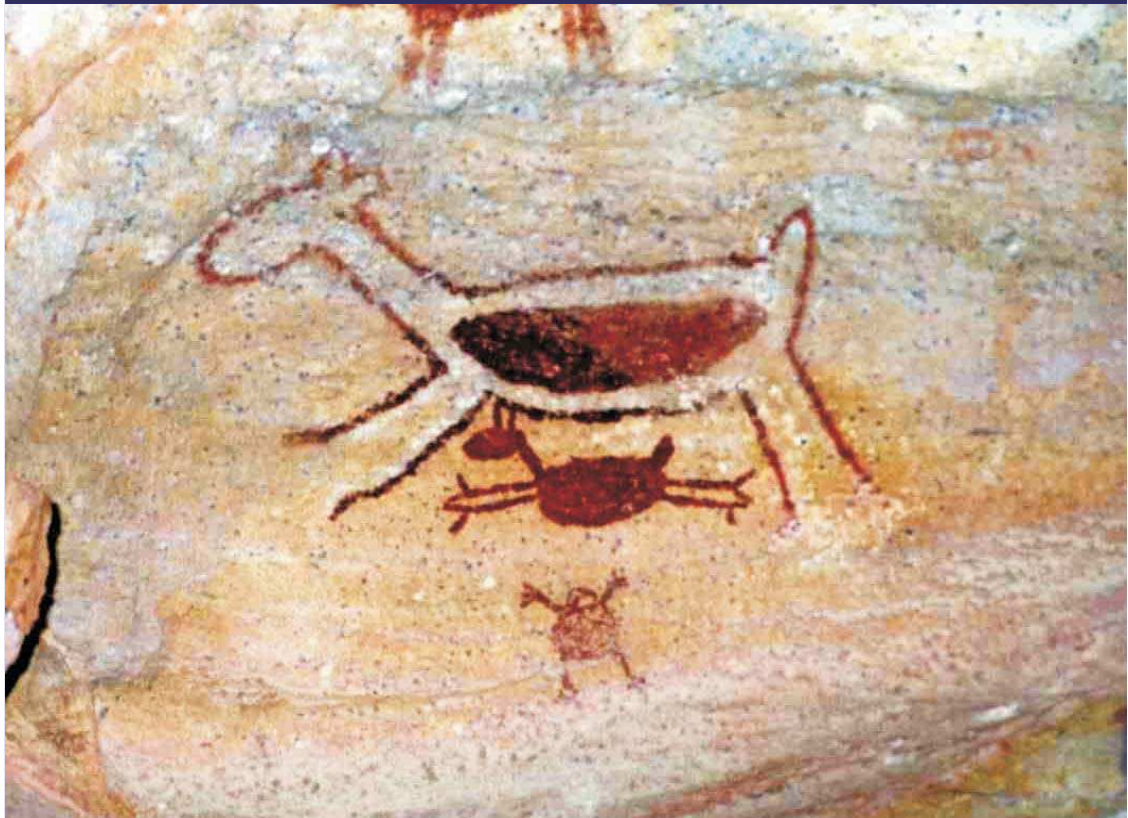


ISSN 1519-4973

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22^a REGIÃO

DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E INFORMAÇÃO

Teresina, v.4, n.1, jan./dez. 2007



ISSN 1519-4973



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22^a REGIÃO

**Doutrina
Jurisprudência
Informação**

© 2007 TRT da 22ª Região

Todos os artigos são de inteira responsabilidade dos autores

Comissão da Revista : Desembargador Francisco Meton Marques de Lima
Juiz Giorgi Alan Machado Araújo
Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

Comissão editorial : Mussoline Guedes (Assessor de Comunicação)
Maria Creuza de Sales (Bibliotecária)

Capa: Paulo Chaves - Inscrições rupestres da Serra da Capivara, São Raimundo
Nonato-PI

Produção e diagramação: Arte Visual (Pedro Paulo / 9976-6066)

Impressão: Gráfica Ipanema - 3222-7116

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 22ª. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região - v. 4, n.1, jan. – dez. Teresina : O Tribunal, 2007.

Anual.

Publicou v. 1, n. 1, 1993/1994
v. 2, n. 1, dez. 1999/ dez. 2000
v. 3, n. 1, dez. 2000/ dez. 2002.

1. Direito do Trabalho – Periódicos. 2. Jurisprudência Trabalhista
I. Título

CDD: 34(05)

CDU: 34: 331(05)(81)

Correspondência:

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

Rua 24 de Janeiro, 181 – Centro

64000- 621 – Teresina – PI.

[http// www.trt22.gov.br](http://www.trt22.gov.br)

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO

COMPOSIÇÃO BIÊNIO 2006/2008

PRESIDENTE

Desembargador Arnaldo Boson Paes

VICE-PRESIDENTE

Desembargador Manoel Edilson Cardoso

DESEMBARGADORES

Desembargador Wellington Jim Boavista

Desembargador Laércio Domiciano

Desembargador Francisco Meton Marques de Lima

Desembargador Fausto Lustosa Neto

Desembargadora Enedina Maria Gomes dos Santos

Desembargadora Liana Chaib

VARAS DO TRABALHO

1ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

Titular: Juiz Paulo Barbosa dos Santos Rocha

2ª VARA DO TRABALHO

Titular: Juíza Liana Ferraz de Carvalho

3ª VARA DO TRABALHO

Titular: Juiz Giorgi Alan Machado Araújo

4ª VARA DO TRABALHO

Titular: Juíza Basiliça Alves da Silva

VARA DO TRABALHO DE PARNAÍBA

Titular: Juíza Loisima Barbosa Bacelar Miranda Schiess

VARA DO TRABALHO DE SÃO RAIMUNDO NONATO
Titular: Juiz Francílio Trindade de Carvalho

VARA DO TRABALHO DE PICOS
Titular: Juiz João Luiz Rocha do Nascimento

VARA DO TRABALHO DE CORRENTE
Titular: Juíza Alba Cristina da Silva

VARA DO TRABALHO DE PIRIPIRI
Titular: Juíza Thânia Maria Bastos Lima Ferro

VARA DO TRABALHO DE FLORIANO
Titular: Juiz Tibério Freire Villar da Silva

VARA DO TRABALHO DE OEIRAS
Titular: Juiz José Carlos Vilanova Oliveira

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Juiz Ferdinand Gomes dos Santos
Juiz Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz
Juiz Roberto Wanderley Braga
Juíza Sylvia Helena Nunes Miranda
Juíza Daniela Martins Soares Barbosa
Juiz Ledor Machado
Juiz André Esteves de Carvalho
Juíza Kaline Lewinter
Juiz Adriano Craveiro Neves
Juíza Nara Zoé Furtado Gomes
Juiz Thiago Spode
Juíza Benedita Guerra Cavalcante Paes Landim
Juíza Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Juíza Regina Coelli Batista de Moura Carvalho
Juíza Maria Josuíta Barros Machado
Juíza Ana Ligyán de Sousa Lustosa Fortes do Rêgo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
DOCTRINA	
EIXOS DE TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO DO TRABALHO	
Ives Gandra da Silva Martins Filho	11
CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: LIMITES, SOLUÇÃO JUSTA E LEGITIMIDADE	
Arnaldo Boson Paes.....	35
A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SEM VÍNCULO DE EMPREGO – LEI Nº 11.196/05: O RETORNO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	
Francisco Meton Marques de Lima.....	63
A LEI N. 11.382 E O PROCESSO DO TRABALHO	
Estevão Mallet.....	87
CONTRATO DE TRABALHO NULO POR FALTA DE CONCURSO PÚBLICO E REGISTRO NA CTPS (REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO)	
Evanna Soares.....	115
REMUNERAÇÃO E RENDA MÍNIMA: DIGNIDADE DO TRABALHADOR E INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA	
Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga.....	127

PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E AO SEU DIREITO DE AÇÃO: O FUNDAMENTO DE VALOR NA ESPANHA E (POR QUE NÃO?) NO BRASIL Augusto César Leite de Carvalho.....	153
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E/OU PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO Thania Maria Bastos Lima Ferro.....	173
O ASSEDIO MORAL NAS RELAÇÕES LABORAIS E A TUTELA DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR Francisco das Chagas Lima Filho.....	205
ACIDENTE DO TRABALHO: REPERCUSSÕES NA ORDEM JURÍDICO-TRABALHISTA Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz.....	253
O DEVER DE COIBIÇÃO DO ABUSO DO DIREITO NO PROCESSO DO TRABALHO Jane Dias do Amaral	267
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO JUDICIAL À REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO: REFLEXÃO A RESPEITO DO PRAZO PRESCRICIONAL E DA SUA CONTAGEM SEGUNDO A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/2002 Raquel Mendes Viana Monteiro.....	279
ACÓRDÃOS DO TRT-22ª REGIÃO Processo TRT- RORXOF Nº 00980-2005-002-22-00-6TRABALHO INFANTIL. ERRADICAÇÃO. ATERRO SANITÁRIO DE TERESINA. PROPRIEDADE DO MUNICIPIO. RESPONSABILIDADE QUANTO AO ACESSO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO. FITO PEDAGÓGICO. PERTINÊNCIA.....	289

DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Resolução Administrativa nº 27/2007: cria a Comissão Permanente de Jurisprudência no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região..... 299

Resolução Administrativa nº 52/2007:
cria a Escola Judicial e de Administração Judiciária..... 301

Resolução Administrativa nº 57/2007:
aprova as Súmulas propostas pela Comissão Permanente de Jurisprudência deste Tribunal (criada mediante a Resolução Administrativa nº 27/2007), com base nos precedentes constantes da Proposição das Súmulas do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região..... 309

Resolução Administrativa nº 70/2007:
altera o Regimento Interno e Cria, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, duas Turmas de Julgamento..... 315

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR ARNALDO BOSON PAES (Biênio 2006-2008)..... 331

BRANCA

APRESENTAÇÃO

No princípio é o verbo. E o verbo se transforma em coisas e realizações. De sonhos se faz a vida; de ações se constrói a realidade, que é a soma das realizações. Esta Revista imortaliza sonhos, ações e realizações de pessoas que acreditam na vida, honrando-a pelo trabalho e velando pela sua elevação moral e cultural.

A Revista do TRT da 22ª Região constitui o repositório e o veículo de divulgação da produção intelectual de seus magistrados e servidores, quer do ponto de vista técnico, quer do ponto de vista teórico, abrindo espaço também para os bons trabalhos de pessoas que não integram o quadro de pessoal deste Regional, como uma forma de oxigenar as idéias aqui germinadas.

Este 4º número reúne uma coletânea de textos sobre temas atuais e palpantes, elaborados por Juízes e servidores, ainda carentes de sedimentação doutrinária e jurisprudencial, firmando, contudo, posições sobranceiras. Enriquecendo-o, julgou-se oportuno abrir espaço para vários artigos de maior profundidade, produzidos nos umbrais das Universidades, nos doutorados e mestrados, nacionais e no exterior.

Registra, outrossim, os principais atos que marcam a evolução da instituição, sob os enfoques jurisprudencial, administrativo e cultural.

A jurisprudência cristaliza-se mediante a edição das 17 primeiras Súmulas do Tribunal. Pontificam entre os atos administrativos a divisão da Corte em duas Turmas, a criação da Escola Judicial e de Administração, do Núcleo de Conciliação e a posse dos Juízes Substitutos aprovados no último concurso Os principais destaques culturais são creditados aos Desembargadores e Juiz que estão cursando Doutorado e Mestrado e à freqüência dos primeiros Juízes da Região a Cursos promovidos pela Escola Superior de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, que funciona junto ao TST.

Espera-se, com os registros essenciais, que também representam uma espécie de prestação de contas perante a comunidade, haver atingido o objetivo alvitrado, rogando a Deus que as muitas lições se transmudem em pelo menos algumas utilidades materiais e espirituais, essenciais ao aprimoramento do ser humano.

Teresina, novembro de 2007.

DESEMBARGADOR FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA

Presidente da Comissão da Revista

Rev. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 4	n. 1	p. 9	jan. / dez. 2007
------------------------	----------	------	------	------	------------------

BRANCA

EIXOS DE TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO DO TRABALHO

Ives Gandra da Silva Martins Filho*

1 O DIREITO E O PROCESSO DO TRABALHO EM TRANSFORMAÇÃO

As relações de trabalho, devido ao dinamismo próprio da economia e dos avanços tecnológicos, sofrem transformações que a legislação não consegue regular adequada e oportunamente. A vida sempre se adianta à norma, exigindo que esta se amolde ao fenômeno social, regulando-o convenientemente. A prosperidade econômica e a harmonia das relações entre patrões e empregados dependem do ajuste da legislação e da capacidade que os atores sociais, autonomamente, ou com o auxílio da Justiça do Trabalho, heteronomamente, tenham para solver os naturais conflitos na distribuição dos frutos da produção.

As mudanças nas relações de trabalho devem se refletir na legislação e na jurisprudência, de modo a que a criatividade do legislador e do julgador reencontre sempre o ponto de equilíbrio capaz de pacificar os conflitos trabalhistas latentes numa sociedade em rápida e contínua transformação. Como dizia Toynbee (1972), as civilizações somente se desenvolvem enquanto suas elites dirigentes conseguem das respostas criativas aos desafios do meio, sendo acompanhadas pela massa popular através do mecanismo da mimese. No campo laboral, o descompasso entre a legislação e a realidade produtiva tem sido responsável pelo incremento das demandas judiciais trabalhistas e da economia informal.

Assim, a evolução do mundo do trabalho, com suas novas técnicas, métodos e instrumentos, impõe ao legislador, ao julgador e aos próprios atores sociais a necessidade de repensarem a normativa que sobre ele incide, sabendo distinguir entre os princípios permanentes e as regras transeuntes, entre o substancial e o acidental, de modo a transformar o Direito e o Processo do Trabalho sem desnaturá-los, tornando-os instrumentos eficazes de pacificação social.

* Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho.

2 OS TRÊS EIXOS DE TRANSFORMAÇÃO DA NORMATIVA LABORAL

A normativa laboral emerge basicamente de 3 grandes agentes de regulação das relações de trabalho: o **legislador**, as **categorias profissional e econômica** e o **juiz**. Daí podermos dizer que os 3 grandes **eixos de transformação** do Direito e do Processo do Trabalho sejam: o eixo **legislativo** (do qual emanam as leis), o eixo **negocial** (do qual procedem os acordos e convenções coletivos) e o eixo **judicial** (do qual procede a jurisprudência, não só como solução dos casos concretos, mas principalmente como fonte de orientação para as relações de trabalho).



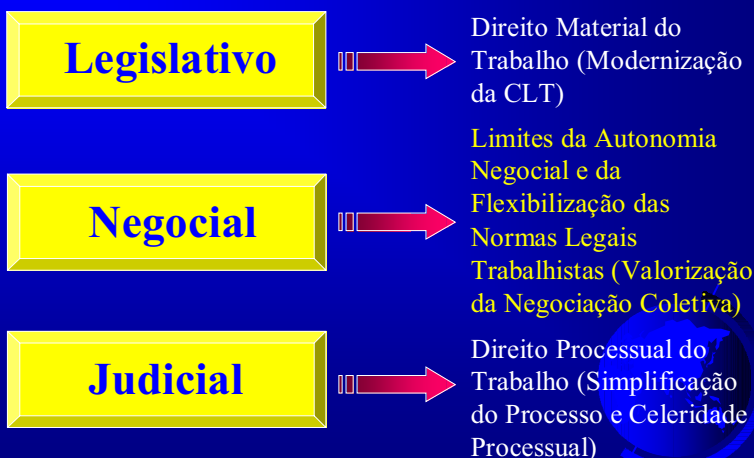
Esses 3 eixos apontam para **diferentes problemáticas** latentes no campo das relações laborais, ligadas a **diferentes esferas** de solução dos conflitos surgidos:

a) a legislação como marco genérico de fixação dos direitos básicos do trabalhador, exigindo modernização urgente;

b) a negociação coletiva como elemento de especificação das condições de trabalho mais adequadas para cada categoria, flexibilizando a rigidez da legislação;

c) a jurisprudência como fonte de vitalização da legislação, desde que calcada num processo que atenda aos ditames de simplicidade, celeridade e segurança.

Eixos de Transformação



3 O EIXO LEGISLATIVO

A promulgação, por **Getúlio Vargas**, da **CLT** em 1943, com um corpo legal completo de normas trabalhistas, acrescido mais recentemente da constitucionalização das principais normas laborais na Carta Política de 1988, ampliando substancialmente os direitos básicos do trabalhador (50% de adicional de horas extras, férias com 1/3 a mais de abono, redução da jornada de trabalho para 44 horas semanais e de 6 horas para os turnos ininterruptos de revezamento), teve a sua contrapartida perversa no mercado de trabalho, retirando mais da metade da população economicamente ativa da contratação formal e, conseqüentemente, da proteção legal.

Daí a constante busca patronal de formas alternativas de contratação (prestação de serviços, cooperativas de trabalho, etc), que desonerem o custo da mão-de-obra e aumentem a competitividade empresarial, acompanhada da tentativa governamental de **gerar emprego** à base de **medidas legislativas**. Será possível resolver o problema trabalhista através da edição de novas leis? Em caso afirmativo, para que questões as medidas legais seriam a solução?

EIXO LEGISLATIVO

- ☞ Pode-se reduzir a informalidade e o desemprego através da legislação? **12,6% de desemprego e 53,7% de informalidade** (IBGE-PNAD 2004)
- ☞ Como disciplinar adequadamente o fenômeno da Terceirização? **Setor de serviços – 47% participação**
- ☞ Como disciplinar as Cooperativas de Trabalho? **7.518 cooperativas e 6.791.054 cooperados** (OCB)
- ☞ Quais as novas formas de contratação que exigem regulamentação legal? **atletas, artistas, portuários...**
- ☞ É conveniente explicitar legalmente as novas competências da JT? **20 espécies de trabalhador**
- ☞ Necessita a CLT de modernização em suas normas processuais? **projetos de lei do TST**

Governar se faz fundamentalmente através de leis. Os comandos diretivos da sociedade são materializados em normas legais sob as mais variadas formas (leis, decretos, medidas provisórias, etc). As políticas públicas, dentre as quais uma constantemente perseguida pelos governos, é a do pleno emprego, são implementadas pelo Poder Executivo conjugado ao Legislativo. Daí a enorme gama de projetos de lei, de iniciativa do Poder Executivo, tramitando no Congresso Nacional, objetivando solucionar os diferentes problemas na seara trabalhista. Dentre eles, alguns podem ser destacados (sem mencionar os projetos de lei anexados aos ora relacionados):

Principais Projetos de Lei de Reforma Trabalhista

PL	Objeto	Dispositivos
2902/92	Proteção em Face da Automação	CF,7º,XXVII
4653/94	Jornada de Trabalho de 40 horas	CLT, art. 58
4302/98	Regulamenta a Terceirização	Lei 6.019/74
1842/03	Incentivo ao Primeiro Emprego	CLT,442-456
5016/05	Penalidades p/ Trabalho Escravo	Código Penal
5689/05	Disciplina do Trabalho Avulso	CLT,254-268
5980/05	Promove Contratação Deficientes	CLT,442-456
6542/06	Delimitação Relação de Trabalho	CF,114,I eIX
6930/06	Promove contratação > 45 anos	CLT,442-456
7009/06	Cooperativas de Trabalho	Lei 5.764/71

Quanto à regulamentação dos incisos I e IX do art. 114 da Constituição Federal, referente à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, o Projeto de Lei n. 6.542/06 recebeu proposta de substitutivo elencando, ainda que de modo exemplificativo, nada menos do que 20 diferentes modalidades de relação de trabalho, sob o prisma contratual, o que mostra a complexidade do problema da sua adequada regulamentação.

MODALIDADES DE RELAÇÃO DE TRABALHO

trabalhador	disciplina	trabalhador	disciplina
Empregado	CLT	Gestor	CC, 861-875
Eventual	CC, 602	Empreiteiro	CC, 610-626
Autônomo	CC, 593-609	Aprendiz	CLT e ECA
Avulso	Lei 8.630/93	Temporário	Lei 6.019/74
Mandatário	CC, 653-691	Doméstico	Lei 5.859/72
Comissário	CC, 693-709	Rural	Lei 5.889/73
Agente	CC, 710-721	Cooperado	Lei 5.764/71
Distribuidor	CC, 710-721	Voluntário	Lei 9.608/98
Corretor	CC, 722-729	Estagiário	Lei 6.494/77
Transportador	CC, 730-756	Parceiro	Lei 4.504/64

Com o acréscimo da competência da Justiça do Trabalho para julgar as controvérsias decorrentes dessas novas modalidades laborais, ainda mais premente se torna a necessidade de se proceder a uma reforma processual que torne a Justiça do Trabalho mais célere e eficaz. Daí a importância também dos projetos de lei em matéria processual, encaminhados ao Congresso Nacional por ocasião do Pacto por um Judiciário mais Moderno e Democrático, firmado pelos Presidentes dos 3 Poderes da República ao final de 2004, que resultaram, quanto ao Processo Civil, na edição das recentes leis que revolucionaram o processo de execução. No entanto, por percalços aparentemente inexplicáveis, os projetos trabalhistas, elaborados pelo TST, não lograram, até o momento, a aprovação.

Principais Projetos de Lei de Reforma Processual

PL	Objeto	CLT
4730/04	Declaração de autenticação de cópias pelo advogado	arts. 830 e 895
4731/04	Execução com garantia parcial e penas por declaração inverídica	arts. 880 e 884
4732/04	Reduz hipótese do recurso de revista (não para regulamento de empresa)	art. 896
4733/04	Reduz possibilidades de embargos à SDI-1 (não por violação de lei)	art. 894
4734/04	Aumento dos valores do depósito recursal (60 sm p/RO e 100 p/RR)	art. 899
4735/04	Depósito Prévio para ação rescisória (20%)	art. 836

Verifica-se, pois, que o eixo legislativo de transformação do Direito e do Processo do Trabalho é de suma importância, pois dele dependem as mudanças mais radicais, já que ligadas às normas legais, que são parâmetros dos quais as partes e o Judiciário não podem se distanciar.

4 O EIXO NEGOCIAL

Se, por um lado, a lei é o parâmetro básico a reger as relações trabalhistas, como conteúdo mínimo dos contratos de trabalho, podendo as partes estabelecer individual ou coletivamente outras condições de trabalho, por outro, a Constituição Federal de 1988 admitiu a denominada **flexibilização** das normas trabalhistas, no que pertine ao salário (CF, art. 7º, VI) e **jornada** (CF, art. 7º, XIII e XIV), mediante **negociação coletiva** (CF, art. 7º, XXVI), o que tem gerado **acesa controvérsia** sobre quais seriam os **limites** da autonomia das partes em matéria de negociação coletiva.

Temos defendido a tese de que, se a Carta Política admitiu a flexibilização dos dois principais direitos trabalhistas – o **salário** e a **jornada de trabalho** –, todos os demais que deles decorrem (adicionais, horas extras, intervalos, etc) são passíveis de flexibilização, inclusive para eventual **redução**, em face de contexto econômico

adverso que torne mais atrativa a **garantia de emprego** do que a manutenção dos mesmos níveis salariais.

EIXO NEGOCIAL

- ☞ Quais os limites de autonomia dos sindicatos e empresas na fixação de normas e condições de trabalho?
- ☞ Quais os limites de flexibilização das normas legais trabalhistas?
- ☞ Como estimular a composição autônoma dos conflitos coletivos do trabalho?
- ☞ Como fortalecer os sindicatos na negociação coletiva?



No final do governo FHC, o Ministro do Trabalho Francisco Dornelles empenhou-se na aprovação do Projeto de Lei 5.483/01, que admitia uma **flexibilização mais ampla** da legislação trabalhista, dando nova redação ao **art. 618 da CLT**, fazendo **prevalecer o negociado sobre o legislado**, ressalvados os direitos constitucionais mínimos e as normas de medicina e segurança do trabalho. Aprovado pela Câmara dos Deputados, acabou sendo **retirado pelo governo Lula**, na esperança de que se conseguisse, com o “Fórum Nacional do Trabalho”, um consenso quanto à reforma tópica da CLT. Assim, a questão da **flexibilização** e de seus **limites** foi deixada para ser resolvida pelo Judiciário Laboral, esperando-se que a **jurisprudência** pudesse superar os impasses decorrentes do fracasso na reforma trabalhista.

No entanto, o TST, como órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista e uniformizador da jurisprudência laboral, **não tem dado sinalização unívoca** a respeito da matéria, por **não ofertar parâmetros claros e seguros** capazes de distinguir o que seja **flexibilização** e o que seja **precarização** de direitos trabalhistas. Daí a **flutuação da jurisprudência**, que, ora placita, ora cassa cláusula de acordo ou convenção coletiva que adota parâmetros diversos dos legais para disciplinar as condições de trabalho no âmbito de uma determinada empresa ou categoria profissional.

Mais recentemente, na discussão a respeito dos **turnos ininterruptos de revezamento**, a SBDI-1 do TST, interpretando a Orientação Jurisprudencial n. 169, estava fazendo a leitura do enunciado da OJ (em sentido contrário dos próprios precedentes que ensinaram sua edição), para deferir horas extras no caso de ampliação da jornada de 6 para 8 horas, aduzindo que a autorização negocial somente poderia ser para a dilatação da jornada, que, no entanto, não afastava o direito do obreiro às horas extras além da 6ª diária. Foi preciso que a matéria fosse levada ao Pleno do TST, para que se reafirmasse o teor original da OJ 169 da SDI-1, afastando a condenação em horas extras quando fixada a jornada normal dos turnos ininterruptos de revezamento em 8 horas.

Assim, está-se chegando a um certo consenso básico no TST quanto aos limites da negociação coletiva em termos de flexibilização das normas laborais, que seria:



5º EIXO JUDICIAL

O **eixo judicial** de transformação do Direito Processual do Trabalho diz respeito às medidas que podem ser adotadas pela própria Justiça do Trabalho para promover a tão almejada Reforma Processual que dinamize e aperfeiçoe a prestação jurisdicional.

EIXO JUDICIAL

☞ **Objetivos de uma Reforma Processual:**

- Facilitar o acesso à Justiça (horizontal)
- Simplificar o sistema recursal (vertical)
- Ofertar segurança jurídica ao jurisdicionado
- Dar celeridade ao processo
- Reduzir os custos do processo
- Melhorar a qualidade da prestação jurisdicional (justiça)



Para facilitar o acesso ao Judiciário, foram criadas 269 novas Varas do Trabalho, capilarizando a Justiça do Trabalho. A simplificação do sistema recursal depende da redução das hipóteses de recorribilidade, quer através dos projetos de lei que ora tramitam no Congresso Nacional, quer através da regulamentação do critério de transcendência para o acesso à Suprema Corte Trabalhista e da repercussão geral para o Supremo Tribunal Federal. A segurança jurídica depende da estabilidade da jurisprudência, que não deve ficar oscilando, mas necessita ser pacificada através da edição de súmulas e orientações jurisprudenciais. Atinge-se a celeridade processual mediante a aplicação de multas e sanções aos recursos protelatórios, interpostos apenas para postergar a solução final da demanda e o pagamento dos débitos judicialmente reconhecidos. O que reduz os custos do processo é contar com uma máquina judicial enxuta, sem a multiplicação de instâncias e julgadores para reexaminar as decisões já proferidas. E, finalmente, para melhorar a qualidade da

prestação jurisdicional, é necessário o investimento na capacitação dos magistrados, através das **Escolas de Formação e Aperfeiçoamento** da Magistratura.

A **Emenda Constitucional n. 45/04** teve a virtude de promover avanços significativos para a implementação desses objetivos, uma vez que:

a) celeridade – elevação da celeridade processual ao *status* de **garantia constitucional**, que supõe a duração razoável do processo, com os meios para dar rapidez à sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII), os quais seriam, pelo ordenamento jurídico vigente (independentemente dos projetos de lei que ora tramitam no Congresso Nacional), a utilização mais generalizada do despacho monocrático (Lei n. 9.756/98), a aplicação das multas previstas para coibir a protelação (CPC, arts. 17, 18, 538 e 557) e a redução de recursos através da implementação dos critérios seletivos denominados “**repercussão geral**” (CF, art. 102, III, § 3º) e “**transcendência**” (CLT, art. 896-A) para os recursos extraordinário e de revista respectivamente, além da **distribuição imediata** de todos os feitos (CF, art. 93, XV).

b) qualidade – instituição das **Escolas Nacionais de Magistratura**, para o **aperfeiçoamento técnico** dos magistrados (CF, arts. 105, parágrafo único, I, e 111-A, § 2º, I);

c) segurança jurídica – estabilização da jurisprudência (mediante a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais) e garantia de sua observância pelas instâncias inferiores através da súmula vinculante para o STF (CF, art. 103-A);

d) economicidade – mecanismos de baratear o custo do processo, mediante a fixação do **número de juízes** em cada unidade jurisdicional com base na efetiva demanda **processual** (CF, art. 93, XIII) e possibilidade de criação de “**câmaras regionais**” avançadas dos tribunais (CF, arts. 107, § 3º, e 115, § 2º), ao invés de criação de novos tribunais, com dispendiosa estrutura administrativa;

e) acessibilidade – instalação da **justiça itinerante**, nos limites territoriais da jurisdição de cada Tribunal (CF, arts. 107, § 2º, e 115, § 1º), e a generalização do sistema de plantão, pela atividade jurisdicional ininterrupta (CF, art. 93, XII).

Essas inovações, para promoverem na prática uma transformação e modernização do Processo, especialmente na seara trabalhista, necessitam urgentemente serem vivenciadas e utilizadas, sob pena de a reforma do Poder Judiciário ficar apenas no papel. Atualmente, pela não implementação de todos esses novos mecanismos, a **Justiça do Trabalho**, destacadamente o mais célere ramo do Poder Judiciário brasileiro, padece (como todos os demais ramos) de suas crises de congestionamento, centradas nos seus dois principais gargalos, que acabam comprometendo a prestação jurisdicional como um todo. Com efeito, de nada adianta se conseguir, como ocorre atualmente na maioria dos TRTs, resolver uma reclamação

trabalhista em 30 dias na 1ª instância e em 70 dias na 2ª, se, recorrendo a empresa para o TST, o processo levará em média 5 anos para ser apreciado. E, terminado o processo de conhecimento, de que adianta se obter o reconhecimento judicial do direito do trabalhador, se depois o processo de execução se arrasta de forma interminável?




TAXAS DE CONGESTIONAMENTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Justiça do Trabalho	Resíduo 2004	Recebidos 2005	Julgados 2005	Taxas
TST	236.120	127.826	134.269	63%
TRTs	188.791	548.550	503.955	31%
Varas (Conhecimento)	778.820	1.933.657	1.816.620	33%
Varas (Execução)	1.538.100	975.229	568.632	75%
TOTAL	2.741.831	3.585.262	3.023.476	51%

Muitas fórmulas têm sido engendradas nos últimos anos visando a dar maior **dinamismo** ao processo, mormente o de execução e o recurso de revista no TST, destacando-se as seguintes:

Mecanismos de Simplificação, Celeridade e Segurança na Prestação Jurisdicional

- ☞ Fórmula palatável de regulamentação do **Critério de Transcendência** para admissão do recurso de revista
- ☞ Aperfeiçoamento do Sistema Bacen-Jud de **Penhora "On Line"** para segurança do devedor
- ☞ Sistema Informatizado de **Triagem de Processos** pela Unificação Taxonômica dos Temas Recursais
- ☞ Edição Sistemática de **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais**
- ☞ Estímulo ao Peticionamento Eletrônico com limitação de páginas e instauração do **Processo Virtual**
- ☞ Prestigiar a Instrução Normativa n. 23/TST quanto ao preenchimento dos **requisitos formais do recurso de revista**



6 MECANISMOS DE SIMPLIFICAÇÃO E MODERNIZAÇÃO DO PROCESSO

a) Critério de Transcendência

Com a edição da **Medida Provisória 2.226/01**, foi introduzido no ordenamento processual trabalhista o critério de transcendência como pré-condição de admissibilidade do **recurso de revista** no Tribunal Superior do Trabalho.

Trata-se de mecanismo processual adotado pelas **Supremas Cortes e Cortes Constitucionais** de países desenvolvidos, como forma de viabilização de sua função conformadora do Direito Positivo e que, no Brasil, volta à ribalta através do recurso de revista e do recurso extraordinário (no caso deste último, sob a denominação de “repercussão geral”), fazendo com que STF e TST tenham condições de apreciar com profundidade e tranqüilidade as principais questões de Direito Constitucional e Infra-

Constitucional que lhes são levadas, sinalizando para todas as instâncias inferiores qual a interpretação final das normas que conformam nosso ordenamento jurídico.

As **premissas básicas**, de caráter fático e jurídico, que recomendam a pronta adoção, em nosso ordenamento jurídico-processual, do critério de transcendência, são:

- o TST goza da mesma natureza do STF, de **instância extraordinária**, atuando por delegação na interpretação final do ordenamento jurídico-trabalhista infraconstitucional, razão pela qual o tratamento a ser dado, em termos de mecanismos redutores de recursos ao STF, deve ser adotado também para o TST (e STJ);
- o STF adotou mecanismo de seleção de recursos (argüição de relevância) durante a vigência da Constituição Federal de 1967/69, seguindo o modelo da Suprema Corte Americana, que só foi abandonado pela Constituição de 1988 porque se imaginou que transferindo para o STJ (então criado) a competência para a uniformização da jurisprudência em torno da lei federal, o STF teria condições de apreciar todos os processos em que se discutisse apenas a questão constitucional, o que se mostrou, com o tempo, inviável;
- a quantidade astronômica de recursos que desembocam atualmente nos Tribunais Superiores não tem permitido uma apreciação minimamente satisfatória das causas submetidas ao crivo final das instâncias superiores, a par de se acumularem processos sem perspectivas de julgamento a médio ou até longo prazo, o que exige uma rápida solução para o problema, no sentido de se criar mecanismo de redução do quantitativo de processos a ser efetivamente examinado por essas Cortes.

Se, em relação à quantidade, o fenômeno é observável a olho nu (basta ver os números já referidos), quanto à qualidade, necessário se faz o esclarecimento da forma como são julgados esses processos: como a maioria corresponde a questões repetitivas, com jurisprudência já firmada, o trabalho consiste em verificar se a situação dos autos corresponde à hipótese contemplada na jurisprudência. O trabalho é feito pelas **assessorias** dos ministros, os julgamentos são realizados com base em planilhas com o resumo das questões e as decisões são tomadas em bloco, salvo os destaques de matérias novas ou aquelas cujos advogados desejem sustentar. Isso corresponde a sessões de julgamento em que são decididas centenas de processos à velocidade da luz, o que compromete notavelmente a qualidade das decisões, por não se exercitar em plenitude a colegialidade decisória e haver verdadeira delegação de jurisdição para as assessorias jurídicas, uma vez que é humanamente impossível o exame detido, por um único magistrado, de 150 processos por semana.

