano).

Por conta disso, inclusive, remeto -me ao decidido acima acerca da negativa de oitiva de testemunha arrolada pela reclamante. Referido depoimento pouco influenciaria na conclusão, porquanto ela também não trabalhava com a autora, mas com a advogada na cidade de

Bauru. Assim, por mais que pudesse confirmar ter conhecimento do tratamento pejorativo da advogada com relação à autora, mesmo assim não configuraria o assédio, o qual, repito, requer a demonstração de prática abusiva e sua submissão constante e prolongada.

Desse modo, configurado o dever de reparação pela reclamada, conforme decidido em sentença.

Nego provimento.

RECURSO DA RECLAMANTE

3.3 - DANO MORAL - VALOR

Em face da decisão que condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 30.000,00, pugna a reclamante pela sua majoração, alegando que a gravidade do caso justifica a fixação de ao menos o equivalente a cem salários contratuais.

Nada a reformar.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, importante observar que este deve limitar-se a padrões razoáveis, com função compensatória, não podendo se constituir num prêmio de loteria ou poupança, nem ser tão irrisório a ponto de não surtir o seu efeito pedagógico, essencial para que as empresas se sintam obrigadas, como no caso, a fiscalizar a atitude de seus prepostos e exigir um tratamento adequado e respeitoso com os funcionários.

Assim, considerando a conduta reprovável, vexatória e humilhante à autora; a vergonha, a intensidade do sofrimento, a gravidade, a natureza, a intensidade e grau de culpa da ré e sua capacidade econômica, a remuneração auferida (em torno de R\$ 10.000,00) e o intuito pedagógico, arbitro plenamente razoável a indenização por danos morais fixada na origem, em R\$ 30.000,00.

Nego provimento.

3.4 - ESTABILIDADE - APOSENTADORIA

Pugna a reclamante pelo reconhecimento da estabilidade ao emprego prevista em convenção coletiva de trabalho, *in verbis*:

Cláusula décima sétima

“Aos empregados que comprovadamente estiverem a 24 (vinte e quatro) meses da aquisição do direito à aposentadoria, e que trabalhem a mais de 05 (cinco) anos na empresa, fica vedado a dispensa e assegurado o emprego e salário durante o mesmo período, salvo pedido de demissão e dispensa por justa causa”

Perfilho, no entanto, d o mesmo entendimento exarado pela magistrada de piso de que cabia à autora a comprovação da condição de pré-aposentadoria.

Isso porque a situação em contrário não se mostra viável. Exigir que o empregador tenha essa iniciativa, fornecendo dados, documentos e informações necessárias de seus funcionários no órgão previdenciário para a busca desse histórico de contribuições, realmente não se revela o mais sensato. O ônus de tal comprovação deve recair ao empregado, que conhecedor de sua própria situação, tem plenas condições e facilidades para tal desiderato.

Como observou a julgadora de piso, o relato inicial não deixa dúvidas de que a autora sequer comunicou a reclamada acerca disso.

Apesar de totalmente crível que não estivesse munida de documentos comprobatórios da situação, diante da imprevisibilidade da dispensa, ao menos poderia ter informado a ré dessa possibilidade.

Por essas razões, tenho por correto o indeferimento do pedido de estabilidade.

Nego provimento.

Diante do exposto, conheço dos recursos e das contrarrazões da reclamante. Não conheço das contrariedades da reclamada. Rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego-lhes provimento.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade,

Campo Grande, de de 2014.

MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

Desembargador do Trabalho

Relator

PROCESSO Nº 0024680-48.2014.5.24.0072-RO.1

A C Ó R D ã O
TRIBUNAL PLENO

Relator : Des. MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA
Recorrente : SOCIEDADE BENEFICENTE DO H.N.S.A.
Advogado : N.M.B.D. e outros
Recorrido : SINDICATO E.T.A. DE TRÊS LAGOAS - MS
Advogado : R.L.G.
Origem : 2ª Vara do Trabalho de Três Lagoas - MS

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. Não existindo nos autos elementos que autorizem desmerecer a prova pericial, deve prevalecer a conclusão de que os profissionais que laboram no centro cirúrgico da reclamada estão expostos de forma habitual e suficiente em área de risco.

JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. A Lei nº 1.060/50 tem como objetivo estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária gratuita às pessoas físicas necessitadas. O seu artigo 4º dispõe que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Dessa forma, por ser pessoa jurídica, a reclamada não faz jus ao benefício da gratuidade judiciária. Recurso não provido, no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº 0024680-48.2014.5.24.0072-RO.1) em que são partes as acima indicadas.

Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamada (ID 488465e), em face da sentença (ID c24ec5d) integrada por decisão em Embargos de Declaração (ID f370683) proferidas pelo MM. Juiz do Trabalho Hélio Duques dos Santos, que julgou parcialmente procedentes os pedidos vindicados.

A recorrente pretende, em sua insurgência, a reforma da decisão de piso em face do adicional de periculosidade, da concessão da justiça gratuita, bem como a exclusão da multa por embargos protelatórios.

Custas processuais e depósito recursal devidamente recolhidos (IDs e8675c0 e fd9d938).

Contrarrrazões do sindicato reclamante (ID c57b2b5).

Em conformidade com o disposto no art. 80 do Regimento Interno deste Regional, desnecessária a remessa dos presentes autos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso ordinário e das contrarrrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Irresigna-se a recorrente contra a decisão de piso que acolheu a conclusão do laudo pericial, o qual constatou labor da equipe cirúrgica em exposição a radiações ionizantes em setor específico da reclamada.

Aduz que o perito não se utilizou da melhor sistemática para a verificação da periculosidade, deixando de considerar a quantidade de salas cirúrgicas, o número de profissionais que atuam nas cirurgias, bem como sua rotatividade, a eventualidade do uso do aparelho intensificador de imagem (arco cirúrgico), dentre outros fatores que, se analisados, indicariam que os aludidos trabalhadores não permanecem em contato habitual com radiações ionizantes.

Sendo assim, pugna pelo indeferimento do pagamento de adicional de periculosidade aos referidos profissionais que atuam no centro cirúrgico da reclamada.

Analiso.

In casu, o sindicato-autor postulou o pagamento

de adicional de periculosidade aos empregados a ele filiados que laboram no centro cirúrgico do hospital reclamado, haja vista a utilização habitual, em alguns procedimentos, de um aparelho intensificador de imagem, conhecido como arco cirúrgico, que emite radiações ionizantes.

Como é cediço, a exposição a radiações ionizantes é uma das hipóteses previstas pelo legislador dentre as atividades perigosas, por conta de seus efeitos deletérios, prejudiciais à saúde, consoante Portarias do Ministério do Trabalho n.ºs 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003.

Neste diapasão, o juízo de origem determinou a realização de perícia *in locu*, na qual o expert ficou responsável em verificar a rotina e os processos realizados no centro cirúrgico da reclamada, bem como a exposição dos profissionais a eventuais agentes de risco.

Em seu laudo técnico, o profissional em segurança do trabalho relatou as seguintes observações (ID 0514a46):

- que durante a realização das cirurgias e exames que exigiam o uso do arco cirúrgico, os técnicos de enfermagem e enfermeiros permaneciam na sala;
- que já ocorreu de a enfermeira e/ou o técnico de enfermagem manipular o arco cirúrgico, mas atualmente é um técnico em radiologia que opera o referido aparelho;
- que não há uma sala específica para o uso do arco cirúrgico; e,
- que as paredes das salas do centro cirúrgico não são protegidas contra a radiação.

Por conseguinte, o perito concluiu que os profissionais da equipe cirúrgica, ao permanecerem em local de irradiação, laboram em área de risco, expostos a atividades perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas (ID 0514a46, pág. 7/8).

De outro norte insurge-se a reclamada que tal

constatação não é suficiente para indicar se esses profissionais laboram em área de risco, haja vista que a equipe é formada por "30 (trinta) funcionários da área da enfermagem laboram no Centro Cirúrgico, sendo que circulam e operam nas 4 (quatro) salas de cirurgia e 1 (uma) sala de recuperação anestésica, rotativamente, a depender do turno ininterrupto de revezamento", e que a perícia também não considerou que "tão somente 10% (dez por cento) dos aproximadamente 500 (quinhentos) procedimentos realizados por mês se valem do Arco Cirúrgico/ Intensificador de Imagem" (ID 488465e), do que se infere que os referidos profissionais ficariam expostos eventualmente ao agente perigoso, não fazendo jus ao respectivo adicional.

A despeito das alegações da reclamada, há de se observar que o perito também constatou que não havia disponibilização de EPIs aos profissionais do centro cirúrgico e, igualmente, não havia equipamentos de proteção coletiva, a exemplo de blindagem de paredes, pisos e portas (ID faa2109).

Sendo assim, imperioso elucidar a questão colacionando ao presente julgado algumas das prescrições dispostas na Portaria nº 453/1998 da Anvisa, que estabelece as diretrizes básicas de proteção radiológica em radiodiagnóstico médico e odontológico, dispõe sobre o uso dos raios -x diagnósticos em todo território nacional e dá outras providências, *in verbis*:

3.25 - Compete aos titulares e empregadores, no âmbito do seu estabelecimento, a **responsabilidade principal pela segurança e proteção dos pacientes, da equipe e do público em geral**, devendo assegurar os recursos materiais e humanos e a implementação das medidas necessárias para garantir o cumprimento dos requisitos deste Regulamento. Para tanto, os titulares e empregadores devem:

a) **Assegurar que estejam disponíveis os profissionais necessários em número e com qualificação para conduzir os procedimentos radiológicos, bem como a necessária competência em matéria de proteção radiológica.**

(...)

f) **Garantir os recursos necessários para o treinamento apropriado e atualização periódica da equipe sobre técnicas e procedimentos radiológicos, incluindo aspectos de proteção radiológica.**

(...)

j) **Zelar para que cada profissional tome todas as medidas necessárias para restringir as exposições ocupacionais e**

exposições do público a valores tão baixos quanto razoavelmente exequíveis, limitados conforme especificado neste Regulamento.

(...)

l) Prover monitoração individual e o controle de saúde do pessoal ocupacionalmente exposto, conforme descrito neste Regulamento.

m) Prover as vestimentas de proteção individual para a proteção dos pacientes, da equipe e de eventuais acompanhantes. (g. n.)

Nesta perspectiva, denota-se que as atividades que envolvem o uso de equipamentos que emitem radiações ionizantes devem adotar uma série de técnicas de proteção radiológica e de neutralização do agente perigoso, e conforme se depreende das informações contidas no laudo pericial restou incontestado a ausência de tais práticas por parte da empresa reclamada, especialmente de monitoração individual (uso de dosímetro) dos profissionais que atuam no seu centro cirúrgico.

Assim, as alegações da reclamada, além de não comprovadas, revelam-se frágeis diante das constatações expostas na prova pericial, não havendo como elidir a presunção de que os trabalhadores em análise estão expostos a doses superiores às permitidas pela legislação que regula a matéria.

Diante disso e não existindo nos autos qualquer elemento que desmereça o referido laudo e infirmem as conclusões do *expert*, escorreito o deferimento do adicional de periculosidade aos empregados filiados do sindicato-reclamante que laboram nas equipes do centro cirúrgico da reclamada.

Nego provimento.

2.2 - JUSTIÇA GRATUITA

Inconformada, a recorrente postula reforma da decisão, afirmando que é entida de sem fins lucrativos e não tem condições de arcar com as custas e despesas do processo.

Sem razão.

Com efeito, a Lei nº 1.060/50 tem como objetivo estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária

gratuita às **peças físicas** necessitadas, eis que em seu artigo 4º dispõe que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Dessa forma, por ser pessoa jurídica, a reclamada não faz jus ao benefício da gratuidade judiciária. Precedentes desta Corte: Processos 0068/2005 -000-24-00-0-AA.0, DO/MS nº 6613 de 25.11.2005, pag. 46, Rel. Des. Ricardo Geraldo Monteiro Zandona; 00519/2005 -003-24-00-9-AI.1, DO/MS nº 6763 de 10.07.2006, pag., Rel. Des. Abdalla Jallad.

No mesmo sentido o posicionamento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual Somente em casos especiais, em que for devidamente comprovada a condição financeira precária, a jurisprudência tem estendido às pessoas jurídicas o benefício da justiça gratuita. (RR - 1076/2006-007-24-00, DJ - 23.05.2008, 2ª Turma, Rel. Ministro Vantuil Abdala), situação esta, não provada pela recorrente.

Nego provimento.

2.3 - MULTA POR EMBARGOS PROTETATÓRIOS

O magistrado de origem aplicou multa à reclamada, diante das evidências do intuito meramente protelatório dos embargos de declaração.

Para a aplicação da referida multa ser legítima, a deslealdade processual deve estar evidente.

No entanto, não verifico, por parte da empregadora, prática de atos que autorizem a cominação aplicada, considerando estar a postura da ré assegurada pelo direito subjetivo de ação.

Ante a inexistência de elementos nos autos que demonstrem o abuso desse direito, dou provimento ao apelo para excluir da condenação a multa por embargos protelatórios.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso ordinário e das contrarrazões. No mérito, dou parcial provimento ao recurso para excluir da condenação a multa por embargos protelatórios.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário e das contrarrazões. No mérito, dar parcial provimento ao recurso para excluir da condenação a multa por embargos protelatórios.

Campo Grande, de de 2015.

MARCIO VASQUES THIBAU DE ALMEIDA

Desembargador do Trabalho

Relator

PROCESSO Nº 0024155-42.2015.5.24.0101-RO.1

A C Ó R D ã O
2ª TURMA

Relator : Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO
Recorrentes : J.I.C.
Advogados : G.L.T. e outros
Recorrido : M.L.M.
Advogados : L.C.R.C.T. e outros
Origem : Vara do Trabalho de Cassilândia - MS - Posto Avançado de Chapadão do Sul - MS

CONSUMO DE BEBIDA ALCOÓLICA FORA DO HORÁRIO DE SERVIÇO NA NOITE DE NATAL. ATO ISOLADO. INEXISTÊNCIA DE MEDIDAS PEDAGÓGICAS OU DISCIPLINARES POR INEXISTÊNCIA DE FATOS ANTERIORES. DISPENSA MOTIVADA DO TRABALHADOR. DESPROPORCIONALIDADE. AGRESSÃO AO PRINCÍPIO - GARANTIA DA ISONOMIA - A embriaguez deve ser entendida como uma compulsão pela bebida, que é diferente do ato de beber esporadicamente, sem dependência emocional ou física, não ultrapassando os limites máximos previstos em Resoluções da Organização Mundial de Saúde. Tendo o empregado consumido bebida alcoólica, ainda que no recinto da empresa, mas fora do horário de serviço e na véspera do Natal, sem qualquer prejuízo a terceiro ou à imagem da empresa, e não tendo anteriormente sofrido qualquer punição, a sanção máxima de demissão se mostra absolutamente desproporcional à falta, considerando-se imotivado o ato de demissão, pois a embriaguez crônica ou alcoolismo constitui problema social e de saúde pública que necessita de tratamento e não de punição, ainda mais quando o fato se dá na noite de Natal com a participação de grupo de trabalhadores e apenas um é escolhido para ser dispensado em atentado ao princípio-garantia da isonomia. Recurso desprovido.

R E L A T Ó R I O

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº 0024155-42.2015.5.24.0101-RO), em que são partes as acima indicadas.

Com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz Márcio Kurihara Inada, auxiliar no Posto Avançado de

Chapadão do Sul - MS, que acolheu em parte as pretensões deduzidas na peça de ingresso, recorre a demandada.

Contrarrazões apresentadas oportunamente.

Recolhimento do depósito recursal e custas comprovado.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 84 do RITRT.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Porque presentes os pressupostos de cabimento e admissibilidade, conhecimento do recurso e das contrarrazões.

Registro, por oportuno, que eventual atraso na emissão da presente decisão deveu -se ao elevado número de processos de considerável complexidade distribuídos a este Relator, à insuficiência de servidores no gabinete e, ainda, à redução do horário de funcionamento da Justiça do Trabalho, em face dos profundos cortes no orçamento do Tribunal no ano de 2016.

Faço esse registro como forma de justificação o porquê apenas nesse momento poder ser emitido o presente voto.

2 - MÉRITO

DEMISSÃO MOTIVADA

A decisão reconheceu desproporcional a punição do trabalhador consistente na rescisão contratual por justo motivo.

Entendeu que " não era horário de trabalho e conseqüentemente não estava à disposição do empregador, não houve prejuízo patrimonial para o reclamado, não existe histórico de punição anterior para o envolvido e, embora merecesse uma rigorosa repressão, não justifica a pena capital

trabalhista, pois uma suspensão teria almejado efeito pedagógico suficiente" (Id 91c9641, p. 1-2).

Sustenta a demandada ter sido comprovada a indisciplina do autor por "*praticar algazarra e usar bebidas alcoólicas*" no recinto da empresa, além de praticar ato de indisciplina ao não obedecer ao pedido ao superior hierárquico para que parasse com os ruídos e consumo de bebidas.

Defende então a manutenção da pena de rescisão do contrato de trabalho de forma motivada.

Não há como acolher a tese, todavia.

Incontroverso que o autor, trabalhador rural contratado para laborar em períodos de safra em Fazenda situada no Município de Costa Rica - MS, juntamente com outros trabalhadores, na madrugada de 24.12.2014, um dia antes do feriado de Natal e obviamente fora do horário de serviço, se encontravam na referida propriedade rural conversando, ingerindo bebidas alcoólicas ao lado do carro de um deles com o sistema de som ligado, quando o preposto a eles se dirigiu, em torno das 3h00, e pediu -lhes que desligassem o som, parassem o consumo de bebidas, se dirigissem ao alojamento e se recolhessem, tudo conforme Boletins de Ocorrências contidos no Id 611dd19 e seguintes.

Cerca de quarenta minutos depois obedeceram ao preposto, desligaram o sistema de som e retornaram aos seus aposentos.

No dia seguinte - em 24.12 - o autor recebeu o aviso de rescisão contratual, por justo motivo, por ter incorrido em indisciplina e insubordinação, em razão dos fatos anteriormente narrados (Id d34903d).

Não houve produção de prova oral.

A prova documental é representada pelos boletins de ocorrência com o relato do ocorrido.

Nesse quadro, o que se precisa analisar é se esse comportamento do trabalhador é suficiente para caracterizar a falta que a ele foi imputado e justificar a

dispensa sem ônus para o empregador.

É incontroverso que todos os envolvidos tivessem ciência da proibição de consumo de bebidas alcoólicas dentro da propriedade, mesmo fora do horário de trabalho.

Ainda assim, o ato empresarial se revela absolutamente desproporcional à falta cometida, considerando até mesmo a data em que ocorreu, na madrugada do Natal, em que tradicionalmente as pessoas costumam beber em reuniões de confraternização entre familiares e amigos.

Ademais, não se constata a prática de outra falta anteriormente ao ocorrido, tampouco qualquer medida disciplinar ou pedagógica aplicada ao autor.

Não consta, ainda, que a mesma penalidade tenha sido aplicada a todos os envolvidos, o que levaria a se anular a sanção também por atentado ao princípio da isonomia, *data venia*.

Se tudo isso não bastasse, a falta noticiada foi punida com a penalidade máxima, consistente no rompimento do contrato, o que, com o devido respeito, fere o critério da proporcionalidade, pois retirou, desde logo, do trabalhador, o direito fundamental ao trabalho, em evidente excesso no exercício do poder disciplinar, valendo ressaltar ainda que o fato se deu incontroversamente fora do horário de trabalho.

Vale ponderar, por outro lado, e mesmo que tenha se tratado de fato pontual, isolado, que a embriaguez, apesar de infelizmente e especialmente no Brasil, continuar a ser um problema social de saúde pública, e assim é considerada inclusive para Organização Mundial da Saúde, não pode constituir causa, por si só, de demissão do trabalhador, mas de tratamento, e apenas pode arrimar a dispensa motivada quando se repete e ganha volume, o que não houve no caso concreto, em que ocorreu uma única e isolada vez, não chegando a colocar em risco o trabalhador, terceiros, menos ainda a imagem do empregador.

Desse modo, o ideal seria que, por se tratar do

primeiro episódio envolvendo prática dessa natureza, fosse punido pedagogicamente com advertência ou suspensão, ou mesmo conversa, de modo a desestimular a repetição do ato e fazer com que o trabalhador refletisse sobre o comportamento e os malefícios dele advindos.

Embora não devesse ter ocorrido, o ato não impedia a continuidade da relação de emprego, especialmente quando constatado que trabalhador não tinha nenhuma punição disciplinar anterior.

É certo que a Consolidação das Leis do Trabalho, na alínea "f" do art. 482, prevê que a embriaguez em serviço, por si só, é motivo para rescisão do contrato sem ônus para o empregador.

Não se pode, pois, esquecer que, além de não ter ocorrido em serviço e em momento de festas - na noite de Natal -, a norma foi editada em 1943, quando a realidade social era outra.

Tanto isso é verdadeiro que modernamente o alcoolismo é considerado doença pela Organização Mundial de Saúde, que o classifica sob o título de "síndrome de dependência do álcool".