O problema da sobrecarga de processos nas Cortes Superiores tem sido resolvido, em muitos países, pela outorga de discricionariedade a essas Cortes, para selecionar os recursos que efetivamente apreciarão quanto ao mérito:

- Nos **Estados Unidos**, os *Judiciary Acts* de 1891 e 1925 deram à Suprema Corte a ampla discricionariedade para decidir sobre quais os processos que reveria (de cerca de 8.000 processos que recebe anualmente, julga efetivamente pouco mais de 100). Em 1972, foi proposta a criação de uma **Corte Nacional de Apelação** (à semelhança do STJ brasileiro), a ser instalada em Washington, para desafogar a Suprema Corte e apreciar muitas das causas que esta recusava pronunciamento, mas o Congresso não aprovou a mudança do sistema, por entender que o mecanismo de triagem funcionava convenientemente. O mecanismo de seleção opera da seguinte forma: a) cada um dos **9 juizes** (*justices*) da Corte conta com **4 assessores** (*law clerks*) para ajudá-lo especialmente na tarefa de selecionar os casos que merecem a apreciação do Tribunal, pela sua relevância; b) os recursos (*writ of certiorari*) sofrem o **crivo seletivo dessa assessoria**, no que se denominou de *cert pool*, que elabora resumo dos casos (*single memo*), a ser entregue aos juizes; c) semanalmente ~~realiza-se~~ **a conferência** (reunião especial e secreta), na qual se elabora a *discuss list*, dos processos a serem efetivamente apreciados, e a *dead list*, dos processos que a Corte não examinará, que são rejeitados sem maiores considerações (deixando sempre claro que a ausência de pronunciamento não pode ser tomada como uma decisão sobre o mérito da causa); d) para ser aceito a julgamento, basta que um dos juizes proponha determinado caso para revisão e que **mais 3 juizes concordem** com a proposta (*rule of four*); e) os **critérios para admissão** de um recurso para apreciação envolvem **fatores não apenas jurídicos, mas também políticos**; f) todas as petições recebidas são colocadas *on the docket*, para serem **triadas**: aquelas que passarem pelo crivo seletivo da Corte serão incluídas em pauta para serem **sustentadas** (*oral argument* de até 30 minutos, com questionamentos pelos magistrados ao advogado que sustenta) e receberem uma decisão de mérito devidamente fundamentada (*assigned opinion*).
- Na **Alemanha**, o controle de constitucionalidade das leis é levado a cabo pela **Corte Constitucional Federal** (*Bundesverfassungsgerichts*), criada em 1951, para receber as **reclamações constitucionais** provenientes quer da Justiça Comum, quer das Justiças especializadas. A Corte Constitucional é dividida em **2 Senados** (*Rats*), o primeiro presidido pelo Presidente da Corte e o segundo pelo Vice-Presidente, contando cada um com mais 7 juizes, num total de 16 juizes compondo a Corte. Enquanto o **Primeiro Senado** aprecia principalmente as questões ligadas ao Direito

Civil, Trabalhista e Previdenciário, o **Segundo Senado** aprecia precipuamente as questões relativas ao Direito Penal, Administrativo e Tributário. Tendo em vista a sobrecarga de reclamações constitucionais recebidas já nos primeiros anos de funcionamento, a lei fundamental que instituiu a Corte Constitucional Alemã foi alterada em 1956, permitindo que fossem criados internamente comitês ou **Câmaras** (*Kammers*), para o exame preliminar e seleção das reclamações recebidas, visando filtrar as reclamações irrelevantes (consideradas “frívolas” ou “triviais”). Assim, começaram a funcionar em cada um dos Senados **2 Câmaras**, compostas cada qual por **3 juízes**. As reclamações podem **deixar de ser apreciadas** pelo respectivo Senado, quando, por unanimidade, a Câmara que as examinou concluiu que não seriam relevantes ou não ofereciam qualquer perspectiva de sucesso. Trata-se da “regra dos três” para a inadmissibilidade da reclamação. Nesses casos de recusa liminar da reclamação, a decisão sequer necessita ser fundamentada. Basta, no entanto, que um dos 3 juízes da Câmara considere a matéria relevante e a reclamação com perspectivas de sucesso, para que deva ser analisada no seu mérito pelo plenário do respectivo Senado.

O modelo norte-americano foi adotado pela **Argentina**, que promoveu uma alteração de em sua legislação processual visando a reduzir o número de causas que chegavam à sua Suprema Corte, a fim de centrar sua atividade na resolução de poucos casos, mas de grande relevância pública. Assim, a **Lei 23.774**, de 1990, introduziu importantes reformas no funcionamento da Suprema Corte Argentina, aumentando de 5 para 9 o número de seus integrantes, permitindo que o presidente da Corte fosse eleito por seus pares e modificando o art. 280 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de forma a que se incorporasse ao sistema processual argentino o writ of certiorari americano, sob a denominação de “trascendencia”, dando à Suprema Corte uma grande discricionariedade para selecionar, dentre as causas que lhe chegam, aquelas consideradas de particular importância para a vida do país. Questionada a constitucionalidade dessa norma processual, a Suprema Corte argentina, no caso “Rodríguez c/Rodríguez de Schreyer”, entendeu razoável (e, portanto, não atentatória dos dispositivos constitucionais assecuratórios do direito de defesa) a decisão legislativa que permitiu, para melhor funcionamento da Corte, a rejeição desfundamentada de recurso extraordinário que carecesse de transcendência. O entendimento da Suprema Corte foi o de que o direito de defesa em juízo já conta com a possibilidade de se obter uma sentença de primeira instância e uma revisão por parte de um Tribunal de Justiça, ambas fundamentadas, não se justificando uma terceira instância de revisão obrigatória da causa. Ademais, a Suprema Corte argentina, **interpretando a contrario sensu** o

art. 280 do CPCC, entendeu que, quando a matéria versada no recurso fosse transcendente, estaria a Corte autorizada a apreciar o recurso extraordinário, mesmo que não se cumprissem todos os requisitos formais ou de fundo previstos na legislação processual.

- Na **Espanha**, foi criado, pela Constituição de 1978, o **Tribunal Constitucional**, como órgão supremo de interpretação da Constituição Espanhola. Integrado por **12 magistrados**, divide-se em **2 Salas** (com 6 magistrados cada) e em **4 Seções** (com 3 magistrados cada). As seções é que apreciam a admissibilidade dos apelos ao Tribunal, selecionando aqueles que serão efetivamente julgados. Essa seleção se faz no **recurso de amparo constitucional**, concedendo-se discricionariedade às Seções, para elegerem os recursos que efetivamente merecerão uma apreciação por parte da Corte (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 50).

No Brasil, aproveitando-se principalmente da experiência americana, como também do **direito alemão** (que exige a demonstração da importância fundamental da causa, para que seja revista pelos Tribunais Superiores - § 546 da ZPO) e do **direito austríaco** (que prevê, em seu sistema processual o instituto da significação fundamental da questão, para sua apreciação pelas Cortes Superiores), adotou-se pela **Emenda Constitucional n. 1/69**, para o Supremo Tribunal Federal, o mecanismo da arguição de relevância da questão federal, como pressuposto de admissibilidade do **recurso extraordinário** para o STF, com o objetivo claro, no dizer do Min. Victor Nunes Leal, um dos idealizadores do mecanismo, de redução dos encargos do STF.

Recentemente, a **Emenda Constitucional n. 45/04** criou, para o recurso extraordinário, um juízo de pré-libação, denominado de **repercussão geral da questão constitucional**, que, na prática, representa o retorno da antiga arguição de relevância, com nova fórmula.

John Rawls (1971), procura demonstrar como a adoção de procedimentos seletivos de caráter discricionário nas Cortes Superiores atende às exigências de uma Justiça moderna e desenvolvida.

Há que se reconhecer que a Crise por que passa o Judiciário representa o que Thomas Kuhn (1963) descrevia como crise de paradigma. Os **paradigmas**, como modelos de soluções aceitáveis para os problemas colocados pela Ciência, não são imutáveis, devendo ser substituídos quando insuficientes para explicar ou resolver uma realidade cambiante e mais complexa.

Admitir um critério de seleção baseado na discricionariedade do julgador nas instâncias superiores significa desmistificar o paradigma da plena capacidade de

controle, pela Corte Suprema e Tribunais Superiores, das lesões perpetradas ao ordenamento jurídico na sociedade.

Com efeito, em relação aos **fatos**, admite-se, sem qualquer contestação ao modelo atual, que sua discussão fica jungida ao duplo grau de jurisdição. Ora, ninguém nega que pode haver erro de julgamento na 2ª instância, por má apreciação da prova, e nem por isso se pretende que a causa possa ser rediscutida uma 3ª vez. Nem a ação rescisória comporta reexame da prova. Ou seja, o sistema não está infenso à injustiça na aplicação da lei ao caso concreto, por erro na captação dos fatos.

Do mesmo modo, o erro de julgamento pode se dar sob o prisma não da compreensão do caso concreto em sua dimensão fática, mas na interpretação da norma jurídica, alargando-a ou restringindo-a contrariamente ao seu texto expresso.

O que se espera de um sistema judicial racional, no que diz respeito à missão cometida aos seus órgãos de cúpula, encarregados da uniformização da jurisprudência e do respeito geral às normas de caráter nacional, é que dêem a interpretação final das normas jurídicas que compõem o ordenamento constitucional e legal do país. Missão impossível a ser acometida pela Suprema Corte e Tribunais Superiores é a da garantia de corrigir todos os erros e divergências na interpretação do direito ocorridas no território nacional por parte das instâncias inferiores.

Assim, nem quanto aos fatos, nem quanto ao direito, é possível garantir para todos a correta adequação entre fato e norma, gerando uma decisão que atinja o ideal de justiça. O que sim, se garante, através do acesso às Cortes Superiores, é a sinalização unívoca do que deve ser a interpretação da norma jurídica de caráter nacional.

Do contrário, transforma-se a Corte Superior em mero cartório de verificação sobre a adequação de cada decisão judicial gerada pelo sistema ao direito federal ou à interpretação que lhe dá a Corte Superior ou Suprema. E tal atividade inviabiliza o cumprimento da missão que efetivamente deve desempenhar.

No caso do critério de transcendência para o recurso de revista, o art. 2º da MP n. 2.226/01 remeteu ao TST a regulamentação do procedimento de apreciação da transcendência do recurso de revista, assegurados os princípios da publicidade, motivação e ampla defesa. Nesse sentido, conjugando-se os arts. 1º e 2º da referida medida provisória, alguns parâmetros devem ser tidos como assentes para que o TST proceda à regulamentação do art. 896-A da CLT.

Em primeiro lugar, está claro que o critério de transcendência constitui um juízo de delibação do recurso de revista, de caráter discricionário, que não afasta a

aplicação integral dos pressupostos de admissibilidade elencados no art. 896 da CLT para os recursos reputados transcendentais.

A transcendência do recurso de revista apenas poderá ser apreciada pelo juízo de admissibilidade *ad quem* do TST, e não pela Presidência dos TRTs, pois a norma é clara ao atribuir exclusivamente ao TST a discricionariedade na seleção das causas que julgará em recurso de revista.

Com a regulamentação legal da “repercussão geral” para o recurso extraordinário (prevista no art. 102, III, § 2º da CF) pela Lei nº 11.418/06 (acrescendo os arts. 543-A e 543-B ao CPC), somado à não concessão de liminar na ADIn nº 2.527-DF ajuizada contra a MP nº 2.226/01, que instituiu o “critério de transcendência” para o recurso de revista, torna-se necessária a **regulamentação** do art. 896-A da CLT, que contempla o mecanismo de seleção de recursos no âmbito do TST. Essa regulamentação poderia tomar a forma de **resolução**, com o seguinte teor mínimo, que ora ofertamos, para reflexão:

Art. 1º - Antes de apreciar os pressupostos específicos de admissibilidade do recurso de revista, caberá ao Relator verificar se o recurso, no seu todo, oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

§ 1º – São indicadores, entre outros, de transcendência:

I – econômica, o elevado valor da causa, da condenação ou sua possível repercussão econômica;

II – política, o possível desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III – social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito constitucionalmente assegurado no rol dos direitos sociais;

IV – jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

§ 2º – Em relação ao recurso reputado não transcendente pelo Relator, poderá o recorrente, em sessão, fazer a sustentação oral da transcendência, por 5 (cinco) minutos.

§ 3º – Admitida a transcendência do recurso de revista, este poderá ser julgado de imediato pela Turma ou reputado, para análise quanto aos seus pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade.

§ 4º – Mantido o voto do Relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta.

§ 5º - Poderá o Relator denegar seguimento, monocraticamente, ao recurso de revista quando não atendidos os pressupostos de admissibilidade, inclusive o relativo à transcendência, cabendo agravo da decisão para a Turma.

Art. 2º – Contra o acórdão da Turma que não conhecer do recurso de revista com base na sua intranscendência, caberá recurso de embargos para a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, que julgará imediatamente o mérito do recurso, caso entenda que o apelo atende ao requisito da transcendência em relação a algum de seus aspectos.

Art. 3º - Aplica-se ao agravo de instrumento o disposto no artigo 1º, e seus parágrafos, desta Resolução, afastada apenas a possibilidade de sustentação oral.

Parágrafo único – Em relação aos agravos de instrumento reputados não transcendententes pela Turma, a decisão será irrecorrível no âmbito do Tribunal.

b) Instrução Normativa n. 23 do TST

Diante do quadro atual, de necessidade de racionalização do sistema e de se contar com a colaboração dos advogados para a prestação jurisdicional mais célere e eficiente, é que foi discutida e aprovada, na “*Semana do TST*” (na qual se suspenderam as sessões do Tribunal, apenas para discussão dos problemas da Corte), a **Instrução Normativa n. 22/03 do TST**. Os próprios **consideranda** da Instrução (na sua versão de n. 22) são mais do que suficientes para explicar sua necessidade, conveniência e oportunidade:

CONSIDERANDO a necessidade de racionalizar o funcionamento da Corte, para fazer frente à crescente demanda recursal, e de otimizar a utilização dos recursos da informática, visando à celeridade da prestação jurisdicional, anseio do jurisdicionado;

CONSIDERANDO a natureza extraordinária do recurso de revista e da instância representada pelo TST, que exigem daqueles que o manejam e apelam para a Corte conhecimento técnico-jurídico específico sobre a via extraordinária, colaborando, desse modo, para a perfeita compreensão e análise da controvérsia que submetem ao crivo do Tribunal;

CONSIDERANDO a atecnia de elevado número de recursos de revista que chegam à Corte, dificultando inclusive a captação da controvérsia e da intenção do recorrente, criptograficamente manifestada na petição recursal;

CONSIDERANDO que a demora no exame de recursos prolixos na exteriorização e deficientes na técnica compromete não apenas os interesses do próprio recorrente, mas principalmente a viabilização da prestação jurisdicional no seu conjunto, retardando o exame de outros processos que, se, no caso das petições serem sintéticas e objetivas, permitiriam a análise de muitos mais processos em menos tempo; e

CONSIDERANDO que o advogado desempenha papel essencial à administração da Justiça, cujo trabalho técnico deve ser realçado, pela valorização dos conhecimentos específicos para a atuação perante as Cortes Superiores, colaborando como participe direto no esforço de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, merecendo assim atenção especial na definição dos parâmetros técnicos que racionalizam e objetivam seu trabalho.

A referida instrução, assim justificada, veio a estabelecer um padrão mínimo a ser observado para as petições de recurso de revista, de modo a facilitar seu exame (e a triagem dos processos, por matérias), com a possibilidade de **não conhecimento** do apelo que não o observar, uma vez **não demonstrado**, nos moldes exigidos pela jurisprudência da Corte, o cabimento do recurso (CPC, arts. 514 e 541):

- indicação do preenchimento de todos os pressupostos extrínsecos do recurso, indicando as folhas dos autos em que se encontram: a procuração (se não vier com o recurso), sublinhando o nome do causídico que subscreve o recurso, nos casos de procuração com elevado número de causídicos; o depósito recursal e as custas (caso já satisfeitos na instância ordinária); e a tempestividade do recurso (indicando o início e o termo do prazo, com referência aos documentos que o demonstram).
- explicitação dos elementos necessários para a demonstração do preenchimento dos pressupostos intrínsecos do recurso (com a correspondente indicação das folhas do processo): qual o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia trazida no recurso; e qual o dispositivo de lei, súmula, orientação jurisprudencial do TST (transcrevendo-os) ou ementa (com todos os dados que permitam identificá-la) que atiram com a decisão regional.

A **Instrução Normativa n. 23/TST** tem caráter eminentemente pedagógico, padronizando o recurso de revista e orientando os que militam na Justiça do Trabalho sobre como formalizar seu apelo, de modo a que a captação da questão nele versada seja rapidamente feita por quem tiver de apreciá-lo, tornando célere a tarefa de solver a divergência jurisprudencial existente ou identificar a violação legal acaso ocorrida.

c) Penhora *On Line*

Para agilizar a penhora em contas bancárias, que dependiam de ordens judiciais remetidas por ofício aos bancos, com o bloqueio de valores superiores aos dos créditos trabalhistas (uma vez que bloquea-dos simultaneamente em várias contas o mesmo montante global da condenação), foi firmado pelo TST com o Banco Central um convênio que instituiu o sistema Bacen-Jud de penhora *on line*.

Pelo novo sistema, os juízes da execução podem encaminhar ao Bacen e às instituições financeiras **ofícios eletrônicos** solicitando informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras dos executados, bem como determinações de bloqueio e desbloqueio das contas.

Nessa modalidade de penhora, havendo crédito judicial a ser executado contra determinada empresa, o juiz da execução cadastrado no sistema pode ter acesso, pela **Internet**, mas em caráter sigiloso (dependente de senhas), às contas da empresa e aos valores nelas depositados, através dos dados fornecidos pelo Bacen e bancos, solicitando o bloqueio exato do montante da execução. As empresas que não queiram sofrer constrição em contas múltiplas podem também se cadastrar no sistema, indicando conta própria para execuções, sendo apenas essa utilizada.

Pelo **Provimento nº 6/05 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho**, nas execuções definitivas, o sistema Bacen-Jud deve ser preferido a qualquer outro meio de constrição judicial. As imperfeições do sistema, referentes à menor agilidade para desbloqueio do que para o bloqueio tem gerado acerbas críticas ao mecanismo, exigindo que se encontrem fórmulas que permitam: a) bloqueio total limitado ao montante da execução; b) desbloqueio imediato do que for penhorado em excesso ou ilegalmente (ilegitimidade de parte ou inexistência efetiva do crédito judicial postulado).

d) Sistema de Triagem de Processos, Peticionamento Eletrônico e Processo Virtual

Tendo em vista a repetição de temas recursais, está sendo desenvolvido no âmbito do TST programa de informática que registre os temas encontrados nos recursos, de modo a que, na triagem de questões semelhantes, para análise e julgamento concentrado, possam ser rapidamente encontrados e selecionados.

Para isso, o maior empecilho é a classificação dos temas de forma unívoca, pois o computador só reconhece como iguais palavras escritas exatamente com os mesmos caracteres. Daí a necessidade de se dar uniformidade taxonômica aos temas recursais, legendo qual será a designação adotada para cada matéria.

Esse programa está sendo denominado de e-revista, e tem por finalidade dotar os ministros e seus assessores de uma ferramenta informatizada que acesse automaticamente o resultado dos trabalhos produzidos na instância inferior na classificação dos temas dos recursos de revista que são apreciados no juízo de admissibilidade *a quo* e os disponibilize ao Tribunal, segundo formato e características estabelecidas por cada gabinete.

Assim, admitido ou não um determinado recurso de revista, os dados processuais e os exames jurídicos realizados serão transmitidos eletronicamente pelos Regionais, alimentando as bases de dados do TST, quando, após distribuição, passarão a estar disponíveis aos gabinetes dos Ministros durante a realização de seus trabalhos. Com o **e-revista**, todos processos já sobem automaticamente triados, com todos os dados correspondentes aos pressupostos de admissibilidade disponíveis ao Tribunal.

A análise dos recursos extraordinários também poderá ser realizada com o uso do **e-revista**, com as informações produzidas e as peças digitalizadas sendo eletronicamente transmitidas ao STF. Com isso, pretende-se dar cumprimento ao movimento capitaneado pela Min. Ellen Grace, presidente do STF, no sentido de se chegar ao **processo virtual**, ou seja, o que chega ao STF e ao TST não seriam mais os autos em papel, mas as peças transmitidas eletronicamente em meio magnético. Para o seu funcionamento o **e-revista** utilizará os recursos computacionais distribuídos a todos os Tribunais do Trabalho do País, fruto de uma das ações do **Sistema Integrado de Gestão da Informação da Justiça do Trabalho (SIGI)**.

A evolução da informática permitiu, outrossim, a adoção, para comodidade dos advogados, do sistema de peticionamento eletrônico, pelo qual os recursos podem ser interpostos via Internet, utilizando o sistema ICP-Brasil, que permite a assinatura eletrônica, identificando precisamente o causídico cadastrado previamente no sistema. A matéria tem sido regulamentada no âmbito de cada tribunal, não se confundindo o sistema com o simples envio de petição por e-mail, este último não garante a fidelidade do texto e a impossibilidade de alterações posteriores.

e) Consolidação da Jurisprudência Sumulada

Seguindo na esteira da filosofia introduzida no Brasil pela **Lei Complementar n. 95/98**, que deflagrou o processo de Consolidação da Legislação Federal, como forma de democratizar o acesso à legislação, compactando nosso sistema legal mediante a integração, num mesmo diploma legal, de todas as normas referentes a uma mesma matéria, o TST procedeu, em 2005, à revisão geral e consolidação de suas súmulas e orientações jurisprudenciais. Com isso, mais de 100 orientações jurisprudenciais foram convertidas em súmulas, mas integrando-se, de preferência, em súmulas já existentes que disciplinavam matérias afins. Com isso, num único verbete sumulado passou-se a

ter, em itens diferentes, as várias questões já pacificadas pelo Tribunal, quanto a temas conexos (v.g., equiparação salarial, decadência de ação rescisória).

No entanto, a mera consolidação não é suficiente para facilitar o acesso e dinamizar o processo, sendo indispensável a edição de novas súmulas sobre as questões novas que vão sendo pacificadas pelo Tribunal. No caso do TST, a sua **Súmula n. 83, II**, estabelece como marco divisor de ser, ou não, **controvertida** determinada matéria para efeito de possibilidade de acolhimento de ação rescisória calcada em violação de lei, a data da inclusão da questão em orientação jurisprudencial do TST, o que exige que as matérias sobre as quais não há mais controvérsia no âmbito do tribunal sejam prontamente objeto de edição de OJ por parte da Comissão de Jurisprudência do TST, sob pena de se deixar latente a insegurança jurídica.

Ronald Dworkin (1986), desenvolve a Teoria do Direito como Integridade, pela qual o direito seria um conceito interpretativo: o legislador seria o intérprete das opções da sociedade e o juiz deveria interpretar a lei à luz das decisões judiciais anteriores. Defende a coerência com o passado, ou seja, convivendo com os princípios da equidade e da justiça, estaria o da segurança jurídica, pelo qual os precedentes devem ser prestigiados, com uma jurisprudência que não seja oscilante.

Ora, o ideal de justiça, vivenciado fundamentalmente pelas instâncias ordinárias, deve, nas instâncias extraordinárias ser conjugado com a segurança jurídica, de modo a que o desejo de se chegar à interpretação perfeita do direito para cada controvérsia não leve a que se esteja continuamente revendo os precedentes consolidados. Isso não significa que a jurisprudência se fossilize e não haja possibilidade de evolução. O que não se concebe é a mudança constante, que desorienta e confunde o jurisdicionado e as Cortes inferiores. Na seara trabalhista, o empresariado prefere uma jurisprudência desfavorável, mas segura, do que a constante oscilação, que impede qualquer programação financeira e orçamentária!

7 CONCLUSÃO

Os dados estatísticos não deixam dúvida de que tanto o **Direito** quanto o **Processo do Trabalho** necessitam de uma urgente reforma, que represente uma real proteção ao trabalhador, a par de se obter uma solução efetiva para os conflitos trabalhistas surgidos no seio da sociedade em tempo socialmente razoável. Daí que o contraste das opiniões divergentes, buscando pontos mínimos de consenso, seja o ideal a ser atingido neste II Simpósio Nacional de Direito e Processo do Trabalho, com vistas à preparação de textos legais e regulamentares que contribuam para a **Transformação e Modernização do Direito e do Processo do Trabalho no Brasil**.

TRT da 22ª Região	Teresina	v. 4	n. 1	p. 34	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	------	------	-------	------------------

¹ Sobre a dimensão política da função judicial, cf. Azevedo (2000, p. 30-48).

CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: LIMITES, SOLUÇÃO JUSTA E LEGITIMIDADE

Arnaldo Boson Paes*

RESUMO

Busca-se aqui um modelo crítico de direito em que este é compreendido como instrumento de transformação da realidade em que está inserido. Dentro dessa linha, apresenta-se uma idéia do direito, aborda-se o “dogma” da separação dos poderes e demonstra-se que hoje tem-se reconhecido que os juízes atuam na criação do direito. Admite-se que a jurisprudência é importante fonte do direito que serve para dar vida, dinamismo e garantir a evolução do ordenamento. Demonstra-se que o reconhecimento da dimensão criativa da atividade judicial não deve ignorar que o juiz não está livre de vínculos, porquanto a atividade interpretativa possui limites. Reconhece-se que, no direito, há várias possibilidades interpretativas, cabendo ao julgador atuar na busca da solução justa, ou seja, a adequada para o caso concreto. Por fim, demonstra-se que existem outras formas de legitimação, que, no tocante à atividade do juiz, baseia-se no fato de na sua função estar cumprindo os princípios e valores da constituição e pela observância das garantias do devido processo legal.

Palavras-chave: Direito. Criação judicial. Interpretação. Limites. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

A criação judicial do direito é objeto de intensa divergência no âmbito da Teoria do Direito e da Filosofia Jurídica. Conquanto predominante o entendimento de que o juiz, através das decisões, exerce nítida função criadora, há posições contrárias, ao argumento de que o ato judicial, ao resolver o conflito de interesses, nada cria, limitando-se a aplicar direito preexistente.

Surge, então, o questionamento acerca do papel dos juízes no processo de interpretação. A indagação consiste em saber se os juízes, ao decidirem, criam direito novo. E, em caso afirmativo, em que grau e com que intensidade as decisões judiciais criam e modificam o direito.

* Desembargador-Presidente do TRT da 22ª. Região (Piauí). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em Direitos Sociais pela *Universidad Castilla-La Mancha*, Espanha (UCLM).

E mais: quais os limites da criação do direito pelo juiz? Se da interpretação podem resultar várias soluções, de que forma o juiz deve proceder para encontrar a resposta justa no caso concreto? Se os juízes não são eleitos, qual a fonte de legitimação democrática do direito judicial?

Muitos juristas negam a criação judicial do direito com o fundamento de que a decisão judicial implica simples e pura declaração de direito preexistente. Ao decidir uma lide, o juiz apenas declararia o direito, mas nunca o criaria. Dinamarco (2003, p. 42) ensina que o juiz não cria a norma do caso concreto, limitando-se as sentenças a revelar as situações jurídicas, não exercendo nenhuma criação, pois direitos e obrigações preexistem ao processo. No pensamento estrangeiro, nesse sentido, sobressai a opinião do francês Lévy-Bruhl (1997, p. 68), o qual é categórico ao afirmar que a jurisprudência não pode ser uma fonte de direito, uma vez que a missão do juiz consiste na aplicação da lei, não na criação de norma de direito.

Essa concepção funda-se no postulado político-jurídico da separação dos poderes do Estado e no argumento de que a lei é a verdadeira fonte formal do direito, sempre criada pelo legislador e entregue aos tribunais para aplicá-la através de mero silogismo. Dentro desse raciocínio, passa a defender a absoluta submissão do julgador à lei e acredita que, admitir o poder criativo da função judicial, implicaria aceitar a usurpação do poder legislativo e a instalação do “governo dos juízes”.

Projetou-se essa doutrina por influência do pensamento de Montesquieu o qual vê como atribuição dos juízes “o dever de mera conservação, e não criação do direito”. Estes não haveriam de ser “senão a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor”. Seriam “seres privados de alma” que necessitariam apenas “dos seus olhos” para o exercício da função. O juiz teria, portanto, função meramente técnica, subserviente, modesta, reduzida à aplicação acrítica da lei, reproduzindo mecanicamente os caprichos do legislador. (MONTESQUIEU, 1964 *apud* AZEVEDO, 1996, p. 112).

Essa concepção liberal, além de considerar o poder de julgar “de certo modo nulo”, constrói o mito da onipotência do legislador, atribuindo a este poder pleno, exclusivo e ilimitado para a criação do direito. Os atos de interpretar e aplicar o direito nada teriam de criativo, porquanto implicariam tão-somente a declaração da norma jurídica existente no sistema em estado latente. Mesmo decidindo por analogia, ou por equidade, o juiz não criaria o direito, pois simplesmente estaria interpretando e aplicando a norma existente de forma expressa ou implícita no ordenamento jurídico.

Nega essa concepção o poder político dos juízes e desconhece a legitimação que estes possuem para proteger eficazmente os direitos, o que reflete a concepção do juiz aplicador mecânico da lei. Agindo como mero serviçal que realiza o silogismo

perfeito de subsunção dos fatos à norma, o juiz seria alheio à interpretação dos juízos de valor, pois haveria de adotar atitude axiomática, avalorativa.

Esse pensamento atribui à interpretação caráter apenas declaratório, rechaçando a criação judicial por meio do processo de individualização ou concretização da norma geral. Funda-se na idéia de que a jurisprudência não é fonte de direito, na medida em que o juiz não é legislador, não sendo a jurisdição atividade criativa de direitos.

No entanto, predomina, sobretudo entre os autores estrangeiros, a postura favorável à criação judicial do direito. Tal postura é adotada por autores como Larenz (1997), Cappelletti (1999), Siches (1956), Kelsen (1999), Cruet (1956), Sanchís (1993) e Fernandez (1980). No Brasil, dedicaram-se ao tema e admitem a função criadora do juiz, autores como Azevedo (1989, 1996), Wolkmer (2000) e Coelho (1997).

O objetivo da presente investigação, portanto, é descaracterizar a figura do juiz passivo e escravo da lei, rechaçando o mito do juiz que simplesmente representa *la bouche de la loi*, idealizado por Montesquieu (2002), introjetado no imaginário coletivo e que sobreviveu por quase dois séculos de cultura jurídica. Nesse sentido, será possível demonstrar, como faz Ross (1970 *apud* GARCIA, 1996, p. 61), que “la norma jurídica concreta em la que se traduce la decisión, es siempre creación, em el sentido de que no es una mera derivación lógica de reglas dadas”.

Investigar o papel criativo da decisão judicial exige, desde logo, uma idéia prévia do direito, demonstrando que este somente pode ser pensado no contexto social em que está inserido e visto como algo dinâmico, flexível, mutável, que conduz à realização da justiça no caso concreto. Entrelaçado a essa questão, necessário abordar as relações entre direito e poder, objetivando desvelar o “dogma” da separação dos poderes, que tem levado ao equívoco de considerar que o legislador detém o monopólio da produção jurídica, rechaçando, por esse viés, a possibilidade de o Judiciário assumir a politicidade e de atuar de forma prospectiva e transformadora, desempenhando ativamente a condição de poder político do Estado.

Para entender a evolução do pensamento jurídico acerca do papel atribuído aos juízes no desenvolvimento do direito, cumpre examinar o poder criativo do juiz através dos pensadores do Direito contemporâneo, concluindo neste ponto com o reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito. A parte final é reservada a investigar alguns aspectos que constituem o centro de gravidade da criação judicial do direito. No contexto, são examinados os limites à criatividade judicial, o raciocínio e a justificação necessários na busca da solução justa no caso concreto e, por fim, é abordada a temática da legitimação democrática do direito judicial.

2 UMA IDÉIA DO DIREITO

A história do direito é também a história da incessante busca de seu ser ontológico. O que, afinal, é o direito? Para Larenz (1997, p. 4), “o Direito é um objecto por demais complexo”. O senso comum concebe o direito como o conjunto de normas previamente estabelecidas destinadas a regular as situações tidas como relevantes pela ordem jurídica. Essa acepção centra o direito na norma, elaborada e integrada ao ordenamento jurídico, sendo este estático e cabendo ao intérprete a função de investigar a “vontade do legislador” ou o “espírito da lei”.

A noção de direito, geralmente aceita, está diretamente vinculada à concepção juspositivista. Como decorrência dessa postura predomina a idéia de que o direito corresponde ao conjunto de normas jurídicas postas pelo Estado ou, quando menos, às que por ele são reconhecidas como válidas. Nessa noção cristaliza-se a identificação do direito com o denominado **direito positivo**.

O direito, então, é definido em função da coação. Mas o direito não pode se basear na mera imposição coercitiva. Não podem as normas representar apenas a vontade de um poder. Necessário que sejam tidas por legítimas para seu acatamento e respeito. E é nessa busca de legitimidade que o direito passa a ser apresentado como algo que se encontra acima e além da história, e que independe dos valores vigentes no grupo social, cujas condutas se propõe a regular.

Nessa linha, a norma é considerada jurídica independentemente de critérios político-axiológicos, sendo irrelevante para sua qualificação seu conteúdo, se é justa ou injusta, legítima ou ilegítima. Essa visão pura e axiomática esconde forte conteúdo ideológico, na medida em que legitima a ordem jurídica posta, sem questionar os objetivos e valores que procura encobrir. Essa concepção passa a se refletir diretamente na idéia do direito, na medida em que este não será senão o direito positivo, posto pelo Estado.

Na realidade, o Juspositivismo defende a análise do direito por si mesmo, construído a partir de normas e de conceitos que ele próprio edifica. Não admite nenhum juízo sobre a validade do próprio direito nem permite a valoração acerca da legitimidade daquele que se intitula autorizado a editar as normas, impondo a idéia de que dimanam exclusivamente do Estado e assim devem ser recebidas, aceitas e cumpridas. Enfim, identifica lei e direito, como se aquela envolvesse completamente este.

Essa concepção está marcada por profundo conteúdo ideológico, que intenta encobrir as relações de poder. No dizer de Barroso (2001, p. 271), “o direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social”.

O caráter ideológico do direito decorre do fato de estar comprometido com uma concepção ilusória de mundo que emerge das relações concretas e antagônicas. É, portanto, a projeção normativa que tem a função de instrumentalizar princípios ideológicos e as formas de controle do poder de um certo grupo social.

Necessário então revelar a ideologia que oculta a realidade para que se possa ter uma adequada idéia do direito. A ideologia do Juspositivismo identifica-se com o Formalismo-normativista do direito positivo que não admite crítica à injustiça do aparato normativo, por entender que o problema da injustiça da norma escapa ao âmbito jurídico e, por este viés, reduz o direito à ordem posta.

O Formalismo-normativista desenvolveu-se a partir do modelo de direito concebido por Kelsen, que, ao construir sua **Teoria pura do direito**, tentou excluir do conhecimento jurídico tudo o que não pertencesse ao seu objeto, pretendendo “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 1999, p. 1). O pensamento kelseniano, ao buscar a “purificação” do direito, terminou afastando os seus fundamentos filosóficos e sociais; reduziu o saber jurídico a uma teoria da norma e o direito foi circunscrito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo.

Lyra Filho (2000, p. 30), ao examinar a ideologia do Juspositivismo, adverte que este assimila o direito à ordem estabelecida e proclama que a ordem jurídica contempla toda justiça possível ou que o problema da injustiça da norma não é jurídico, daí conceber o justo como o ordenado. Objeta que, desse modo, as normas passam a constituir o completo direito, que são

as normas da classe dominante, revestindo a estrutura social estabelecida, porque a presença de outras normas – de classe ou grupos dominados – não é reconhecida, pelo positivismo, como elemento jurídico, exceto na medida em que não se revelam incompatíveis com o sistema – portanto, único a valer acima de tudo e todos – daquela ordem, classe e grupos prevaletentes.

Em sua abordagem, Lyra Filho (2000) afirma que, quando o positivista fala em direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para ele, válidas, como se ao pensamento e à prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social impõem e rotulam como direito. E realmente procede a crítica deste autor. A lição da história já demonstrou que o direito não se contém todo nas leis.

Assim, o Juspositivismo passa a defender que uma norma é válida quando se integra no sistema lógico constituído pelo conjunto de outras normas válidas, tendo como pressuposto apenas sua elaboração segundo critérios estabelecidos por

outras normas. Estas são consideradas normas superiores, não em função de seu conteúdo, mas tendo em vista o grau de hierarquia que ocupa no ordenamento jurídico, fazendo com que a validade de uma norma passe a residir na sua legalidade.

Nesse contexto, o Juspositivismo vai restringir cada vez mais o direito ao direito positivo, isto é, ao direito do Estado. Com essa visão, não admite sequer juízo acerca da validade das normas ou sobre a legitimidade da fonte de que provém o direito. As leis, formalmente postas pelo poder estatal, **são dadas** e como tal devem ser recebidas e aceitas. (AZEVEDO, 1989, p. 24).

Esta, a ideologia do Juspositivismo. Ora, como fenômeno histórico, social e concreto, o direito traduz os conflitos sociais e políticos, os quais são quase sempre resolvidos em favor de quem exerce o controle efetivo do poder. A lei, enquanto expressão do poder político, geralmente enfeixado nas mãos dos detentores do poder econômico, é a materialização da ideologia da classe dominante, conquanto se reconheça que, em dado momento, regras e princípios jurídicos possam expressar valores e interesses da classe que aspira ao poder.

Da perspectiva da interpretação, o Juspositivismo termina difundindo a falsa noção de que a lei a ser interpretada é portadora de um significado autônomo que pode ser descoberto pelo intérprete, e que este descobre e revela através do texto da norma a intenção do legislador, quando não a vontade ou a intenção da própria lei. É a consagração da idéia de que a lei possui conceitos exatos, estáveis, indiscutíveis, com significados certos. Contendo a lei um sentido prévio e determinado, caberia ao intérprete desvelá-lo do seu invólucro.