E a hipótese ora analisada nem de longe se trata de alcoolismo, menos ainda habitual ou crônico.

Ademais, não se pode confundir embriaguez com o "ato de beber". De fato, não sendo sinônimos, este não resulta necessariamente naquele.

De acordo com o escólio doutrinário de Wagner Giglio[1], fundado do entendimento esposado pela Associação Médica Britânica:

A palavra embriaguez será usada para significar que o indivíduo está de tal forma influenciado pelo álcool, que perdeu o governo de suas faculdades ao ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência o trabalho a que se consagre no momento.

A embriaguez, portanto, deve ser entendida como uma compulsão pela bebida, que é diferente do ato de beber

"social ou esporadicamente", sem dependência emocional ou física e sem ultrapassar os limites máximos reconhecidos pela Organização Mundial da Saúde.

Acrescente-se ainda, em abono ao histórico impune do autor, que o fato se deu em data festiva - na noite de Natal, vale repetir - em que um grupo de trabalhadores que se encontravam longe de seus familiares, não justificando punição tão severa - a perda do emprego - sem qualquer ponderação da situação concreta, e mais que isso, quando um determinado trabalhador é escolhido para tanto em evidente agressão ao princípio da isonomia.

A situação do trabalhador poderia ser, repita-se, ponderada dentro da lógica do razoável e ante o seu histórico funcional isento de penalidades tomando -se em consideração, inclusive, o momento em que o fato aconteceu.

Entendo, com o devido respeito, que a pena máxima de demissão sem ônus para o empregador, além de se mostrar absolutamente desproporcional à falta, pode na prática impedir que o trabalhador consiga se inserir novamente no mercado de trabalho, pois não se pode negar que esse tipo de punição, a par de marcar a pessoa, pode ser objeto de comentários e informações desairosas pelos próprios colegas e nas demais propriedades rurais da região, impedindo nova contratação do trabalhador punido, máxime num momento de desemprego como o que se vivencia.

Nesse quadro, declaro que o rompimento do contrato teve a iniciativa da empresa e se deu de forma imotivada.

Por conseguinte, devidas as parcelas rescisórias decorrentes a dispensa sem motivação, nos termos reconhecidos pela sentença.

Nego provimento, pois, ao recurso.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda

Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer do recurso e das contrarrazões, e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Francisco das C. Lima Filho (relator).

Campo Grande, MS, 03.08.2016.

Francisco das C. Lima Filho

Relator

PROCESSO N° 0024442-33.2014.5.24.0006-RO

A C Ó R D ã O
2ª TURMA

RELATOR : DES. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO
RECORRENTE : C.S.S.
ADVOGADOS : J.P.B. E OUTRA
RECORRIDOS : 1) C.B.L.E.P. LTDA
2) M.F.B.
ADVOGADOS : 1) C.B.R. E OUTRO
2) O.M.M.B. E OUTRO
ORIGEM : 6ª VARA DO TRABALHO DE CAMPO GRANDE - MS

1. ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTELECÇÃO DO ART. 114 DA CARTA DE 1988 - Em que pese o entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete à Justiça Comum estadual processar e julgar ações indenizatórias propostas com o intuito de reparar danos decorrentes de agressões verbais promovidas no ambiente de trabalho, quando estas são imputadas à autoria de colega com o qual não há relação de subordinação, se a agressão foi levada a cabo no seio e em razão da relação de trabalho, a lide continua a ter como causa de pedir, embora remota, a relação laboral sem a qual não a agressão teria ocorrido. Portanto, inserida na hipótese constante do inciso I do art. 114 da Carta da República.

2. INJÚRIA RACIAL. ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL DISCRIMINATÓRIO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR EM SOLIDARIEDADE COM O AGRESSOR - Atos de agressão e discriminação com conotação racista advindos de colega de trabalho agride de forma inadmissível a dignidade humana do trabalhador, caracterizando a figura do assédio moral horizontal discriminatório que, como variante do assédio psicológico, é caracterizado por conduta não desejada no ambiente laboral ou em conexão com o trabalho, vinculada a qualquer circunstância pessoal de origem, raça, orientação sexual, idade, com pleição física entre outras, com o propósito ou efeito de criar um ambiente intimidatório, hostil, discriminatório ou degradante, provocando lesão a direitos inerentes à dignidade humana. Se, mesmo tendo plena ciência da conduta do

empregado, o empregador se omite em adotar medidas preventivas ou de punição do agressor, deve ser responsabilizado em solidariedade com este pelos danos sofridos pela vítima. Intelecção do previsto nas normas constantes dos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso X, da Carta de 1988, e 186 e 932, inciso III, do Código Civil, devendo a indenização ser arbitrada tomando-se em consideração o critério de proporcionalidade que leve em consideração a gravidade da conduta e da lesão e eventual contribuição da vítima, de forma a que, pedagogicamente, sirva de exemplo e estímulo a inibir prática de novos ilícitos. Recurso parcialmente provido.

R E L A T Ó R I O

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO Nº 0024442-33.2014.5.24.0006.R0), em que são partes as acima indicadas.

Com o objetivo de reformar a sentença contida no Id b485732, complementada pela decisão de embargos de declaração constante do Id aa33dcb, da lavra da Juíza Lilian Carla Issa, Auxiliar na 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS, que rejeitou as pretensões postas na exordial, recorre o demandante.

Recolhimento das custas dispensado.

Contrarrazões regularmente apresentadas.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 84 do RITRT.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Em sede de contrarrazões, a primeira demandada reitera a tese de ilegitimidade passiva.

Não obstante a matéria não tenha sido apreciada pela sentença nem arguida em sede de embargos declaratórios, por se tratar de questão cognoscível de ofício (art. 337,

inciso XI e § 5º do Código de Processo Civil), merece conhecimento.

Desse modo, porque presentes os pressupostos de cabimento e admissibilidade, conheço do recurso e das contrarrazões.

2 - PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE PASSIVA (ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES)

A primeira demandada sustenta ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, sob o argumento de que "*os supostos danos causados ao reclamante não decorreram do exercício do trabalho*" e que "*não há nexos causal entre o dano causado e a relação de trabalho*" (Id c45e8f6 - p. 3).

Não prospera a tese, todavia.

De acordo com a teoria da asserção, o exame das condições da ação deve ser feito de forma abstrata, em caráter precário, para, quando da análise do mérito, ter-se certeza da relação material deduzida em juízo.

De outro lado, o atual Código de Processo Civil (Lei 13.102/2004) aboliu o instituto das condições da ação, o que implica afirmar que não tendo a parte legitimidade para responder pela ação, o pedido deve ser rejeitado, mas não declarada carência de direito de ação. Até porque, em verdade, este nada mais representa do que a faculdade de alguém invocar a tutela jurisdicional em defesa de um direito que entende existir.

Ademais, o fundamental direito de ação, encontra assento no Texto Maior (art. 5º, inciso XXXV). Por conseguinte, não pode ser inviabilizado pela mera circunstância da parte entender que o pedido deduzido pelo autor seria improcedente.

E, no caso concreto, existe pertinência

subjetiva abstrata, à medida que a primeira acionada foi incluída como responsável pelos atos de seus empregados, especialmente por se omitir na adoção de medidas de prevenção e repreensão da conduta tida como ilícita.

Isso é suficiente para ser mantida no polo passivo da ação. Se procedente ou não a tese, é matéria a ser examinada no mérito sem que isso inviabilize o exercício do fundamental direito de acesso à jurisdição.

Rejeito.

3 - MÉRITO

3.1 - COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A sentença apreciou apenas a responsabilidade da empresa pelo suposto assédio moral horizontal de que teria sido vítima o trabalhador, porém declarou, *de ofício*, a incompetência desta Justiça do Trabalho com a extinção do processo sem resolução do mérito em relação ao segundo demandado - M.F.B. - sob o fundamento de que "o fato das alegadas ofensas racistas ter ocorrido no ambiente de trabalho não atrai a competência da Justiça do Trabalho, pois não havia relação de emprego e nem mesmo relação de trabalho entre o reclamante e o segundo reclamado, não havia sequer subordinação hierárquica entre eles, eram apenas colegas de trabalho" (sic. - Id b485732 - p. 1).

Insurge-se o autor, sustentando que "a ofensa foi realizada pelo co-réu, também empregado da reclamada, no ambiente de trabalho e em razão da relação de trabalho" (sic. - Id 75cabf9 - p. 6), sendo assim a Justiça do Trabalho competente para apreciar o pleito indenizatório também contra o segundo demandado, nos termos dos arts. 8º e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A causa de pedir constitui típica hipótese de assédio moral horizontal - quando o agressor é o próprio

colega de trabalho na mesma linha hierárquica que o agredido.

Deveras, o assédio moral pode ser classificado em três espécies que são: vertical descendente (parte do superior em relação aos seus subordinados); vertical ascendente (de um ou mais assalariados em relação ao superior hierárquico) e horizontal simples ou coletivo (parte de um ou mais trabalhadores em relação ao colega de serviço)¹.

A alegação da prática de conduta assediante contra o autor por colega, no local de trabalho e em razão deste, atrai a competência material da Justiça do Trabalho para eventual ação indenizatória.

Se pode ou não a acionada ser responsabilizada pelo ato do empregado, é matéria de mérito que não tem nenhuma influência no campo da competência do órgão julgador.

Com o devido respeito à jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete à Justiça Comum estadual processar e julgar ações indenizatórias propostas com o intuito de reparar danos decorrentes de agressões verbais promovidas no ambiente de trabalho, quando estas são imputadas à autoria de colega com o qual não há relação de subordinação, entendo de forma contrária, pois tendo a agressão sido levada a cabo no seio da relação de trabalho e em razão dela, a lide continua a ter como causa de pedir, embora remota, a relação laboral sem a qual não teria ocorrido e, portanto, inserida na hipótese constante do inciso I do art. 114 da Carta da República.

Ademais, o fato de existir ou não relação de subordinação ou dependência entre a vítima e agressor não define a competência desta Justiça do Trabalho, mas de ter sido praticada a conduta agressora no ambiente laboral por um empregado em face de outro e por razões que guardam relação com o ambiente laboral. Até porque podem existir danos

¹ ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61.

decorrentes da relação de trabalho não subordinada cuja ação de indenização encontra -se inserida na competência desta Justiça, como aqueles decorrentes do contrato da prestação de trabalho em regime de empreitada que ninguém poria em dúvida competir à Justiça do Trabalho julgar.

De fato, a partir da Emenda constitucional 45/2004 é a relação de trabalho e não a de emprego que define a competência desta Justiça do Trabalho (art. 114 da Carta de 1988, na redação advinda com a aludida Emenda), nela inseridas as ações de indenização por dano moral ou patrimonial.

Desse modo, declaro a competência desta Justiça do Trabalho para processar e julgar o pedido também quanto à responsabilidade de M.F.B. - segundo demandado - por eventual indenização pelo ato praticado em face do demandante, cujo exame será procedido quando do exame do mérito do pedido.

3.2 - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

A sentença rejeitou o pleito de indenização por danos extrapatrimoniais com fundamento na inexistência de cunho racista ou discriminatório nas expressões "cara de macaco" e "bugio", proferidas pelo segundo demandado em relação ao autor, "pois havia certa liberdade entre o reclamante e o alegado ofensor pela qual ambos se permitiam a utilização de apelidos e brincadeiras no ambiente laboral".

Considerou, também, ausente a conduta omissiva da empregadora, à medida que a pessoa que a representava - supervisor D. - buscou a reconciliação entre os envolvidos após o ocorrido e, ainda, porque "presenciado em audiência a reconciliação entre o reclamante e o segundo reclamado, este novamente pediu perdão ao reclamante e disse que não possui nenhum tipo de preconceito relacionado à cor de pele, que as expressões foram ditas em momento de nervosismo por perder uma venda, e que estava enfrentando problemas pessoais e financeiros" (sic. Id b485732 - p. 2).

Em sede recursal, o autor sustenta que a prova

testemunhal comprova que as ofensas foram proferidas em momento de tensão e nervosismo, com intenção discriminatória e não em tom de brincadeira, afastando suposta amizade ou liberdade com o agressor.

Defende, pois, o dever de indenizar dos demandados, o primeiro por ter sido o autor das agressões e a segunda por ter se omitido em relação aos fatos ocorridos, não repreendendo o agressor, não obstante a gravidade das ofensas.

Postula o autor indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes de injúria racial praticada por colega de trabalho no ambiente laboral, com fundamento na responsabilidade objetiva da empregadora pelos atos de seus empregados e prepostos (arts. 932, inciso III e 932 do Código Civil), por ter deixado de adotar medidas preventivas e repreensivas necessárias contra esse tipo de ofensa.

De fato, consta da peça de ingresso constante do Id 712575d - p. 2/3:

No dia 31 de janeiro de 2014, aconteceu o fato ofensivo à dignidade do reclamante, conforme registrado no boletim de ocorrência n. 1525/2014, lavrado pela Delegacia de Pronto Atendimento Comunitário de Campo Grande (doc. anexo). Naquele dia, houve uma controvérsia acerca de uma venda realizada por dois outros vendedores, J.M.E.P. e M.F.B., ora co-réu, que desacordaram sobre quem tinha efetuado uma determinada venda. Para definir a situação, o supervisor de vendas, Sr. D.V.S., solicitou o testemunho do reclamante, que havia presenciado a venda. O autor, então, manifestou que a venda deveria ser creditada ao Sr. J.M. e não ao Sr. M.. Discordando da opinião do autor, o co-réu, M.B., passou a ofender o reclamante com nítido conteúdo racista: “Você é um OTÁRIO! NINGUÉM ESTÁ PEDINDO SEU PALPITE! FICA AÍ COM ESSA **CARA DE MACACO!** Cara de **bugio! Bugio! Bugio! Bugio!** Todas essas ofensas racistas foram feitas na frente de diversas pessoas, que testemunharão o fato, assim como já foram arroladas no referido boletim de ocorrência. A atitude do co-réu, Excelência, foi de extrema ignorância e de uma violência absurda! Mesmo assim, a empresa-ré **omitiu-se** e não adotou **nenhuma** medida para repreender o outro funcionário, **compactuado com o ato racista praticado dentro da sede comercial!** Não bastasse a aceitação dos atos racistas, a gerência ainda repreendeu o próprio autor (!!), que apenas se manifestou quando foi solicitado. A empresa-ré omitiu-se e, portanto, compactuou com o ato discriminatório perpetrado pelo seu empregado, o que denota a aceitação das ofensas racistas proferidas pelo Sr. M..

Em contestação, a primeira demandada alega que *"jamais presenciou ou expôs o autor a qualquer situação discriminatória, vexatória ou mesmo de racismo ou ainda, jamais tais atos foram permitidos que ocorressem, sendo que desconhece e jamais permitiu ou permitiria que fatos como os narrados pelo autor acontecessem no ambiente de trabalho"* (sic. Id 9a3e0e7 - p. 4).

Defende que *"o evento não chegou ao conhecimento"* da empregadora antes da notificação da ação, não podendo *"ser chamada de omissa, muito menos poderia ter repreendido o autor, sobre um fato que não sabia"*, não havendo *"nenhuma responsabilidade da empresa, mas apenas pessoal do 2º reclamado, se de fato ocorreu a discussão"* (Id 4ef2116 - p. 1).

Acrescenta que *"a queixa feita na polícia pelo autor que declarou ter sido chamado pelo 2º reclamado de: 'otário; ninguém tá pedido seu palpite; fica aí com essa cara de macaco', ao contrário do que consta da inicial, não leva a conclusão de que trata-se de ato racista, mas, apenas, simples melindre, mero dessabor ou discussão ou ainda sensibilidade exacerbada, que estão fora da órbita do dano moral, inexistindo o dever de indenizar"* (Id 4ef2116 - p. 1/2).

Por sua vez, o segundo acionado, na peça de defesa contida no Id 5dce5ac, sustenta que também era insultado e injuriado pelo demandante no ambiente laboral, sendo rotineiramente chamado de "gordo" e com expressões do tipo "gordo deveria morrer" e "de onde eu venho gordo não durava um dia". Acrescenta que, no dia dos fatos, "num momento de extrema irritação, o contestante somente respondeu às provocações do reclamante" que lhe insultou dizendo "tem um ladrão de vendas aqui", "não vejo a hora de você mudar de horário, porque não aguento mais olhar essa sua cara" (p.3).

Com o devido respeito ao entendimento esposado pela sentença, o exame da prova oral evidencia a prática de ato ilícito pelo segundo acionado, colega de trabalho do

autor, consistente em injúrias pejorativas e raciais causadoras de inequívoco constrangimento e discriminação.

Com efeito, a testemunha R.R.F. afirmou (Id bfa0711 - p. 2/3):

que o Sr. J.M. estava negociando um produto com um cliente, não concluiu a venda no 1º contato, quando a cliente ligou novamente o reclamado M. finalizou a negociação. Que o Sr. J.M. não gostou disso e comunicou ao supervisor D.. Que o reclamante estava sentado entre o Sr. J.M. e o Sr. M., apesar de não dizer respeito ao reclamante o supervisor D. perguntou a ele se na sua opinião deveria computar a venda para J.M. ou para M., que o reclamante disse que deveria ser computada a venda para o Sr. J.M. e o reclamado M. não gostou da resposta e começou a discussão porque achava que o reclamante não tinha nada a ver com isso e disse ao reclamante: "eu não agüento mais ficar olhando para a sua cara de macaco, seu bugio";

que após o ocorrido todos ficaram em silêncio, que o reclamante ficou muito nervoso, dizia para o reclamado M. que quem lhe fez a pergunta foi o supervisor D., o Sr. D. pedia calma para ambos e tentou apaziguar para que não houvesse ofensa física, depois o depoente viu que D. conversou individualmente com o reclamante e com o reclamado e se não se engana, nesse dia, o reclamado M. foi embora mais cedo;

que o ambiente de trabalho era de bastante brincadeira, que era comum se chamarem por apelidos, o depoente por exemplo costumava chamar o reclamante de negão e o reclamado de gordo, que o reclamado também chamava o depoente de gordo, e o reclamante de negão;

que o reclamado M. as vezes não gostava das brincadeiras, percebiam que ele ficava nervoso e diante disso paravam de brincar com ele;

que o reclamante não disse nada parecido com as expressões: "o gordo nunca vem trabalhar e fica roubando a venda dos outros, tem um ladrão de vendas aqui".

A testemunha D.V.S., supervisor de vendas do demandante e também do segundo demandado na época dos fatos, declarou (Id bfa0711 - p. 3/4):

que não se recorda detalhes sobre a discussão, se recorda que em momento de nervosismo o reclamado M. chamou o reclamante de "cara de bugiu";

explica o depoente que brincadeiras ocorrem em todas as empresas, que não se recorda de naquele dia especificamente o reclamante ter chamado o reclamado de gordo, mas que em momentos de brincadeiras era comum se chamarem por apelidos, inclusive o próprio depoente já chamou o reclamado de gordo;

que foi o depoente quem pedia a opinião do reclamante sobre o que achava, para quem deveria ser computada a venda, o depoente acredita

que tomou a decisão errada em fazer essa pergunta, porque uma venda representa muito para cada vendedor;
que não se recorda do reclamante ter chamado o reclamado de ladrão de vendas, mas não pode afirmar que isso não ocorreu;
que comunicou o acontecido para o gerente F., enviou e-mail detalhando os fatos ocorridos para o supervisor D., para o dono da empresa e para o gerente F.;

afirma que como supervisor de vendas tinha poderes para penalizar o reclamado, acha que no caso era cabível uma penalização, mas como a situação era nova preferiu solicitar providências do gerente F.;

que no dia seguinte o depoente tentou conciliar o reclamante e o reclamado, que o reclamado M. pediu desculpas pessoalmente ao reclamante, mas não se reconciliaram;

que não sabe se o reclamante também relatou os fatos ocorridos à diretoria da reclamada;

que o dono da empresa para quem passou e-mail é D.G..

Como se vê, os depoimentos confirmam as alegadas agressões ao trabalhador por parte do colega M., algumas delas com evidente conotação racista decorrente de preconceito racial inaceitável.

Diversamente ao entendimento esposado pela sentença, os atos de violência moral praticados pelo segundo demandado, colega de trabalho do demandante, além de revelar agressão à honra e à dignidade do trabalhador, demonstram uma conduta racista e discriminatória que, pelo menos em tese, constitui o delito de injúria racial.

Além disso, não foram comprovados os insultos por parte do trabalhador no dia da discussão, alegados pelo segundo demandado ("ladrão de vendas"). As testemunhas confirmaram apenas que o demandante chamava o segundo demandado pelo alcunha de "gordo" no dia a dia laboral.

Trata-se, pois, de ilícito inclusive tipificado no Código Penal (art. 140, § 3º), que se consuma no momento da ofensa à honra de alguém, por meio de palavras ofensivas, depreciativas, discriminatórias, que ofendam a dignidade e o decoro, referentes à raça, cor, etnia, religião, deficiência física, idade ou origem.