O Juspositivismo, ao identificar direito e lei, considera que qualquer reflexão acerca do sentido normativo revela-se irrelevante e desnecessária. A questão relacionada à justiça ou inadequação da lei escapa ao fenômeno jurídico, não sendo problema afeto aos aplicadores do direito. Dentro dessa linha, mesmo sendo a lei injusta na sua origem, ou se injusta ou inadequada no caso em julgamento, deverá, de todo modo, ser mecanicamente aplicada. O juiz, ao aplicar a lei, exime-se, portanto, de toda e qualquer responsabilidade no estrito e estreito cumprimento de prestar a tutela jurisdicional. (AZEVEDO, 1989, p. 25).

Nessa visão, o Juspositivismo, a pretexto de garantir a segurança jurídica, pretende manietar o juiz e minimizar o papel atribuído à atividade jurisdicional. Ocorre que o juiz aplicador mecânico de normas, cujo sentido não pode aferir e cujos resultados no caso concreto não cabe investigar, não é capaz de realizar a segurança jurídica tão almejada. O juiz autômato, servo da lei e alheio à dinâmica da realidade social, pode apenas semear a perplexidade social e a descrença na função jurisdicional. (AZEVEDO, 1989, p. 25).

Em aguda crítica a esse modelo de direito, observa Dallari (1996, p. 3) que

Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.

O modelo juspositivista desconhece que a essência do direito não está no que ele é, mas no que ele vai sendo, tendo em conta sua diversidade de manifestação e sua dinâmica evolutiva. Na realidade, é irrecusável não reconhecer os aspectos prático e dinâmico do direito, na medida em que o seu sentido somente se manifesta no momento em que as normas jurídicas são experimentadas, avaliadas e aplicadas. A essência do direito reside em sua efetiva realização, posto que o “significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente”. (GRAU, 2002, p. 112).

Diante desse contexto, e considerando que através da aplicação a ordem jurídica vai recebendo seus contornos e ganhando sentido ao penetrar na vida social, é necessário reconhecer que o direito é um conceito interpretativo, na medida em que tudo nele se refere à interpretação. “Elaboram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação. [E a interpretação] [...] sofre decisiva influência dos pressupostos em que se apóia”. (AZEVEDO, 1989, p. 14).

É possível, então, compreender o direito como um sistema de normas situado em determinada época, dinâmico e, portanto, mutável, harmonizado por normas e por experiências jurídico-sociais, positivadas ou não. Esse sistema disciplina comportamentos e prescreve condutas e só tem significado se pensado para uma sociedade e para ordenar fenômenos sociais segundo valores predominantes em determinada época.

Sobre a idéia do direito, cabe referir o pensamento de Wolkmer (2000, p. 171), para quem o direito é a manifestação simbólica da convivência social em um determinando momento histórico que, mediante um sistema de regulamentação normativa, garante a estabilidade e a ordenação da sociedade. O fenômeno jurídico, além de ser um dado histórico-social, expressa, formalmente, não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, senão ainda suas inerentes relações estruturais de poder, de segurança, de controle e de dominação.

3 O “DOGMA” DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Formulada há mais de duzentos anos, resultado da teorização feita por Montesquieu, em seu trabalho *De L'Esprit des Lois*, e que teve como base o pensamento de John Locke, exposto em sua obra intitulada *Essay on civil government*, a tripartição dos poderes foi transformada em “dogma” do sistema constitucional da Modernidade. Fundada no Racionalismo Iluminista, foi expressamente contemplada no art. 16 da **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789: “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui Constituição”.

A idéia da separação dos poderes do Estado foi utilizada pelos revolucionários franceses com a finalidade de fugir ao regime absolutista, caracterizado pela concentração de poder no monarca. O fundamento radica no pressuposto de que somente o poder controla o poder: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Objetiva fracionar o exercício do poder, atribuindo seu exercício a órgãos distintos e autônomos, a fim de que sejam fixadas garantias contra o abuso. Na essência, o poder é dividido para que apenas um só não venha a exagerar no seu exercício. Com essa tripartição, tem-se atribuído ao juiz uma função restrita e rígida, verdadeiro *bouche de la loi*.

No pensamento de Montesquieu (2002), uma divisão das funções estatais deveria corresponder a uma divisão de órgãos. Pretendeu Montesquieu, antes de enaltecer a necessidade da separação, justificar a importância de seu exercício de forma independente e harmônica, para que o equilíbrio pudesse ser preservado. Observou nas experiências históricas que “todo homem que tem poder elevado tende a abusar dele”, daí ser necessária a contenção do poder pelo poder. No sentido do texto do *Espírito das Leis*, a separação dos poderes corresponde a uma técnica de limitação de poder, de garantia de liberdades e de eliminação de abusos.

Entendeu Montesquieu (2002) que os órgãos que dispunham de forma genérica e abstrata sobre o direito, legislando, não poderiam ser os mesmos executores das leis que criavam, bem como nenhum desses órgãos poderia ter o encargo de decidir acerca dos conflitos de interesse. Deveria existir um órgão encarregado do exercício de cada uma dessas atribuições. O objetivo não era apenas de apartar funções, mas de instituir mecanismo que garantisse o exercício equilibrado e moderado do governo. Mais do que separação de poderes, sua teoria procurava uma combinação de poderes.

Mas é preciso advertir, como faz Rocha (1995, p. 12), que essa doutrina não cuida de separação de poderes. Sendo uno e indivisível, o poder não comporta fracionamento. O que existe é simples técnica para distribuir funções distintas entre órgãos diversos. Em um Estado Democrático de Direito, o poder político tem como

titular o povo e está identificado com a própria soberania, sendo impossível haver dois poderes soberanos em um único Estado. Há mera atribuição a certos órgãos de parcelas desse poder uno, de modo que cada órgão possa impor travas aos demais. Enfim, a separação de poderes significa uma divisão de funções do Estado.

Essas funções representam formas de divisão de trabalho, ditadas por razões de eficiência. Não podem ser determinadas como três funções distintas, estanques, incomunicáveis. Impossível atribuir-se a criação do direito a um órgão e a sua aplicação, a sua execução, a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente as outras funções. Mas a doutrina da separação dos poderes, conquanto originariamente proponha que o “poder freie o poder”, hoje se converteu em “dogma” ao intentar apartar política e direito. Nessa concepção, ao Parlamento competiria formular juízos políticos, ao passo que ao Judiciário caberia a mera aplicação da lei, sendo a legislação ato tipicamente de vontade e a jurisdição atividade de simples cognição.

Sendo o juiz mero “servidor da lei” ou “porta-voz da lei”, não poderia decidir por conta própria, mas declarar a vontade soberana da lei, cabendo-lhe somente declarar a decisão já adotada anteriormente pelo legislador. Não reconhecendo ao juiz exercício de nenhum poder político, a doutrina da separação dos poderes rechaça a possibilidade de acumulação, na pessoa do magistrado, das funções legislativa e jurisdicional. Essa postura termina considerando que a distribuição de justiça possa ocorrer por mero sistema dedutivo, reduzida a uma operação matemática, impessoal e desprovida de paixão. Daí a imagem da justiça representada por uma mulher com os olhos vendados, para que não veja as conseqüências do que faz.

Na instituição do sistema de “freios e contrapesos”, ao Judiciário compete realizar o controle jurídico das demais funções. Exerce função relevante e de grande alcance social no papel político de efetivar, em nome da sociedade, o controle sobre os demais órgãos do aparelho estatal. No desempenho dessa atividade controladora, é irrecusável que o agente do Poder Judiciário faz escolhas, assume posições, manifesta convicções. Por isso é que, controlando as opções políticas feitas pelo Parlamento ou pela Administração Pública, também exerce poder político. Desempenha, no caso concreto, a atividade que cabe ao legislador. Não é mero sujeito passivo da produção normativa, mas atua como sujeito ativo, exercendo típica atividade volitiva, e não meramente cognitiva.

O exercício da função política não encerra partidarização do Judiciário. Significa admitir que, como Poder do Estado, cabe-lhe realizar os princípios e valores albergados constitucionalmente, fazendo juízo crítico da lei para, adequando-a às exigências sociais e históricas, realizar os valores da democracia e construir uma sociedade fundada no espírito de liberdade, justiça e solidariedade. Na realidade, o “dogma” da separação dos poderes só faz negar a politicidade própria da função

jurisdicional. Ora, sendo função inerente ao Estado, não se pode deixar de admitir que a atuação de seus órgãos implica exercício de poder, sendo necessariamente política a natureza de suas funções.

Gomes (1997, p. 46-47) considera compulsória a politização do juiz, haja vista que sua atividade consiste em solucionar litígios aplicando normas, sendo estas condutoras de valores e expressão de poder. Admite que o juiz contemporâneo tornou-se integrante do “centro de produção normativa”, daí afirmar que “ele também ‘cria’ o direito”.

O Poder Judiciário, ao cumprir função política, não pode deixar de estar “politizado”. Sobre a pretensa falta de politicidade no Poder Judiciário, adverte Zaffaroni (1995, p. 94):

Admitindo-se a separação de poderes no nível especulativo ou, se se preferir, falando-se apenas de separação de funções em razão de que o poder estatal deva ser único, o certo é que sempre que se fala do judiciário se está mentalizando um ramo do governo, e até etimologicamente seria absurdo pretender que haja um ramo do governo (que não pode senão exercer um poder público, estatal) que não seja político no sentido de ‘governo da polis’. Não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque seja governo. O sistema de *checks and balances* entre os poderes — ou funções, se se preferir — nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso.

Nesse papel político do Judiciário, importa aceitar que o juiz exerce nítida função criadora e transformadora do direito. Eis que o ato de julgar não se resume à reprodução das escolhas do legislador, cabendo ao juiz, através do sopesamento de bens, valoração da norma, reavaliação das opções legislativas, criar a norma individual e concreta, que, embora pautada na ordem jurídica, implica na criação de direito *ex novo*.

De outra forma, é necessário compreender a doutrina da tripartição dos poderes a partir das profundas modificações ocorridas no Estado contemporâneo, que alteraram significativamente seu perfil, suas atribuições e sua forma de atuação. A sociedade contemporânea é multifacetada e fragmentária, com demandas múltiplas a exigir satisfação pelo poder público. Agiganta-se o Estado, ampliam-se as atribuições estatais, transformam-se as formas de realização dos seus serviços, passa o Estado

ocupar-se de muitas atividades, em diversos segmentos, estabelecendo a política econômica e realizando serviços antes entregues à iniciativa privada. Expande na mesma proporção a atividade legislativa, sendo o legislador chamado a interferir em tudo, usando a lei em profusão para atender à pressão dos acontecimentos, muitas vezes mal redigidas, conflituosas e para soluções contingenciais.

Na execução dessa gama de atividades administrativas e legislativas, o Estado muitas vezes excede os limites dentro dos quais deve atuar, violando direitos. Como o controle dessas atividades cabe ao Judiciário, este também passa a sofrer de “gigantismo”, alargando suas funções, incorporando novas exigências e assumindo maior relevo no controle das ações do Estado e da própria realização do projeto constitucional. Diante desse quadro, o Poder Judiciário

não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um ‘governo de juízes’, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder. (DOBROWOLSKI, 1995, p. 99).

Em realidade, o “dogma” da separação dos poderes busca a neutralização política do Judiciário e, desse modo, mostra-se inadequado à realidade jurídico-política contemporânea. Para Decugis (*apud* WOLKMER, 2000, p. 184), “no seu conjunto o princípio da separação dos poderes está hoje em regressão acentuada, como uma consequência necessária do abandono do regime individualista”. Segundo Wolkmer (2000, p. 187),

evidenciado está que a perenidade e harmonia da concepção dos três poderes se constitui hoje num autêntico discurso retórico, onde, no contexto de suas articulações funcionais, o Judiciário, embevecido pelo aparato de suas mistificações formalísticas e desprovido de autonomia, não cristaliza mais a clássica neutralização de postura, mas transmuda-se em canal mediador de conflitos.

4 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

Hoje, está cada vez mais sedimentada a idéia de reconhecer à jurisprudência a qualidade de fonte do direito. E isso se deu a partir da superação da idéia de que o ato judicial, ao resolver a lide, nada cria, existindo, na atualidade, a compreensão de que a autêntica criação do direito se dá muito mais a partir das interpretações judiciais do que propriamente através da atividade legislativa. “O que sempre tem ocorrido é

que as pessoas encarregadas de aplicar o direito puderam variá-lo ou alterá-lo, mesmo sem se dar conta disso”. (BRUTAU, 1978, p 44).

Para examinar a jurisprudência enquanto fonte do direito, é necessário definir em que sentido a expressão pode ser considerada. Denomina-se geralmente jurisprudência ao “conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito”. (MAXIMILIANO, 1991, p. 176). Mas o termo abrange outros significados. Pode ser compreendido como toda a ciência do Direito, nos seus aspectos teóricos e práticos; pode significar o conjunto de manifestações dos juristas; também pode tomar o significado de doutrina jurídica; ainda pode representar o complexo de manifestações de juízes e tribunais acerca de causas sujeitas a julgamento. Aqui, a expressão tem o sentido de conjunto de decisões proferidas pelos órgãos encarregados do exercício da jurisdição, ainda que não sejam uniformes e reiteradas.

Se o juiz desempenha um papel ativo na atividade interpretativa, conforme anteriormente assentado, como conseqüência natural do exercício do poder de decidir em que se encontra investido, faz da jurisprudência uma fonte do direito.

Na realidade, as fontes do direito nada mais são do que estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo. O poder de decidir, devidamente normatizado, não é outro se não o poder de criar norma jurídica, que se constitui no conteúdo da fonte do direito.

Assim, o poder de decidir é da essência da fonte do direito, que varia, em suas modalidades, em função das formas do poder de decidir. Há a fonte legal do direito, que é resultante do poder estatal de legislar; a fonte consuetudinária, que é expressão do poder social inerente à coletividade; a fonte negocial, que está ligada ao poder de vontade das partes; e a fonte jurisdicional, que se vincula ao poder judicial e se expressa através de sentença de vários graus e extensão.

Nessas circunstâncias, criando normas novas, ou não, destinadas a reger as situações de conflito na sociedade, a jurisprudência é sempre fonte criadora de direito, as suas regras integrando, com diferentes graus de eficácia, o ordenamento jurídico nacional. É claro que, nesse contexto, o juiz atua sempre a partir de uma regra ou de um princípio, consagrados no ordenamento jurídico, numa compreensão de que toda norma tem um caráter estrutural, na medida em que pode servir de suporte para a criação de outras normas jurídicas.

É certo que, nesse quadro, a jurisprudência não cria o direito no sentido de extraí-lo do nada para conferir existência jurídica; mas o faz na medida em que formula a norma a regular o conflito.

É irrecusável, então, admitir que os tribunais e juízes não são meros intérpretes-aplicadores do direito e que não fazem somente declarar o direito existente. São partícipes da atividade legislativa, dando contornos à ordem jurídica para superar o caráter geral, abstrato e teórico das normas, a fim de atribuir-lhes significação específica, concreta e prática. A lei, como produto inacabado, está sempre a exigir a atividade interpretativa, que mediará o espaço que há entre a generalidade da lei e a especificidade dos fatos, impondo sempre atuação criativa do agente da interpretação/aplicação.

O próprio legislador se vê obrigado a adotar conceitos de conteúdo muito amplo, impondo a existência de normas com flexibilidade e plasticidade acentuadas, geralmente para atender os múltiplos e até contraditórios interesses que permeiam a sociedade. Na verdade, “as formulações jurídicas positivas, e como todo sistema embora aparentemente fechado, tem em realidade válvulas e seus meios naturais de renovação, de transformação e de crescimento”. (DEL VECCHIO *apud* SPOTA, 1985, p. 39). Essa largueza, ao dar maior flexibilidade ao direito, termina ampliando o espaço de formulação da decisão judicial, assegurando o desenvolvimento do sistema jurídico.

De acordo com Spota (1985, p. 11), “a jurisprudência tende a configurar o direito ‘vivo’, isto é, o que em verdade regula as relações jurídicas, ordena, permite ou proíbe.” Impossível não reconhecer que a jurisprudência é criadora de direito, quer seja qualificada como fonte formal, quer se considere como simples fonte material, ou, ainda, quer seja considerada um simples fato com notável valor axiológico. É a jurisprudência que dá robustez e vigor à lei, atuando diretamente no processo de elaboração do direito vivo. Cumpre o importante papel de elaborar o novo direito ao redor das leis, realizando a função de impedir que o processo de cristalização do direito provoque o divórcio entre a lei e a vida do direito, entre a norma e o direito que de fato vige, procurando diminuir a diferença entre a lei e a justiça.

Constata-se que a atualização do direito através do legislador faz-se de forma muito lenta, na medida em que a intervenção legislativa ocorre apenas quando as circunstâncias o exigem, fazendo com que a lei quase sempre chegue tarde, imposta pela dinâmica da realidade social. Em face do natural distanciamento que se opera em um dado momento entre a lei e a autêntica vida do direito é que se explica que advogados sustentem teses opostas ou que os juízes, usando o mesmo fundamento em casos diversos, profiram decisões a toda evidência opostas.

Deve, então, a jurisprudência atuar eficazmente para aperfeiçoar e atualizar as leis, evitando que o direito legislado transforme-se em um sistema rígido que termine oprimindo a sociedade e impedindo seu desenvolvimento no caminho do bem comum e da realização da justiça. Desse modo, na medida em que se assegura

a evolução criadora da jurisprudência, muito mais próximo estará a lei do direito vivo, fluente, flexível, que não se cristaliza e assim não se aparta da autêntica vida jurídica. Por isso, deve o juiz recusar a função de mero julgador mecânico, aplicador autômato que separa o direito da realidade social.

A jurisprudência, pois, deve ser considerada fonte do direito na medida em que se admite que, tendo o juiz, agente do processo criador do direito, jurisdição e competência, suas decisões virão carregadas de conteúdo atributivo de direitos. Ao dizer o direito, o juiz está, portanto, criando o direito, porque dele, como de uma fonte, brota um ato atributivo de direito, que é ato de criação enquanto componente de um processo que gera a norma como **relação de aproximação** entre o indivíduo e o meio social, de um lado, e entre o direito vigente e a justiça, de outro. (SOUZA, 1991, p. 38).

Quando se pretende conhecer um dado sistema jurídico, é necessário examinar muito além da legislação. Indispensável buscar nas respectivas interpretações oferecidas pelos tribunais o sentido normativo, haja vista que é através das decisões judiciais que o direito legislado recebe seus contornos, obtendo o necessário progresso. E é assim em razão de o legislador não possuir o monopólio da criação do direito, na medida em que o direito porvém do pluralismo de fontes, abrangendo a jurisprudência, à qual já se atribuiu a condição de fonte mais autêntica do direito.

Conquanto seja fonte de direito, não se pode atribuir à jurisprudência força vinculante. Impor aos juízes coercitivamente a observância estrita de certa interpretação do texto da lei, elaborada por órgão jurisdicional de instância superior, além de fazer tábula rasa da independência judicial, aniquila a criatividade dos juízes, produzindo o engessamento do sistema jurídico, podando a capacidade natural de formação do direito através da jurisprudência. Além de centralizar a produção jurídica na cúpula dos tribunais, provoca “o estancamento da atividade judicial, sua robotização, seu garroteamento, sua esterilização, fossilização ou coisa que o valha.” (GOMES, 1997, p. 218).

Por sua vez, a jurisprudência também não pode substituir ou dispensar a atividade do intérprete/aplicador. Há o risco de a jurisprudência constante e uniforme, tal como ocorre com a lei, adquirir uma “ossificação”, impedindo a evolução do direito. Passa, então, a ser copiada, imitada e reproduzida mecanicamente, sendo respeitada apenas porque é a jurisprudência predominante. “É preciso então que a jurisprudência, tendo evoluído contra a lei, continue a evoluir contra si mesma”. (CRUET, 1956, p. 69).

De outra forma, a utilização acrítica da jurisprudência, sem discutir as especificidades do caso em julgamento, poderá conduzir ao próprio engessamento

do direito, fazendo com que os juizes, por comodismo ou por temor reverencial aos tribunais, com o receio de terem suas decisões modificadas, terminem adotando o entendimento sedimentado em jurisprudência, sem discutir se a solução é a que melhor atende às exigências de justiça.

Em conclusão parcial, é possível reconhecer que a hostilidade em relação à atividade de interpretação e conseqüente criação do direito através da jurisprudência, já foi maior. Hoje, o que era tido como proibido, por importar usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, parece ter se incorporado como realidade inafastável, sendo a atividade judicial importante instrumento de atualização das leis e criação do direito. O debate então, admitido o papel criativo da atividade interpretativa, deve observar outros parâmetros. Cabe, então, investigar os limites da atividade criativa dos juizes, a busca da solução justa nas várias possibilidades interpretativas e o fundamento democrático do direito judicial.

5 LIMITES DA CRIATIVIDADE JUDICIAL

Cumpra então estabelecer os limites do poder criativo do juiz. Com efeito, segundo Cappelletti (1999, p. 23), o reconhecimento de certo grau de criação judicial do direito “não deve ser confundido com a afirmação de **total liberdade** do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade; e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente livre de vínculos”.

Quando se afirma a criatividade judicial, não se pretende substituir o arbítrio do legislador pelo arbítrio do juiz. Na realidade, nem um nem outro é inteiramente livre. O legislador está determinado pelas circunstâncias históricas, pelos compromissos partidários e eleitorais, pelo controle que deve exercer a sociedade e pelos próprios limites fixados pelo jogo político. De outra parte, o juiz está igualmente limitado, pois, além de considerar o ordenamento, terá também que expressar a consciência da sociedade e suas decisões sofrem o controle da comunidade jurídica. (AGUIAR JÚNIOR, 1989, p. 16).

Sobre a distinção entre os limites impostos ao legislador e ao julgador, manifesta-se Cappelletti (1999, p. 26-27):

O legislador se depara com limites substanciais usualmente *menos freqüentes e menos precisos* que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz. (grifo nosso).

A vinculação do juiz no ato de julgar é maior do que aquela imposta ao legislador porque o processo de criação judicial está sujeito a limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico, uma vez que a sentença fundada na lei é “uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (KELSEN, 1999, p. 469).

No pensamento de Cappelletti (1999, p. 25), há três balizamentos fundamentais à criatividade do julgador: a vinculação à lei, à diversidade fática e ao bom senso. A criatividade não significa “direito livre”, mas sujeição a limites substanciais que, em grau maior ou menor, vinculam o juiz, conquanto “nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta”.

O certo é que o juiz não cria a norma arbitrariamente, a partir de suas preferências pessoais, mas com base, objetivamente falando, na matéria prima do caso concreto. Desse modo, as duas grandes balizas da criação do direito pelo juiz são, de um lado, o ordenamento jurídico; do outro, o caso concreto. O juiz não pode criar a norma contra o ordenamento, nem afrontar o caso concreto com uma decisão que não lhe dê uma solução justa.

Afinal, o ato de criação judicial do direito é um ato de concreção da generalidade do ordenamento jurídico à particularidade do caso concreto. “O juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto”. (COELHO, 1997, p. 43). Numa palavra, individualização da generalidade, sem o que não terá cumprido o seu papel como agente estatal constituído como juiz natural para a resolução dos conflitos ocorrentes na sociedade.

Na identificação dos limites no trabalho interpretativo do juiz, observa Aguiar Júnior (1989, p. 17) que

o intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no âmbito social em que vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los.

Conquanto vinculado ao ordenamento, o juiz tem enorme potencial prospectivo e transformador do direito. Nesse sentido a lição de Barroso (2001, p. 283):

O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido,

sempre que possa *motivadamente* demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei — não do direito! —, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever.

Além desses limites substanciais, há meios de controle formal da atividade judicial, constituindo balizamentos à criatividade. O processo legislativo também está sujeito a certos controles formais, porém diversos daqueles fixados para o processo jurisdicional. Quanto a este, existem princípios consagrados que podem ser reconduzidos à fórmula do *due process of law*, representando resistentes barreiras ao arbítrio. Dentre esses princípios, cabe referir os seguintes: independência judicial, imparcialidade do julgador, inércia da jurisdição, igualdade processual, contraditório e ampla defesa, publicidade dos atos processuais, exigência de motivação das decisões e duplo grau de jurisdição.

Colocados os limites substanciais e processuais à criatividade, é inevitável reconhecer que há diferenças importantes entre a criação do direito realizada pelo legislador e aquela realizada pelo juiz. Por sua própria natureza, a criação judicial é mais limitada e essa restrição opera-se por duas razões, quais sejam: a criação judicial realiza-se sempre através de um caso concreto, enquanto a criação pelo legislador é realizada de forma mais abstrata e geral; a decisão judicial tem em regra eficácia limitada às partes do processo, sujeitando-se a todos os mecanismos de controle formal já referidos.

6 A SOLUÇÃO JUSTA NAS DIVERSAS POSSIBILIDADES INTERPRETATIVAS

Na interpretação, não há uma única resposta correta para todas as situações jurídicas. Mesmo considerando que os juízes estão sujeitos a limites formais e substanciais, ainda assim no processo argumentativo o intérprete encontra-se diante de muitas possibilidades e terá que fazer a escolha de uma dentre as diversas interpretações. Essa idéia está em Kelsen (1999), para quem a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas considerando várias possibilidades.

A concepção que nega a existência de uma única resposta correta é desenvolvida por Grau (2002, p. 88), ao sustentar que o intérprete atua de acordo com a lógica da preferência. Daí compreender que interpretar significa eleger uma dentre várias interpretações possíveis, de tal sorte que a decisão seja entendida como a mais adequada. No dizer desse autor, “a norma não é objeto de *demonstração*, mas

de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável. O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução”.

Ora, se a interpretação coloca o juiz diante da eleição de uma solução dentre as várias alternativas possíveis, surge a questão acerca da justificação da escolha realizada. O primeiro compromisso do juiz é com a justiça. Seu dever é encontrar a solução que considera mais justa no caso concreto. Na realidade, a idéia do justo não é estabelecida *a priori*, não é algo que preexista na lei. O justo surge do caso concreto. E, então, para demonstrar que a decisão é justa e que não decorreu de puro arbítrio judicial, é indispensável que seja apresentada a partir de uma interpretação adequada e corretamente justificada.

Essa exigência de justificação decorre de, na sociedade moderna, não se exigir apenas decisões fundadas em argumento de autoridade ou que estejam formalmente fundamentadas. A formulação de razões adequadas constitui exigência democrática, condição de legitimação e instrumento de controle social, servindo também como pressuposto essencial para que o julgador adquira credibilidade e para convencimento da justiça na decisão.

Mas a justificação não pode basear-se em quaisquer argumentos. Impõem-se boas razões argumentativas e justificativas que conduzam à razoabilidade da decisão, gerando, conseqüentemente, sua aceitação. A racionalidade é obtida através de um procedimento discursivo, do qual devem participar ativamente todos aqueles que serão afetados pelo resultado da decisão, sendo necessário assegurar, através de regras previamente definidas, as formas de atuação, de sorte que todas as posições relevantes e realizáveis sejam consideradas.

Desse modo, é na aceitabilidade racional do discurso jurídico que reside o centro do debate em torno da interpretação. O problema da determinação do modo como será possível ao juiz chegar à decisão justa no caso concreto, com a ajuda da lei, ou porventura sem ela, constitui a questão nuclear na decisão dos litígios. Decisivo, portanto, é saber por que meios, diante dos que se lhe apresentam, encontra o juiz a decisão justa no caso concreto.

Sobre a busca da solução justa, escreve Perelman (2000, p. 114), observando que tal solução

não é simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei, isto é, legal. É bem raro, de fato, que haja apenas um modo de conceber a legalidade de uma solução: será antes a idéia prévia daquilo que constitui-rá uma solução justa, sensata, aceitável que guiará o juiz em sua busca de uma motivação juridicamente satisfatória.

Tem razão Perelman (2000), ao advertir que a enumeração de métodos de interpretação de *tex-tos*, o recurso aos precedentes e aos princípios, aos fins e aos valores que o legislador trata de promover e proteger, todo esse arsenal de argumentos é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, pois nenhum sistema estabelecido pode indicar-, em um caso concreto, a que método de raciocínio deve recorrer, se de-ve aplicar a lei literalmente, ou pelo contrário, restringir ou estender o seu alcance.

Mas deve haver, por parte do julgador, um procedimento racionalmente controlável e graduável, com a concretização e especificação das diretrizes a serem seguidas bem como com a adoção de critérios de valoração que lhe são previamente dados pela lei. Deve, outrossim, volver à jurisprudência, tendo em vista a situação de *fa-to* a julgar. É, portanto, necessário que precise e complemente, ponto por ponto, a situação fática, tomando em consideração os pontos de vista jurídicos que ache eventualmente adequados, na justa medida e até o ponto em que nada mais se ofereça para uma decisão justa do caso.

As leis têm de ser interpretadas e complementadas à luz do que é re-conhecido como eticamente justo. O juiz deve, passo a passo, usando juí-zos de valor, encontrar as idéias de justiça à luz do caso a decidir. Na realidade, a aplicação do direito e a passagem da regra abstrata ao caso concreto não constituem simples processos dedutivos, mas uma adaptação constante das disposições legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais.

O certo é que nenhuma operação intelectual, mesmo elementar, do trabalho jurídico pode ser compreendida sem juízos de valor. Não são juí-zos irrevogáveis, irrefragáveis ou absolutos, mas aqueles que têm de se sustentar no decurso da atividade do magistrado e em face da elaboração da decisão tomada como justa e assim aceitável, isto é, suscetível de consenso. Deve existir um tratamento idêntico para aquilo que deve ser idênticamente valorado, a mesma consideração para todos os casos similares.

De outra parte, a norma, descrevendo com precisão, estabelece, destarte, o que deve ser juridicamente como igual e impõe, para cada situação de fato da mesma espécie, idêntica consequência jurídica. No entanto, a norma não está patente na lei, mas se cuida de uma norma que o próprio juiz constrói, ainda que adotando como parâmetro o texto normativo, na perspectiva do caso a decidir. Essa norma é a verdadeira norma de decisão.

E aqui cabe trazer a lição de Grau (2002, p. 73), para quem o intérprete exerce o relevante papel de produzir a norma de decisão, haja vista que a norma resulta da interpretação, sendo o significado do texto resultante da tarefa interpretativa. Portanto, é possível afirmar que o resultado da interpretação, a norma do caso concreto, construída a partir do texto, situada em um contexto, traduz algo de novo. Mas convém deixar

claro que, na fundamentação da decisão, na busca da justiça do caso concreto, o juiz não pode partir de idéias pré-concebidas para definir os critérios de justiça. “O reinado do caso concreto é que afirmará se tal comportamento é ou não justo”. (CARVALHO, 1992, p. 29).

O certo é que, na busca da solução justa do caso concreto, o juiz encontra-se diante de várias possibilidades interpretativas. Mas a decisão justa haverá de ser aquela justificada racionalmente, através de um processo argumentativo, exigindo, além desse aspecto, que a decisão seja aceitável, o que somente ocorre quando a solução do caso concreto responde ao sistema de valores da comunidade jurídica e às expectativas da sociedade.

7 LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO JUDICIAL

Contra a criatividade judicial lançam-se freqüentes ataques porque seria antidemocrática, na medida em que os juízes não estariam obrigados a “prestar contas” das decisões que adotam à população ou a seus representantes. Desse modo, não sendo eleitos pelo sufrágio universal nem sujeitos a controles próprios da democracia representativa, os juízes sofreriam um déficit de legitimação democrática, disso resultando o questionamento acerca do fundamento democrático do direito criado judicialmente.

Afirmar a legitimidade do direito importa reconhecer que seja merecedor de aceitação, pressupondo, portanto, que seja criado democraticamente. Enganam-se os que negam a legitimidade do direito judicial na idéia de que a jurisdição não possui suporte democrático. É equivocada a assertiva de que a legitimação democrática residiria na eleição direta dos juízes. Com efeito, segundo observa Gomes (1997, p. 120), o Poder Constituinte Originário concebeu duas formas de legitimação democrática: a representativa e a legal. Quanto aos juízes, o Constituinte fez opção pela legitimação legal, dispondo que, além de não serem escolhidos por sufrágio direto, estariam proibidos do exercício de qualquer atividade político-partidária.

Na advertência de Ferrajoli (1992 *apud* GOMES, 1997, p. 120), a legitimação do Poder Judiciário é estruturalmente diversa daquela reservada aos outros poderes do Estado, não tendo relação com a vontade nem com a opinião da maioria. Ferrajoli concebe duas formas de legitimação: a formal e a substancial. Aquela assentada no princípio da legalidade e da sujeição do juiz à lei e à constituição; esta na função e capacidade de o juiz garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Na realidade, a legitimação política, pela circunstância de ser representativa, não significa que é mais importante ou que esteja em posição hierárquica superior à legitimação judicial. Tanto a legitimação representativa dos Poderes Executivo e

Legislativo como a legitimação legal do Judiciário foram concebidas pelo Constituinte e estão previstas na CF/88. As duas formas de legitimação, por opção constitucional, possuem a mesma dignidade e encontram-se no mesmo patamar constitucional. “Não cabe discutir, assim, qual das duas legitimações é mais democrática: ambas o são”. (GOMES, 1997, p. 122).

Cappelletti (1999, p. 94) refuta os ataques ao suposto *deficit* de legitimidade democrática do direito judicial, argumentando que a obtenção do consenso dos governados pelas funções legislativa e executiva nunca constituiu, diferentemente do Judiciário, perfeito modelo de democracia representativa. Mas isso não dispensa o esforço contínuo para salvaguardar a legitimidade democrática e representativa de todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial.

Esse autor lembra ser extremamente longo e sutil o fio que conduz o voto dado pelo cidadão para a eleição dos membros do parlamento ou para as funções executivas às numerosas decisões proferidas pelas autoridades públicas, que decidem sobre as esferas das pessoas. No dizer de Cappelletti (1999), é necessária muita força imaginativa para supor que tais decisões estejam baseadas numa lei que os cidadãos as tenham autorizado. A decisão adotada não significa a vontade da maioria, mas simboliza, freqüentemente, o compromisso com grupos organizados de interesse.

Apesar de não eleitos, os juízes são geralmente chamados a explicar, por escrito e publicamente, as razões de suas decisões, obrigação esta que, no Brasil, foi elevada à categoria de garantia constitucional (CF/88, art. 93, IX). Essa prática constitui esforço contínuo de convencimento quanto à legitimidade das decisões judiciais. Servem para demonstrar que os julgamentos não resultam de capricho, idiosincrasias ou predileções subjetivas dos julgadores, representando o empenho de decidir com os sentimentos de equidade e justiça da comunidade. (CAPPELLETTI, 1999, p. 98).

Com esse procedimento os “tribunais sujeitam-se a um grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 98).

Mas certamente a legitimação é bastante facilitada através da garantia de participação efetiva de todos os interessados. “É essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 100). E isso se faz através do processo. Com efeito, este constitui instrumento para o exercício do poder. E para que o poder seja legitimado socialmente, deve assegurar a possibilidade de participação efetiva e adequada de todos os destinatários dos seus efeitos. A participação democrática faz-se através do procedimento, realizado

em contraditório, de modo a permitir a cooperação dos litigantes para a tomada de decisão.

A legitimação do direito judicial, através do procedimento, exige a plena e efetiva participação em contraditório. A participação depende da existência do contraditório efetivo, com paridade de armas, que pressupõe informação e possibilidade de reação e serve para legitimar a decisão. Destarte, quem acusa a atividade judicial de antidemocrática, de acordo com Gomes (1997, p. 123), desconhece

a própria natureza dialética da função jurisdicional, que é uma das últimas do Estado moderno cujo pão de cada dia é o *diálogo*, é o prestar atenção e escutar, a difícil arte de poder escutar!, e sopesar as diversas opiniões assim como os argumentos dos que participam do processo, cumprindo o princípio contraditório.

A criatividade judicial é inevitável e legítima, e o problema real e concreto é o do limite dessa criatividade, portanto, de definição de restrições. Em arremate, a legitimação da função judicante é distinta daquela dos demais poderes, haja vista que essa legitimidade “não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 104).

8 CONCLUSÃO

Em razão de tudo quanto foi exposto, parece ter ficado claro que o direito não pode ser pensado como algo estático, imutável e que contém um ser objetivo. Deve ser concebido como meio dinâmico que é permanentemente constituído pela experiência social. Sua essência não está no que é, mas no que vai sendo. Surge constantemente na sua diversidade e na sua dinâmica evolutiva, emergindo como um conceito interpretativo, na medida em que a lei não possui um significado objetivo, haja vista que o seu significado vem de fora e é atribuído pelo intérprete.

A pretensão do Juspositivismo legalista de realizar a identificação entre direito e norma terminou gerando um afastamento da realidade social, desconsiderando os fins ou os interesses concretos que dinamizam essa realidade, provocando o fenômeno da despolitização do direito. Essa concepção de um direito despolitizado provocou a necessidade de superação da metodologia tradicional de interpretação, impondo o reconhecimento do papel do juiz como agente criador do direito e partícipe da realidade.

Nesse quadro, indispensável a superação do pensamento jurídico dogmático, em que o direito é estudado como mera descrição de normas e estruturado a partir de dogmas aceitos acriticamente. Essa superação opera-se pela adoção de um pensamento jurídico crítico, desmistificador do discurso dogmático tradicional, procurando dar um novo enfoque ao direito, em que este passa a ser estudado de forma interdisciplinar, indo muito além das normas, adentrando nos seus fundamentos. Sobressai então a figura do juiz, que de mero *bouche de la loi* passou a agente criador do direito, ocupando uma função ativa e de criação e não mais passiva e de mera aplicação.

Nesse novo contexto, torna-se inconcebível a idéia de que o magistrado realiza atividade secundária, neutra, desprovida de vontade, como se fosse um autômato, limitando-se a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”. A interpretação jurídica deixa de ser compreendida como a mera revelação de um sentido prévio e acabado da norma, passando a ser entendida como um processo dirigido a dotar a norma de significado.

O juiz atua como protagonista do fenômeno jurídico e sua função é necessariamente criadora. Essa situação decorreu da transformação das atribuições do direito e do Estado nas sociedades modernas, em face das enormes atribuições assumidas pelo poder público. Os Poderes Legislativo e Executivo ampliaram suas atribuições, exigindo também correspondente crescimento das funções do Poder Judiciário. Este passou a constituir meio de frear as arbitrariedades dos demais poderes e de garantia de realização dos direitos, não podendo, nesse mister, apequenar-se.

No entanto, o “dogma” da separação dos poderes gerou um Judiciário débil e restrito a questões secundárias, consentindo no descontrole dos outros poderes. Necessário então a superação desse “dogma”, a fim de que o Judiciário assumira na plenitude sua função política no sistema de *checks and balances* e possa atuar ativamente dentro da realidade jurídico-política contemporânea.

Mudando o papel do Estado e a função do direito, nesse novo cenário impõe-se o reconhecimento de um papel mais ativista, prospectivo e transformador do juiz. Este e, por extensão, o Judiciário, não podem se tornar agentes de injustiças só porque as leis são injustas. Assim, o juiz acabaria por alienar-se na função de operário do direito, sem ao menos ter a consciência de tal situação. O juiz deve ter a responsabilidade pelos resultados de suas decisões, conhecendo as conseqüências que provoca na sociedade.

Na realidade, o juiz é o grande crítico da lei; ele não pode ater-se ao Positivismo legalista. Cumpre-lhe criar a norma adequada para o caso concreto, mas a norma alternativa não é aventura ou opinião pessoal do magistrado. A atividade

judicial ultrapassa, pois, os limites da mera aplicação silogística, baseada no raciocínio lógico-formal, sendo também fonte criadora do direito.

A sociedade está em constante mudança e é evidente que tais mudanças ocorrem em uma velocidade muito maior do que a do ordenamento jurídico, daí ser indispensável assegurar a dinamização e a vivificação do direito. Se as realidades sociais mudam, o direito não pode permanecer invariável. Assim, cabe à jurisprudência, autêntica fonte do direito, através de sua função criadora, garantir dinâmica, movimento, atualidade e vida ao direito.

É preciso, admitida a criatividade judicial, identificar os limites e a legitimidade da criação do direito através da jurisprudência. É certo também que a interpretação oferece vários resultados possíveis e diante dessas múltiplas possibilidades surge a problemática do procedimento a ser observado pelo juiz na busca da decisão justa, no caso concreto.

Quando se afirma que “*la función judicial es siempre y necesariamente creadora*” (SICHES, 1956, p. 202), não se pretende sustentar a total liberdade do juiz, porquanto, ao decidir criativamente, com liberdade de escolha, com algum grau de discricionariedade, isso não importa admitir que o juiz decida arbitrariamente. O juiz, conquanto criador do direito, “não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses” (AGUIAR JÚNIOR, 1989, p. 17).

Toda decisão judicial está sujeita a limites processuais e substanciais, criados pelo próprio sistema jurídico, dos quais não pode afastar-se o julgador, sob pena de enveredar pelos escaninhos da arbitrariedade e do subjetivismo. Do ponto de vista processual, o julgador tem sua atuação demarcada pelo *due process of law*, cláusula que condensa todas as garantias e princípios processuais. Da perspectiva substancial, o juiz sujeita-se aos valores, princípios e regras do ordenamento que inspiram o direito, mas é sobretudo o caso concreto que limita a criatividade judicial.

Como proclama Cappelletti (1999, p. 25-26), também é verdade que existe a fronteira do bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação dos precedentes judiciais quanto no do direito legislado, porque também as palavras, não raro, possuem um significado tão geralmente aceito que mesmo o juiz mais criativo e sem preconceitos, terá dificuldade em ignorá-lo.

A criação judicial do direito move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente a estabelecer esses quadros. O alcance do direito judicial é, por esta sua própria natureza, limitado. Assim, a atividade de criação do direito encontra seus limites; ela não pode tudo. Embora se reconheça ao juiz o poder de criação do direito, isso não importa

admitir a criação com caráter de generalidade e de abstração, mas a título de solução concreta e individual.

Ademais, nenhuma interpretação se realiza no vazio, pois se trata de atividade devidamente contextualizada, ou ainda, social e historicamente determinada, de modo que o significado de cada palavra não é algo imutável, dependendo da função que ela exerce em determinado contexto histórico, servindo, portanto, de diretriz para o intérprete no momento da aplicação.

De outro modo, na interpretação não há uma única resposta correta, daí a atividade do julgador implicar uma opção pela alternativa que satisfaz as exigências de razoabilidade, aceitabilidade e, sobretudo, de justiça. Para demonstrar que a decisão é justa, razoável e aceitável, é necessário que seja apresentada de forma adequadamente justificada, exigindo-se, para tanto, a observância de um procedimento discursivo, sem qualquer relação com o raciocínio tradicional.

O justo não é algo pré-concebido, existente *a priori*. A idéia de justiça somente pode ser concebida a partir do caso concreto, devendo o julgador, ao escolher uma dentre as muitas opções interpretativas, levar em conta a realidade do caso em julgamento, procurando criar uma norma que assegure um resultado justo, somente alcançável quando responde ao conjunto de valores da sociedade, justificada racionalmente através de um processo argumentativo.

Quanto à legitimidade da função judicial, parece superada a idéia do Positivismo Jurídico, segundo a qual a legitimidade do juiz está justificada pelo fato dele ser um “mecânico aplicador das leis”, promulgadas de acordo com a vontade dos eleitores. Esta forma é inconsistente e antidemocrática, porque, em tese, retira do julgador o poder criativo inerente à sua função. Outra forma de legitimação seria submeter os juízes à eleição popular, mas isso comprometeria a sua independência e imparcialidade, porque não se pode dar, nem exigir deles, juízes, o mesmo tratamento e forma de trabalhar dos integrantes dos demais poderes.

Na realidade, conforme observa Rocha ([19—]), a legitimação democrática do direito judicial resulta de duas fontes: a de natureza material, que decorre do compromisso moral do juiz com a atuação dos valores, princípios e regras materiais da Constituição; e a de natureza formal, decorrente da sujeição dos juízes aos princípios e regras processuais em sua atividade, sobretudo aos princípios constitucionais, como o devido processo legal, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões. Sendo assim, resta inegável a legitimidade da criação judicial do direito.

Finalizando, é inarredável a conclusão de que “la fonction créative et normative du juge est une fonction légitime et nécessaire” (BELAID, 1974, p. 6), cabendo ao juiz a criação do direito para que este tenha dinamismo, movimento,

atualidade e vida e atue de forma prospectiva e transformadora de tal modo a garantir que o direito esteja “efetivamente engajado na construção de um mundo mais humano”. (COELHO, 1981, p. 340).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Interpretação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, RS, ano 16, n. 45, p. 7-14, 1989.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- _____. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BELAID, Sadok. **Essais sur le pouvoir créateur et normatif du juge**. Paris: L.G.D.J., 1974.
- BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977.
- _____. As origens processuais do direito substantivo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, RS, ano 5, n. 13, p. 33-50, jul.1978.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- _____. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Consulex- Rev. jurídica**, Brasília, DF, n. 7, 31 jul. 1997.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- COELHO, Luiz Fernando . **Teoria crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Salvador: Livraria Progresso, 1956.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil 1**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DOBROWOLSKI, Sívio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Seqüência**, Florianópolis, SC, ano 16, n. 31, p. 92-100, dez. 1995.
- FERNANDEZ, Alberto Vicente. **Función creadora Del juez**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

- GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** São Paulo: Brasiliense, 2000.
- MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do Direito**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1966.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo, Martin Claret, 2002.
- PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROCHA, José Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. Poder Judiciário: o que conservar e o que inovar. **Revista de Direito Processual Civil**, [S. 1.]: Gênese, [19- -].
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Ideologia y interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Technos, 1993.
- SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1956.
- SOUZA, José Guilmerme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRANCA

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SEM VÍNCULO DE EMPREGO - LEI N. 11.196/05: O RETORNO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Francisco Meton Marques de Lima*

RESUMO

O texto trata da análise do art. 129 da Lei n. 11.196/05, apelidada de Lei do Bem, o qual permite a contratação, mediante pessoa jurídica e *sem vínculo de emprego*, de prestador de serviço personalíssimo, ou não, de natureza intelectual, inclusive o científico, artístico e o cultural. Trata-se de mais uma medida legislativa flexibilizante das relações de trabalho, que o desenvolvimento impõe, sob o argumento de legalizar o trabalho hoje prestado sob formas jurídicas duvidosas. Daí a necessidade de se estabelecerem: a) os contornos da norma; b) a natureza da sociedade que pode abrigar o profissional intelectual; c) os benefícios fiscais e previdenciários; d) os conceitos de trabalho, intelectual, científico, artístico e cultural; e) as implicações com a regra trabalhista da relação de emprego institucional. A Lei 11.457, da Super-Receita reacendeu a discussão, o que levou o Governo a encaminhar no final de abril/07 PL ao Congresso disciplinando essa matéria.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Prestação de serviço. Trabalho. Intelectual. Artístico. Científico. Cultural. Relação de emprego. Pessoa jurídica. Sociedade. Sócios. Recolhimentos fiscais e previdenciários. Terceirização.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS E JUSTIFICAÇÃO DO TEMA

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – está no limbo: o hipossuficiente não a alcança, por isso moureja na informalidade. O profissionalista, que é o trabalhador intelectual e bem situado no mercado, não a quer. Daí a necessidade de duas providência legislativas que a sociedade já se adiantou em resolver: a) por um lado, simplificar a legislação do trabalho para incluir os que trabalham na informalidade; b) por outro lado, flexibilizar para que os profissionais tenham a liberdade de contratar sob outras formas que não as trabalhistas.

* Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. Professor Adjunto da UFPI. Desembargador do Trabalho do TRT da 22ª. Região (Piauí).

Isto mostra que a legislação está cada vez mais distanciada da realidade, estabelecendo-se uma tensão insuportável entre a faticidade e a validade, de que fala Jürgen Habermas (1997, em toda a obra).

Com efeito, a legislação obreira, que se propõe a socorrer o trabalhador hipossuficiente na relação de trabalho, hoje é muito forte para os pequenos empregadores, ensejando a proliferação da informalidade; e muito frágil para os trabalhadores bem situados no mercado, jogando-os para a contratação sob o modelo da legislação civil.

Neste artigo, analisamos a tendência da contratação sem emprego.

O art. 129 da Lei do Bem, n. 11.196, de 21.11.05 DOU de 22.11.05), institui mais uma espécie de flexibilização da relação de emprego, assim expresso:

Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Este dispositivo encampa o art. 981, combinado com o parágrafo único do art. 966 do Código Civil, o qual admite a constituição de sociedade simples (não-empresarial) para fins de exercício de “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. O art. 982 distingue a sociedade simples da sociedade empresária; e o seu parágrafo único inclui na categoria de sociedade simples a cooperativa.

Essa modalidade contratual rege-se pela locação de serviços de que tratam os arts. 593 a 609 e do Código Civil.

2 IMPORTÂNCIA DO TEMA

O artigo de lei é só um. Mas sua redação é cheia de conceitos vagos, com objetivo de açambarcar um sem número de situações presentes e continuar se expandindo para incontáveis situações futuras. Ao admitir a contratação de mão-de-obra mediante pessoa jurídica, três conseqüências se alvitram: a) permissão para formalizar as prestações de serviço de natureza intelectual – científico, artístico e

cultural, que estão na informalidade; b) conversão de muitos que estão sob o vínculo de emprego para a nova modalidade; c) novas contratações sob essa modalidade.

Mas o mais importante, é que essa lei tranquiliza o meio econômico, ao enquadrar essas relações na forma legal, e que antes eram praticadas sob risco para o tomador do serviço.

Bem não se acomoda essa lei no cenário nacional, vem a Lei da Super-Receita (Lei 11.457/07 – DOU de 19.3.07) com um artigo que proíbia os Auditores Fiscais do Trabalho a autuarem as empresas por motivo de contratação sem vínculo de emprego. Esse dispositivo foi vetado, mas sob o compromisso do Governo de encaminhar a questão através de outro instrumento jurídico. Ou seja, essa é a tendência.

Esse fenômeno revela mais uma vez a presença do Movimento Pendular da evolução social. Ou seja, aquilo que tanto se combateu agora retorna com muito mais força – a autonomia da vontade e a liberdade contratual. Isto porque a legislação obreira, que se propõe a socorrer o trabalhador hipossuficiente na relação de trabalho, não encontra lastro econômico para sua aplicação, visto que é muito forte para os pequenos empregadores, ensejando a proliferação da informalidade; e muito burocrática para os trabalhadores bem situados no mercado, jogando-os para a contratação sob o modelo da legislação civil.

Registra-se, com a edição dessa lei e o debate travado em torno da Emenda 3 da Lei n. 11.457/07, instalação da irrecuável tendência à liberação contratual entre os profissionais que não se enquadram na categoria de hipossuficientes.

Quanto ao alcance no cenário econômico, é impossível prever seu impacto. Contudo, é certo que as profissões exercidas sob caráter intelectual, artístico, cultural e científico são cada vez mais presentes e crescentes, bastando ver que vai desde o trabalho em pesquisa científica, o trabalho com artes em geral até o trabalho com manifestações culturais. Como veremos adiante, só o conceito de arte envolve movimento, pensamento, manifestação do espírito, filosofia, ciência e religião. Portanto, a finalidade da lei é albergar as relações de trabalho de um seguimento de presença expressiva na economia, representando milhões de postos de trabalho e elevada cifra tributária.

Naquela ocasião, conquanto tenhamos manifestado nosso receio de que essa medida representasse a retirada de um pau da porteira, para o estouro da boiada, não prevíamos que o fenômeno fosse eclodir tão rapidamente e com tanta intensidade, como se delinea. Julgávamos, por isso, muito simples a matéria, no entanto, constata-se no presente momento que a questão assume larga complexidade e importância no cenário econômico.

Logo que foi aprovada a Lei epígrafada, publicamos em alguns veículos de divulgação doutrinária de largo prestígio nacional uma breve nota sobre a matéria. Agora, mais de ano de sua vigência, as práticas que as empresas vêm desenvolvendo coincidem com o que afirmávamos: ampla “pejotização” da relação de trabalho dessa espécie, alargamento dos conceitos, na maioria dos casos, em clara fraude à legislação trabalhista.

A matéria envolve temas diversos, como fiscais, previdenciários, civis, empresariais, trabalhistas e filológicos, ensejando a que os artigos doutrinários que se prodigalizam sobre a matéria revelem certo desconhecimento sobre alguns dos temas tratados, o que é natural acontecer.¹

Com efeito, tem-se informação de que no Rio de Janeiro e em São Paulo os empresários de jornalismo e publicidade partiram na frente e já estão enquadrando nessa modalidade contratual seus trabalhadores. No Piauí, essa modalidade contratual já vem sendo preferida entre a classe médica e os hospitais.

Por isso, voltamos ao tema, já devidamente embasado nessa realidade.

Cumpra definirem-se os contornos dessa matéria, mapeando a natureza e o alcance do preceptivo retro, bem como sua finalidade; qual o tipo de sociedade que pode contratar sob essa modalidade; quais as vantagens para o prestador e para o tomador do serviço; critérios de solução das antinomias dessa regra com os dogmas trabalhistas.

3 DELIMITANDO OS CONTORNOS DA REGRA

Primeiro, tem-se em vista tratar-se de uma regra de exceção ao sistema trabalhista, razão por que sua interpretação deve ser restrita, como sói acontecer com as regras de exceção. Segundo, que a Lei n. 11.196/05 possui natureza fiscal e não trabalhista; terceiro, que a liberação do vínculo de emprego preceituada é somente para efeitos fiscais e previdenciários. Logo, uma vez caracterizados os fatos que tipificam a relação de emprego, deve prevalecer esta, desconsiderando-se a pessoa jurídica. Para tanto, impõe-se a delimitação dos conceitos jurídicos que envolvem a matéria, para que, na prática, não haja a temida distorção do sentido e da finalidade da norma.

¹ Incorem no engano, por exemplo, de confundirem sociedade simples (a que abriga os prestadores de trabalho de natureza intelectual) com sociedade empresarial Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, no artigo em co-autoria intitulado – “Aspectos do art. 129 da Lei n. 11.196, da Terceirização e do Direito do Trabalho”. In Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, ano XIII, n. 149, p. 580/599, julho/2006,

Pressupostos para aplicação do art. 129 da Lei n. 11.196/05 – Cavalcante e Jorge Neto (2006, p. 582) percebem pelo menos quatro: a) existência de um contrato de prestação de serviço regulado pelo Código Civil; b) que os serviços possuam natureza intelectual, dentro da qual se incluem o trabalho científico, o artístico e o cultural; c) a constituição de uma pessoa jurídica pelos prestadores de serviço; d) a prestação dos serviços intelectuais pode ser feita pessoalmente pelo sócio da pj ou por terceiros por ele designados, inclusive na qualidade de empregado da pj. Acrescentamos um quinto pressuposto: que de fato não se caracterize o contrato de emprego. Observando ainda que a pj deve, de preferência, ser de natureza simples, como se verá adiante.

4 DISSECANDO O CONTEÚDO DO ART. 29 da Lei n. 11.196/05

Feitas essas ligeiras colocações, cumpre-nos dissecar os conceitos postos no art. 129 da Lei n. 11.196/05, como *sociedade*; *sócios*; *trabalho personalíssimo*; *obrigações fiscais*; *obrigações previdenciárias*; *desconsideração da pessoa jurídica*; *trabalho intelectual, científico, artístico, cultural*. Da mesma forma, tentaremos aquilatar as conseqüências da fraude porventura cometida, quer pelo lado do tomador do serviço, quer pelo lado da sociedade prestadora do serviço. Vejamos cada um desses tópicos sob a forma de itens.

4.1 O tipo de pj que pode mediar a contratação sem vínculo de emprego

Sociedade – O gozo dos benefícios fiscal e previdenciário requer que o serviço seja prestado por sociedade civil legalmente constituída, nos termos dos arts. 44, II, e 45 do C. Civil. As sociedades, diferentemente das associações, têm por fim desenvolver atividade de natureza econômica, empresarial ou simples, por isso estão regulamentadas no Livro II do C. Civil (dos arts. 981 a 1.141), que trata do Direito Empresarial. Logicamente, como o próprio nome já diz, sociedade é uma união de pelo menos duas pessoas, para constituir a pessoa jurídica, cuja personalidade é independente da personalidade de cada sócio. Vejamos alguns preceitos do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.02, DOU de 11.01.02):

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços,

para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se comercial a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Fazendo um paralelo com o sistema do C. Civil de 1916, a sociedade empresária atual é a equivalente à sociedade comercial d'antanho; e a sociedade civil do sistema anterior é a hoje denominada sociedade simples.

No sistema atual, a sociedade empresária está obrigada a registro perante a Junta Comercial e tem por finalidade o exercício da atividade empresarial, voltada para a produção e circulação de bens e serviços. A sociedade simples se caracteriza pelo exercício de atividade tipicamente não empresarial, tendo como elemento nuclear a prestação de serviço em caráter pessoal pelos seus sócios, não obstante a lei admitir que o serviço possa ser executado por terceiro ou mesmo por empregado da sociedade, o que não será regra, como veremos. As sociedades devem ser constituídas por escrito e lançar-se no registro civil das pessoas jurídicas (arts. 998, §§ 1º e 2º, e 1.000 e parágrafo único do Ccivil).

A propósito, é oportuna a transcrição da doutrina coordenada por Ricardo Fiúza, por ser anterior à LEI do BEM sob comento, a qual revela a dificuldade de separação do que vem a ser sociedade simples e sociedade empresarial, a mesma dificuldade que, no âmbito deste nosso escrito, se desdobrará para distinguir até onde vai o trabalho associado e o trabalho sob a forma de emprego, dados os pontos convergentes de ambos:

A sociedade simples, por sua vez, é aquela que tem por objeto o exercício de atividade relacionada a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística (art. 966, parágrafo único) desde que o exercício da profissão, em si, não esteja a constituir elemento de empresa ou de outras atividades tipicamente não empresariais, tal como ocorre, por exemplo, no âmbito das sociedades cooperativas. A sociedade de advogados é um típico exemplo de sociedade simples, inclusive porque a lei de regulação da atividade advocatícia assim expressamente prevê (Lei n. 8.908/94, art. 15). Entretanto, se a atividade de advogados passa a exercer atividade economicamente organizada para a circulação de bens ou de serviços, passando, por exemplo, a vender serviços de terceiros, pode vir a ser considerada uma sociedade empresária. Veja-se

o caso de um grande escritório, com centenas de advogados, onde o cliente não procura o advogado “A” ou “B”, mas o escritório “X”. Este escritório estará atuando como verdadeira empresa, onde o exercício da advocacia constitui um de seus elementos. A questão, porém, é das mais polêmicas e só será definitivamente esclarecida pela jurisprudência.

A sociedade simples é aquela constituída para o exercício de atividades que não sejam estritamente empresariais, como ocorre no caso de atividades rurais, educacionais, médicas ou hospitalares, de exercício de profissões liberais nas áreas de engenharia, arquitetura, ciências contábeis, consultoria, auditoria, pesquisa científica, artes, esportes e serviço social.(FIUZA, 2004, p. 905).

Vê-se que o rol supra é apenas exemplificativo, já que muitas outras atividades são vocacionadas ao associativismo de natureza civil, como o jornalismo e a publicidade, alguns serviços médicos, o esporte, a moda, a informática e a tecnorrônica em geral, o técnico etc.

Para efeito previdenciário, entretanto, de acordo com o art. 12 do Decreto n. 3.048/99, “considera-se empresa: a firma individual ou a sociedade que assume o risco da atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não”. Assim, a sociedade civil não empresarial é considerada empresa para esse fim, e como tal está sujeita às obrigações sociais desta.

Desse apanhado, infere-se que a pessoa jurídica prestadora de serviços de natureza intelectual de que trata a lei n. 11.196/05 ***deverá ser constituída sob a forma de uma sociedade simples, aqui incluída a cooperativa de mão-de-obra***; ou seja, que não tenha por objeto atividade típica de empresário. Até porque o serviço prestado por empresário constitui uma forma de terceirização, que prescindia dessa nova regulamentação, portanto, estando fora da hipótese sob estudo. Entretanto, quando a sociedade prestadora de serviço intelectual possuir caráter empresarial – que não deve ser a regra, por incompatível com o instituto ora comentado – o serviço enquadra-se nas regras da terceirização, sujeitando-se inclusive ao disposto na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

4.2 Quem são os sócios e as respectivas responsabilidades

Sócios – são os indivíduos que compõem a sociedade. O sócio pode integrar a sociedade desde a origem ou ingressar depois, assim como pode ser excluído ou retirar-se. Todas as alterações devem ser levadas à averbação no registro das pessoas jurídicas.

Cada sócio tem obrigações para com a sociedade e terceiros, desde a conclusão do contrato de sociedade, se outro prazo este não estipular. Tais obrigações terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais.

Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária. Ou seja, o patrimônio particular dos sócios responde pelas dívidas da pessoa jurídica proporcionalmente à sua participação na sociedade, porque o associamento já inclui a partilha nos resultados (art. 981), que tanto podem ser positivos como negativos, salvo cláusula expressa de responsabilidade solidária.

Fiúza noticia que essa regra remonta ao art. 204 do Código de Manu (Índia, 1400 a.C.), segundo o qual “*quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes*”. (2004, p. 904).

Entretanto, os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. Ou seja, a responsabilidade dos sócios é subsidiária à da sociedade e não solidária.

O contrato de sociedade é bilateral ou plurilateral e requer três elementos: a) a reunião de recursos, sob a forma de capital ou de trabalho, com cada sócio colaborando na sua formação; b) o exercício em comum de atividade produtiva; c) a partilha ou divisão dos resultados econômicos. De regra, qualquer pessoa, física ou jurídica pode integrar uma sociedade. Porém, logicamente, a sociedade simples sem fins empresariais deve ser composta só de pessoas naturais, por ser incompatível com sócio pessoa jurídica.

Entretanto, as sociedades simples, para os fins da Lei 11.196/05, costumam ser constituídas de pessoas com participação absolutamente desiguais, ingressando alguns sócios apenas para viabilizar o nascimento da pessoa jurídica. Em geral, compõem-se do marido e mulher, de irmãos em situações patrimoniais díspares etc. Raras compõem-se de pares em situação igualitária. Como diz Roberto Pasqualin, “são PJs normalmente formadas por uma pessoa, o profissional que trabalha com 99,9% do capital, mais um parente que não trabalha e tem uma cota apenas para completar a sociedade.” Daí denominar-se PJ unipessoal.

Em conseqüência, é o “cabeça” da sociedade quem manda, responde por ela e beneficia-se. Os contratos são feitos com ele e por ele, para trabalho personalíssimo de natureza intelectual.

Contudo, a lei admite que a PJ preste o serviço, personalíssimo ou não, diretamente por seus sócios ou por seus empregados. Quando a sociedade presta o

serviço intelectual mediante seus próprios empregados, estabelecem-se pelo menos duas grandes contradições:

a) o discurso dessa pejotização do trabalho pessoal diz respeito a prestigiar a autonomia do trabalhador em relação ao tomador do serviço; entretanto, a situação piora, porque ele deixa de ser autônomo, deixa de ser também empregado do tomador do trabalho para ser um precarizado, um terceirizado. Logicamente, aqui há que se invocar o item IV da Súmula n. 331 do TST;

b) ao permitir a lei que a sociedade possa prestar serviço de natureza intelectual através de empregados seus, está admitindo que essa sociedade possa ser de natureza empresarial, ou seja, uma empresa prestadora de serviço terceirizado, em que seu quadro de pessoal é composto de intelectuais, pesquisadores, artistas, folcloristas etc. Ora, esse modelo de relação de trabalho – intelectual mediante uma sociedade – é incompatível com sociedade de natureza empresarial, como dito no item 4.1, por força do art. 966, § 2º, do Código Civil. Até porque, o trabalho de natureza intelectual é da pessoa física que o presta, esta é que é o (a) intelectual, e não a sociedade; a PJ não é cientista, artista nem culta. Essas qualidades são atributos da pessoa natural.

Assim, para compatibilizar a regra legal sob estudo com a finalidade da lei e até com a legislação do trabalho, há que se interpretar que só será admissível a prestação do trabalho intelectual, artístico, científico ou cultural através de empregados da sociedade prestadora se eventual, ou de etapas da obra intelectual.

Conclui-se, dessa digressão, que o serviço pessoal de natureza intelectual prestado através de pessoa jurídica, na verdade é prestado por uma pessoa física, que integra a PJ, como sócio; e, na maioria das vezes, é o “cabeça” da sociedade e único executante do serviço. Só em caráter eventual ou para atividades de apoio a sociedade poderá prestar o serviço intelectual através de empregados seus ou por terceiros.

4.3 O caráter pessoal da prestação do serviço

Personalíssimo – o preceito sob comento diz que a prestação do serviço pode ser em caráter personalíssimo ou não. O personalíssimo, conquanto o conceito albergue o sentido de inerente a determinada pessoa, coincide, para efeitos trabalhistas, com a *personalidade* do contrato de emprego, delineado no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Personalíssimo é o que é inerente à pessoa. Silva (2004, p. 1.036) assim define *personalissimo*:

Exprime na linguagem jurídica o que é privativo ou exclusivo à pessoa, não podendo, assim, ser afastado nem retirado dela. é o ato que só a própria pessoa contratada pode realizar, não se podendo substituir por outrem.

Qualificando as obrigações, imprime-lhes o sentido de que não podem ser transferidas da pessoa, que as assumiu, para que possam ser cumpridas por outrem.

Assim, as obrigações personalíssimas, inerentes, ligadas à pessoa do devedor, somente podem ser cumpridas por ele, que as assumiu.

Somente se operam entre as partes, não se transmitindo a seus herdeiros.

Consideram-se obrigações personalíssimas:

a) a de prestar alimentos;

b) as decorrentes de prestação de serviços, quando convencionado o cumprimento pessoal (destacamos).

E, assim, exprime o que somente pode ser executado pela pessoa ou usufruído por ela, não se transferindo a outrem, em qualquer hipótese. E, assim, com a pessoa se extingue tudo o que é personalíssimo ou tem o caráter de inteiramente pessoal.

Isso vem confirmar o que se afirmou acima, de que, em regra, é o próprio sócio da sociedade que presta pessoalmente o serviço contratado com a sociedade. As sociedades comerciais de prestação de serviço contratam com a tomadora do serviço, mas as pessoas que realizam o trabalho contratado dificilmente serão os sócios-empresários; em geral são os empregados da prestadora que o fazem. Já no caso sob estudo, os próprios sócios, que não serão empresários, prestam o serviço pessoalmente. É a regra. Não obstante, a lei admite que os serviços possam ser realizados mediante terceiros ou empregados da PJ, o que deve ser interpretado restritivamente, no sentido de que esta última hipótese seja admissível apenas em caráter extraordinário, para as etapas preparatórias ou de apoio até o final da obra, trabalhos braçais, repetitivos, complementares, que não são de natureza intelectuais.

Aqui se apresenta uma das características da relação de emprego, a da *pessoalidade*, textualizada no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, a significar o caráter *intuitu personae* da relação de emprego em relação ao trabalhador. Não que só ele possa realizar a tarefa, mas que, uma vez empregado, assume o dever de prestar o serviço pessoalmente.

Por outro lado, quando a PJ prestar serviço através de seus empregados e não de seus sócios, poderá confundir-se com atividade empresarial, caso em que se sujeitará às obrigações próprias desta.

Este ponto de intersecção do contrato civil com o trabalhista vai somar-se com outros, adiante expostos, que irão constituir os pontos de conflitos trabalhistas,

já que a matéria, sob qualquer das modalidades, civil ou trabalhista, será da competência da Justiça do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e da fiscalização do Ministério do Trabalho.

4.4 Obrigações fiscais

Compreendem-se neste conceito basicamente dois impostos: o imposto de renda (IR) sobre os rendimentos de pessoas físicas e de pessoas jurídicas e o imposto sobre serviços (ISS).

O IR é um imposto federal, recolhido aos cofres da Receita Federal. Para pessoa física, em duas faixas: no percentual de 15%, para quem tem renda anual imediatamente acima do limite de isenção até o limite fixado por lei, indo para o percentual de 27,5% para quem auferir renda anual acima do limite máximo da faixa anterior. Para as pessoas jurídicas, em sua incidência genérica anual, a alíquota é proporcional a 30%. A depender do montante do lucro auferido, incide um adicional de 10%; e se for instituição financeira, esse adicional poderá chegar a 15%. A pequena e a microempresas têm tratamento diferenciado, particularmente quando forem optantes pelo sistema do SIMPLES.

“Ressalte-se que as pessoas jurídicas dedicadas apenas à prestação de serviços profissionais são isentas do imposto de renda, sendo os sócios tributados pelos lucros respectivos”, diz Machado. (2005, p. 318 e 323).

O ISS é um imposto Municipal cobrado em virtude de serviços prestados por prestadores autônomos de serviço, organizados sob a forma de pessoa jurídica ou não, no percentual fixado por lei municipal, no limite máximo de 5% do valor do serviço, cf art. 8º da Lei Complementar n. 116/2003.

Assim, o trabalho intelectual, científico, artístico ou cultural prestado por pessoa física sob a forma de emprego, está sujeito ao desconto do 15% a 27,5% de IR do rendimento líquido, após as deduções legais, mas não recolhe ISS.

Sob o ponto de vista fiscal, a sociedade simples sob comento gozará de isenção do IR, ou sofrerá uma incidência mínima deste; porém o trabalhador-associado está obrigado a recolher IR sobre o lucro que auferir da sociedade, logicamente, deduzidas todas as despesas operacionais. Logo, há mais vantagem imediata para o contratado associado do que na modalidade de contrato de emprego. Para o tomador do serviço, a vantagem é muito maior, porque, além da desoneração trabalhista, fiscal e previdenciária, ainda contabiliza o valor do serviço tomado como despesa operacional, dedutível para efeito de cálculo do Imposto Renda.

4.5 Obrigações previdenciárias

O empregador e o empregado recolhem para o INSS, o primeiro no percentual de 20% sobre a remuneração do empregado, e este no percentual de 8 a 11% de sua remuneração, limitado ao teto previdenciário.

Ocorre que todos os trabalhadores a qualquer título e empresários são segurados obrigatórios da Previdência Social. Assim, o sócio da sociedade simples, que é o prestador do serviço ora comentado, é segurado obrigatório, na categoria de *contribuinte individual* (art. 9º, V do Dec. n. 3.048/99), e como tal está obrigado a recolher 20% sobre o salário de contribuição ao INSS, cf. art. 199 do Dec. n. 3.048/99.

A empresa tomadora do serviço ainda contribui com 15% sobre o valor da nota fiscal ou fatura da prestação de serviço de cooperado por intermédio de cooperativa de mão-de-obra, compensado o valor dos insumos utilizados.

Por sua vez, cf. art. 201, § 5º, do Dec. n. 3.048, a PJ está obrigada a recolher aos cofres do INSS 20% sobre: a) a remuneração paga ou creditada aos sócios em decorrência de seu trabalho, de acordo com a escrituração contábil da empresa; b) os valores totais pagos ou creditados aos sócios, ainda que a título de antecipação de lucros da pessoa jurídica, quando não houver discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho e o proveniente do capital social.

Aqui não há vantagem para o trabalhador associado, que terá um prejuízo de 8% a 12%. Já o tomador dos serviços se beneficiará, pois não recolherá ao INSS pelos serviços pagos à sociedade prestadora e ainda contabiliza o valor dos serviços nas despesas, para fins de aferição do lucro, para efeito do cálculo de outros tributos.

Conclui-se dos dois últimos itens supra que o prestador do serviço *não* pode figurar na relação de trabalho intermediado por uma pessoa jurídica sob *dúplice* natureza jurídica – civil e trabalhista – nem pode beneficiar-se de parte das duas: civil só para os benefícios fiscais e previdenciários e trabalhista para gozo dos direitos decorrentes da relação de emprego. *Ou o contrato é totalmente civil ou puramente trabalhista.*

4.6 Desconsideração da pessoa jurídica

A Lei sob análise determina que se aplique o art. 50 do Código Civil no caso de a pessoa jurídica servir para desvirtuar a natureza da prestação do serviço, o qual trata da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine*):

Em caso de abuso na personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão primordial, 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 obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Neste caso, constatada a fraude no uso da pessoa jurídica, tudo que foi realizado sob seu manto será convertido em trabalho pessoal de pessoa física, aplicando-se a legislação própria. Entretanto, uma vez tendo se consumado o benefício do sistema fiscal e previdenciário da PJ, não haverá reversão, ainda que venha a ser reconhecida relação de emprego do (pseudo)associado, cf. uma das razões de veto ao dispositivo que previa exatamente a anulação do regime tributário e previdenciário do art. 129 se comprovada relação de emprego perante a Justiça do Trabalho. Com isso, a lei estabeleceu a garantia *jure et de jure* de prevalência dessa modalidade de contratação sobre o modelo celetista. Tal decisão política atende ao reclamo das grandes corporações internacionais que se estabelecem no Brasil, que pugnam por segurança jurídica de suas operações.