De fato, a injúria racial, delito introduzido no Código Penal pela Lei 9.459/97, ocorre quando são dirigidos

a uma pessoa integrante de determinada raça insulto, palavras ou tratamento pejorativo de forma a ofender e conspurcar a reputação e o amor próprio e, portanto, a honra da vítima.

Induvidosamente, a forma como o empregado M. se dirigiu ao demandante, colega de trabalho, no dia da discussão, utilizando-se dos adjetivos "macaco" e "bugio", a par de discriminá-lo em razão da cor, agrediu a honra pessoal e profissional deste, atingindo-o de forma direta em sua dignidade.

Deveras, as testemunhas são uníssonas em afirmar que as ofensas foram proferidas pelo agressor em momento de nervosismo e raiva.

Embora demonstrado o hábito de se tratarem por apelidos no dia a dia dentro da empresa - o demandante pela alcunha de "negão" e M. por "gordo" - não se pode admitir que palavras de extrema gravidade como aquelas proferidas por M. - "bugio" e "macaco" - estejam no âmbito de liberdade conferida pelo próprio demandante, ainda mais porque praticadas num ambiente de discussão.

Vale registrar que as palavras "macaco" e "bugio" guardam severa ofensividade inclusive quando proferidas a título de brincadeira e sob a "concordância" do destinatário, devendo, pois, ser evitadas e extirpadas de qualquer ambiente, especialmente do laboral. Local que deve ser entendido e respeitado de todos que nele atuam.

Esse tipo de expressão, além de conter uma forte carga ofensiva e discriminatória, se mostra totalmente incompatível com o ambiente laboral não se justificando sequer alcunhas "gordo" e "negão", pois dependendo do momento e das condições em que pronunciadas, podem sim se constituírem em ofensas e discriminação.

De fato, não é crível que a exaltação de características ou compleição física não sejam ofensivas para aquele que as recebe quando rotineira e principalmente quando empregadas de forma pejorativa.

Pelo que se percebe da prova, na verdade, havia um ambiente de trabalho com brincadeiras indevidas e inconvenientes senão de muito mau gosto, pois chegavam a incomodar inclusive ao próprio M., conforme por ele relatado na peça de contestação, e até mesmo pela testemunha R. (itens 8 e 9 do depoimento contido no Id bfa0711 - p. 3).

Embora não confirmados pela prova oral, os fatos narrados pelo segundo demandado evidenciam que o tratamento por meio de alcunhas no ambiente laboral não era amistoso, pois apesar de travestidas por brincadeiras, na verdade, eram verdadeiramente ofensivas.

Assim, deveria a primeira demandada ter adotado providências preventivas e repreensivas de modo a evitar que fosse utilizado aquele tipo de alcunha.

Constitui dever do empregador zelar para que haja um ambiente de urbanidade e respeito no local de trabalho, sendo intolerável todo e qualquer tratamento que diminua ou discrimine o trabalhador em razão de qualquer condição pessoal.

Como a empregadora nada fazia para conter essas brincadeiras entre os colegas, acabou por contribuir para a evolução das ofensas de maior agressividade proferidas pelo segundo demandado, verbalizadas na discussão com o demandante, as quais configuram ato ilícito consistente em injúrias pejorativas e raciais, indubiosamente.

E, mais, o contexto fático evidencia a prática de assédio moral horizontal discriminatório para cuja configuração basta uma única ofensa, não se podendo cogitar de mero dissabor como aduziu a empresa em contestação.

O assédio moral discriminatório, como variante do assédio psicológico, é caracterizado por conduta não desejada no ambiente laboral ou em conexão com o trabalho, vinculada a qualquer circunstância pessoal de origem, raça, orientação sexual, idade, compleição física entre outras, com o propósito ou efeito de criar um entorno intimidatório,

hostil, discriminatório ou degradante que tenha aptidão de provocar lesão a direitos inerentes à pessoa humana como a dignidade e a igualdade.

Como tive a oportunidade de afirmar em manifestação doutrinária², "*o racismo é a convicção sobre a superioridade de determinadas raças*³, com base em diferentes motivações, em especial as características físicas e outros traços do comportamento humano. Consiste, pois, "em uma *atitude depreciativa* não baseada em critérios científicos em relação a algum grupo social ou étnico".

E naquela oportunidade ponderei que "esse tipo de comportamento existe desde os mais remotos tempos na História da Humanidade, e quase sempre foi usado como instrumento de defesa de um grupo contra invasores pacíficos que apresentavam características distintas. Porém, ganhou mais fôlego com a colonização pelas potências europeias que se sentiam superiores aos povos conquistados ou colonizados, especialmente nas Américas e África".

E continuei afirmando:

No Brasil, em que pese um discurso, muitas vezes hipócrita, de fraternidade e igualdade, a discriminação racial, fruto do preconceito, ainda existe e de forma bastante acentuada, embora insistentemente negada. Um país que se pretende democrático não pode conviver com a discriminação e o preconceito de qualquer natureza ou origem. O preconceito que leva à discriminação ainda é muito forte no Brasil e termina levando muitas vezes certos segmentos sociais como os negros, os homossexuais, os povos indígenas, nordestinos, os obesos e tantos outros grupos a serem vítimas de discriminação, em que pese sermos signatários de vários documentos internacionais proibitórios da discriminação, como, por exemplo, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ONU), e encontrar-se expresso no Texto Magno não apenas o direito à igualdade, mas também o pluralismo e a fraternidade (arts. 1º e 3º da Carta de 1988)".

E esse tipo de condenável procedimento ficou

² LIMA FILHO, Francisco das C. *A questão do preconceito racial*. In: Gente de Opinião. Edição de 8.11.2015.

³ Embora cientificamente exista apenas uma raça: a Raça Humana.

evidenciado no tratamento que foi dado ao demandante dentro do ambiente de trabalho, sem censura e punição pelas chefias da empregadora.

De fato, o trabalhador foi injuriado perante os demais colegas em razão da cor, em um inaceitável preconceito racial, sem que a empresa tenha adotado medidas efetivas para evitar ou reprimi-la, pois apenas tentou uma conciliação quando a bem da verdade a ofensa tinha se concretizado, o que é suficiente para responsabilizá-la pelos danos que o trabalhador ofendido tenha experimentado.

Na verdade, contrariamente ao que sustentado em contestação, a empregadora tomou ciência das agressões não apenas por ocasião do recebimento da notificação da presente ação, pois os fatos ocorridos foram comunicados ao gerente F. e ao proprietário da empresa (este por e-mail), conforme noticiado pela testemunha e supervisor D..

Se isso não bastasse, os insultos foram cometidos na presença de pessoa que tinha o cargo de supervisor e à qual os subordinados se reportavam, devendo ser considerada efetiva representante da empresa.

No que se refere à conduta omi ssiva, impende salientar que o próprio supervisor admitiu que a conduta agressiva merecia punição. Todavia, nenhuma medida foi tomada nesse sentido.

Aliás, "deve ser lembrado que se o empregador adota os meios ou medidas de prevenção contra o assédio e mesmo assim falha, sua condenação é imposta por ele ser o titular do poder de direção empresarial, e por isso assumir os riscos do empreendimento, nos termos do que previsto no art. 2º da CLT, e não porque haja culposamente"⁴.

O assédio moral é sempre uma agressão ilícita ao direito fundamental à dignidade humana e por isso mesmo o empregador tem o dever "contratual, legal e moral de proteger,

⁴ LIMA FILHO, Francisco das C. **O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2009. p. 112.

inclusive em nome do princípio da boa-fé" o trabalhador contra esse tipo de ocorrência.

Acrescente-se que de acordo com a legislação civil (arts. 932, inciso III do Código Civil), se o empregador responde pelos atos de seus prepostos e empregados inclusive objetivamente, com maior razão deve responder aquele que é omissivo no dever de prevenir e reprimir o assédio, como ocorreu no caso ora analisado.

Vale registrar, ainda, que a mera tentativa conciliatória promovida pelo supervisor não se mostra proporcional e suficiente para afastar a omissão da empregadora e muito menos eliminar as ofensas de que foi vítima o autor, chamado de "macaco" e "bugio", pois ao permitir tratamento desrespeitoso entre os empregados, ainda que recíproco e a título de brincadeira, deixou a empresa de agir de modo a evitar as agressões discriminatórias de maior gravidade posteriormente verbalizadas contra o demandante.

De outro lado, a reconciliação entre vítima e agressor narrada pela sentença (a despeito de não registrada na ata de audiência) não tem o condão de excluir o cunho discriminatório das ofensas que se concretizaram no momento em que foram verbalizadas. Por conseguinte, também não afasta o dever de indenizar do agressor. Até porque não existe nenhuma informação de que o demandante tenha perdoado o autor do maltrato.

Aliás, o perdão da vítima não constitui causa de isenção da pena correspondente ao crime de injúria e, pelo mesmo motivo, não apaga os efeitos do dano moral experimentado pelo trabalhador; trata-se apenas de circunstância a ser sopesada na fixação da indenização reparatória.

Todavia, no caso examinado, essa circunstância não deverá ser sequer considerada no arbitramento da indenização, tendo em vista não existir registro da concessão de perdão pelo ofendido.

Do mesmo modo, a participação do demandante nas

citadas brincadeiras - ao denominar o colega M. de "gordo" - não desqualifica o assédio moral horizontal discriminatório por ele sofrido, apenas deve ser considerada na fixação da indenização.

A conduta dos acionados, a par de afrontar o previsto no art. 3º, inciso IV, da Constituição da República, fere as disposições contidas na Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 62.150 de 19 de janeiro de 1968 e, portanto, integrante do bloco de constitucionalidade.

A referida normativa internacional tem como objetivo proteger os trabalhadores contra atos de discriminação em matéria de emprego e profissão, motivadas em razão de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social entre outras, vinculando não apenas o Poder Público, mas também os particulares em face da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse quadro, é vidente o dever do segundo acionado, em solidariedade com a empregadora, pela indenização que o comportamento racista e discriminatório causou ao autor, inclusive aqueles de natureza extrapatrimonial, na forma do previsto no inciso X do art. 5º do Texto Maior e 186 do Código Civil.

De fato, a empresa, enquanto empregadora e, portanto, tendo o dever de evitar atos discriminatórios entre seus trabalhadores, deve responder solidariamente com estes, máxime quando omissa na adoção de medidas de prevenção e repreensão da conduta ilícita, nos termos do previsto no art. 932, inciso III, do Código Civil, pelos danos sofridos pelo autor.