4.7 Trabalho Intelectual – científico, artístico ou cultural

O preceptivo sob análise inclui na categoria de *intelectual* três especialidades de trabalho: o de natureza científica, artística e cultural. Vejamos esses conceitos.

Trabalho - *é ação*, significando todo esforço físico ou intelectual, na intenção de realizar ou fazer qualquer coisa. Do Vocabulário Jurídico de Silva (2004, p. 1413), extrai-se o oportuno excerto:

No sentido econômico e jurídico, porém, trabalho [...] é toda ação, ou todo esforço, ou todo desenvolvimento ordenado de energias do homem, sejam psíquicas, ou sejam corporais, dirigidas com um fim econômico, isto é, para produzir uma riqueza, ou uma utilidade, suscetível de uma avaliação, ou apreciação monetária.

Assim, qualquer que seja a sua natureza, e qualquer que seja o esforço que o produz, o trabalho se reputa sempre um bem de ordem econômica, juridicamente protegido.

Intelectual – sem dúvida, vem de intelecto, da inteligência. Como trabalho é ação, trabalho intelectual é aquele que provém da inteligência criadora do ser humano. Trabalho intelectual é o que representa criação e recriação de seu autor.

Mas o conceito de intelecto não é tão simples assim, tendo desafiado os pensadores de todos os tempos. Segundo Abbagnano (1970), o termo tem sido usado pelos filósofos em duplice significado: a) um genérico como *faculdade de pensar em geral*; b) um significado específico como uma *particular atividade ou técnica de pensar*.

No 1º sentido, o *genérico*, como *faculdade geral do pensar*, Platão define *intelectual* como a atividade que pensa e que, portanto, dá limites, ordem e medida às coisas. Aristóteles, dando eco a Parmênides de Eléia, entende por I. “aquilo pelo qual a alma raciocina e compreende”. Leibniz, por sua vez, entendia por I. “a percepção distinta unida à faculdade de refletir, que não existe na alma dos animais”. No mesmo sentido, Kant diz que “I. é a faculdade de pensar o objeto de intuição sensível, ou o poder de conhecer em geral”. (Abbagnano, 1970).

No 2º sentido, o *específico*, do intelecto como *particular atividade ou técnica de pensar*, distinguem-se três interpretações fundamentais: a) o intelecto *intuitivo*; b) o intelecto *operativo*; c) o intelecto *compreendente ou inteligência*. Vejamos cada um:

a) Aristóteles percebeu que o *intelecto intuitivo* é, além da faculdade pela qual a alma raciocina e compreende, é também uma virtude dianoética, isto é, um hábito racional específico, ou seja, a faculdade de intuir os princípios das demonstrações, os quais não podem ser apreendidos nem pela ciência, que é somente um hábito demonstrativo, nem pela arte e pela sabedoria as quais dizem respeito às coisas que podem ser de outra forma, isto é, que carecem de necessidade. Neste sentido, o I. tem também a faculdade de intuir os “termos últimos”, os fins aos quais deve ser subordinada a ação;

b) também no sentido específico, inclui-se o sentido *operativo* de intelecto. Coube a Bergson defini-lo como “a faculdade de fabricar objetos artificiais, particularmente utensílios, e de variar indefinidamente sua fabricação”. “Devido à sua função operativa, a inteligência tende a captar não as coisas, mas a relação entre as coisas, por isso não a matéria delas, mas a sua forma”;

c) ainda no sentido geral, vem a concepção de *intelecto compreendente* ou inteligência, articulada em dois sentidos: 1) como *inteligência* – a capacidade de apreender o significado de um símbolo, a força de um argumento, o valor de uma ação etc., ou seja, “a capacidade de efetuar corretamente uma operação determinada”; 2) como *compreensão* – “de um certo tipo de objetos, por ex., de um homem ou de uma situação histórica”. (Abbagnano, 1970).

Contudo, além dessas concepções tradicionais do intelecto, do qual se manifesta a inteligência, Gardner (2006) identifica pelo menos oito espécies de inteligências: *lingüística*, *lógica*, *matemática*, *musical*, *espacial*, *corporal-sinestésica* (em atletas e dançarinos), *interpessoal* (compreensão de humores, motivações e estados mentais de outras pessoas) e *intrapessoal* (percepção dos próprios sentimentos e aptidão para torná-los como base para orientar comportamentos), a *naturalista* – que permite o reconhecimento e a categorização de objetos naturais, a exemplo de Charles Darwin. O mesmo autor já investiga uma nona inteligência: a *existencial*, “que abarca

a propensão humana a levantar questões fundamentais sobre a existência, a vida, a morte, a finitude e ponderar a respeito delas”, a exemplo de Dalai Lama, Kierkegaard, Soren.

Assim, o *trabalho intelectual* é o que envolve a manifestação do intelecto, em todos ou qualquer dos seus sentidos: *intuitivo*, *operativo* ou *compreendente*, ou seja, a ação criativa ou recriativa, de ordem física e/ou mental, concebida a partir da compreensão abstrata do objeto.

Científico – é o trabalho intelectual diretamente dirigido à pesquisa, à investigação metódica e coordenada a partir de evidências e experiências. É o que faz ciência. E a ciência, sob a especulação filosófica, inclui pelo menos três tipos de questões: a) relativas ao método de cada ciência; b) relativas ao tipo de conhecimento alcançado; c) relativas à filosofia da natureza possível. (Rodrigues, 1997, verbete Científico) Logo, não tem natureza científica o trabalho que não envolve essas qualidades e, conseqüentemente, não estará albergado pela norma de exceção ao vínculo de emprego.

Artístico – trabalho de natureza artística é o que consiste em produção de arte em todas as suas formas de manifestação, literária, musical, corporal, pintura, escultura, desenho, gráfica, artesanato etc., criando, interpretando ou reproduzindo.

M. Antunes, após desvanecer da indefinibilidade da arte, tamanha é sua abrangência, diz que o fenômeno artístico, como parte do fenômeno cultural geral, só se torna inteligível na intersecção de três leis: *lei do reflexo*; *lei do gênio*; *lei do gênero*.

Em seguida, sugere pelo menos uma dúzia de formas como aparece a arte: **imitação**; **criação ou fabricação** “a partir do próprio artista ou de elementos primordiais”; **expressão**, “em formas espaciais e/ou duracionais, do mundo próprio do homem, do seu aprender, do seu imaginar, do seu desejar, do seu querer, do seu representar, do seu futurar”; **comunicação**, “por meio de certos processos seletivos, ou por meio de certos sinais especialmente significantes ou significativos de determinadas mensagens ou da simples vontade de comunicar”; **jogo**, “mais ou menos gratuito ou mais ou menos interessado, em que certos homens revelariam uma das características fundamentais do homem, que é a de ser *homo ludens*, induzindo outros a participarem dessa capacidade”; **exteriorização**, “no e pelo sensível, do espírito absoluto”; **produção**, “a nível superestrutural e ideológico de conteúdos, infra-estrutura de ordem social e econômica”; **intuição**; manifestação de **beleza**, “que, através do som, da matéria plástica e/ou da palavra, em formas adequadamente rítmicas e proporcionadas causa deleite, prazer ou agrado”; padrão informado pela **sensibilidade**; **sublimação** da libido instintual de forma aproximadamente idêntica à que se dá noutras formas da cultura; manifestação concreta e simbólica de arquétipos do inconsciente coletivo. (ANTUNES, 1997, verbete)

Desse ligeiro apanhado, conquanto vastíssimo o sentido de arte, fica claro seu sentido. Ademais, nos conceitos vagos ou indeterminados, toma-se o sentido que o senso comum lhe empresta. E não se queira incluir na categoria de trabalho artístico aquele que não envolva um dos sentidos supra.

Cultural – em sentido coloquial, *cultural* é assim entendido o trabalho que tem por base manifestações da cultura popular, folclórica, dança, hábitos etc. Do Dicionário Aurélio, extrai-se que *cultural* é:

relativo à, ou próprio da cultura”. E Cultura, para os efeitos ora estudados, significa “o complexo dos padrões de comportamento, das crenças, das instituições e doutros valores espirituais e materiais transmitidos coletivamente e característicos de uma sociedade. (FERREIRA, 1986).

Mas não é tão simples assim. Cultural vem de cultura e o conceito de cultura é extensíssimo. Abbagnano escreve que o termo tem dois significados básicos: a) o primeiro e mais antigo é aquele pelo qual significa a formação do homem, o seu melhorar-se e refinar-se; b) o segundo significado é aquele pelo qual indica o produto dessa formação, isto é, o conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, que se costumam também indicar pelo nome de civilização. Do seu extenso texto, é oportuna a transcrição dos excertos abaixo:

No primeiro significado, referente à pessoa humana individualizada na sua formação, a palavra corresponde ainda hoje ao que os Gregos chamavam *paidéia* e que os latinos, no tempo de Cícero e de Varrão, indicavam pela palavra *humanitas*: a educação do homem como tal, isto é, a educação devida àquelas ‘boas artes’, próprias só do homem e que o diferenciam de todos os outros animais. [...] As boas artes eram a poesia, a eloquência, a filosofia etc., às quais se reconheciam um valor essencial por aquilo que o homem é e deve ser, portanto a capacidade de formar o homem verdadeiro, o homem na forma genuína e perfeita.

No segundo significado a palavra é hoje especialmente usada pelos sociólogos e antropólogos para indicar o conjunto dos modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de uma geração para outra, entre os membros de uma determinada sociedade.

Como se vê, todos esses conceitos não são fechados. Chegam a ser conceitos indeterminados, os quais se caracterizam por situarem-se numa zona penumbrosa, entre o fim do dia e o início da noite. Neste caso, a solução se dá pelo que de ordinário se entende e ainda tendo em vista o fim alvitado pela norma jurídica.

5 IMPLICAÇÕES DA LEI DO BEM COM A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

De antemão, trata-se de mais uma forma de terceirização do trabalho, a qual instiga as seguintes questões: pode ser prestada para atividade-fim da empresa sem vínculo de emprego do prestador do serviço com a tomadora do serviço? As cooperativas podem fornecer mão-de-obra para atividade permanente da empresa tomadora do serviço?

5.1 Pontos convergentes e pontos divergentes entre a Lei do Bem e o contrato de emprego

Dentre outros, identificamos os seguintes pontos de intersecção das linhas características do contrato mediante PJ e do contrato de emprego: a) ambos são contrato de atividade, ou seja, para prestação de serviço contínuo; b) em ambos haverá a pessoalidade na execução do serviço; c) em ambos o serviço é de necessidade contínua ou mais ou menos duradoura na tomadora; d) ambos são onerosos, em que o trabalho é remunerado; e) em ambos, o trabalho poderá ser prestado nas dependências da contratante tomadora.

Por sua vez, as duas modalidades distanciam-se nos seguintes pontos: a) o trabalho do art. 129 é prestado mediante uma pessoa jurídica, o celetista, através de pessoa física; b) o primeiro é regido pelo Código Civil, o segundo, pela Consolidação das Leis do Trabalho; c) no do art. 129 o trabalhador goza de autonomia ou é parassubordinado, no de emprego, ele é comandado; d) no do art. 129 há uma relação de coordenação entre o tomador e o prestador do serviço, no celetista, há uma subordinação do empregado ao empregador; e) cada um gera obrigações fiscais e previdenciárias diferentes; f) no contrato de emprego a pessoalidade do empregado é de sua essência, indelegável, enquanto no contrato do art. 129 a sociedade poderá realizar o serviço mediante terceiro alheio aos seus quadros, ou através de empregados seus, embora isso só seja admissível segundo as restrições já descritas no item 4.3.

Na fiscalização do trabalho ou perante os pretórios trabalhistas haverão de ser analisadas as duas situações. Decerto, a segunda situação posta – pontos divergentes entre as duas modalidades – sempre estará formalizada documentalmente. Porém, se os fatos se rebelarem e demonstrarem que na realidade a pj é apenas de fachada; ou que não há autonomia do trabalhador; ou que o trabalho não é de natureza intelectual; ou que se trata de uma terceirização ilícita etc. impor-se-á a declaração da relação empregatícia.

5.2 A Lei do Bem x o princípio trabalhista da primazia da realidade

Essa forma de contratação já vinha sendo amplamente utilizada com o fim de mascarar a relação de emprego e contornar a legislação do trabalho, mediante a qual as empresas se exoneravam do *custo do emprego*.

Agora, com a expressa permissão no art. 129 da Lei n. 11.196/05, a dita prática que antes era escusa estará imune à legislação do trabalho?

Claro que não. Nada mudou do ponto de vista da legislação do trabalho. A fiscalização do trabalho e os órgãos jurisdicionais continuarão velando pela correta aplicação da legislação obreira. Todos os casos em que, conquanto a forma acuse uma relação jurídica autônoma, de fato se afigure uma relação subordinada, deverão reger-se pela legislação protetora do trabalho.

É importante salientar que a lei sob comento possui natureza fiscal, portanto deve ser interpretada sob essa ótica e tendo em vista esses fins. Por sua vez, a lei trabalhista possui natureza tutelar da relação de emprego, é impositiva e especial, não cedendo à vontade das partes nem a outros comandos legais que não sejam trabalhistas.

Conseqüentemente, a lei fiscal é boa e deve ser respeitada e até aplaudida, haja vista seus fins benéficos e liberatórios de tributos das empresas. Porém, dentro da restrita finalidade. No momento em que resvalar para a burla da proteção do trabalho, deve ser desconsiderada, até porque, nesta hipótese, estará desviando-se de sua finalidade.

A proteção do trabalho constitui direito fundamental da pessoa do trabalhador, catalogada no art. 7º da Constituição. Sua principal regulamentação encontra-se na Consolidação das Leis do Trabalho, na Lei n. 8.036/90, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, Lei n. 4.090/63, do 13º Salário, e Lei n. 605/49, do repouso semanal remunerado, dentre outras.

E a relação de emprego encontra-se definida na Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 3º e 442, cuja caracterização de fato é oponível a todas as outras fórmulas, legais ou contratuais, que a disvirtue.

O art. 3º estabelece as quatro características da relação de emprego: *pessoalidade* na prestação do serviço, *não-eventualidade*, *subordinação* jurídica e *remuneração*”

Prosseguindo nesse intento, o art. 442 da mesma CLT preceitua: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego” Aqui, o Digesto Obreiro alberga a teoria do contrato realidade, significando

dizer que, uma vez verificados os fatos que o caracterizam, pouco importa a forma. Aqui também se aninha o princípio da primazia da realidade.

Este princípio consiste em que, no caso de discrepância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos, deve dar-se preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.

O contrato de trabalho é consensual; porém, seu conteúdo vai tomando formas diferentes. Vai-se revelando não pelo pacto, mas pela conduta das partes. Por isso, o contrato é o que de fato está existindo (art. 442, CLT), não obstante a forma que documentalmente se lhe atribua.

O distanciamento entre a forma e os fatos decorre de uma das quatro situações: *simulação* (ação deliberada de produzir situação jurídica distinta da real); *erro* imputável a uma das partes ou a ambas; *falta de atualização dos dados* na CTPS e nos registros próprios; e *ausência de requisitos formais*, que pode tornar vulnerável o ato.

O art. 9º da CLT, amarrando a situação, é imperativo: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Na verdade, a fraude que descaracteriza uma relação de emprego de fato agride não só a CLT, mas toda a legislação trabalhista, como o FGTS, o 13º salário, o repouso semanal e da seguridade social, como o INSS, o PIS/PASEP.

Com efeito, só o prestador de serviços intelectuais poderá ser contratado nos moldes previstos no art. 129 da Lei 11.196/05. Esse trabalho intelectual pode inclusive ser de natureza científica, artística ou cultural.

Decerto, esses profissionais não se curvam a uma relação de emprego nos moldes do capitalismo industrial, como foi concebida a nossa legislação do trabalho. Tais trabalhadores preferirão uma relação jurídica regida pela legislação civil, que possui mais força de contratualidade, permitindo mais liberdade na manifestação da vontade.

Desvirtuar os conceitos de intelectual, científico, artístico e cultural para enquadrar os profissionais respectivos no art. 129 da Lei do Bem constitui a maior fraude à lei trabalhista. Conseqüentemente, em tais casos, impõe-se a aplicação do art. 9º do Digesto Obreiro.

E como identificar se a natureza do trabalho prestado é intelectual (científica, artística ou cultural)?

Um critério para o enquadramento da situação diz respeito a identificar se o serviço relaciona-se com a criatividade ínsita ao trabalho intelectual, à atividade-fim da pesquisa científica, da criação intelectual, da produção artística e cultural. Não se incluindo os corroboradores ou prestadores de atividades de apoio ao trabalho intelectual. Estes últimos ou são empregados do intelectual prestador do serviço ou do tomador.

O problema que se antevê é que onde passa um boi passa uma boiada.

Assim, certamente os conceitos tenderão a flexibilizar-se. Daqui a uns dias, os tomadores de serviço enquadrarão qualquer trabalho como intelectual; qualquer espécie de elucubração será trabalho científico; qualquer que exiba cores, sons, imagens é artístico e qualquer que exiba movimento será cultural. É bem aqui, quando houver abuso desses conceitos, que o princípio da primazia da realidade intervirá, para corrigir a relação formal segundo a relação de fato.

Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego, ao Ministério Público do Trabalho e aos órgãos de classe fiscalizar esse fiel enquadramento.

Não é que a legislação do trabalho prevaleça sobre outras leis. É que, cada qual deve comandar seu cada qual. A relação de emprego é definida e protegida pela legislação do trabalho. E sua caracterização decorre dos fatos. Uma vez constatados estes, incide a lei trabalhista. Não caracterizada a relação de emprego, aplica-se ao caso, a Lei fiscal-empresarial.

5.3 A Lei do Bem x os limites da terceirização e a Súmula 331 do TST

Essa criação legal reflete mais uma medida em cumprimento ao inesgotável projeto de flexibilização das relações de trabalho. No caso em apreço, trata-se de mais uma forma de terceirização de serviços.

Sem mais digressões sobre o conceito de terceirização, é salutar registrar que conforme o art. 3º da Instrução Normativa n. 3/97, do Ministério do Trabalho e Emprego, empresa contratante é a pessoa jurídica de Direito Público ou Privado que celebra contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços. Nos §§ 1º ao 4º desse artigo estabelece as características da contratação de serviço terceirizado: a) a contratante e a empresa prestadora de serviços a terceiros devem desenvolver atividades diferentes e ter finalidades distintas; b) a contratante não pode manter trabalhador em atividade diversa daquela para a qual o mesmo fora contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros; c) em se tratando de empresas do mesmo grupo econômico, onde a prestação de serviços se dê junto a uma delas, o vínculo empregatício se estabelece entre a contratante e o trabalhador colocado à sua disposição de acordo com o disposto no art. 2º da CLT; d)

o contrato de prestação de serviços a terceiros pode abranger o fornecimento de serviços, materiais e equipamentos.

De antemão, como se trata de uma forma de terceirização de serviços, deverão ser observadas as regras mínimas da terceirização: a) da especialização, ou seja, que a pessoa jurídica prestadora do serviço seja especializada na espécie a que se propõe; b) o serviço terceirizado não poderá integrar a atividade-fim da tomadora; e c) a tomadora responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas dos trabalhadores empregados da prestadora que lhe realizaram o serviço. Além dessas regras, atente-se para o limite que o art. 129 da Lei n. 11.196 impõe – ou seja, a contratação de serviço mediante pessoa jurídica só poderá ser efetuada para trabalho de natureza intelectual, científica, artística ou cultural.

Outrossim, por imperativo do art. 114, I, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 45/2004, compete à Justiça do Trabalho julgar os dissídios oriundos dessa relação, envolvendo a pessoa do prestador do serviço e a sociedade a que pertencer ou o prestador do serviço, quer sob a forma instituída pela Lei n. 11.196/2005, quer sob a forma da tradicional relação de emprego.

Notas conclusivas

1. O art. 129 da Lei do Bem permite que o prestador de serviço de natureza intelectual, inclusive o científico, artístico e cultural, seja contratado mediante uma sociedade simples, sem vínculo de emprego, beneficiando-se o contratante e o contratado das reduções fiscais e previdenciárias. Alberga um contingente bastante representativo de relações de trabalho, e de enorme peso na economia. Devidamente bem empregado, o dispositivo não padece de inconstitucionalidade, porque o bem protegido pela Constituição é o trabalho e não só na modalidade de emprego.

2. Essa lei integra o conjunto de medidas legais tendo em vista a concretização de uma das políticas públicas de incentivo às empresas e de combate à informalidade, dentro da política maior de inclusão social. Por outro lado, protege a relação contratual interempresarial envolvendo profissionais altamente bem remunerados, que não se comprazem com as limitações que o contrato de emprego impõe.

3. O trabalho sob a modalidade ora comentada só poderá ser prestado mediante uma pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade simples, assim entendida aquela que não exerça atividade empresarial e a cooperativa. Mas a tendência é de evoluir para abranger a contratação interempresarial generalizadamente.

4. Caso seja constatado o abuso no uso da pessoa jurídica, aplica-se a regra do art. 50 do Código Civil, responsabilizando-se os sócios da pessoa jurídica. Contudo, não haverá reversão dos benefícios fiscal e previdenciário auferidos.

5. Como se trata de regra de exceção à legislação do trabalho, os conceitos devem ser interpretados no sentido restritivo, bem delimitados. Assim, trabalho de natureza intelectual é aquele que provém da inteligência criadora do ser humano; é o que representa criação e recriação de seu autor. Neste largo conceito, inclui-se o trabalho de natureza científica, artística e cultural. Logo, não valem quando incluem os trabalhos meramente repetitivos, que não envolvam esforço criativo.

6. Mas, quando a relação de fato, embora formalmente seja enquadrada na Lei do BEM, revelar-se de natureza trabalhista, nos termos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevalecerá o contrato de emprego, por imperativo dos art. 9º e 442 do Digesto Obreiro. O 9º nulifica todo ato tendente a desvirtuar a aplicação da CLT, e o 442 acolhe o princípio da primazia da realidade nas relações de trabalho. Contudo, a interpretação das regras celetistas terá sempre em vista proteger o economicamente fraco, que esteja sendo ludibriado. Mas jamais no sentido de coagir pessoas bem situadas no cenário econômico e social a submeterem-se aos limites do contrato de emprego.

7. Outrossim, por imperativo do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a EC n. 45/2004, a competência para julgar a matéria envolvendo o trabalhador e a sociedade a que pertence ou o tomador do serviço é da Justiça do Trabalho, quer na modalidade civil, quer na trabalhista. Em conseqüência, compete ao Ministério do Trabalho e Emprego fiscalizar a correta aplicação da lei, bem como ao Ministério Público do Trabalho e aos órgãos de classe velar pelo seu fiel cumprimento.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Editora Jou, 1970. Do original *Dizionario di Filosofia*.

ANTUNES, M. Verbete ARTE (Filosofia da). In: **LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia**. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [19—].

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, JORGE NETO, Francisco Ferreira. Aspectos do art. 129 da Lei n. 11.196, da terceirização e do Direito do Trabalho. **Revista Zênite: ILC**, informativo de licitações e contratos. Curitiba, ano 33, n. 149, jul. 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIUZA, Ricardo (Coordenador). **Novo código civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. 1.

GARDNER, Hovard. Inteligência Humana Múltipla. **Revista “Viver – Mente e Cérebro”**, São Paulo, n. 1. Edição Especial Inteligência.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26 ed. Malheiros, 2005.

PASQUALIN, Roberto. **Gazeta Mercantil**, São Paulo. 16.12.2005. Caderno ^a

RODRIGUES, J. Resina. **Ciência (Filosofia da)**. In: LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. 2. reimp. Lisboa: São Paulo: Editorial Verbo, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRANCA

A LEI N. 11.382 E O PROCESSO DO TRABALHO

Estêvão Mallet*

1 INTRODUÇÃO

Em prosseguimento à reforma da legislação processual, iniciada há mais de uma década, fizeram-se aprovar, no final de 2006, quatro novas leis, de ns. 11.382, 11.417, 11.418 e 1.419. A primeira cuida preponderantemente do processo de execução; a segunda trata da edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A, da Constituição; a terceira disciplina o instituto da repercussão geral em recurso extraordinário, nos termos do art. 102, § 3º, também da Constituição; a última regula a utilização de meios eletrônicos em processos judiciais. Na presente altura, indicam-se, tão somente, algumas impressões, de caráter geral, sobre diferentes aspectos da Lei n. 11.382, aquela que, de todas as leis citadas, mais amplamente alterou o Código de Processo Civil. Embora trate ela muito mais da execução fundada em título extrajudicial, seus dispositivos interessam ao processo do trabalho por pelo menos dois diferentes motivos. De um lado, depois da Emenda Constitucional n. 45, ampliaram-se as hipóteses de execução de título extrajudicial perante a Justiça do Trabalho. Ao lado dos casos antes previstos, decorrentes da Lei n. 9.958, envolvendo execução de termos de ajustamento de conduta e de acordo celebrado perante comissão de conciliação (CLT, arts. 625-E, parágrafo único, e 877-A), inserem-se agora novas hipóteses, como, por exemplo, execução de multas administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho¹. De outro lado, as disposições atinentes ao processo de execução aplicam-se também ao chamado cumprimento da sentença (CPC, art. 475-R) – considerada agora mera fase do processo –, especialmente no tocante à disciplina da apreensão e expropriação de bens.

2 AS PRIMEIRAS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 11.382

Os primeiros preceitos do Código de Processo Civil alterados pela Lei n. 11.382 não dizem respeito à execução, principal tema nela tratado. Compreendem,

* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ A propósito, Marcos Neves Fava, As ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho – Primeira leitura do art. 114, VII, da Constituição da República *in* Justiça do Trabalho: competência ampliada, São Paulo, LTr, 2005, p. 354, e Estêvão Mallet, Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45 *in* Justiça do Trabalho: competência ampliada cit., p. 86.

em síntese, medidas tendentes a a) atualizar a redação de alguns dispositivos legais e b) facilitar a prática de certos atos processuais, com a atribuição de ônus às partes e a eliminação de formalismos desnecessários e inúteis.

No primeiro grupo estão as modificações dos incisos IV, do art. 411, e I, do art. 493, que apenas adaptam os dispositivos à Constituição de 1988, antes desatualizados, por conta da extinção do Tribunal Federal de Recursos e da criação do Superior Tribunal de Justiça. Mas a adaptação foi duplamente incompleta. Em primeiro lugar, permanece a omissão relativamente aos juizes dos Tribunais Regionais Federais, que, por simetria, deveriam ter sido mencionados no inciso IX, do mesmo art. 411. Em segundo lugar, é pena que não se tenha sanado a indevida ausência, no inciso I, do art. 493, de alusão ao Tribunal Superior do Trabalho, ausência tanto mais injustificável quanto é certa a aplicação das regras do Código de Processo Civil à ação rescisória trabalhista, nos expressos termos do art. 836, da CLT, na redação dada pela Lei n. 7.351.

A atribuição, ao oficial de justiça, da incumbência de efetuar avaliações, conforme o inciso V, adicionado ao art. 143, do CPC, harmoniza-se com o texto dos arts. 652, § 1º, e 680, ambos do CPC, na redação que lhes foi conferida pela mesma Lei n. 11.382, bem como com o art. 475-J, § 2º, introduzido pela Lei n. 11.232. A medida inspira-se no exemplo do processo do trabalho, em que ao oficial de justiça já cabia tal tarefa desde a Lei n. 5.442. Não é excessivo lembrar, de passagem, que a avaliação feita pelo oficial de justiça, a despeito da fé pública de que se reveste, não está imune a questionamento. É impugnável, tanto no processo civil como no processo do trabalho, como enunciado em doutrina e jurisprudência² e, ainda, consoante revela o art. 13, da Lei n. 6.830. Aliás, a impugnação da avaliação constitui, inclusive, matéria para embargos, nos termos da nova redação do art. 745, inciso II, do CPC.

As providências tendentes a facilitar a prática de certos atos processuais, com a criação de ônus para as partes e a eliminação de formalismos desnecessários e inúteis, envolvem a dispensa de autenticação de peças do próprio processo (inciso V, do art. 365) e a presunção de validade de intimações, em caso de não comunicação de mudança de endereço (art. 238, parágrafo único).

¹Em jurisprudência, confira-se o seguinte precedente: “Penhora – Avaliação. É juridicamente possível, sim, questionar avaliação de bem penhorado. Seja pelo constitucional direito de petição e ampla defesa, seja porque expressamente previsto na lei...” (TRT – 3ª Reg., SE, AP. n. 2097/98, Rel. Juiz Paulo Araújo *in* DJMG de 12.02.99, p. 3 *in* Revista do Direito Trabalhista, 3/99, p. 73). Em doutrina, veja-se Wilson de Souza Campos Batalha, Tratado de direito judiciário do trabalho, São Paulo, LTr, 1995, vol. II, p. 766.

A dispensa de autenticação de peças, quando declarada sua autenticidade pelo advogado, é plenamente justificável. Guarda alguma semelhança com a figura do *affidavit*, de ampla utilização no direito anglo-americano³. O inciso V, adicionado ao art. 365, do CPC, em que prevista a franquia, corrige a impropriedade da norma do art. 544, § 1º, parte final, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.352, que considerava a possibilidade de declaração de autenticidade apenas de peças para a formação de agravos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência trabalhista, com todo o acerto, não hesitou em aplicá-la também no processo do trabalho, para o agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de seguimento de recurso de revista⁴. Alguns precedentes, em inaceitável e incorreta interpretação estrita do texto legal, não a admitiam em recursos dirigidos a outros Tribunais⁵.

Agora não há mais espaço para o formalismo vazio da autenticação extrajudicial ou mesmo judicial, que nada acrescenta à segurança do processo e toma desnecessariamente o tempo de servidores, a ser doravante melhor aproveitado em outras e mais produtivas atividades. Ademais, os riscos de falsidade, que nem mesmo a autenticação judicial ou extrajudicial elimina por completo, ficam sensivelmente atenuados com o controle exercido pela parte contrária, em virtude do contraditório inerente ao processo. Por isso mesmo é que a Orientação Jurisprudencial n. 43, da Subseção I, do Tribunal Superior do Trabalho já dizia, em clara superação do teor literal do art. 830, da CLT⁶: “O instrumento normativo em cópia não autenticada possui valor probante desde que não haja impugnação ao seu conteúdo, eis que se trata de documento comum às partes”. Ora, não há documento mais comum as partes, em sentido amplo, do que as peças dos processos em que elas litigam. Assim, a partir do art. 365, inciso V, do CPC, é desnecessária a autenticação, judicial ou extrajudicial, de peças para formação de agravos, de cartas de sentença – como previsto, aliás, no

³A propósito, Stuart Sime, *Civil procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 391 e segs., bem como Antonio Lefebvre d’Ovidio, *Affidavit, Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1958, I, p. 668, e John Bouvier, *Bouvier’s Law Dictionary and concise encyclopedia*, Kansas City, West Publishing, 1914, v. 1, p. 158.

⁴Cf. item IX, da Instrução Normativa n. 16, do Tribunal Superior do Trabalho.

⁵“Agravo de instrumento. Autenticação de peças por advogado. As peças juntadas com o agravo de instrumento não estão autenticadas, de acordo com o artigo 830 da CLT. A regra de autenticação de peças pelo advogado, contida no item IX da Instrução Normativa nº 16/99 só se observa em relação ao recurso extraordinário e não nos demais recursos trabalhistas, conforme a previsão do parágrafo 1º do artigo 544 do CPC. Não conheço do recurso” (TRT - 2ª Reg., 3ª T., AI n. 00915-2002-035-02-01, Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins, Ac. n. 20030475397, julg. em 09.09.03 in DOE SP, PJ, TRT 2ª de 23.09.03). Na mesma linha restritiva, em doutrina, Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado*, São Paulo: Manole, 2004, p. 793.

⁶Expressivo, a propósito, o seguinte acórdão: “Diante dos avanços tecnológicos, presume-se que a cópia xerográfica seja reprodução fiel do original, o que, em princípio, afasta a necessidade de autenticação. A impugnação à cópia desta natureza, portanto, para ter eficácia, exige que se aponte a razão pela qual justifique-se uma dúvida sobre a sua confiabilidade. Superação da regra do art. 830, da CLT, neste caso especial, por se tratar de norma editada anteriormente à descoberta e operacionalização do processo de reprografia.” (TRT - 10ª Reg., 2ª T., Ac. nº 0914/95, Rel. Juiz Monteiro de Lima in DJDF de 23.06.95, p. 8.753).

art. 475-O, § 3º, do CPC –, cartas precatórias, cartas de ordem, cartas rogatórias ou outros desdobramentos do processo. Basta a declaração de autenticidade, feita pelo próprio advogado ou, no processo do trabalho, pela parte, quando exercer o *jus postulandi*. A alusão ao “próprio processo” deve ser entendida em termos amplos, de modo a abranger tanto a relação processual principal, em cujos autos estejam entranhadas as peças originais, como outras relações processuais dependentes ou acessórias. Logo, é perfeitamente aplicável o inciso V, do art. 365, às peças trazidas dos autos principais para os autos de embargos de terceiro ou de ação cautelar ou mesmo de ação rescisória. Na verdade, nada explica, a não ser a falta de mais apurada técnica legislativa, a remissão, para a juntada de cópias em embargos à execução, ao art. 544, § 1º, *in fine*, feita na própria Lei n. 11.382, com a nova redação do parágrafo único, do art. 736. Correto seria a indicação da norma geral, de ampla incidência, ou seja, o art. 365, inciso V, do CPC. Daí entender-se, outrossim, que a imposição de juntada de cópia autenticada da decisão rescindenda, em ação rescisória, imposta pela Orientação Jurisprudencial n. 84, da SDI II, do Tribunal Superior do Trabalho⁷, acha-se superada pelo novo regramento legal, o que, contudo, ainda não foi reconhecido pela jurisprudência.

A eficácia probatória em comento estende-se apenas ao campo do processo em que litigam as partes, ainda que entendida em sentido amplo a expressão. A conclusão ampara-se não só nos fundamentos da norma que a introduziu como, também, na previsão, existente em sua parte final, da possibilidade de impugnação da autenticidade das peças. Portanto, a cópia simples, extraída de peça juntada em processo entre A e B, não tem a eficácia de original quando juntada em outro processo, envolvendo C e D, sem nenhum nexo de dependência ou acessoriedade com o primeiro.

A declaração de autenticidade das peças produz efeitos desde logo. O escoamento do prazo para impugnação não constitui condição suspensiva de eficácia, a despeito da imprecisa redação do dispositivo legal. Em outros termos, não é preciso aguardar o decurso do prazo, sem impugnação, para que as peças em cópia, declaradas autênticas, tenham a força probatória dos originais. A força probatória é imediata, sujeita a resolver-se, porém, em caso de acolhimento de impugnação, processada na forma do art. 390 e seguintes do CPC. Impugnação abusivamente deduzida pode caracterizar litigância de má-fé, nos termos do art. 17, inciso VI, do mesmo Código.

Já a presunção de validade de intimações, em caso de não comunicação de mudança de endereço (art. 238, parágrafo único), providência relevante para a simplificação da prática de certos atos, alarga a obrigação do art. 39, inciso II, do CPC. Antes cabia ao advogado informar tão somente a mudança do seu endereço.

⁷“A decisão rescindenda e/ou a certidão do seu trânsito em julgado, devidamente autenticadas, à exceção de cópias reprográficas apresentadas por pessoa jurídica de direito público, a teor do art. 24 da Lei nº 10.522/02, são peças essenciais para o julgamento da ação rescisória. Em fase recursal, verificada a ausência de qualquer delas, cumpre ao Relator do recurso ordinário argüir, de ofício, a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do feito”

Agora lhe compete declinar também a mudança do endereço da parte. Sem a comunicação de mudança, “presumem-se válidas” – tais as inadequadas palavras da lei – as intimações dirigida ao último endereço registrado nos autos. A imprecisa redação do dispositivo pode dar margem a que se afirme, especialmente no processo do trabalho, diante da previsão da Súmula 16, do Tribunal Superior do Trabalho, ser meramente relativa a presunção enunciada, tanto mais que a mesma lei, quando quis realçar o caráter absoluto da presunção, o fez de maneira expressa (cf. nova redação do art. 659, § 4º). A considerar-se meramente relativa a presunção, provado o não recebimento da intimação, haveria de a repetir, para evitar ocorrência de nulidade. Não há espaço, porém, para falar em presunção meramente relativa, ao menos não no caso. Não está em causa, em rigor, nem mesmo mera presunção de validade do ato, mas, isso sim, atribuição de eficácia ao ato, tal como praticado. Na verdade, pretendeu o legislador dizer, conquanto não tenha sabido exprimir-se: “Serão eficazes as comunicações e intimações dirigidas ao endereço declinado nos autos, quando não comunicada sua alteração”.

A alusão a “modificação temporária” há de ser entendida em termos, *modus in rebus*. Não significa obrigação de informar novo endereço em caso de deslocamentos meramente transitórios, passageiros. Nem importa que deles possa decorrer, para o empregador, a obrigação de pagamento de adicional de transferência, na forma do art. 469, § 3º, da CLT. O quadro é outro. Apenas a mudança com alguma duração, conquanto não definitiva, gera o ônus de informar. A finalidade da norma justifica a interpretação proposta. Do contrário, ao invés de simplificar-se o processo, ficaria ele ainda mais burocratizado, pelo ingresso de sucessivas petições, mesmo em casos de deslocamentos fugazes das partes. Em conseqüência, o empregado deslocado para outra cidade, por algumas semanas ou mesmo um mês, por conta de necessidade transitória de serviço ou em gozo de férias, não está obrigado a comunicar, nos processos que eventualmente tenha ajuizado, o seu deslocamento, como se afigura até mesmo óbvio. Daí que, enviada a notificação exatamente durante o período de sua ausência, ela não surte efeito, não se “presume válida”, conforme os termos da lei. Deverá ser repetida, sob pena de comprometimento do ulterior desenvolvimento do processo. Diverso é o quadro para o empregado transferido para outro Estado, por dois anos, que omite a comunicação da mudança.

3 A DIFICULDADE ONTOLÓGICA DA EXECUÇÃO

Após os dispositivos desvinculados da execução, já examinados, repete-se, na Lei n. 11.382, a preocupação, presente também na Lei n. 11.232, de tornar mais eficiente o cumprimento das decisões judiciais ou a execução de títulos extrajudiciais. Afinal, para nada serve a rápida conclusão do processo (ou fase) de conhecimento se a execução (ou o cumprimento) da decisão não se realiza ou se realiza com extrema

difficuldade. Como já dizia Ramalho, há mais de um século, “na execução do julgado é que consiste principalmente o exercício da justiça”⁸.

Ao enfrentar esse problema – hoje sério, como se sabe – é preciso ter em conta, antes de qualquer coisa, a dificuldade ontológica inerente ao cumprimento das decisões judiciais e à execução dos títulos extrajudiciais. Não sendo assim, perde-se o contato com a realidade, de que decorre a adoção de medidas inadequadas, representadas pelo reformismo vazio. É o que se verifica, em grande parte, com a transformação do cumprimento das sentenças em fase do processo, para deixar de ser processo autônomo. Vista por muitos como deveras significativa, nada – ou quase nada – influi na essência das coisas. A execução de sentença já foi tratada pela doutrina e pela legislação, ao longo do tempo, como fase do processo⁹ – sem autonomia, portanto –, depois como processo autônomo¹⁰, e agora, de novo, como fase. Nem por isso tornou-se, após cada uma das mudanças, mais ou menos expedita. Como diria Shakespeare: “o que chamamos de rosa, com outro nome, exalaria o mesmo perfume tão agradável”¹¹.

É claro que os conceitos devem transformar-se à medida que evolui o conhecimento. Não se pretende negar tal circunstância. O que é preciso ter em conta, no entanto, é que modificar os conceitos, as concepções ou os nomes, por si só, não basta para transformar a realidade. Seria incorrer em ingênuo idealismo imaginar o contrário e Pontes de Miranda bem captou o ponto quando escreveu, em crítica desatualizada sob o plano dos costumes, mas notavelmente moderna no tocante ao tema da execução: “a ação de execução de sentença, seja qual for o nome que se lhe dê, ainda que algum legislador de idéias um tanto estapafúrdias redigisse lei em que a execução das sentenças de condenação se colasse à sentença mesma, não desapareceria. Seria o mesmo processo para duas ações! Mais: para duas pretensões, uma das quais somente se faz valer com a sentença sobre a outra. Vestir de calças uma mulher não é fazê-la homem”¹².

⁸ *Practica civil e commercial*, São Paulo, Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861, p. 201.

⁹ Gusmão, por exemplo, escreveu: “a execução outra cousa não é senão a effectividade, a realização ou concretização do julgado, e portanto parte integrante do juízo ou da acção” (*Processo civil e comercial*, São Paulo, Saraiva, 1921, vol. I, CXII, p. 406). E o Código de Processo Civil de 1939 dispunha, no art. 196: “A instância começará pela citação inicial válida e terminará por sua absolvição ou cessação ou pela execução da sentença”.

¹⁰ Por todos, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. 1, n. 137, p. 143, dizendo, na página seguinte, ser velho o “erro dos que ainda negam à execução a natureza de ação”.

¹¹ *Romeu e Julieta*, ato segundo, cena II *in* *Obras completas*, José Aguilar, Rio de Janeiro, 1969, v. I, p. 307.

¹² *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 6, p. 43-44.

Pois bem, o que mais embaraço cria à execução não é a sua definição como processo autônomo ou como mera fase do processo, mas a sua finalidade, a sua razão de ser, a sua essência. Para melhor compreender a observação, vale a pena relembrar a expressiva síntese com que Carnelutti diferenciou a atividade executiva da atividade cognitiva. Disse ele que, enquanto na atividade cognitiva o juiz “*transforma il fatto in diritto*”, na atividade executiva deve “*transforma(re) il diritto in fatto*”¹³. Ora, como se conclui sem nenhum esforço, transformar a realidade é sempre mais difícil do que imaginar como deveria ela ser. Formular, a partir de certos fatos, um dado juízo de valor, ou seja, transformar o ser em dever ser – transformar o fato em direito, na expressão de Carnelutti –, sempre é possível, ainda que se possa chegar a resultado mais ou menos correto, conforme as condições dadas. Já a atividade de adequar os fatos (ser) ao direito (dever ser) – transformar o direito em fato ou, mais genericamente, transformar a realidade – é algo que nem sempre se tem como fazer. Obstáculos materiais por vezes tornam inviável a realização do direito. Se, por exemplo, o direito impõe ao devedor a entrega de certo bem, mas o bem pereceu, é impossível transformar o direito (obrigação de entregar o bem) em fato (efetiva entrega do bem). Resta, então, a mera possibilidade de indenização (art. 234, parte final, do Código Civil). Mas, ainda assim, se o devedor não tem patrimônio, não há comando judicial ou força humana que possa tornar factível a obrigação de indenizar.

É justamente por caber à execução a tarefa de transformar a realidade – transformar o direito em fato, na expressão de Carnelutti – que a sua conclusão muitas vezes se mostra muito difícil ou mesmo impossível. Para retomar o exemplo mencionado no parágrafo anterior, se o devedor não tem patrimônio, não há como concluir a execução, quer seja ela tratada como fase, quer como processo autônomo. Se tem patrimônio, mas consegue ocultá-lo com alguma facilidade, não lhe convindo indicá-lo, chega-se ao mesmo resultado.

Por conta do que se disse até aqui é que se percebe importar muito mais, para tornar eficiente a execução, a adoção de medidas tendentes a a) desestimular o inadimplemento da obrigação subjacente ao título executivo e b) facilitar a localização e apreensão de bens suscetíveis de execução. A nova Lei n. 11.382 contempla medidas do gênero, que merecem ser consideradas. Antes, porém, não custa indicar algumas omissões, imprecisões ou impropriedades técnicas que nela se contêm, além de contradições teóricas em seus dispositivos.

¹³ *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, n. 176, p. 283-284. Já no *Sistema Carnelutti* se aproximava da mesma idéia, quando escreveu: “*non sarebbe azzardato definire questa differenza (entre cognição e execução) con la antitesi tra la ragione e la forza; invero quella è lo strumento del processo giurisdizionale, questa è lo strumento del processo esecutivo*” (*Sistema di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1936, I, p. 180).

4 IMPROPRIEDADES DA LEI N. 11.382

Nem sempre foi coerente ou cuidadoso o legislador ao redigir as disposições da Lei n. 11.382. Aprimorou, é certo, a redação de alguns preceitos. Substituí, por exemplo, a referência a “devedor” ou a “credor”, do texto original do Código, pela alusão, mais acertada, aos sujeitos da relação processual, a saber, “exeqüente” ou “executado”. É o que se vê nos arts. 716, 717, 718, 720, 722, entre outros. Na ação de cobrança, o autor não é credor e o demandado não é nem deve ser tratado como devedor. As partes, no processo, são autor e réu¹⁴. Do mesmo modo, na execução, as partes são as do plano processual, ou seja, exeqüente e executado. Credor e devedor são os sujeitos da relação material. Correta, portanto, a modificação empreendida pela Lei n. 11.382. Mas, em evidente contradição com a mudança em exame, o legislador manteve a antiga denominação na epígrafe da Subseção II, da Seção I, do Capítulo IV, do Título II, *verbis*: “Da Citação do Devedor e da Indicação de Bens”. Na terminologia da Lei n. 11.382 a citação é do executado, não do devedor. Pior ainda que, logo no primeiro artigo da referida Subseção, se lê: “Art. 652. O executado será citado...”. A contradição entre o artigo e a epígrafe da Subseção é gritante. Idêntica contradição existe entre o Título III, “DOS EMBARGOS DO DEVEDOR”, e o texto do art. 736, *caput*. E, na seqüência, os embargos, que no Título são do devedor, no parágrafo único, do art. 736, transformam-se em “embargos à execução”.

São erros meramente formais, que não alteram a essência das normas em que se manifestam, é verdade. Mas não seria nada difícil corrigi-los, para evitar que ficassem impressos – na expressiva alegoria de Ruy Barbosa, usada quando da crítica a desatenções identificadas por ele no Projeto de Código Civil – “no bronze de uma codificação”¹⁵, tanto mais porque enfeiam um texto – o do Código de Processo Civil – originalmente redigido com esmero. De que adianta o apuro terminológico subjacente à modificação, também feita pela Lei n. 11.382, do art. 716, na substituição da incorreta referência a “recebimento da dívida” por “recebimento do crédito”, quando erros mais graves são cometidos em outros pontos da norma legal? De que vale tirar o termo “sentença”, incorretamente lançado no art. 722, § 1º, substituindo-o por “decisão”, se impropriedades de maior monta existem no mesmo diploma legal?

¹⁴ Nem sempre os termos são usados apropriadamente, contudo. A Lei n. 11.232, por exemplo, em um mesmo artigo, como o 475-J, por exemplo, ora refere-se a credor (*caput*), ora a exeqüente (§ 3º), para indicar o mesmo sujeito.

¹⁵ Parecer sobre a redação do Código Civil, Obras Completas de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XXIX, tomo I, p. 6.

No rol das imperfeições deve-se ainda incluir a regra do art. 655-B, ao dispor: “Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem”. A norma consolida solução dada a antiga controvérsia, sobre a alienação de bem indivisível. Havia precedentes, amparados em alguma doutrina¹⁶, no sentido de que a alienação só poderia ser de fração ideal¹⁷. Certa feita foi-se ainda além, para afirmar-se a impenhorabilidade do bem em sua totalidade, ante a impossibilidade de penhora parcial, por conta da indivisibilidade¹⁸. Ficaram tais precedentes superados por decisão em que se afirmou “Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, na execução podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado”¹⁹. Alienação de fração ideal não faz, na prática, sentido. Desvaloriza o bem e cria condomínio insustentável, fomentando novos litígios, tanto mais diante da índole temporária da comunhão, como assinala a doutrina²⁰ e como claramente se vê pelo texto do art. 1.320, do Código Civil. Do mesmo modo, não se justifica a idéia de impenhorabilidade do bem havido em comunhão. A Lei n. 11.382 andou bem, portanto. Deveria, contudo, ter ido além, e generalizado a proposição nela contida, que é acertada. Não há razão para falar-se apenas em meação do cônjuge, conquanto seja o caso mais freqüente de co-propriedade sobre bem indivisível. O certo é a referência, em termos mais amplos, a co-proprietário. A regra do art. 655-B há de ser interpretada, portanto, de modo ampliativo. Supere-se o seu indevidamente restritivo teor literal, baseado apenas em *id quod plerumque accidit*, pois o legislador *dixit minus quam voluit*.

¹⁶ Manuel de Almeida e Souza, Tratado encyclopedico pratico e critico sobre as execuções, Lisboa, Impensa Nacional, 1865, § 119, p. 102, e, mais recentemente, Eduardo Gabriel Saad, Direito processual do trabalho, São Paulo, LTr, 1988, n. 320, p. 735.

¹⁷ "Inadmissível a alienação judicial do bem por inteiro, ainda que seja indivisível, reservando-se à mulher a metade do preço alcançado. O direito do meeiro sobre os bens não pode ser substituído pelo depósito da metade dos valores obtidos com a hasta publica." (STJ – 4ª T., REsp n. 89167/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 23/09/1996 in DJU de 11/11/1996, p. 43.718) e “Execução. Mulher casada. Penhora. Meação. Embargos de terceiro. Bem indivisível. Não poderá ser levado à praça bem de terceiro que não tem responsabilidade pelo débito. A alienação judicial de bem indivisível, integrante da comunhão, será apenas da parte ideal que cabe ao devedor executado” (STJ – 3ª T., Resp. n. 11.1179/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 19/11/1999 in DJU de 08/03/2000, p. 103).

¹⁸ "Execução. Embargos de terceiros. Cônjuges. Legitimidade. Bem de família. Parte ideal. Bem indivisível...Penhora que recai sobre a parte ideal de propriedade de sócia, não atinge a parte de meação do esposo, restando ser nula, porquanto o imóvel não é passível de fracionamento, porque é indivisível, e, não comportando divisão cômoda, torna-se impossível a penhora de apenas uma fração." (TRT – 2ª Reg., 11ª T., AP n. 01118.2006.045.02.00-9, Rel. Juíza Rita Maria Silvestre, julg. em 27.02.07 in 20.03.07). É a solução decorrente do art. 710º, do Código de Processo Civil de Macau, em que se lê, sob a rubrica Penhora nos casos de comunhão ou compropriedade: “Nos casos de comunhão num património autónomo ou de compropriedade em bens indivisos, se a execução for movida apenas contra algum ou alguns dos contitulares, não podem ser penhorados os bens compreendidos no património comum ou uma fracção de qualquer deles, nem uma parte especificada dos bens indivisos”.

¹⁹ STJ – CE, REsp 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 06.08.01 in DJU de 29.04.02, p. 152.

²⁰ Serpa Lopes. Curso de direito civil. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. 6, n. 194, p. 311.

A nova redação do inciso VI, do art. 656, sana evidente lapso do texto original do art. 667, do Código de Processo Civil, no qual a realização de segunda penhora era medida excepcional, não admitida como regra²¹ e não prevista para a hipótese de insucesso da tentativa de alienação do bem. Chegou mesmo o Supremo Tribunal Federal a dizer, de modo claramente exagerado e incorreto, “inflexível o rol de hipóteses do art. 667”²². É inevitável permitir a substituição da penhora, sempre que “fracassar a tentativa de alienação judicial do bem”, como previsto na nova norma, ora em exame. Por mais que a penhora tenha por efeito individualizar os bens sujeitos à execução²³, não faz sentido impedir o prosseguimento do processo, com outra penhora, se já demonstrada a inviabilidade da alienação do que se apreendeu. Mas a alteração do art. 656 gerou contradição com o art. 667, não modificado, na medida em que a segunda penhora, no caso do inciso VI, do art. 656, dá-se à margem das três situações indicadas pelo art. 667.

Outra regra bastante deficiente é a do art. 738, § 1º. Que, na contagem do prazo para oferecimento de embargos à execução, seja excluída a aplicação da regra do art. 191, do Código de Processo Civil, como previsto no § 3º, do mesmo art. 738, entende-se. A preocupação com a celeridade, presente também no § 2º, sempre do art. 738 – como se vê na referência à imediata comunicação da citação “inclusive por meios eletrônicos” –, explica a exceção que, não tivesse sido estabelecida, daria margem a controvérsia, tendo em conta a dúvida sobre se os embargos, na execução de título extrajudicial, continuam a ter a natureza de ação incidental, de modo a afastar a dobra legal²⁴, ou não, fazendo-a, em consequência, incidir. Mas o que não se compreende é que o § 1º, do art. 738, fixe o termo inicial do prazo para embargar em caso de vários executados (juntada do mandado entregue a cada um deles) e, ao mesmo tempo, exclua da previsão os cônjuges. Fica-se, ao fim e ao cabo, sem regra clara sobre o termo inicial do prazo para cada cônjuge embargar. Há pelo menos duas alternativas. O prazo de cada cônjuge conta-se a) do recebimento do mandado, não da sua juntada aos autos, ou b) da juntada aos autos do primeiro mandado cumprido. Cada uma delas tem o seu problema. A primeira alternativa contradiz, sem motivo aparente, a regra geral do art. 241, inciso II. A segunda, que poderia parecer a pretendida pelo legislador, cria problema na hipótese de ter sido citado um cônjuge e juntado o mandado, antes de citado o outro cônjuge. Imaginar a fluência do prazo para o último, mesmo antes de sua citação, é rematado absurdo. De outro

²¹ Não era correto, todavia, tratar o rol do art. 667 como se contivesse “enumeração...taxativa” (Araken de Assis, Manual do processo de execução, São Paulo, RT, 1998, n. 211.1, p. 527).

²² STF – 2ª T., RE n. 103.616, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. em 15.03.85 in DJU de 12.04.85, p. 4.940.

²³ José Carlos Barbosa Moreira, O novo processo civil brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 226, e Humberto Theodoro Júnior, Curso de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. II, n. 809, p. 170.

²⁴ Assim a doutrina anterior à Lei n. 11.382. Cf., por exemplo, Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, Comentários ao Código de Processo Civil, Porto Alegre, LeJur, 1985, vol. III, p. 179.

lado, pensar que os cônjuges serão sempre citados pelo mesmo e único mandado é ainda pior. A dificuldade para citar um cônjuge alargaria, gratuitamente, o prazo para a manifestação do cônjuge já citado. Ademais, a imposição de um só mandado torna sem sentido a exceção criada. Afinal, fosse assim, para ambos o prazo começaria a correr da juntada do mandado. Resta supor, em construção que está muito longe do texto da norma, que o prazo para os cônjuges será o da juntada do primeiro mandado cumprido, quando ambos já tiverem sido citados, ou da juntada de cada mandado, quando a citação do último ocorrer depois da juntada do mandado entregue ao primeiro.

Já a nova redação do art. 683, inciso II, corrige erro incompreensível do texto anterior, no qual só se previa nova avaliação do bem penhorado em caso de diminuição de seu valor. Aliás, também o art. 620, do Código Civil, estranhamente menciona a possibilidade de revisão do contrato de empreitada apenas em caso de “diminuição no preço do material ou da mão-de-obra”. Difícil explicar como, em país em que durante tempo tempo houve elevada inflação, só tenha o legislador olhos para a diminuição de preço, não para a hipótese mais plausível e corrente, de aumento de preço. Resolveu-se a impropriedade do Código de Processo Civil. De todo modo, melhor teria sido, na linha do proposto pela doutrina, a previsão de nova avaliação em caso de “alteração” de preço ou de valor do bem penhorado²⁵.

5 ESTÍMULOS AO ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO E MAIOR RIGOR NA EXECUÇÃO

Em várias passagens procura a Lei n. 11.382 estimular o adimplemento da obrigação subjacente ao título executivo, tornando menos interessante, do ponto de vista econômico, a mora do devedor, inclusive com a concessão de vantagens patrimoniais em caso de pagamento. Em alguns pontos, os excessos são manifestos. Em termos gerais, todavia, as providências adotadas justificam-se. Como nota Gordon Tullock, “*the payment which will be extracted by the court proceedings may be sufficient to deter violation of the contract*”²⁶. Se o descumprimento da decisão é economicamente vantajoso para o devedor, torna-se maior a possibilidade de que ocorra. Quando, ao contrário, se torna mais oneroso, cresce a possibilidade de adimplemento da obrigação.

²⁵Celso Neves, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1999, v. 7, n. 44, p. 82.

²⁶ *Trials on trial – The pure theory of legal procedure*, New York, Columbia University Press, 1980, p. 17. Ainda sobre o tema, Richard Posner, *Economic analysis of law*, New York, Aspen Publishers, 1998, p. 630.

Eis a razão, por exemplo, para a previsão, em duas diferentes oportunidades (parágrafo único, do art. 740, e § 3º, do art. 746, ambos do CPC), de multa de 20% do valor da execução, em caso de embargos “manifestamente protelatórios”, na linha do que se vê em outros sistemas jurídicos. O *Código procesal civil y comercial de la Nación*, da Argentina, quase com as mesmas palavras, estabelece multa em caso de o executado obstruir o curso da execução “*con articulaciones manifestamente improcedentes*”²⁷. Curioso é que não se tenha feito a mesma previsão para a impugnação dos arts. 475-L e 475-M, do CPC. Mas não existe óbice em aplicá-la à hipótese, não tanto por conta do disposto no art. 457-R, como pelo fato de não haver nela, em rigor, nenhuma novidade. Apenas se explicitou o que já se encontrava no art. 17, especialmente no inciso VI, do CPC, pois embargos evidentemente protelatórios – tal como a impugnação – não deixam de caracterizar a provocação de “incidente manifestamente infundado”.

Outra regra voltada a desestimular, do ponto de vista econômico, a não satisfação da execução corresponde ao parágrafo único, do art. 652-A. Reduz-se à metade o valor dos honorários advocatícios, caso o executado pague, no prazo de três dias, o que dele se cobra. Repete-se, no campo da execução, a técnica antes empregada na ação monitória, conforme art. 1.102-C, § 1º, criando-se hipótese de sanção premial²⁸. Mas a vantagem somente incide se “integral” o pagamento. Em caso de pagamento parcial, os honorários permanecem devidos por inteiro, sem redução. Não vigora a redução proporcional prevista no art. 475-J, § 4º, do CPC.

O maior rigor com a execução, presente em várias passagens da Lei n. 11.382, manifesta-se também no abandono da tradicional concessão, ao executado, do direito de indicação dos bens a serem penhorados – corolário do *favor debitorum*²⁹ –, faculdade antes prevista no art. 655, do CPC, agora eliminada pelo novo § 2º, do art. 652. Cabe doravante ao exequente a indicação de bens, podendo ele observar ou não a ordem legal. Em Portugal, já se havia abandonado, na execução trabalhista, o direito de indicação pelo executado, atribuindo-se ao exequente nomear bens à penhora, na forma do art. 90º, n. 1, do Código de Processo do Trabalho³⁰. Também na Colômbia o exequente, ao requerer a execução, indica desde logo os bens passíveis de penhora,

²⁷ Art. 551.

²⁸ A alusão a sanção com sentido premial justifica-se plenamente, na medida em que toda sanção opera criando um interesse contrário a determinada conduta (Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1940, § 45, p. 79), o que se pode fazer tanto punindo a conduta não desejada como premiando a conduta desejada.

²⁹ José Frederico Marques. Instituições de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 1960, v. 5, ns. 1.143 e 1.172, p. 139 e p. 185.

³⁰ Dispõe o art. 90º, n. 1, do Código de Processo do Trabalho de Portugal: “O autor tem o prazo de 10 dias, prorrogáveis pelo juiz, para apresentar a lista dos bens que nomeia à penhora”.

e o juiz decreta “*inmediatamente el embargo y secuestro de los bienes muebles o el mero embargo de inmuebles del deudor, que sean suficientes para asegurar el pago de lo debido y de las costas de la ejecución*”³¹. O processo do trabalho brasileiro permanece desatualizado e mais brando no tratamento do executado, com a indicação de bens, cabendo, de início, a ele (CLT, art. 882, *caput*), ressalvada a sua ineficácia, caso não observada a ordem legal.

A possibilidade de decreto de prisão do depositário infiel, nos próprios autos da execução, independentemente de propositura de ação de depósito, nos termos do § 3º, do art. 666, do CPC, referenda diretriz já assentada na jurisprudência, encampada pela Súmula 619, do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de solução perfeitamente compatível com o processo do trabalho, omissis no particular. Observe-se, todavia, a necessidade de aceitação do encargo pelo depositário, para o decreto de prisão, como bem registrado na OJ-SDI II, n. 89, do Tribunal Superior do Trabalho³². A sua não aceitação gera outras conseqüências, que não a possibilidade de prisão.

Também com o propósito de estimular o cumprimento da obrigação, estabeleceu o art. 745-A, *caput*, regra cheia de problemas, assim redigida: “No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês”. A previsão, a despeito do propósito louvável que a anima, chega a ser disparatada. Tratando-se de crédito exigível, já que não se executa, nem mesmo após a reforma, crédito não exigível (CPC, art. 586, com a redação da Lei n. 11.382), não se pode obrigar o exeqüente a financiar o executado, concedendo, ao último, prazo para cumprimento da obrigação. Nem a eventual vantagem concreta para o exeqüente, consistente em receber em prazo mais curto do que o obtido com a ordinária execução judicial, justifica a mudança estabelecida. Basta considerar o princípio subjacente à regra do art. 313, do Código Civil. Por meio de acordo sempre se pode estabelecer prazo para adimplemento da obrigação. Por meio de favor legal, sem razão para a benesse, é absurdo. Afirmar a sua incompatibilidade com o processo do trabalho não é nada difícil. O mandado, no processo do trabalho, é expedido para cumprimento da obrigação, sem possibilidade de parcelamento (CLT, art. 880, *caput*). Apenas havendo concordância do exeqüente (CLT, art. 764, § 3º) cabe prazo ou parcelamento.

³¹ Art. 101, do *Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social* (Decreto-Ley 2158 de 1948).

³² “A investidura no encargo de depositário depende da aceitação do nomeado que deve assinar termo de compromisso no auto de penhora, sem o que, é inadmissível a restrição de seu direito de liberdade”.

Como se não bastasse, a regra do art. 745-A suscita ainda vários problemas teóricos. Uma grave dificuldade, por si só bastante séria, relaciona-se com os pressupostos para o deferimento do pedido. Não estão indicados na lei, conquanto o § 1º, do mesmo preceito, deixe claro que o juiz pode negar a pretensão. Fica aberto o espaço, em consequência, para vacilações, dúvidas e incertezas. De outro lado, do texto legal decorre não se admitir reconhecimento do crédito *sub conditione*, desde que aceite o pedido de parcelamento. Logo, o executado, depois de reconhecer o crédito, não mais pode se retratar, ainda que indeferido o pedido de parcelamento, salvo, obviamente, vício na manifestação de vontade³³. Fica o executado sujeito, portanto, a grave risco, a saber, o de reconhecer o crédito, apenas para receber o benefício do parcelamento, sem que tenha garantia, contudo, de obter a vantagem. Ademais, o § 2º, do art. 745-A, chega ao paroxismo de, em caso de inadimplemento de qualquer parcela, vedar ao executado o oferecimento de embargos. Restaura-se, de modo canhestro, a proibição de falar nos autos, do texto original do art. 601, do CPC. Impor multa e prever o vencimento antecipado das parcelas não pagas, como faz o mesmo § 2º, do art. 745-A, são providências aceitáveis. Impedir que o executado se defenda, todavia, ofende, de forma manifesta, a garantia constitucional de ação. Aliás, em situação assemelhada, o Supremo Tribunal Federal, ainda diante da Constituição anterior – notoriamente menos abrangente na proteção do direito de ação –, considerou inconstitucional lei estadual que, em caso de pedido de parcelamento de débito fiscal, estabelecia a renúncia a qualquer meio de defesa pelo devedor³⁴. Daí a conclusão acerca da inconstitucionalidade da restrição imposta pelo § 2º, do art. 745-A, do CPC. Com efeito, pense-se, apenas a título de exemplo, em inadimplemento decorrente de motivo de força maior ou de causa superveniente extintiva da obrigação. Suscitado o inadimplemento pelo exequente, não há como impedir que se defenda o executado. Assim, o § 2º, do art. 745-A, interpretado em conformidade com a Constituição, como tem de ser, obsta, apenas, o oferecimento de embargos fundados em matéria antecedente ao reconhecimento do crédito, não em matéria superveniente.

³³ Cf., em outra situação, art. 352, do CPC.

³⁴ O acórdão tem a seguinte ementa: “Controle judicial. Sua inafastabilidade. Lei Estadual que atribui ao pedido de parcelamento de crédito fiscal o efeito de confissão irretratável e de renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial, bem como desistência dos já interpostos. Inconstitucionalidade desse dispositivo relativamente à expressão “ou judicial”, por ofensiva ao art. 153, § 4º, da CF. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF – Pleno, RE 94141/SP, Rel. Min. SOARES MUNOZ, julg. em 10.11.82 *in* DJU de 04.03.83, p. 1.937).

6 NOVAS DISPOSIÇÕES SOBRE A PENHORA

Se em alguns pontos o rigor do legislador com o executado é evidente e mesmo exorbitante, segundo visto no item anterior, em outros pontos surpreende o oposto, ou seja, a indevida e contraditória brandura e leniência das regras editadas.

A criação de nova hipótese de impenhorabilidade, para as aplicações de até 40 salários mínimos em caderneta de poupança (art. 649, inciso X), não faz nenhum sentido, muito menos no processo do trabalho. Qual a razão para dar ao devedor o direito de não pagar seus credores e permanecer com investimentos financeiros? Se o que se quis foi estimular ainda mais a aplicação em caderneta de poupança, investimento que já conta com larga preferência entre muitas pessoas³⁵, o caminho escolhido não poderia ser pior. Leva à inadimplência das obrigações legitimamente assumidas, com enfraquecimento do vínculo jurídico obrigacional. A regra, como proclama invariavelmente a doutrina, é a penhorabilidade dos bens do devedor, conforme arts. 391, do Código Civil, e 591, do CPC³⁶. A impenhorabilidade mostra-se excepcional e assim deve e tem de ser tratada, até mesmo pelo legislador, sem abusiva introdução de novos casos, sob pena, inclusive, de inconstitucionalidade, por conta de criação de obstáculo desproporcional e não razoável à tutela processual do credor. A garantia constitucional de ação (Constituição, art. 5º, inciso XXXV) compreende também a garantia de execução das decisões tomadas pelos tribunais ou, como prefere Canotilho, “a existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças (‘fazer cumprir as sentenças’) dos tribunais através dos tribunais...”³⁷. Como assinalou a Corte Européia de Direitos Humanos, ao traçar os limites do direito de acesso aos tribunais, previsto no art. 6º, n. 1, da Convenção Européia de Direitos Humanos³⁸, “*the “right to a court”, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect... would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party... Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an*

³⁵ Cf. a matéria “Jovens são conservadores ao escolher investimento”, publicada no jornal Folha de São, São Paulo, de 19.02.07. Caderno Dinheiro, p. B-3.

³⁶ A propósito, em termos gerais, Jean Vincent e Jacques Prévault, *Vois d’exécution et procédures de distribution*, Paris, Dalloz, 1999, n. 94, p. 68, Virgilio Andrioli, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, Jovene, 1957, vol. III, p. 132, e, na doutrina nacional, José Carlos Barbosa Moreira, O novo processo civil brasileiro cit., p. 226, e Araken de Assis, Manual do processo de execução cit., n. 104, p. 318.

³⁷ Direito constitucional e teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, s.d.p., p. 488. Invocando a mesma idéia, a partir do texto citado acima de Canotilho, cf., na doutrina nacional, Luiz Guilherme Marinoni, A jurisdição no Estado contemporâneo in Estudos de direito processual – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, São Paulo, RT, 2006, p. 57/58.

³⁸ O dispositivo mencionado, na parte que aqui interessa, tem a seguinte redação: “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*”.

*integral part of the “trial” for the purposes of Article 6 (art. 6)”*³⁹. Nessa linha, já no campo das limitações legais à penhorabilidade de bens, o Tribunal Constitucional de Portugal considerou inconstitucional o art. 300º, n. 1, do Código de Processo Tributário, que previa certa hipótese de impenhorabilidade absoluta, nos seguintes termos: “Penhorados quaisquer bens pelas repartições de finanças, não poderão os mesmos bens ser apreendidos, penhorados ou requisitados por qualquer tribunal...”. Entendeu o Tribunal que “o art. 300º, n.º 1, 1ª parte, C.P.T. sofre de inconstitucionalidade, por violação da garantia de propriedade privada e do princípio constitucional da proporcionalidade ou da proibição do excesso, aflorado este último na nossa Constituição em preceitos como o do n.º 2 do art. 18º da Lei Fundamental”⁴⁰. O mesmo já disse, em termos gerais, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, como se vê de acórdão em cuja ementa enuncia-se: “Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade. As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”...A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais...”⁴¹. Daí poder-se afirmar, no direito brasileiro, ante o caráter manifestamente não razoável e mesmo arbitrário da impenhorabilidade criada pelo inciso X, do art. 649, do CPC, a inconstitucionalidade da correspondente previsão normativa.

Seja como for, não reconhecida a inconstitucionalidade apontada, quando menos é imperativo afastar-se a idéia de incidência da restrição, contida no inciso X, do art. 649, relativamente a “toda e qualquer aplicação financeira”, e não apenas no caso de caderneta de poupança⁴². Pelo contrário, o caráter excepcional das impenhorabilidades, antes assinalado⁴³ e formulado, em termos categóricos, pelo

³⁹ Sobre o direito à execução da decisão como parte integrante do direito de acesso aos tribunais, cf. Serge Guinchard e outros, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2003, n. 476 e segs., p. 748 e segs.

⁴⁰ Acórdão n. 516/94, item n. 9, decisão de 27.09.94.

⁴¹ STF – Pleno, ADI n. 2.667 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 19.06.02 in DJ de 12.03.04, p. 36.

⁴² É o que propõe Francisco Antonio de Oliveira (Comentários à Lei n. 11.382/06 in O Trabalho, Suplemento Especial, n. 120, p. 3.704, fev. 2007.).

⁴³ Cf. nota 24, acima.

caput, do art. 30, da Lei n. 6.830⁴⁴, faz com a interpretação das normas correspondentes seja feita de modo restritivo, para nelas não incluir hipóteses não contempladas expressamente. *Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*. Assim, não se pode invocar o disposto no art. 649, inciso X, do CPC, para afastar a penhora realizada sobre fundos de aplicação financeira, fundos de ações, depósitos remunerados, certificados de depósitos bancários etc.

A ampliação da impenhorabilidade de rendimentos produzidos pelo trabalho, ante a referência, introduzida no inciso IV, do art. 649, a “ganhos de trabalhador autônomo” e a “honorários de profissional liberal”, agravada pelo caráter ilimitado da restrição, diante do veto apostado ao § 3º, que se pretendia inserir no mesmo art. 649, é de um despropósito ainda maior do que a regra já criticada do inciso X, do mesmo preceito. Era perfeitamente justificável a idéia do preceito vetado, de admitir a penhora, mesmo de salários ou outros rendimentos produzidos pelo trabalho, “até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos”. Dizer, como se lê nas razões apresentadas para o veto, que “a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração”⁴⁵, causa grande espécie. Apego à tradição? Para manter a tradição e deixar tudo como estava, não seria necessário aprovar a Lei n. 11.382 e

⁴⁴ "Art. 30 - Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”.