Aliás, em matéria de assédio, onde a discriminação e a injúria racial constituem espécie daquele, "o empresário ou empregador é sempre responsável direto pela reparação civil dos danos decorrentes da agressão, cabendo-lhe também, em nome do princípio da boa-fé, velar para que não

haja agressões aos direitos fundamentais de seus trabalhadores ou empregados”, podendo, se entender cabível, em caso de assédio horizontal, em ação regressiva contra o assediante, se ressarcir dos valores que eventualmente venha a ser condenado a pagar⁵.

Merece, pois, provimento o apelo para ser reconhecida a responsabilidade solidária dos acionados pelos danos decorrentes do assédio moral horizontal discriminatório sofrido pelo demandante.

Com relação ao valor da indenização, devem ser tomadas em consideração as balizas constantes do art. 944 do Código Civil e o critério de proporcionalidade, entre as quais a gravidade da conduta, da lesão e, no caso concreto, eventual contribuição da vítima, de forma a que, pedagogicamente, sirva de exemplo e estímulo a inibir prática de novos atos ilícitos.

Desse modo, considerando a participação do demandante nas brincadeiras e o posterior arrependimento do agressor (reconciliação narrada na sentença), aliadas ao fato de não poder a indenização constituir fonte de enriquecimento da vítima e de empobrecimento do agressor, considero justo e razoável arbitrar à indenização o valor de R\$ 5.000,00 e não R\$ 30.000,00 como pretendido.

Provejo, assim, parcialmente o recurso para reconhecer a responsabilidade solidária dos acionados pelo assédio moral horizontal discriminatório sofrido pelo demandante e deferir indenização por danos extrapatrimoniais arbitrada em R\$ 5.000,00.

Inverto, pois, o ônus da sucumbência.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer do

⁵ LIMA FILHO, Francisco das C. *Ob. cit.*, p. 11/113.

recurso e das contrarrazões, reconhecer a competência desta Justiça do Trabalho para processar e julgar o pedido também em relação do segundo acionado, rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela empresa, e, no mérito, prover parcialmente o recurso para reconhecer a responsabilidade solidária dos acionados pelo assédio moral horizontal discriminatório sofrido pelo autor e, como consequência, deferir indenização por danos extrapatrimoniais arbitrada em R\$ 5.000,00, nos termos do voto do Desembargador Francisco das C. Lima Filho (relator).

Inverte-se o ônus da sucumbência.

Custas de R\$ 100,00, pelos demandados, solidariamente, calculadas sobre R\$ 5.000,00, valor arbitrado à condenação.

Campo Grande, MS, 31 de maio de 2016.

Francisco das C. Lima Filho

Relator

PROCESSO N° 0001277-34.2012.5.24.0003-RO

A C Ó R D ã O
2ª TURMA

Relator : Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO
Revisor : Des. AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Recorrente : B.B.S.A.
Advogados : J.H.S.V.J. e outros
Recorrido : C.J.P.M.
Advogados : A.M.C. e outros
Origem : 3ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS

1. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TRABALHADOR BANCÁRIO PORTADOR DE TRANSTORNO ESQUIZOTÍPICO ASSOCIADO À PSICOSE NÃO ORGÂNICA NÃO ESPECIFICADA. DOENÇA MENTAL INCAPACITANTE. DEMISSÃO SOB ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE EM SINDICÂNCIA VICIADA. VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA AO DIREITO DA AMPLA DEFESA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA - Comprovado que ao tempo da demissão o trabalhador se encontrava incapacitado e, portanto, privado do necessário discernimento em virtude de ser portador de doença grave (*Transtorno esquizotípico associado a Psicose não orgânica não especificada*) sem que tenha sido assistido por curador nem defensor de forma que lhe fosse garantido o constitucional direito de defesa quanto à acusação que lhe imputou o empregador, o ato mostra-se absolutamente nulo por afronta à garantia do devido procedimento legal, ainda mais quando constatado ser o empregador sociedade de economia mista submetida constitucionalmente ao princípio da legalidade administrativa.

2. PLANO DE SAÚDE. DISPENSA ABUSIVA COM POSTERIOR APOSENTADORIA DO TRABALHADOR POR INVALIDEZ. MANUTENÇÃO - Sendo a saúde um direito fundamental, verdadeira dimensão da vida humana, não parece razoável que o trabalhador que laborou anos venha, quando mais precisa, ser privado desse direito apenas porque foi abusiva e discriminadamente dispensado e depois aposentado em razão de ter adquirido patologia grave que reclama tratamento e acompanhamento especializado que o sistema de saúde pública nem sempre dispõe, pelo menos na forma desejada.

3. DEMISSÃO DE TRABALHADOR PORTADOR DE DOENÇA PSÍQUICO-MENTAL GRAVE. ATO ABUSIVO E DISCRIMINATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL DEVIDA. VALOR ARBITRADO COM OBSERÂNCIA AO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE - A despedida discriminatória de trabalhador portador de doença psíquico-mental grave que o incapacita para se autodeterminar, tornando-o inválido para o labor, constitui evidente abuso do poder empresarial, privando-o não apenas do direito social fundamental à assistência médica e ao tratamento devido, mas também dos benefícios previdenciários atingindo-o em sua dignidade. Tem, pois, o empregador o dever de indenizar pelos danos extrapatrimoniais decorrentes da dor e da discriminação que injustamente submeteu o empregado, devendo o valor ser arbitrado com observância ao critério de proporcionalidade. Intelecção do previsto nos arts. 1º, inciso III, e 5º, inciso X, do Texto Maior; 186 e 944 do Código Civil.

4. TRABALHADOR PRIVADO DE SALÁRIO POR DISPENSA ABUSIVA E DISCRIMINATÓRIA. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS DEVIDOS DE ACORDO COM A REALIDADE EMERGENTE DO PROCESSO - Constatando-se que à época do ajuizamento da ação o trabalhador encontrava-se privado de qualquer salário por ter sido abusiva e discriminadamente dispensado e tendo comprovado com a inicial satisfazer as condições previstas no art. 14 da Lei 5.584/70 para a assistência sindical, deve o acionado responder pelos honorários arbitrados de acordo com a realidade que emerge do processo. Recurso parcialmente provido.

R E L A T Ó R I O

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROCESSO N° 0001277-34.2012.5.24.0003-RO.1), em que são partes as acima indicadas.

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo acionado visando reformar a r. sentença constante de f. 605/612 complementada às f. 635/637 proferida em sede de embargos de declaração, da lavra do Juiz Mário Luiz Salgueiro, que acolheu parcialmente os pedidos postos na exordial, tudo nos termos das razões de f. 638/657.

Contrarrrazões às f. 666/683.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 80 do RITRT.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Tempestivamente interposto e presentes os demais pressupostos de cabimento e admissibilidade, conheço do recurso e das contrarrrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - DEMISSÃO. FALTA GRAVE. IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA

A sentença declarou a nulidade do ato de dispensa e ordenou a reintegração do autor por entender que à época do ato "*não possuía nenhuma condição psicológica para se defender, e neste caminho, totalmente inócuo o prazo concedido pelo banco empregador, em que a admissão pelo reclamado de que o trabalhador teria exposto seus motivos, sem comprová-los*".

Ademais, assentou o *decisum* que "*o reclamante não havia sido contratado/concursado recentemente, já possuía um histórico funcional, que pela ótica defensiva não foi levado em consideração*".

Em sede recursal o acionado sustenta a legalidade do ato de despedida em razão do cometimento de falta grave, apurada em sindicância em que o trabalhador teria se manifestado regularmente.

Pugna, assim, pela reforma da sentença, inclusive quanto à condenação em indenização por dano extrapatrimonial e em honorários assistenciais.

Tratando-se o empregador de sociedade de

economia mista - B.B.S.A. - e, portanto, submetida aos princípios constitucionais informativos da Administração Pública (art. 37 da Carta de 1988), a dispensa de seus empregados deve ser precedida da necessária e indispensável motivação, o que pressupõe procedimento administrativo em que se garanta ao trabalhador, especialmente o concursado como o demandante, o direito amplo de defesa, na forma do previsto no art. 5º, inciso LV, do Texto Supremo, que, em verdade, constitui uma decorrência do princípio maior ao devido processo legal substancial, exigido pelos expressos termos do art. 5º, inciso LIV, da Carta da República e da Lei 9.784/99 que também é aplicável no âmbito da Administração Pública Indireta.

De fato, de acordo com o escólio doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

Com efeito, a empresa estatal é entidade preposta a objetivos de interesse de toda a coletividade. Quem tenha a responsabilidade de geri-la exerce função, isto é, poder teleologicamente orientado para o cumprimento de fins que são impositivos para quem o detém. Em rigor, o que dispõe é de um poder-dever. O dever de bem curar um interesse que não é próprio, mas da coletividade, e em nome do qual lhe foi atribuído o poder, meramente instrumental, de bem servi-la. Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Entender-se de forma diversa transformaria em exigência assaz inócua a submissão desses empregados a concurso público, pois o administrador público poderia demitir, arbitrariamente, por mera perseguição, ou por visar

beneficiar outros candidatos que tivessem obtido classificação inferior, o que, convenhamos, seria completamente desproporcional, pois o agir da Administração Pública direta ou indireta deve pautar-se pela busca da efetivação do interesse público, segundo as balizas constitucionais estabelecidas no art. 37 da Carta da República.

Se assim não fosse, dispendiosa e sem qualquer finalidade seria a exigência do ingresso de empregados via concurso, a limitação de sua remuneração, a proibição de cumular (art. 37, II, XI e XVII, da Carta de 1988), a aquisição, compras e contratos pela via da licitação, a autorização de sua criação por lei, etc., evidenciando que apesar de estarem sujeitas ao regime das empresas privadas quanto às obrigações trabalhistas, não se desobrigam da observância daqueles princípios, inclusive, é claro, o da motivação de seus atos, especialmente aqueles que causem gravame ao particular como no caso da dispensa de trabalhadores concursados.

Deveras, como lembra Lucia Vale Figueiredo:

Se as empresas estatais também exercem atividade administrativa, se seus empregados são passíveis de se configurarem como autoridade coatoras (art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal) e são responsáveis *ex vi* do art. 37 § 6º, da Constituição, parece-nos curial que a dispensa de seus empregados não se possa dar sem qualquer motivo ou fundamento, mormente porque somente podem ser admitidos por concurso público, como frisado, quando prestam serviços públicos.

É, pois, inválido o ato vinculado do administrador público quando os motivos não correspondem à realidade factual que lhe deu ensejo ou quando não observado o devido procedimento legal, porque como pondera Hely Lopes Meirelles:

Os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados

a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e sujeitam-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

No caso concreto, comprovado por perícia médica que o trabalhador é portador de grave doença psíquico-mental - Transtorno esquizotípico associado à Psicose não orgânica não especificada - tendo "alteração de comportamento que se confunde sua curva de vida, inclusive sua vida laborativa, observa-se que entre 2011 e 2012 houve uma quebra de sua homeostase psíquica com o surgimento do fenômeno delirante, inédito até então em sua biopatologia" (. 542).

De acordo com a doutrina especializada, a patologia de que é padecedor o autor constitui um transtorno que tem como principais características:

(...) comportamento excêntrico e por anomalias do pensamento e do afeto que se assemelham àquelas da esquizofrenia, mas não há em nenhum momento da evolução qualquer anomalia esquizofrênica manifesta ou característica. A sintomatologia pode comportar um afeto frio ou inapropriado, anedonia; um comportamento estranho ou excêntrico; uma tendência ao retraimento social; idéias paranóides ou bizarras sem que se apresentem idéias delirantes autênticas; ruminações obsessivas; transtornos do curso do pensamento e perturbações das percepções; períodos transitórios ocasionais quase psicóticos com ilusões intensas, alucinações auditivas ou outras e idéias pseudodelirantes, ocorrendo em geral sem fator desencadeante exterior. O início do transtorno é difícil de determinar, e sua evolução corresponde em geral àquela de um transtorno da personalidade.

O laudo pericial confirma às f. 541/542 que o trabalhador é portador desses transtornos, o que significa afirmar que ao tempo em que foi interpelado pelo empregador não tinha capacidade quer para entender seu comportamento e, portanto, autodeterminar-se, pois privado da capacidade cognitiva como expressamente reconhecido pelo exame, quer para produzir qualquer espécie de defesa como acertadamente reconheceu a sentença recorrida.

E tanto isso é verdadeiro que foi considerado incapacitado em razão da patologia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS que concedeu, em 7.10.2014

aposentadoria por invalidez provocada exatamente pela doença atestada no aludido laudo, patologia esta que de fato o priva da capacidade de discernir porque destituído da plenitude das faculdades mentais e que tem nexos causal com trabalho, equiparada, portanto, a acidente de trabalho, na forma da Lei 8.213/91 (arts. 20 e seguintes).

Ora, se estava privado da capacidade de autodeterminar-se e, portanto, de cognição em razão de ser padecedor de doença psíquico-mental grave, deveria ter sido assistido por curador (art. 1.767, inciso I, do Código Civil), inclusive para o recebimento da tão decantada interpelação que deu origem a sindicância, tudo na forma prevista nos arts. 30, inciso II do Código Civil e 80 do Código de Processo Civil, de indiscutível aplicação subsidiária ao procedimento administrativo (Lei 9.784/99).

Isso porque a incapacidade tem por fundamento a necessidade de a ordem jurídica dá proteção as pessoas naturais que, por algum motivo relacionado à vivência nas relações jurídicas, à sanidade física ou mental, à situação cultural ou a impossibilidade física de administrar seus bens e praticar os atos respectivos, são consideradas sem experiência de vida ou sem as condições de discernimento suficiente que lhes permitam ter a plena consciência das consequências de seus atos, como o autor que sendo portador de doença psíquico-mental grave, de fato encontrava-se desprovido de capacidade de entender os atos que praticava e suas consequências, quando da alegada sindicância e das faltas noticiadas na peça de defesa. Por conseguinte, necessitava e tinha direito à assistência de um curador para poder defender-se.

Se essa exigência não foi observada, evidentemente todos os atos que deram origem e fundamentaram à dispensa encontram-se nulos de pleno direito, nos termos do previstos no art. 104, inciso II do Código Civil e 243 e seguintes do Código de Processo Civil aplicáveis ao

procedimento de sindicância.

Ademais, tendo o autor ingressado no Banco por meio de concurso e sendo acusado da prática de ato faltoso, a ele deveria ter sido assegurado o amplo direito de defesa em procedimento administrativo regular não servido uma mera sindicância que na verdade não passou de uma interpelação para justificar os atos de que foi acusado, ainda mais quando se constata, como acima ficou demonstrado, que não se obedeceu às normas procedimentais que disciplinam o devido procedimento legal.

Com efeito, a partir do momento em que o autor, mesmo comprovadamente com deficiência psíquico-mental foi acusado da prática de vários atos faltosos, deveria o recorrente instaurar o devido procedimento para apuração não apenas da eventual responsabilidade, mas também da sanidade mental em face do estado de saúde em se encontrava naquele momento, comprovadamente do conhecimento do Banco, o que efetivamente não foi observado, e isso implicou, indubitavelmente, em violação à garantia fundamental ao devido procedimento legal, à medida que por não está no pleno domínio de suas faculdades mentais não teve na prática respeitado o direito de defesa, em manifesta afronta a *garantia de ampla defesa prevista em nível constitucional* e também disciplinada no âmbito do procedimento administrativo pela Lei 9.784/99.

A meu juízo, e com o devido respeito, a garantia ao contraditório e à ampla defesa, previstas no inciso LV do art. 5º do Texto Maior e nas normas da Lei 9.784/99 que, em verdade constituem a mais importante dimensão *princípio do devido processo legal substancial*, têm fundamento nos *super princípios do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana*, esta constituindo o núcleo ou cerne dos direitos fundamentais, como lembra abalizada doutrina (art. 1º do Texto Supremo) devendo balizar o comportamento de todos os agentes públicos e iluminando o ordenamento jurídico como um todo.

Por ter sido inviabilizado ao trabalhador o fundamental direito de defesa, pois não teve a assistência de um curador ou de defensor em face de comprovadamente encontrar-se mentalmente enfermo, não há dúvida que se agrediu de forma inadmissível o fundamental direito de defesa constitucionalmente garantido, independentemente de ter dado alguma resposta a invocada interpelação que o recorrente confunde com sindicância, o que leva a absoluta nulidade do ato de demissão como corretamente reconhecido pela sentença recorria, *data venia*.

E não poderia ser outra a solução para controvérsia, à medida que, muito mais do que uma garantia, o devido processo legal é um super princípio norteador do ordenamento jurídico, que visa assegurar a qualquer pessoa, litigante ou acusada, em processo judicial - em qualquer fase -, ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa não apenas formal, mas substancial, na qual se lhe assegure os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta de 1988).

Por essa razão, referida garantia fundamental consubstancia não apenas um princípio constitucional, mas, um super princípio que rege todo o sistema jurídico informando a maneira como deverão ser realizados todos os atos e procedimentos processuais e também os administrativos a tal ponto que encontra assento em várias Declarações Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário.

Tendo em conta a ligação intrínseca do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Carta de 1988), porquanto um Estado não pode ser legitimamente qualificado de direito e muito menos democrático se não confere ao cidadão as garantias necessárias e indispensáveis ao exercício dos mais diversos direitos coletivos ou individuais que a Lei Fundamental consagra, é evidente que o Estado, entendido na sua mais abrangente acepção que engloba o

Estado-juiz, encontra-se vinculado à absoluta observância dos postulados inerentes e decorrentes dessa garantia que não estatui uma mera faculdade; antes, impõe de forma imperativa e vinculante sua observância especialmente no plano da Administração Pública, sob pena de nulidade de todo o processo ou procedimento em que tenha sido desobedecido. Até porque como lembra à boa doutrina: Os direitos derivados do *due process of law* não se limitam aos que se encontram expressamente previstos nos textos legais, pois também incluem outros, fundados nos princípios de justiça, liberdade e cidadania.

Essa garantia efetivamente não foi observada pelo acionado, seja porque não designou curador para assistir o trabalhador a partir da interpelação para justificar os atos de que foi acusado, e ainda porque efetivamente não se lhe garantiu o efetivo direito de defesa, posto que privado da plena capacidade mental e, portanto de discernir quanto ao seu comportamento, não poderia deduzir qualquer tipo de defesa.

Outro ponto que chama a atenção deste relator diz respeito ao fato de que estando o trabalhador mentalmente enfermo foi dispensado sem nenhuma consideração, como registrado pela sentença recorrida, ao seu histórico funcional que registra ingresso no Banco, por concurso, em 30.06.1987, com plena capacidade e com pouco mais de vinte anos de idade em plena saúde e capacidade laboral.

Esse comportamento do recorrente, a par de demonstrar total desprezo com quem laborou por muitos anos de forma dedicada, evidencia discriminação ao trabalhador enfermo o que, a par de atentar contra o princípio vedatório da discriminação previsto nos arts. 3º, inciso IV, e 5º, *caput* do Texto Maior, viola também as normas internacionais constantes da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT (arts. 2º e seguintes) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 7º) da ONU, incorporadas ao ordenamento jurídico nacional e, portanto, integrantes do bloco de

constitucionalidade porque dizem respeito à proteção dos direitos humanos (art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta de 1988), vinculando a todos os entes da Administração Pública, direta e indireta e aos particulares, estes em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse quadro, seja porque se violou o direito de defesa ao se deixar de designar curador para o trabalhador mentalmente enfermo, ou ainda por se ter negado o amplo exercício do direito de defesa com afetação ao devido processo legal substancial e, finalmente, em virtude de agressão ao princípio-garantia da não discriminação, nula a dispensa fundada em um "procedimento administrativo" que desatendeu os mais elementares princípios constitucionais, *data venia*.

Anulado o ato, a reintegração do trabalhador ao emprego com todos os direitos alusivos ao período do afastamento constitui corolário lógico.

Todavia, comprovado pelos documentos de f. 624, 628/630 que o trabalhador foi aposentado por invalidez em 7.10.2014 e, portanto, após o proferimento da sentença, ocorrido em 17.09.2014.

Trata-se, pois, de fato novo que deve ser tomado em consideração pelo Tribunal nos termos da norma constante do art. 462 do Código de Processo Civil.

Desse modo, e como foi restabelecido o vínculo em face da nulidade da dispensa reconhecida pela sentença e que neste ponto é mantida, e tendo a aposentadoria sido concedida em 7.10.2014, o que implica apenas na suspensão do contrato de trabalho (art. 475 da CLT), não se mostra possível a reintegração ordenada. Porém, mantido o vínculo com o deferimento dos demais direitos reconhecidos, que deverão ser limitados à data de 7.10.2014 em que foi concedido benefício, sendo indevida, ainda, a multa fixada pelo atraso no cumprimento da ordem de reintegração.

Dou provimento parcial ao recurso para excluir da condenação a ordem de reintegração e a multa para hipótese

de descumprimento. Ficam, ainda, limitadas "as vantagens legais e previstas em norma coletiva desde a demissão" a 7.10.2014, data em que concedida aposentadoria, conforme se apurar em liquidação.

2.2. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE

Pretende ainda o recorrente reforma da sentença quanto à manutenção do plano de saúde.