⁴⁵ Mensagem n. 1.047.

tampouco fazer as sucessivas reformas do Código de Processo Civil. Não seria exatamente o momento de abandonar tradição que não mais se justifica, tradição em desarmonia com os mais variados sistemas jurídicos⁴⁶ e em desacordo até com a tutela preconizada

⁴⁶ Para citar apenas alguns países, lembre-se de que em Portugal, França, Bélgica, Holanda, Espanha, Argentina e Chile, a impenhorabilidade dos rendimentos decorrentes do trabalho é limitada a certo valor. O Código de Processo Civil de Portugal, em seu art. 824^o, dispõe: “1 – São impenhoráveis: a) Dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado; b) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante. 2 – A impenhorabilidade prescrita no número anterior tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento e o crédito exequendo não seja de alimentos, o montante equivalente a um salário mínimo nacional”. Já o *Code du Travail* da França, no art. R-145-2, estabelece gradação para a impenhorabilidade, admitindo penhora proporcionalmente maior para os ganhos mais elevados, em providência de perfeita justiça distributiva: “*Les proportions dans lesquelles les rémunérations annuelles visées à l'article L. 145-2 sont saisissables ou cessibles sont fixées comme suit: - au vingtième, sur la tranche inférieure ou égale à 3 310 euros; - au dixième, sur la tranche supérieure à 3 310 euros, inférieure ou égale à 6 500 euros; - au cinquième, sur la tranche supérieure à 6 500 euros, inférieure ou égale à 9 730 euros; - au quart, sur la tranche supérieure à 9 730 euros, inférieure ou égale à 12 920 euros; - au tiers, sur la tranche supérieure à 12 920 euros, inférieure ou égale à 16 120 euros; - aux deux tiers, sur la tranche supérieure à 16 120 euros, inférieure ou égale à 19 370 euros; - à la totalité, sur la tranche supérieure à 19 370 euros. Les seuils déterminés ci-dessus sont augmentés d'un montant de 1 250 euros par personne à la charge du débiteur saisi ou du cédant, sur justification présentée par l'intéressé*”. Na Bélgica existe regra semelhante, a prever a penhorabilidade de salários, de acordo com o valor recebido. A parcela acima de 1.111 € é penhorável em sua integralidade (Patrick Humblet e Marc Rigaux, *Aperçu du droit du travail belge*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 91). A mesma solução, com valores diversos, vigora no direito holandês (Antoine T. J. M. Lacobs, *Labor Law in the Netherlands*, The Hague, Kluwer, 2004, p. 66). Na Espanha, o art. 607, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, admite a penhora de salários e demais rendimentos do trabalho nos seguintes termos: “1. *Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. 2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala: 1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100*”. Na Argentina, é o art. 147, da *Ley de Contrato de Trabajo* a dispor: “*Las remuneraciones debidas a los trabajadores serán inembargables en la proporción resultante de la aplicación del artículo 120, salvo por deudas alimentarias. En lo que exceda de este monto, quedarán afectadas a embargo en la proporción que fije la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo Nacional, con la salvedad de las cuotas por alimentos o litis expensas, las que deberán ser fijadas dentro de los límites que permita la subsistencia del alimentante*”. Por fim, no Chile, o *Código del Trabajo* estabelece, no art. 57: “*Las remuneraciones de los trabajadores y las cotizaciones de seguridad social serán inembargables. No obstante, podrán ser embargadas las remuneraciones en la parte que excedan de cincuenta y seis unidades de fomento*”. Vejam-se ainda, admitindo também a penhora de salários, acima de determinados valores, o *Código de Trabajo* do Panamá, art. 161, n. 7, e o *Code de procédure civile* do Quebec, art. 553, n. 11.

para o salário pela própria Organização Internacional do Trabalho⁴⁷? Se apego à tradição fosse argumento bom, ainda hoje teríamos o chamado *beneficium commune* do recurso, cujos antecedentes remontam ao direito romano⁴⁸, e que estava presente nas Ordenações do Reino⁴⁹, na Consolidação de Ribas⁵⁰ e mesmo em alguns Códigos Estaduais de Processo⁵¹, mas que a legislação moderna julgou acertado, ante a feição dispositiva da iniciativa processual, abandonar. Do mesmo modo, e no campo que aqui interessa, manter a tradição levaria a que tivéssemos de conviver com a impenhorabilidade de certos bens de fidalgos e cavaleiros, por conta do que se achava muito bem assentado nas Ordenações Filipinas⁵². Foi preciso, em algum momento, abandonar a tradição, como se deveria ter feito também agora. Como, no estágio atual da civilização, proclamar a impenhorabilidade absoluta e total dos honorários do médico, do arquiteto ou do advogado, seja qual for o valor recebido, impedindo-se, com isso, a satisfação até de créditos mínimos devidos a empregado que para qualquer deles tenha prestado serviços, sem receber, contudo, salário? É algo que dificilmente se harmoniza com a ordem de valores posta pela Constituição. Mais uma vez cabe a referência ao Tribunal Constitucional português, o qual, quando enfrentou o tema da impenhorabilidade de pensões devidas pelas instituições de segurança social, deixou claro que a norma era legítima apenas por salvaguardar o “direito fundamental do devedor a uma sobrevivência com um mínimo de qualidade”. Por isso mesmo assentou – em observação de grande importância para os termos do problema ora posto – “ter de concluir-se que, para além desse patamar necessário para garantir aquele mínimo de sobrevivência - o qual não pode ser definido em termos válidos para todos os tempos, uma vez que é algo historicamente situado -, já será constitucionalmente ilegítimo o sacrifício total do direito do credor”⁵³.

⁴⁷ A Organização Internacional do Trabalho, em sua Convenção n. 95, limita-se a preconizar a proteção do salário contra penhora “*dans la mesure jugée nécessaire pour assurer l’entretien du travailleur et de sa famille*”. Não se fala em impenhorabilidade ilimitada, que não protege interesse coletivo, senão apenas o do próprio devedor. Cf., a propósito, *Les normes internationales du travail – Une approche globale*, A. Odero, Genève, BIT, 2002, p. 275.

⁴⁸ Cf., sobre o tema, Vittorio Scialoja, *Procedura civile romana*, Roma, Fratelli Pallotta, 1894, § 59, p. 465 e Riccardo Orestano, *Appello (diritto romano)* em *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1958, II, p. 712.

⁴⁹ Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXXII: “...os Juizes...ainda que achem, que o appellante não he aggravado, se acharem que ao appellado foi feito aggravado, provel-o-hão, e emendarão seu aggravado; posto que não seja per elle, nem per seu Procurador appellado, nem allegado esse aggravado perante os Juizes de alçada”. Também assim já nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título LVII, e mesmo nas Afonsinas, Livro III, Título LXXV.

⁵⁰ Art. 1581: “Se se conhecer que a sentença appellada fez agravado ao appellado, e não ao appellante, a emendarão em favor daquelle...”

⁵¹ Assim o Código de Processo Civil da Bahia, cujo art. 1253 dispunha: “O recurso de apelação é comum a ambas as partes, e por êle tanto se pode prover ao apelante, como ao apelado...”.

⁵² Livro III, § 23.

⁵³ Acórdão n. 349/91, item n. 7, decisão de 03.07.91.

Igualmente censurável é a definição dos bens móveis da residência do executado não suscetíveis a penhora. A alusão, no art. 649, inciso II, a “móveis, pertences e utilidades domésticas... correspondentes a um médio padrão de vida”, alarga, indevida e exageradamente, a garantia da impenhorabilidade. Apenas os bens de fato essenciais, não os relacionados com o padrão médio de vida, devem ser salvaguardados. Assim, aliás, o Código de Processo Civil de Portugal, cujo art. 822º, n. 1, alínea “F”, torna impenhoráveis os bens “imprescindíveis a qualquer economia doméstica”⁵⁴. De outro modo, chega-se ao excesso de impedir, como já fez a jurisprudência brasileira, a penhora de antena parabólica⁵⁵, forno de microondas, freezer e teclado musical⁵⁶ ou, ainda, microcomputador e impressora⁵⁷. Em Portugal, ao contrário, teve a Relação de Lisboa oportunidade de assentar: “Só são bens absolutamente impenhoráveis o que é absolutamente necessário para que possa dizer-se que uma economia doméstica existe, reportando-se o disposto na al. f) do n. 1, do art. 822º do Cód. Proc. Civil à economia doméstica mais modesta, marginal, integrada por utensílios como os talheres, os trastes de cozinha, catres ou camas, mesas cadeiras, bancos ou tripeças... Não estão nesse caso o recheio da casa constituído por televisão, frigorífico, candeeiros, ‘maples’, etc.”⁵⁸. De idêntico modo, a Corte de Apelação da cidade francesa de Riom registrou: “*tout objet se rattachant à une activité de loisirs, tenant au confort ou à la esthétique d’une habitation, à l’amélioration des conditions d’existence, en un mot du superflu, peut faire l’objet d’une saisie. Spécialement peuvent être saisis un poste de télévision...*”⁵⁹. Não se pode, muito menos no processo do trabalho, impedir o empregado de receber o seu crédito, de natureza alimentar, para permitir ao executado manter o seu “médio padrão de vida”.

⁵⁴ Também o *Nouveau Code de Procédure Civile* do Grão-Ducado de Luxemburgo sublinha o caráter excepcional da impenhorabilidade de bens existentes na residência do devedor. Como se vê da listagem contida em seu art. 728, (1), n. 2, são impenhoráveis apenas: “*le coucher nécessaire du saisi et de sa famille, les vêtements et le linge indispensable à leur propre usage, ainsi que les meubles nécessaires pour les ranger, une machine à laver le linge et un fer à repasser, les appareils nécessaires au chauffage du logement familial, les tables et chaises permettant à la famille de prendre les repas en commun ainsi que la vaisselle et les ustensiles de ménage indispensables à la famille, un meuble pour ranger la vaisselle et les ustensiles de ménage, un appareil pour la préparation des repas chauds, un appareil pour la conservation des aliments, un appareil d’éclairage par chambre habitée, les objets nécessaires aux membres handicapés de la famille, les objets affectés à l’usage des enfants à charge qui habitent sous le même toit, les animaux de compagnie, les objets et produits nécessaires aux soins corporels et à l’entretien des locaux, les outils nécessaires à l’entretien du jardin, le tout à l’exclusion des meubles et objets de luxe*” Nada que se refira ao médio padrão de vida do cidadão luxemburguês.

⁵⁵ STJ – 1ª T., REsp n. 410.787/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 06.08.02 in DJU de 23.09.02 p. 247.

⁵⁶ STJ – 4ª T., REsp n. 218.882/SP, Rel. Min. Sálvio e Figueiredo Teixeira, julg. em 02.09.99 in DJU de 25.10.99 p. 92.

⁵⁷ STJ – 2ª T., REsp 691.729/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. em 14.12.04 in DJU de 25.04.05 p. 324.

⁵⁸ Relação de Lisboa, Acórdão de 09.07.1985 in Abílio Neto, Código de Processo Civil anotado, Lisboa, Ediforum, 1997, p. 935. Na Itália chegou-se a suscitar a inconstitucionalidade do art. 514, n. 2), do *Codice di Procedura Civile*, por não incluir, no rol de bens móveis impenhoráveis, o aparelho de televisão. A Corte Constitucional rejeitou a alegação, sublinhando a necessidade de, na definição dos bens impenhoráveis, “*contemperare l’interesse del debitore con quello del creditore*” (*Ordinanza* 492/1990, decisão de 09/10/1990, publicada em 31.10.90).

⁵⁹ Jean Vincent e Jacques Prévault, *Vois d’exécution et procédures de distribution cit.*, n. 107, p. 76.

A redação dada ao art. 655 envolve pelo menos duas novidades importantes. Em primeiro lugar, explicita a penhorabilidade de cotas sociais e ações (inciso VI), referendando a jurisprudência dominante⁶⁰. Em segundo lugar, atualiza a ordem de preferência, que deve corresponder à liquidez decrescente dos bens, o que explica ocuparem agora os veículos, sujeitos a mais fácil alienação, com amplo mercado e avaliação em jornal, a segunda posição, logo após o “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”.

De se registrar, outrossim, a possibilidade, aparentemente sem restrições, de substituição da penhora por carta de fiança e, ainda, por seguro garantia judicial (art. 656, § 2º). Antes da reforma, a utilização de carta de fiança, no processo do trabalho, admitida pela jurisprudência pacificada⁶¹, resultava da aplicação subsidiária do art. 9º, inciso II e § 2º, da Lei n. 6.830. Agora, encontra fundamento mais abrangente e largo no próprio Código de Processo Civil, o que permite questionar a subsistência da restrição imposta pelo inciso I, da Súmula 417, do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual não existiria direito líquido e certo à garantia de execução definitiva por meio de carta de fiança. Como quer que seja, a importância afiançada ou garantida deve corresponder ao valor do débito e mais 30%. Afasta-se a incidência, na hipótese, da regra do art. 823, do Código Civil, no qual se prevê o que Pontes de Miranda chamou de “princípio da reduzibilidade” da fiança, segundo o qual “o excesso está fora da garantia fidejussória”⁶². De outra parte, embora não o diga expressamente a lei, a fiança ou garantia temporalmente limitada, admissível em tese⁶³, não pode ser aceita no caso específico, dado comprometer a segurança do juízo. O único termo admissível é a satisfação integral do débito, com os correspondentes acessórios (Código Civil, art. 821).

⁶⁰ STJ – 4ª T., REsp n. 317.651/AM, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julg. em 05.10.04 in DJU de 22.11.04, p. 346 e STJ – 4ª T., REsp n. 172.612/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 18.08.98 in DJU de 28.09.98 p.76.

⁶¹ Cf. Orientação Jurisprudencial n. 59, da *Subseção II de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho*

⁶² Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo XLIV, § 4.786, n. 11, p. 143.

⁶³ Novamente Pontes de Miranda, Tratado de direito privado cit., § 4.786, n. 11, p. 142.

7 LOCALIZAÇÃO E APREENSÃO DE BENS SUSCETÍVEIS DE EXECUÇÃO

A execução de obrigação de pagar supõe a localização e a apreensão de bens do executado (CPC, art. 646). Facilitar tais atividades significa, portanto, tornar mais eficaz a execução. Foi o que procurou fazer, em várias passagens, a Lei n. 11.382.

Tudo começa com a nova redação do inciso IV, do art. 600, do CPC, segundo o qual se considera atentatório à dignidade da justiça o comportamento do executado que “intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores”. Mais uma vez a alteração não contempla grande novidade. A hipótese já estava no texto anterior do inciso IV. Apenas se procura afastar, de uma vez por todas, a indevida tolerância da jurisprudência, formada sem amparo na lei, para com o comportamento omissivo do executado⁶⁴, tolerância agora ainda mais inviável, ante o que dispõe também o § 1º, do art. 656: “§ 1º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)”. O próprio executado é obrigado, portanto, a indicar bens sobre os quais possa recair a penhora, sob pena de, omitindo-se, de modo abusivo, incorrer em litigância de má-fé. Trata-se, no fundo, de decorrência do princípio da cooperação ou da colaboração, segundo o qual, na fórmula do art. 266º, do Código de Processo Civil de Portugal, as partes têm de “cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”⁶⁵. Daí que, na execução, o mesmo Código português prevê, em caso de não indicação, pelo exequente, de bens passíveis de penhora, a intimação do executado, para que os indique, no prazo de 10 dias, sob pena de, fazendo falsa declaração ou omitindo-se, sem justificar o seu silêncio, ficar sujeito a “sanção pecuniária compulsória, no montante de 1% da dívida ao mês, desde a data da omissão até à descoberta dos bens”⁶⁶. Na Espanha o quadro é muito semelhante.

⁶⁴Veja-se, por exemplo, o seguinte precedente: “Execução. Penhora. Indicação de bens pelo devedor. Omissão. Atentado à justiça. O executado não está obrigado a relacionar seus bens passíveis de penhora, sob pena de sofrer a multa do art. 601 do CPC. Recurso conhecido e improvido.” (STJ – 4ª T., REsp n. 152.737/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 10.02.97 in DJU de 30.03.98 p. 81).

⁶⁵Regra semelhante à do Código português existe no Código de Processo Civil de Macau, conforme art. 8º, n. 1: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as partes cooperar entre si, contribuindo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”. Sobre o princípio da cooperação ou colaboração, José Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 149. Na doutrina alemão fala-se, mais amplamente, em “dever de verdade” no processo (cf., sobre o tema, Othmar Jauernig, *Direito processual civil*, Coimbra, Almedina, 2002, § 26, p. 151). Os autores franceses aludem ao princípio da lealdade, do qual tiram também o dever de as partes concorrerem para “*la manifestation de la vérité*” (cf. Gerard Cornu e Jean Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1996, p. 457).

⁶⁶Art. 833º, n. 7.

Se o exequente não indica bens à penhora, o executado é intimado “*para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título*”⁶⁷, sob cominação de sanção, “*cuando menos por desobediencia grave*”, caso “*no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas v gravámenes que sobre ellos pesaren*”⁶⁸.

A penhora realizada por meio eletrônico, dita penhora *on line*, que tanta celeuma gerou, por conta, em particular, de sua eficácia, aplicada que foi com grande êxito no processo do trabalho, já não mais comporta questionamento. Encontra-se prevista nos arts. 655-A, *caput*, e 659, § 6º, dispositivos que explicitam o que já se continha na redação dada pela Lei n. 11.280, ao parágrafo único, do art. 154, do CPC⁶⁹. É salutar a nova previsão legal. Conforme se anotou em outra oportunidade, “o procedimento para realização da penhora...não pode ficar imune aos avanços tecnológicos. Pelo contrário, a adoção de novas e mais rápidas técnicas de transferências de valores, produzidas por expeditos recursos de informática, recomenda e até impõe a igual criação, pelo direito, de meios mais eficazes de apreensão de valores...Como é intuitivo, créditos e lançamentos contábeis podem ser ocultados ou transferidos com grande facilidade e com enorme rapidez, sem nenhuma outra operação, nos dias de hoje, do que meros comandos emitidos de qualquer computador ligado à *Internet*. Não custa nada nem toma tempo, em conseqüência, remeter valores de uma parte a outra do mundo ou trazê-los de onde estiverem ou enviá-los novamente para onde bem se quiser. Em semelhante contexto, imaginar que o procedimento para formalização da penhora possa continuar a se fazer sem nenhuma alteração, como há quatro séculos ocorria, mediante expedição de mandado, a ser fisicamente entregue pelo oficial de justiça à instituição detentora dos créditos, constitui verdadeira irrisão. Não faz sentido, tanto mais quanto é certo que, diversamente do que ocorre com bens imóveis, a transferência de créditos fica praticamente imune à seqüela judicial, pela dificuldade de apreensão de valores existentes apenas contabilmente...”⁷⁰.

⁶⁷ *Ley de Enjuiciamiento Civil*, art. 589, n. 1.

⁶⁸ *Idem*, art. 589, n. 2.

⁶⁹ “Art. 154....Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.”

⁷⁰ Estêvão Mallet, Anotações sobre o bloqueio eletrônico de valores no processo do trabalho (penhora *on line*) *in* Direito, Trabalho e Processo em transformação, São Paulo, LTr, 2005, p. 265 e seguintes.

Destinada a facilitar a apreensão de bens, evitando controvérsias com terceiros de boa-fé, a regra do art. 615-A, *caput*, permite, independentemente de provimento judicial, mediante simples certidão, a averbação da execução em registro de imóveis, registro de veículos ou outros registros, como, por exemplo, assentamentos em que anotada a titularidade de ações ou de cotas sociais.

A averbação não impede a transferência de domínio. Apenas faz presumir em fraude de execução – sem prejudicar, evidentemente, as demais hipóteses já previstas em lei (v.g., art. 593, inciso II, do CPC) – a alienação ou oneração efetuadas após a averbação, conforme § 3º, do mesmo dispositivo. Do contrário, se houvesse efetivo impedimento à alienação, por conta da simples averbação da ação, seria inconstitucional a norma. Como decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao tratar do “*prejudgment writ of replevin*”, previsto na legislação da Flórida e da Pensilvânia, admitir a apreensão de bens sem prévia ciência do executado e sem que estejam presentes circunstâncias que autorizem tutela de urgência, ofende a garantia do devido processo legal⁷¹.

Não se fixou prazo para a realização da averbação. Daí entender-se, acertadamente, que pode ela ser feita a qualquer tempo, enquanto não registrada, pelo mesmo exequente, a penhora⁷², momento a partir do qual desaparece o interesse na medida. A averbação não confere, todavia, preferência sobre o bem, efeito que é próprio da penhora, permanecendo em vigor a regra dos arts. 612 e 613, do CPC. Assim, formalizada a averbação pelo exequente A, sobrevivendo penhora em favor do exequente B, terá o último preferência sobre o produto da alienação do bem, independentemente da pretérita averbação.

A largueza da averbação permitida pela Lei n. 11.382 é contrabalançada pela previsão de responsabilidade do exequente, em caso de abuso (art. 615-A, § 4º). O exercício desmedido da faculdade de averbação pode caracterizar ilicitude, nos termos do art. 187, do Código Civil. Aliás, Jossierand, ao tratar do abuso de direito, mencionou, como exemplos de exercício ilegítimo do direito de executar crédito devido, a multiplicação de penhoras “*dans un but vexatoire afin de causer des désagréments au saisi et de compromettre son crédit*” e, ainda, “*la disproportion existant entre l’étendue de la saisie et ses causes*”⁷³. São situações que podem se configurar, a partir da franquia do art. 615-A, *caput*, do CPC.

⁷¹ *Fuentes v. Shevin* (407 U.S. 67). No *writ of replevin*, já dizia Black, a questão central é exatamente o direito do autor “*to immediate possession of the property at the commencement of the action*” (*Black’s Law Dictionary*, St. Paul, West Publishing, 1968, p. 1.464).

⁷² Kioitsi Chicuta, Averbação do ajuizamento da execução no Registro de Imóveis. Reflexos da alteração do CPC pela Lei n. 11.382/2006 in Revista do Advogação, AASP, março de 2007, n. 90, p. 83.

⁷³ *De l’Esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1939, n. 55, p. 78/79.

Tanto a possibilidade de averbação como a responsabilidade em caso de abuso são compatíveis com o processo do trabalho. A eventual hipossuficiência do empregado não lhe confere, e nem poderia, o direito de agir irresponsavelmente. Por fim, é preciso notar que a averbação somente cabe se o bem estiver em nome do próprio executado. Se a execução é movida, de início, apenas contra a sociedade, não serve a correspondente certidão de distribuição para que se faça, sem mais, averbação em bem pertencente ao sócio, a pretexto da admissibilidade, em tese, da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. É preciso que haja pronunciamento judicial a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Após a inclusão do sócio no pólo passivo da lide, por decisão judicial, aí sim, solicitada nova certidão, cabe a averbação em bem de sua propriedade.

8 SIMPLIFICAÇÃO E VALORIZAÇÃO DA ARREMATACÃO

Há, na Lei n. 11.382, conjunto de medidas tendentes a simplificar a alienação judicial dos bens apreendidos e a reforçar a eficácia da aquisição realizada pelo arrematante.

Em primeiro lugar, substitui-se a exigência, para realização da alienação judicial, de intimação pessoal do executado por mera intimação de seu advogado (CPC, art. 687, § 5º). Em segundo lugar, o edital agora é mais sintético. Basta remissão à matrícula ou registro do bem penhorado (art. 686, inciso I, e 703, inciso I), tendo em conta tratar-se de assentamentos sujeitos a consulta pública. Em terceiro lugar, a própria licitação comporta divulgação eletrônica (art. 687, § 2º), destinada a dar-lhe a máxima publicidade, para atrair maior número de interessados e elevar o valor arrecadado. Em quarto lugar, permite-se a “alienação por iniciativa particular”, criando-se nova Subseção no capítulo relativo à execução por quantia certa contra devedor solvente. A figura aproxima-se do leilão do art. 888, § 3º, da CLT.

Muito significativa é a previsão de lance parcelado, apresentado na própria praça, nos termos do art. 690, § 1º, do CPC: “Tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel”. Amplia-se a franquia da antiga regra do art. 700, que, em sua redação original, com exigência, de apresentação de proposta antes da praça e pagamento de 40% do lance à vista, tornara-se letra morta, fazendo com que na prática surgissem invariavelmente apenas lances à vista. Se o lance à vista tem a vantagem de evitar o *aliud pro alio*⁷⁴, dificulta a alienação. A facilitação de aquisição em prestações, com redução das formalidades,

⁷⁴ Celso Neves, Comentários ao Código de Processo Civil cit., n. 52. 100.

admitida proposta apresentada na própria praça, e diminuição da parcela a ser paga à vista (antes 40%; agora 30%), permite, ao mesmo tempo, ampliar o rol de pretendentes e elevar o valor das ofertas. Providência de alto significado prático, favorável ao exequente e ao próprio executado, beneficiado por arrematações mais elevadas, até porque, havendo saldo, lhe será entregue (art. 690, § 4º). Poder-se-ia ter ido além, para admitir a medida mesmo em caso de bens móveis, constituindo-se, para garantia do pagamento, depósito do bem em favor do arrematante, enquanto pendente de liquidação o valor total a ser pago. Como quer que seja, deve considerar-se a medida compatível com o processo do trabalho, mediante interpretação construtiva do § 4º, do art. 888, da CLT, que alude a preço, sem excluir parcelamento, devendo-se entender que o prazo de 24 horas, mencionado na referida norma, aplica-se, em caso de arrematação em parcelas, ao vencimento de cada uma delas⁷⁵.

Reforça a Lei n. 11.382, outrossim, a eficácia da arrematação, cercando o arrematante de mais garantias. Em caso de embargos à arrematação, outorga-se-lhe o direito de desistir da aquisição (art. 694, § 1º, inciso IV). Com isso, evita-se o risco de ser o licitante obrigado a depositar o valor oferecido como lance, de que fica privado, algumas vezes, por largo período de tempo, sem a contrapartida do recebimento da posse ou da propriedade do bem arrematado. A desistência caracteriza, no caso, direito de natureza claramente potestativa. Seu exercício prescinde de motivação ou fundamentação. Basta a manifestação de vontade, feita após a ciência do ajuizamento de embargos. Contestados os embargos pelo arrematante, porém, há preclusão lógica para a desistência.

Por outro lado, também com o propósito de aumentar a eficácia da alienação judicial, os embargos do executado, mesmo quando acolhidos, não prejudicam a arrematação (art. 694, *caput*), remanescendo ao executado, apenas, o direito “a haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença” (art. 694, § 2º).

9 PECULIARIDADES DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NA LEI N. 11.382

Tal como na Lei n. 11.232, a impugnação à execução, chamada de embargos do devedor, embora caiba ao executado apresentá-la, prescinde, na nova redação do Código de Processo Civil, de garantia do juízo (art. 736). O prazo para oposição é de quinze dias. No processo do trabalho, mesmo em se tratando de título executivo extrajudicial, como no caso de acordo perante comissão de conciliação, termo de ajustamento de conduta (CLT, art. 876) ou outros títulos decorrentes da competência estabelecida pela Emenda Constitucional n. 45, prevalece o prazo da CLT, de 5 dias,

⁷⁵ Já assim, frente à redação original do art. 700, do CPC, Coqueijo Costa, Direito processual do trabalho, Rio de Janeiro, Forense, 1984, n. 600, p. 631.

como se pode deduzir do art. 1º, da Instrução Normativa n. 27, do Tribunal Superior do Trabalho. Permanece, como regra, também a exigência de segurança do juízo, ressalvadas as situações em que suscitada inexistência de pressuposto processual ou ausência de condição da ação de execução⁷⁶.

A possibilidade de rejeição liminar dos embargos, quando manifestamente protelatórios (art. 739, inciso III), é perfeitamente compatível com o processo do trabalho, estando implícita, aliás, na parte inicial, do art. 765, da CLT.

10 CONCLUSÃO

Com poucas medidas realmente inovadoras – como é, sem sombra de dúvida, a melhor disciplina da possibilidade de arrematação parcelada (art. 690, § 1º, do CPC) –, mais consolidando o que já se praticava (arts. 655, inciso VI, 655-B, e 666, § 3º, por exemplo), a Lei n. 11.382 não deve alterar substancialmente o panorama atual da execução. Pelo eficaz cumprimento das decisões judiciais muito mais fez a Justiça do Trabalho, com a adoção de providências deveras simples, que nem mesmo demandaram reforma legislativa, como se deu com a penhora eletrônica, meio preferencial de apreensão de bens no processo do trabalho⁷⁷, e os leilões unificados⁷⁸.

⁷⁶ Sobre o tema, mais amplamente, cf. Estêvão Mallet, Oposição À execução fora dos embargos e sem garantia do juízo *in* Direito, Trabalho e Processo em transformação cit., p. 218 e seguintes.

⁷⁷ É o que resulta do art. 53, da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, assim redigido: “Tratando-se de execução definitiva, se o executado não proceder ao pagamento da quantia devida nem garantir a execução, conforme dispõe o artigo 880 da CLT, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, emitir ordem judicial de bloqueio via Sistema Bacen Jud, com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial”.

⁷⁸ Cf., no âmbito do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, em que já realizados, com grande êxito, vários leilões unificados, o Regulamento de leilão judicial unificado, publicado no DOE/SP-PJ, Caderno 1, Parte 1, de 17.03.06, p. 308 e segs.

Aliás, é mesmo possível que as novas disposições legais até comprometam algumas execuções em curso, fazendo-as retroceder, como ocorrerá, por exemplo, caso as hipóteses de impenhorabilidade agora criadas, especialmente aquela do inciso X, do art. 649 – que nada justifica, como se procurou mostrar no item 6, acima –, sejam aplicadas de forma retroativa, para autorizar levantamento de constrições feitas antes da reforma legislativa, solução que, embora incorreta sob o aspecto técnico⁷⁹, se acha sedimentada na jurisprudência⁸⁰.

⁷⁹ Constitui a penhora, quando já formalizada, ato jurídico perfeito e acabado, protegido pela garantia do art. 5º, XXXVI, da Constituição. Contra a retroatividade de novas hipóteses de impenhorabilidade, Araken de Assis, Manual do processo de execução cit., n. 110, p. 340. Na doutrina francesa, não admitindo efeito retroativo à declaração legal de impenhorabilidade de certo bem, Paul Roubier, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, n. 106, p. 568. Na jurisprudência nacional, cf.: “Execução fiscal - Bem de família - Cancelamento da penhora - Inadmissibilidade - Realização antes do advento da Lei n. 8.009/90 - Inaplicabilidade - Direito adquirido - Irretroatividade da lei mais nova - Ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal - Recurso não provido”. (TJ-SP. 19ª Câm. Civ., AI n. 258.148-2, Rel. Des. Ferreira Conti, julg. em 28.08.95) e “Penhora - Levantamento pretendido - Inadmissibilidade - Ato realizado - Bem de família - Anterioridade à Medida Provisória nº 143/90 e à Lei Federal nº 8009/90 - Aplicação do princípio da irretroatividade das leis - Validade também no tocante às leis processuais que não podem atingir atos processuais pretéritos, já perfeitos e acabados - Recurso não provido”. (TJ-SP. AI n. 172.967-2, Rel. Des. Carlos Ortiz, julg. em 30.04.91). Sempre no mesmo sentido, 1º Trib. Alçada Civil de São Paulo, 3ª Câm., Proc. n. 461862-0, Rel. Juiz: J. B. Franco de Godoi, julg. em 20.10.92, e 1º Trib. Alçada Civil de São Paulo, 6ª Câm., Proc. n. 501214-8, Rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves, julg. em 31.03.92.

⁸⁰ É pacífica, na jurisprudência, a idéia, formulada a partir dos problemas provocados pela aprovação da Lei n. 8.009, de que a impenhorabilidade superveniente atinge as constrições feitas antes da reforma legislativa. Cf., por exemplo, a decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no AI-AgR n. 159.292/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 28.06.96 in DJU de 13.06.97, p. 26.700. Mais recentemente, reiterou o Tribunal a conclusão: “I. Bem de família: impenhorabilidade legal (L. 8.009/90): aplicação à dívida constituída antes da vigência da L. 8.009/90, sem ofensa de direito adquirido ou ato jurídico perfeito: precedente (RE 136.753, 13.02.97, Pertence, DJ 25.04.97). 1. A norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor.” (STF – 1ª T., RE n. 497.850-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 26.04.07 in DJU de 18.05.07, p. 84). Na mesma linha, no Superior Tribunal de Justiça, há a Súmula 205: “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”. Em doutrina, considerando aplicar-se retroativamente a lei que declara a impenhorabilidade de certo bem, J. Baptista Machado, Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil, Coimbra. Almedina, 1968, p. 20.

CONTRATO DE TRABALHO NULO POR FALTA DE CONCURSO PÚBLICO E REGISTRO NA CTPS (REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO)

Evanna Soares*

RESUMO

Este trabalho trata da questão da nulidade do contrato de trabalho fundamentada na norma contida no art. 37, II e §2º, da Constituição da República, e a possibilidade de se proceder à sua anotação na Carteira de Trabalho do empregado. Cuida-se, ademais, de esclarecer a distinção entre os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos no mundo jurídico, para concluir que, caracterizada a relação de emprego, deve o respectivo contrato ser anotado na carteira de trabalho, independente de sua validade por ausência de concurso público.

Palavras-chave: Nulidade. Contrato de trabalho. Existência. Validade. Eficácia.

1 INTRODUÇÃO

Examina-se neste artigo se o contrato de trabalho eivado de nulidade por força do art. 37, II e §2º, da Constituição da República, pode ser objeto de registro na Carteira de Trabalho do empregado.

É cediço que a Carta Federal de 1988, no citado dispositivo, exige como requisito para o ingresso válido em cargo ou emprego público da Administração direta e indireta, de regra, a prestação de concurso público, com as exceções consignadas no próprio art. 37, tais as nomeações para cargo em comissão.

Nada obstante a Lei Maior esteja em vigor há quase vinte anos, a regra da impessoalidade para contratação pelos entes públicos continua sendo desafiada, notadamente nas esferas estaduais e municipais, com ênfase para as regiões menos

* Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais e pós-graduada (Especialização) em Direito Processual. Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho na 22ª Região. Professora de Direito Processual do Trabalho no Instituto Camillo Filho (Teresina). Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas.

desenvolvidas do País, nada obstante atuação incansável do Ministério Público do Trabalho¹, no sentido de combater as fraudes trabalhistas na Administração Pública, e a jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho desestimular os trabalhadores à aceitação do emprego sem o prévio certame público, uma vez que não lhes reconhece quase nenhum direito (Súmula 363).

Nesse contexto surge o problema ora focalizado, levando a que se perquiria até que ponto a mácula na admissão do empregado² interfere na efetivação da anotação do contrato de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social - medida, em princípio, obrigatória, segundo os arts. 29 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO NULOS

Alguns doutrinadores, ao conceituarem a invalidade do ato jurídico, notadamente na esfera trabalhista, confundem-na com os próprios efeitos da nulidade e com existência desse ato, não distinguindo os planos do mundo jurídico.

Daí a necessidade de buscar-se um conceito isento de tal indistinção:

Diz-se *válido* o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. *Validade*, no que concerne a ato jurídico, é sinônimo de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico.

Ao contrário, quando o suporte fático se concretiza suficientemente, mas (*a*) algum de seus elementos nucleares é deficiente (p. ex., vontade manifestada diretamente pelo absolutamente incapaz, ou pelo relativamente incapaz sem a presença do assistente, ou está eivada de vício invalidante, como erro, dolo, etc., ou, então, seu objeto é ilícito ou impossível), (*b*) ou lhe falta algum elemento complementar (não foi observada a forma prescrita em lei, *e. g.*), o sistema jurídico o tem como *ilícito*, impondo-lhe como sanção a *invalidade*. (MELLO, 2000, p. 3-4).

¹ O Relatório de Atividades do Ministério Público do Trabalho referente a 2005 informa que nos últimos dois anos foram abertas 500 mil vagas para concurso público no País em consequência da atuação judicial e extrajudicial da Instituição voltada para combater as irregularidades trabalhistas na Administração Pública (p. 143).

² Não se cogita, aqui, de admissão nos cargos públicos, visto que tal matéria não compete à Justiça do Trabalho (STF, ADI-MC n. 3395-DF), mas apenas das contratações segundo o laço trabalhista, conforme art. 114, I, da CF.

Segundo a teoria civilista, a decretação da nulidade retroage, produz efeitos *ex tunc* e apaga as repercussões fáticas já consumadas. O Direito do Trabalho, porém, desenvolveu sua teoria de nulidades, na qual se tem, “como regra geral, o critério da *irretroação da nulidade decretada*, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida”, de sorte que “o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação da nulidade - que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado”. (DELGADO, 2003, p. 502-503).

A teoria trabalhista encontra aplicação plena, restrita ou, ainda, a inaplicação, conforme o motivo da nulidade, considerado o caso concreto.

Não é aplicada, por exemplo, nos casos em que o trabalho constitua ilícito penal. Como consequência, tem-se que a decretação da nulidade retroagirá, tal qual preconizado pela teoria civilista, “negando-se qualquer repercussão trabalhista à relação socioeconômica entre as partes”.(DELGADO, 2003, p. 506).

A teoria trabalhista tem aplicação plena, isto é, com efeito *ex nunc* da decretação da nulidade contratual, em hipóteses que se refiram à forma do contrato ou à capacidade das partes - a celebração de contrato de trabalho com o menor de dezesseis anos de idade, por exemplo, considerado o disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição da República. Nesse caso, “*todas* as repercussões juslaboristas deverão ser reconhecidas ao contrato irregularmente celebrado” (DELGADO, 2003, p. 504).