Sustenta que além da patologia não ter nexos causal no labor, o serviço de saúde pública dispõe de tratamento e assistência para o tipo de doença de que é padecedor o trabalhador.

Com o devido respeito, não colhe a tese.

Com efeito, o restabelecimento do plano de saúde constitui corolário da nulidade do ato de demissão. Além disso, a aposentadoria não é causa de suspensão ou extinção do direito, máxime porque contrariamente ao que defende o recorrente, a prova pericial deixa assentado que a patologia de que padece o autor - transtorno esquizotípico (DCI-10 F 21) - tem nexos de causalidade com o labor prestado ao Banco. Por conseguinte, tem o direito a manutenção do plano, até mesmo para que possa receber tratamento adequado, máxime porque também tem dependentes que dele se beneficiam.

Ademais, a saúde, dimensão do direito à vida humana, pressupõe tratamento correto e digno em caso de doença.

Por conseguinte, constitui direito fundamental garantido no art. 196 da Carta de 1988.

Por isso lembra a boa doutrina que "o direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana - razão pela qual tal direito merece tratamento especial".

Por outro lado, o fato do serviço de saúde

pública poder eventualmente prestar assistência médica não legitima o recorrente a suprimir o plano de saúde apenas porque o vínculo encontra-se suspenso em razão da aposentaria do autor, por invalidez, especialmente porque o tipo de patologia de que padece reclama tratamento especializado e acompanhamento permanente que o SUS nem sempre dispõe, pelo menos na forma desejada, e isso independe de prova, pois notório como se vê diariamente das reclamações da população, nomeadamente a mais carente.

Nesse quadro, não parece razoável que o trabalhador que laborou desde 1987 venha agora, quando mais precisa, ser privado desse direito apenas porque foi abusiva e discriminadamente dispensado e depois aposentado por invalidez em virtude ter adquirido uma patologia grave que tem nexos de causalidade com o trabalho, depois de anos de serviços prestados em benefício do Banco.

Mantenho, pois, a sentença quanto à manutenção do plano de saúde.

2.3. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

A sentença recorrida deferiu indenização por dano extrapatrimonial arbitrada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por entender que ter ficado demonstrada "grave a conduta do reclamado, pois além de não se preocupar com a saúde de seu empregado, não conferiu importância para os sintomas psicológicos demonstrados pelo reclamante, tampouco valorou os anos de prestação de serviços anteriores ao desvio da conduta motivado pela doença diagnosticada pelo perito do juízo".

Não há dúvida de que o recorrente tratou o trabalhador de forma desrespeitosa, pois não indicou curador de modo a permitir defesa efetiva e, inclusive, para que fosse constatada a enfermidade mental e o grau de gravidade, mesmo tendo plena ciência de que era padecedor de patologia de ordem psíquico-mental e necessitasse de tratamento especializado.

Se isso não bastasse, preferiu se livrar de uma

pessoa doente com um passado funcional de vários anos privando-a não apenas do salário com a dispensa, mas também do tratamento médico adequado ao suspender o plano de saúde, num inaceitável ato de abuso do poder diretivo e discriminação do empregado enfermo.

Esse comportamento afetou a dignidade do trabalhador podendo mesmo agravar a patologia de que padece, violando assim os mais elementares princípios constitucionais de respeito aos direitos humanos provocando não apenas angústia em uma pessoa doente, mas também dor e humilhação, o que é suficiente para caracterizar a figura do dano moral ou extrapatrimonial, devendo, por conseguinte, ser indenizado, nos termos do previsto no inciso X do art. 5º do Texto Supremo e 186 do Código Civil.

Desse modo, mantenho a sentença quanto ao reconhecimento do dever de indenizar. Todavia, e com o devido respeito, não parece proporcional o valor arbitrado - R\$ 100.000,00 - considerando que por força da antecipação dos efeitos da tutela foi restabelecido o plano de saúde em 05.09.2012 permitindo a continuidade da assistência médica que ter sido interrompida, considerando que a dispensa ocorreu em 25.05.2012.

De outro lado, embora condenável o comportamento do acionado - vele repetir - a indenização por dano moral não pode ser fonte de enriquecimento da vítima, pois representa um lenitivo para a dor sofrida e, por isso mesmo, deve ser arbitrada com observância ao critério de proporcionalidade, não devendo o julgador tomar em consideração, isoladamente, o padrão econômico do ofensor ou do lesado, embora essa tipo de indenização deva representar um incentivo pedagógico para que novas violações não venham ocorrer.

Tomando em consideração essas balizas e aquelas constantes da norma do art. 944 do Código Civil, parece razoável a redução do valor arbitrado em 50% (cinquenta por

cento) por se mostrar suficiente para atender aquele objetivo.

Nesse quadro, dou provimento parcial ao recurso apenas para reduzir o valor da indenização por dano moral ou extrapatrimonial para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2.4 HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Sustenta o recorrente ser incabível o deferimento de honorários assistenciais em virtude de o autor ganhar mais de dois salários mínimos, limite previsto pelo art. 14 da Lei 5.584/70 para a assistência sindical.

A norma invocada garante a assistência sindical não apenas para aquele que ganha salário igual ou inferior à dobra do mínimo, mas também ao que comprovadamente dela necessitar por não ter condições de custear as despesas com o processo que inclui, também, quando assim entender necessário, a orientação e assistência de advogado.

No caso concreto, além do autor à época do ajuizamento da ação encontrar-se privado de qualquer salário por ter sido abusivamente dispensado, comprovou com a inicial satisfazer as condições para a assistência sindical (f. 26).

Desse modo, nenhum reparo merece a sentença quanto ao deferimento dos honorários. Todavia, entendo possível reduzir o percentual para 10% sobre o valor final da condenação porque mais compatível com a realidade que emerge dos autos, *data venia*.

Dou, pois, provimento parcial ao recurso neste ponto, para reduzir os honorários assistenciais ao percentual de 10% sobre o valor final da condenação.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório e conhecer do recurso; no mérito, por maioria, dar provimento parcial para excluir da condenação a ordem de reintegração e a multa para

hipótese de descumprimento, para reduzir o valor da indenização por dano moral ou extrapatrimonial para R\$ 50.000,00 e os honorários assistenciais ao percentual de 10% sobre o valor final da condenação, nos termos do voto do Desembargador Francisco das C. Lima Filho (relator), vencido em parte o Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandoná, que lhe dava provimento mais amplo e fará a juntada de seu voto. Juntará voto convergente (ao Desembargador relator) o Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior (revisor).

OBSERVAÇÃO: O Dr. A.B., advogado do recorrente, havia feito sustentação oral na sessão do dia 04.11.2015.

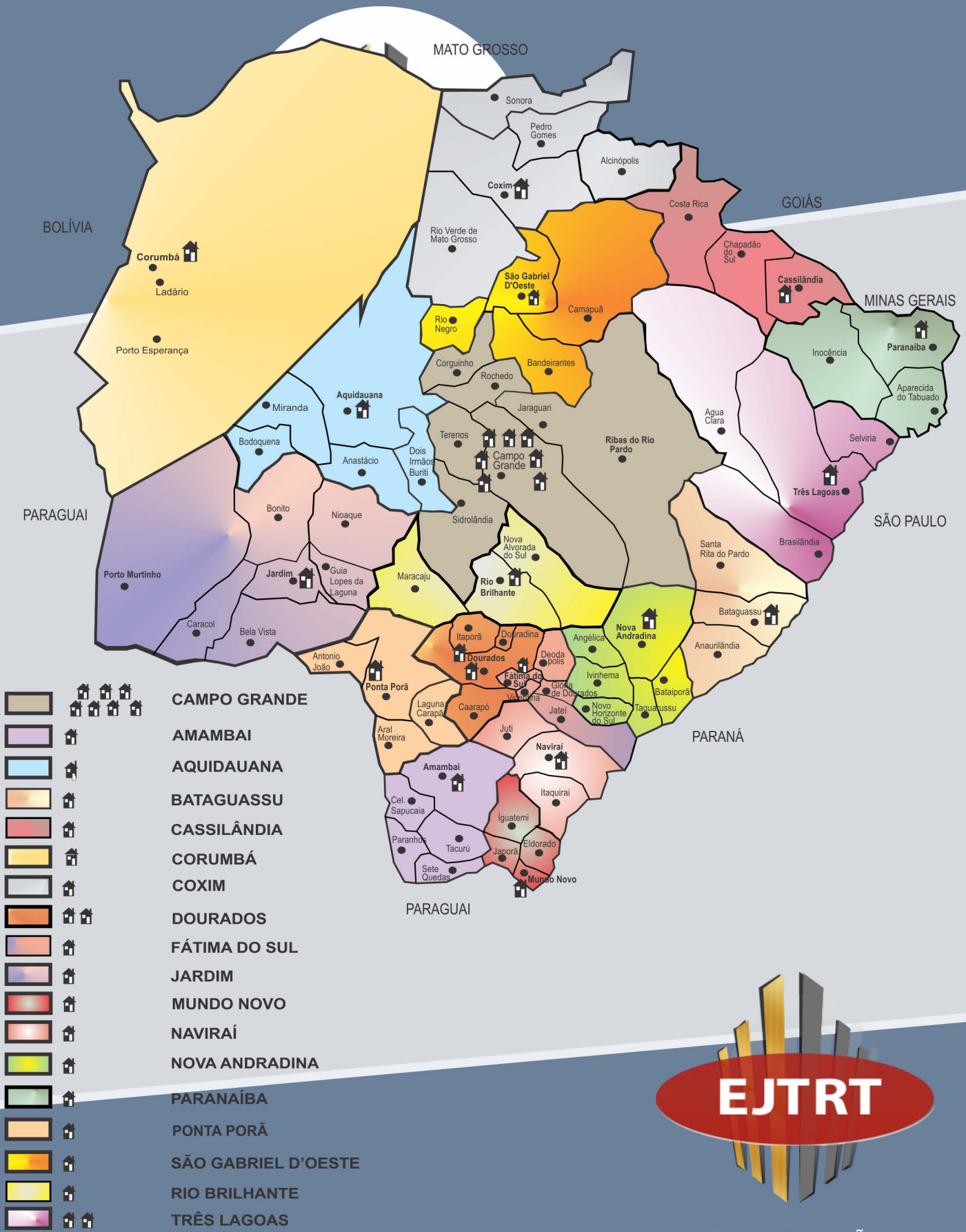
Custas de R\$ 200,00 calculadas sobre R\$ 100.000,00 novo valor arbitrado à condenação, pelo recorrente.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2015.

Francisco das C. Lima Filho

Relator

VARAS DO TRABALHO E SUAS RESPECTIVAS JURISDIÇÕES



TRT 24ª REGIÃO
ESCOLA JUDICIAL