Por fim, a aplicação restrita da teoria trabalhista, causadora de celeuma, em que se considera a natureza dos bens jurídicos tutelados, confrontando-os se necessário, como ocorre no caso da exigência de concurso público para admissão em emprego público, no qual entram em colisão o *valor trabalho* e o *interesse estritamente público*, levando à mitigação do primeiro (DELGADO, 2003, p. 504-505). Aqui, o intérprete, diante do caso concreto deve aplicar

[...] a teoria juslaborista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação dos serviços, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em consequência, manter-se-iam como devidas todas verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito a verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso prévio, 40% sobre FGTS e seguro desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta). (DELGADO 2003, p. 505).

3 A POSIÇÃO DO TST SOBRE OS EFEITOS DO CONTRATO CELEBRADO COM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO PÚBLICO

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho adota restritivamente a teoria trabalhista, aproximando-se, quase, de sua inaplicação, pois reconhece efeito *ex tunc* à decretação da nulidade do contrato laboral celebrado sem concurso público, excepcionando, somente, a contraprestação pactuada e os respectivos depósitos do FGTS.

Confira-se a Súmula 363 do TST:

Contrato nulo. Efeitos

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (D.J.U 21.11.2003).

Observe-se que o TST reconhecia apenas a contraprestação dos serviços realizados, tendo em vista a impossibilidade de total restituição das partes ao estado anterior à contratação, especialmente o trabalhador, que não tem como reaver o esforço despendido. Os depósitos do FGTS foram acrescidos ao texto da Súmula depois da vigência do art. 19-A³, introduzido na Lei n. 8.036/1990 pela Medida Provisória n. 2.164/2001, estabelecendo que tais depósitos são devidos mesmo no caso de nulidade contratual decorrente do desrespeito ao princípio do concurso público, “quando mantido o direito ao salário”.

4 O PROBLEMA DA ANOTAÇÃO DO CONTRATO NULO NA CTPS: A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Do mesmo modo que a teoria trabalhista da nulidade contratual suscita questionamentos quanto ao alcance e extensão dos efeitos pecuniários, subsistem dúvidas acerca da possibilidade, ou não, de o contrato nulo ser registrado na CTPS.

³ Esse dispositivo, porém, tem a sua constitucionalidade questionada no STF, conforme ADI 3.127, rel. Min. Cezar Peluzo, pendente de julgamento, e recebeu parecer do Procurador-Geral da República no sentido da procedência.

O TST pacificou seu entendimento no sentido da impossibilidade dessa anotação ou registro, como ilustram os dois arestos adiante:

RECURSO DE EMBARGOS. CONTRATO NULO. EFEITOS. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DEPÓSITOS DO FGTS. Declarada a nulidade do contrato de trabalho, os efeitos daí advindos não possibilitam o pagamento de parcelas decorrentes do contrato havido, a não ser aquelas referentes à contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor hora do salário mínimo, e dos valores relativos aos depósitos do FGTS, sendo indevida a anotação na CTPS, conforme já pacificadonesta C. Corte. Súmula nº 363 do C. TST. Recurso de embargos parcialmente conhecido e provido. (Proc. n. TST-E-ED-RR-792.593/2001.8, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, publ. em 04/05/2007).

CONTRATO NULO. EFEITOS. I - Esta Corte, por meio da Súmula nº 363, já sedimentou o entendimento jurisprudencial de que a contratação de servidor público após a Constituição da República de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II, e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. II - Quanto à anotação na CTPS, a Súmula/TST nº 363 teve sua redação ratificada em 10/11/2005 pelo julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº ERR-665159/2000, que versava sobre anotação na CTPS em caso de nulidade contratual, motivo pelo qual se impõe a exclusão da condenação em anotar a CTPS dos reclamantes... (Proc. n. TST-RR-2077/2004-051-11-00.9, rel. Min. Barros Levenhagen, publ. em 04/05/2007).

Observa-se, assim, que o TST considera a anotação da CTPS, com registro do início e fim do contrato de trabalho nulo por falta de concurso público, também atingida pelo vício da nulidade. E, como a decretação da nulidade, segundo essa concepção, retroage (efeito *ex tunc*), não devem ser procedidos os registros.

Há, porém, na jurisprudência, decisões de Tribunais Regionais do Trabalho antigas e recentes que seguem entendimento contrário ao do TST, citadas, por ementa, adiante, para melhor visualização dos fundamentos divergentes:

Fundação - CTPS - Anotação - Contrato de trabalho - Nulidade.
1- Princípio de tutela ao trabalho. Como observa o saudoso jurista Orlando Gomes, “em direito do trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade.

Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardeais da teoria civilista das nulidades” (“in” Curso de Direito do Trabalho, Ed. Forense, 1984, p. 152). 2- É que a força de trabalho não pode ser devolvida e o direito repele o enriquecimento ilícito. 3- Absurda e injurídica a pretensão da fundação estatal de fugir à anotação da carteira de trabalho e ao pagamento dos direitos trabalhistas, a pretexto de que irregular a contratação, por ela própria procedida, até porque a ninguém é dado invocar em juízo a própria torpeza (art. 104, do CCB, com art. 8º da CLT). Recurso provido, às inteiras. (TRT-1ª Região, 3ª T., Proc. n. RO-1691, rel. Juiz Azulino Joaquim de Andrade Filho, publ. no DJ-RJ-III em 09-7-1990).

Servidor não concursado. Direito legal de anotação da CTPS para efeito previdenciário. Do mesmo modo que uma empresa é obrigada a recolher as contribuições previdenciárias pertinentes ao serviço prestado, com ou sem relação de emprego, com mais razão devem as entidades públicas assumir a mesma responsabilidade perante a Previdência Social, permitindo ao servidor não concursado, no futuro, requerer a contagem daquele tempo de serviço para fins de sua aposentadoria, na forma do art. 40, parágrafos 12 e 13, da CF, e dos arts. 94 e ss. da Lei 8.213. Ainda que o contrato nulo não gere efeitos trabalhistas em favor do servidor não concursado, mesmo quando presentes todos os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, há de se aplicar contra a Administração Pública o disposto no inciso I, “a” , do art. 195 da CF, mandando-se anotar a CTPS para efeito de custeio previdenciário, pois o regime da Previdência Social não está limitado ao segurado trabalhador. Inclui também os seus dependentes legais, os quais devem receber do Estado a mesma proteção previdenciária. A anotação da Carteira Profissional é a única prova que o servidor não concursado tem para requerer a contagem do tempo de contribuição. (TRT-2ª Região, 9ª T., Proc. RE02-22412-2002-902-02-00, rel. Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, publ. no DJ-SP de 28/02/2003).

Alçado ao nível constitucional o trabalho como direito social - art. 6º da Carta Magna - os efeitos do labor humano em contrato com ente público na esfera trabalhista não podem ser desconhecidos por vício de nulidade contratual respaldada no art. 37 inciso II da norma fundamental. São distintos os conceitos de contrato laboral nulo e inexistente. O registro da carteira profissional determinável de ‘offício’ pelo juízo por força do art. 39 § 2º da CLT visa atestar a existência da relação empregatícia havida e não a sua validade. Remessa parcialmente provida para assegurar o registro em CTPS de contrato de trabalho ainda que nulo. (TRT-21ª Região, Pleno,

Proc. n. REO 00974/1995, rel. Juiz Ronaldo Medeiros de Souza, publ. no DOE/RN em 09-7-1997).

...II- SERVIÇO PÚBLICO. ADMISSÃO SEM PRÉVIO CONCURSO. NULIDADE DO ATO. ANOTAÇÃO DA CTPS.

A admissão que viceja nos autos foi realizada em desprezo ao requisito do concurso público agasalhado pela Constituição Federal. Mesmo írrito o contrato de trabalho, por preterição de forma essencial à sua validade, é devida a anotação da CTPS, eis que tal registro tem destinação previdenciária em razão de possibilitar a contagem do tempo de serviço para efeito de aposentadoria do trabalhador. (TRT-22ª Região, Pleno, Proc. n. RO-00243-2003-102-22-00-0, rel. Des. Fausto Lustosa Neto, publ. no DJ-PI de 29/11/2005, p. 03).

Observa-se a preocupação desses acórdãos regionais, basicamente, com dois aspectos: a distinção entre existência, validade e eficácia do negócio jurídico, no caso, o contrato de trabalho, e o aproveitamento do tempo de serviço prestado sob a contratação inválida para fins previdenciários⁴.

Aliás, nenhuma teoria poderia explicar como *amular* ou *tirar o efeito do tempo* despendido pelo trabalho no cumprimento da contratação, até a data da decretação da nulidade, mormente quando a experiência tem demonstrado a existência de contratos não precedidos de concurso público que vigoram há mais de dez, quinze anos - lapso considerável que não pode, razoavelmente, ser desprezado pelo Direito.

5 OS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Não se pode adequadamente compreender o mundo jurídico sem identificar seus planos formadores.

Com objetividade, Mello (2000, p. 19) esclarece que “o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos”.

No plano do *ser* ou da *existência* ingressam todos os fatos jurídicos, independentemente da sua licitude, bastando que o suporte fático sofra a “incidência da norma jurídica juridicizante”. (MELLO, 2000, p. 83).

⁴ Não se pode esquecer que, quem exercer atividade remunerada, é contribuinte obrigatório da Previdência Social, conforme Lei n. 8.212, de 24/7/1991, art. 12, e também seu segurado compulsório (art. 11 da Lei n. 8.213, de 24/7/1991).

Apura-se, aqui, apenas a existência, a qual não se confunde com a validade.

A propósito, Pontes de Miranda (2000, p. 53), ao explicar a *existência do fato jurídico e validade*, adverte para a distinção entre ambas.

Cogitar-se-á de *existência* sempre que o suporte fático descrito na norma jurídica estiver presente, ainda que deficiente.

Conseqüentemente, sempre que houver *insuficiência* (não a mera deficiência) desse suporte fático haverá a *inexistência* do ato jurídico. Assim, por exemplo, nos casos em que se exige declaração de vontade, ou declaração expressa de vontade, ou qualquer ato humano, mas tal não ocorreu. Por isso que se diz que *não existe* renúncia à herança prevista na lei civil (ver art. 1.086 do Código Civil de 2002) se não houver a manifestação da vontade de renunciar expressa por *atos*, e não meramente por palavras, posto que não se implementa todo o suporte fático - ou seja, é insuficiente. (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 53).

Também por insuficiência do suporte fático que não existirá e nem sequer precisa ser desfeito judicialmente “o casamento realizado por quem não tenha autoridade para casar”, tal um delegado de polícia. (MELLO, 2000, p. 83).

Cogitando-se de relação de emprego, constituem suporte fático, isto é, “os elementos fático-jurídicos” para sua existência:

a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *pessoalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não-eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*. (DELGADO, 2003, p. 288.).

Presentes todos esses elementos descritos na norma jurídica, qual seja, o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, *existirá a relação de emprego*.

Eis, portanto, identificado o contrato de trabalho no plano da existência.

Constatada a *existência*, veja-se o plano da *validade*, e, como se disse linhas atrás, considera-se “*válido* o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, ... em plena consonância com o ordenamento jurídico”. (MELLO, 2000, p. 3).

Registre-se, porém, que a *existência* antecede à *validade* e à *eficácia*, de sorte que se dispensa a perquirição dos dois últimos planos do mundo jurídico se o primeiro não estiver implementado.

Então, para que se indague se o ato ou o negócio jurídico é válido ou inválido, parte-se da premissa que ele *existe*, isto é, que o suporte fático foi apanhado pela norma jurídica.

As normas jurídicas invalidantes atuam no plano da validade e alcançam, somente, “os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, por serem os únicos sujeitos à apreciação da validade”. (MELLO, 2000, p. 87).

A doutrina costuma classificar em três categorias os pressupostos de validade dos atos jurídicos, ou seja, quanto ao *sujeito*, quanto ao *objeto* e quanto à *forma da exteriorização da vontade*, tendo, porém, o legislador, “liberdade para dar à validade (e à invalidade) o tratamento que lhe pareça mais adequado”. (MELLO, 2000, p. 7, 18).

O Código Civil de 2002, no art. 166, diz que é nulo o negócio jurídico quando: celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

E, note-se, a Carta Federal de 1988, art. 37, II, §2º, determina que “a não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”. No que interessa ao presente estudo, infere-se que a não observância do princípio do concurso público como regra geral para ingresso no serviço público, com as exceções consignadas no mesmo artigo, leva à *nulidade* do ato de admissão.

O texto constitucional fala de *invalidade* e, não, de inexistência ou de ineficácia do ato referenciado. Trata-se de caso de declaração legal taxativa da nulidade por desatenção a requisito especial e constitucional de validade, qual seja, a aprovação em concurso público.

Observe-se que, seguindo a tradição doutrinária, o vigente Código Civil, no art. 169, preconiza que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

Portanto, o contrato de trabalho ou a relação de emprego cujo suporte fático se implemente *existirá*, mas *será inválido* por expressa proclamação legal, não passando ao plano da validade, posto que ficará retido na triagem feita pelo Direito entre o que é perfeito e o que não é.

Resta perquirir, finalmente, o plano da *eficácia*.

A eficácia jurídica, segundo Mello (2003, p. 32), expressa “os efeitos próprios e finais dos fatos jurídicos, não considerando possíveis efeitos interimísticos ou impróprios que podem gerar”. A simples entrada do fato no plano da existência é suficiente para que produza efeitos, “às vezes apenas efeitos mínimos, que denominamos *situação jurídica básica*, mas que já são efeitos jurídicos”.

Interessa aqui, porém, focalizar os efeitos do ato inválido.

Reitere-se que não se confundem ineficácia com invalidade e inexistência dos atos jurídicos. A existência do ato independe de sua validade e eficácia. A eficácia, porém, não prescinde da existência desse ato, ou seja, para que produza efeitos é preciso que o ato já exista. Embora, na maioria das vezes, o ato jurídico, para que seja eficaz, necessite ser válido, não existe uma relação inafastável entre eficácia e validade do ato: nem sempre o ato nulo é ineficaz, quer dizer, o ato jurídico pode ingressar no plano da eficácia sem ter ingressado no plano da validade.

Em regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes. A ineficácia constitui uma consequência da circunstância de o ato jurídico não poder alcançar, no mundo jurídico, o plano da eficácia, o que, em geral, mas nem sempre, acontece em casos de nulidade. Há situações em que a lei, considerando certas circunstâncias especiais, atribui, excepcionalmente, efeitos jurídicos a atos jurídicos nulos (MELLO, 2003, p. 59).

Recorre-se, mais uma vez, à lição de Mello (2000, p. 87), que assim resume a distinção entre os planos do mundo jurídico:

a) no plano da existência entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, válidos, anuláveis ou nulos (o ato jurídico *lato sensu* nulo ou anulável é, *existe*, apenas defeituosamente) e ineficazes; *b)* pelo plano da validade somente têm passagem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, por serem os únicos sujeitos à apreciação da validade; *c)* no plano da eficácia são admitidos e podem produzir efeitos todos os fatos jurídicos *lato sensu*, inclusive os anuláveis e os ilícitos; os nulos, quando a lei, expressamente, lhes atribui algum efeito.

No caso do contrato de trabalho nulo por afronta ao art. 37, II, da Carta Federal de 1988, o legislador, expressamente, reconheceu-lhe os efeitos pecuniários e trabalhistas constantes do art. 19-A da Lei n. 8.036/1990⁵, isto é, a efetivação dos depósitos para o FGTS, quando mantido o direito ao salário.

⁵ Seguindo a linha de raciocínio adotada neste trabalho, com a separação dos planos no mundo jurídico, não vislumbra a autora inconstitucionalidade material na MP 2.164-41/2001, que introduziu o art. 19-A na Lei nº 8.036, uma vez que o os efeitos do negócio não se condicionam nem confundem com a sua invalidade.

O próprio Código Civil em vigor, no art. 182, determina que, no caso de anulação do ato jurídico, as partes devem ser restituídas ao “status” ostentado anteriormente, ou, se impossível isso, devem ser indenizadas com o equivalente.

Quando se cogita, porém, de uma relação jurídica de trato sucessivo, como é o contrato de trabalho, é impraticável devolver ao trabalhador o esforço físico e mental aplicado na execução dos serviços, de sorte que não é possível a restituição da partes ao “status quo ante”. Por isso que dele não se pode retomar a remuneração pertinente ao trabalho executado sob uma contratação nula. Aliás, é nisso que constitui a “indenização” reconhecida pelo TST na Súmula 363.

Pode-se dizer, então, que o contrato de trabalho não precedido de concurso público, até a data da proclamação da nulidade produz vários efeitos inerentes à natureza dessa relação jurídica, imbricados com a impossibilidade fática e temporal de devolver as partes ao estado anterior à contratação viciada.

Como exemplo desses efeitos constam os já mencionados contraprestação pelos serviços executados e os respectivos depósitos para o FGTS, bem assim a preservação dos atos de ofício praticados pelo servidor irregularmente investido⁶. E outros poderão ser reconhecidos por lei.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: SE O CONTRATO DE TRABALHO EXISTE, EVE SER ANOTADO, INDEPENDENTE DA INVALIDADE

Nada obstante possa parecer, sob o ângulo do argumento da autoridade que acoberta a jurisprudência do TST acima evidenciada, que o problema esteja solucionado, ou seja, não se deve anotar contrato de trabalho nulo na CTPS, na verdade o assunto não está esgotado.

Com efeito, deve ser observada a distinção entre os planos da existência, da validade e da eficácia do ato ou do negócio nos planos do mundo jurídico, como evidencia a *Teoria do Fato Jurídico* sistematizada nos três volumes da *Teoria do Fato Jurídico*, do jurista alagoano Marcos Bernardes de Mello.

Ora, o contrato de trabalho não precedido de concurso público é nulo, conforme expressa letra do art. 37, II e §2º, da CF (plano da validade), *mas existe* (plano da existência), isto é, ingressa no mundo jurídico, uma vez que a norma jurídica incide sobre o suporte fático com a constatação da presença dos elementos configuradores da relação de emprego, e *produz alguns efeitos* (plano da eficácia) previstos em lei ou decorrentes da própria execução do contrato laboral no tempo.

⁶ Confira-se do STF nesse sentido a RTJ 71 (2):570.

A anotação do contrato na CTPS tem a ver com o plano da existência e, não, com o da validade ou o da eficácia do fato jurídico. A proclamação da nulidade da admissão do trabalhador no serviço público, seja com efeito *ex nunc*, seja com efeito *ex tunc*, não diz respeito ao plano da existência nem lhe afeta.

Então, se o contrato existiu, embora nulo, ele pode e deve ser anotado na CTPS, com datas de início e da extinção da relação jurídica, sem menção à invalidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Relatório de Atividades 2005**. [S. l.]: O Ministério, [2006].
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 maio 2007.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Disponível em: <http://www.trt22.gov.br>>. Acesso em: 11 maio 2007.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 11/5/2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo, LTr, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. **Teoria do fato jurídico**: Plano da eficácia, primeira parte. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Teoria do fato jurídico**: Plano da existência, São Paulo: Saraiva, 2000.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. t. 1.

REMUNERAÇÃO E RENDA MÍNIMA: DIGNIDADE DO TRABALHADOR E INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA

Luiz Alberto de Vargas*
Ricardo Carvalho Fraga**

RESUMO

A globalização econômica acelerada tornou a insegurança dos seres humanos e o desemprego as principais preocupações políticas da maioria dos países. Do Estado se espera, em primeiro lugar, que promova o crescimento econômico, de forma que este gere empregos em número ao menos suficiente para atender a demanda representada pelos jovens em idade de ingresso no mercado de trabalho. Justifica-se, também, a criação de mecanismos redistributivos pelos quais todo cidadão, independentemente de sua situação dentro do sistema produtivo, tenha direito a uma renda mínima, que sirva para cobrir suas necessidades básicas e de sua família.

Palavras-chave: Renda mínima. Escassez do emprego. Papel do Estado. Pobreza e desigualdade. Proteção social para todos. Trabalho decente.

1 A GLOBALIZAÇÃO E A PASSAGEM DO SÉCULOS

A globalização econômica acelerada que caracteriza o final do século passado e o início do século XXI tornou a insegurança dos seres humanos e o desemprego as principais preocupações políticas da maioria dos países. Tal diagnóstico é da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, reconhecendo a ineficácia dos mercados para solucionar o problema, exorta os governos a assumir suas responsabilidades, especialmente em relação à proteção social e o diálogo social.

De fato, conforme dados da própria OIT, “o aumento da pobreza e da desigualdade no mundo assumem contornos alarmantes, ameaçando a própria coesão da sociedade.”(ALONSO, 2000, p. 140). ¹. Metade dos 2,8 bilhões de trabalhadores

*Juiz do Trabalho do TRT do Rio Grande do Sul. Doutorando em Barcelona. Contato lvargas@trt4.gov.br.

**Juiz do Trabalho do TRT do Rio Grande do Sul. Secretário da Escola Femargs. Coordenador do Fórum Mundial de Juizes. Aluno de Processo Civil no Mestrado da PUC-RS. Contato rcfraga@trt4.gov.br.

¹ "La estructura hiperfragmentada de los accesos al actual mercado de trabajo lo hace explosivo e inadministrable en el sentido más genuinamente social del término. Mercado maximamente flexibilizado que para los contextos más empobrecidos, o con poca o nula capacidad de formación, acabe generando un caos, no creativo precisamente, sino destructivo de las instituciones y demoleedor de las esperanzas personales [...]"

no mundo vive com uma remuneração de menos de US\$ 2 por dia (menos de R\$ 6 por dia), sendo que 18% (550 milhões) vivem com menos de US\$ 1 por dia. (OIT, 1994). São escassas as chances de melhoria para esse enorme contingente de trabalhadores presos a atividades mal remuneradas, de baixa produtividade e que exigem pouca instrução e quase nenhuma formação profissional.

“Em um mundo cada vez mais competitivo em que o emprego tornou-se bem escasso”(OLEA, 1995), a idéia do 'pleno emprego', surgida como princípio-guia da política econômica nos chamados Estados de Bem Estar Social parece um objetivo abandonado (FARIA, 1998)”², e cada vez mais inalcançável. Coloca-se, urgentemente, na pauta de discussão de todos os governos, o sério problema de prover a subsistência material de grande parte da população mundial, desempregada ou subempregada.

Assim, trata-se de pôr em questão que responsabilidades incumbem hoje aos governos, tanto na promoção do emprego de qualidade como na adoção de políticas compensatórias que, ao menos, diminuam o grave problema da pobreza que, em muitos países, ameaça a própria governabilidade democrática.³

2 A GLOBALIZAÇÃO E A ESCASSEZ DO EMPREGO

A concorrência mundial sem precedentes produziu a destruição dos empregos melhor remunerados (assim entendidos aqueles formalizados, por prazo indefinido e a tempo completo). Assistindo-se, simultaneamente a proliferação do trabalho não formalizado, precário, parcial ou desprovido de proteção social.

Conforme Pochmann (2001, p. 80),

no último quartel do século XX, a economia mundial foi marcada por três características principais: a rápida expansão do comércio mundial, a ampliação da liquidez internacional e a nova onda tecnológica. Tais fatores,

² “Na época em que a Declaração dos Direitos Humanos foi concebida, o pleno emprego e a difusão dos benefícios por meio do Estado estavam na ordem do dia da agenda política dos países desenvolvidos. Meio século depois, os valores subjacentes à transnacionalização dos mercados, como a livre circulação de capitais e a ênfase a ganhos incessantes de produtividade, se converteram em imperativos categóricos e transcenderam os limites da economia, contaminando todas as esferas da vida”.

³ “Estimo que se presentan factores que atentan contra la gobernabilidad democrática, como, por ejemplo, que uno de cada dos trabajadores de la región latinoamericana reciba una remuneración que lo sitúa en el umbral de la pobreza. Por otro lado, tampoco ayuda a consolidar la institucionalidad del Estado de Derecho que una creciente mayoría de la población en la edad de trabajar no está cubierta por la legislación laboral”. (ZENDER, Ignacio Basombrió. “Carta Democrática Interamericana. Políticas de Desarrollo y lucha contra la pobreza”)

juntamente com a promoção de políticas liberalizantes (alteração do papel do Estado na economia, desregulação dos mercados de capital, financeiros e do trabalho), contribuíram para o acirramento da competição intercapitalista, aprofundando as desigualdades sócioeconômicas mundiais.

A repercussão no mundo do trabalho foi profunda: crescente desemprego e aumento da desigualdade de salários e renda, seja no plano entre nações ricas e pobres, seja no interior de cada país. Os países de economia não-desenvolvida transformaram-se em “uma grande feira internacional de concorrência pelo oferecimento de mão de obra a custos decrescentes. (POCHMANN, 2001, p. 81)”.

Como resultado temos a escassez de emprego, ao menos aquele que possa assegurar ao trabalhador e sua família um mínimo de dignidade e segurança.

Na liberação sem limites da economia global, são os trabalhadores que mais sofrem, já que a mercadoria que oferecem (sua força de trabalho) ingressa no mercado de trabalho em posição estruturalmente desfavorável, agravada por uma concorrência intra-classe de âmbito global. Conforme Offe (1989 *apud* FARIA), “o trabalhador acaba sempre em uma posição desfavorável quando firma um contrato de trabalho em situação de livre concorrência”, basicamente, por quatro motivos: 1) **A força de trabalho entra no mercado como uma mercadoria especial, cuja abundância foge às possibilidades de regulação dos próprios trabalhadores** pois esta depende dos “processos demográficos não-estratégicos e pelas regras institucionais da atividade reprodutiva humana”. Assim, não há como limitar o número de pessoas que, estando em idade ativa, irão oferecer sua força de trabalho. 2) a força de trabalho é completamente dependente dos meios de subsistência oferecidos no mercado, o que a leva a “abrir mão de suas opções estratégicas para submeter-se a todas as condições impostas pela demanda no momento e a aceitar o salário corrente oferecido. 3) os compradores da força de trabalho tendem a se tornar mais independentes da oferta de trabalho, já que as mudanças tecnológicas podem permitir manter a produção em patamares estáveis com menor utilização da mão-de-obra, podendo-se dizer que, a título de resumo, que as necessidades do lado da oferta são muito mais rígidas que as da demanda. 4) o capital tem maior liquidez em relação à força de trabalho, pois pode-se renovar constantemente pela compra de novos equipamentos ou expansão da área de atuação, enquanto que a possibilidade de renovação da força de trabalho por meio de educação e treinamento alteram muito pouco a qualidade de sua oferta em relação às possibilidades de renovação do capital.

Exatamente, talvez, pelo reconhecimento da estrutural vulnerabilidade do trabalhador quando já na celebração do contrato de trabalho, estruturou-se o Direito do Trabalho, que, limitando a autonomia individual, que, conforme Maranhão (1980, p. 16), buscou “conciliar as exigências de respeito humano à pessoa do trabalhador com as da rentabilidade econômica das empresas”.⁴ Esses direitos passam a ser

duplamente solapados: de um lado, pela “fuga do Direito do Trabalho”, na qual se assiste ao retorno de tipos contratuais próprias do Direito Civil (BAYLOS, 2000, p. 35)⁵; por outro lado, pelo crescimento da chamada “economia informal”.⁶ Da mesma forma, o ideal do “pleno emprego” foi abandonado, não se podendo mais acreditar que seja possível erradicar a pobreza meramente pelo crescimento econômica e pela geração de empregos.

Coloca-se em pauta o dilema de assegurar a subsistência de boa parte da população, desempregada ou subempregada.

3 O PAPEL DO ESTADO NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E A INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA

Parece não haver dúvidas quando à imprescindibilidade da atuação do Estado, seja na regulação do contrato de trabalho, seja intervindo no mercado laboral com vistas a promoção do emprego, uma vez que o livre mercado tem-se mostrado insuficiente para satisfazer as necessidades concretas do homem como ser social, que se mantém e se reproduz à margem das relações meramente econômicas.⁷

⁴ Ainda: “Encerra este direito profunda significação moral que não deve ser esquecida e que vai coincidir, em última análise, com aquele mesmo ideal, de valor permanente e absoluto, de que se fez expressão a Declaração dos Direitos do Homem - ideal falseado pela economia capitalista - o respeito à dignidade do trabalhador. (...) “O salário não é apenas o preço da força de trabalho: é o meio de subsistência de um ser humano, a quem a sociedade não pode negar o direito a uma existência digna” (idem). Do mesmo sentido, Francisco Rossal de Araújo; “O Direito do Trabalho também pode ser visto sob o prisma da dignidade do ser humano. Na sua origem está a reação de que o trabalho humano possa ser juridicamente tratado como mera mercadoria” (ARAÚJO, Francisco Rossal de. O Direito do Trabalho e o ser humano. In: Anais do XII Encontro Regional da Amatra RS, HS editora, Porto Alegre, 1998, p. 14.

⁵ “La expresión “huida del Derecho del Trabajo” ha hecho fortuna. Viene a significar la utilización preferente de figuras contractuales no laborales para definir determinadas prestaciones de servicio y correlativamente el éxodo hacia formas jurídicas típicamente civiles o mercantiles, en supuestos de descentralización productiva y contratación externa de servicios profesionales, que se amplía también a la prestación de determinados trabajos atípicos”.

⁶ Economia informal como sendo “o conjunto de atividades econômicas que o estado de necessidade social ou a busca de lucros ilícitos leva a que sejam realizadas informalmente, de modo que não são detectadas, nem medidas, nem consideradas nas condições nacionais” PRADO, Ney. “Economia informal e o direito no Brasil”. Editora LTr, São Paulo, 1991, p. 26.

⁷ “las necesidades no satisfechas en la sociedad industrial aparecen no por la insuficiencia de producción, sino por el tipo de producción para el deseo, o lo que es lo mismo, la necesidad como fenómeno social no tiene validez económica si no presenta la forma de un deseo solvente individual monetarizable; quedan así desasistidas todas aquellas necesidades que, por diferentes motivos históricos, escapan a la rentabilidad capitalista, marcando con ello los límites de su eficiencia asignativa en la medida que el mercado únicamente conoce al *homo economicus* - que sólo tiene entidad de comprador, productor o vendedor de mercancías - y desconoce al hombre en cuanto ser social que se mantiene y reproduce al margen de la mercancía. (ALONSO, Luis Enrique, idem, p. 43).

Por outro lado, é preciso não esquecer o compromisso histórico dos Estados de Bem Estar Social, surgidos após a segunda guerra mundial, em relação à promoção da igualdade e da crescente prosperidade material.

Tal compromisso está expresso em diversos documentos de direito internacional e grande parte das Constituições contemporâneas⁸ e, nele se encontra o dever do Estado em propiciar o sustento através do trabalho digno e, na impossibilidade deste por qualquer causa involuntária (doença, velhice, desemprego), garantir-lhe uma remuneração mínima que propicie a sua subsistência e de sua família.

Particularmente relevante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)[que prevê diversos direitos trabalhistas, depois repetidos em várias Constituições, inclusive a brasileira:

Art. XXIII:

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que assegure, assim como sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Art. XXIV - “Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Art. XXV -

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

⁸ O chamado “constitucionalismo social” inicia pela Constituição da Suíça (1896) e pela Constituição do México (1917), sendo esta a primeira que “arma um quadro significativo dos direitos sociais do trabalhador, muitos dos quais foram repetidos nas Cartas Magnas de alguns países latino-americanos. (SÜSSEKIND, Arnaldo. “Direito Constitucional do Trabalho”. Editora Renovar, 3a. edição, Rio de Janeiro, 2004, p. 13).

Da mesma forma, também importante são as normas contidas no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966), do qual o Brasil é signatário, tendo ratificado tal tratado em 24/01/92 (decreto de promulgação n. 591 de 6/7/92):

Art. 6º - Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

1. As medidas que cada um dos Estados Partes no presente Pacto tomará com vista a assegurar o pleno exercício deste direito devem incluir programas de orientação técnica e profissional, a elaboração de políticas e de técnicas capazes de garantir um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e um pleno emprego produtivo em condições que garantam o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais de cada indivíduo.

Art. 7º- Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

a. Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

I. Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;

II. Uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b. Condições de trabalho seguras e higiênicas;

c. Iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual;

d. Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.

Art. 9º . Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais.

Art. 11º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas

apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

É de citar-se, também, a Carta Democrática Interamericana: Políticas De Desarrollo Y Lucha Contra La Pobreza (2001), que, em relação ao trabalho, proclama que

- (i) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
- (ii) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
- (iii) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.”

O compromisso social expresso em tais documentos internacionais foi acolhido na Constituição Federal do Brasil de 1988 que “consagra diretrizes e princípios que justificam a utilização do salário como instrumento da justiça retributiva”(SÜSSEKIND, 2004, p. 167). Assim, cita-se a “dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho” como um fundamentos do Estado (art. 1º); a obrigação do Estado de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, de “erradicar a pobreza” e de “reduzir as desigualdades sociais” (art. 3º).

Da mesma forma, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).

Também relevante é o art. 7º que elenca vários direitos trabalhistas, para todos os trabalhadores, da cidade e do campo. A melhor exegese de tal norma constitucional leva ao entendimento que tais direitos sociais não se limitam aos empregados, assim entendidos os que possuem um vínculo trabalhista de emprego, mas a todos os trabalhadores.⁹ Entre os direitos ali expressos estão o direito a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I); seguro-desemprego (inciso II); salário mínimo (inciso III); piso salarial proporcional à extensão e à complexidade

⁹ A esse respeito, VARGAS, Luiz Alberto. Um novo paradigma para a interpretação constitucional da relação de trabalho”.in “Jurisdição e Competência da Justiça do Trabalho”, Coordenador Francisco Rossal de Araújo, ed. Cetra-LTr, 2006, São Paulo.

do trabalho (inciso IV); irredutibilidade salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (inciso V); garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (inciso VII); salário família, pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda (inciso XII); redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII); aposentadoria (XXIV); assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas (XXV); seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa (XXVIII); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência física (XXXI); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (XXXII); igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (XXXIV).

Importante lembrar que tais direitos, por serem fundamentais¹⁰, são dotados de aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º parágrafo 1º da mesma Carta Magna:

Por fim, merecem citação ainda o disposto nos artigos 170, VIII (“busca do pleno emprego”), 193 (“a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”), 201 (que estabelece a obrigação de atendimento pela Previdência Social, entre outros, “a cobertura dos eventos de doenças, invalidez, morte e idade avançada”, “proteção à maternidade, especialmente á gestante”, “proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário”, “salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” e “pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes”) e art. 203 (que prevê assistência social a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social).

De especial relevância o art. 201, parágrafo 2º, quando estabelece que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

Não parece haver dúvida, portanto, quanto às obrigações do Estado, não apenas com a sustentação material dos cidadãos, mas com a garantia de uma vida digna e segura, na qual o direito ao trabalho assume o protagonismo.

¹⁰ Conforme José Afonso da Silva, a doutrina mais conseqüente reconhece nos direitos sociais “a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social*.” (SILVA, José Afonso da. “Aplicabilidade das normas constitucionais”. Malheiros Editores, São Paulo, 4a. edição, 2000, p.151).

Ocorre que o Constitucionalismo Social estruturou-se ao par com a diretriz econômica do pleno emprego, na perspectiva de uma prosperidade duradoura e de uma oferta crescente de postos de trabalho. Assim, o Direito do Trabalho se constituiu em uma rede de proteção destinada aos trabalhadores empregados¹¹, no pressuposto de que o desemprego ou o subemprego não fossem mais do que uma anomalia do sistema, a ser superada ao longo do tempo pela ação corretiva do Estado. Assim, se o direito ao trabalho não é uma promessa factível de ser cumprida pelo Estado de Bem Estar Social, o Direito do Trabalho mostra-se insuficiente, já que sua efetividade se aplica a um porção cada vez mais reduzida dos trabalhadores, ou seja, aqueles que logram obter um posto de trabalho.

Na medida que o desemprego deixa de ser uma anomalia e passa a ser uma componente estrutural do sistema econômico, apresenta-se o problema de garantir à grande parte dos cidadãos - que não obtém um emprego ou mantém um subemprego - uma retribuição mínima, o que somente é factível pela ação do Estado, sobre o qual cada vez repousam as esperanças de manutenção/refundação do pacto social que fundou a modernidade.¹²

4 O CRESCIMENTO ECONÔMICO E A ABORDAGEM ECONÔMICA DO PROBLEMA DA POBREZA E DA DESIGUALDADE

Estabelecida a imprescindibilidade da ação estatal para regulação da economia, em consonância com os princípios norteadores que alicerçam o Estado Social moderno, há de se precisar mais concretamente que tipo de atuação é adequada para erradicação da pobreza e redução da desigualdade.

¹¹ “El derecho constitucional al trabajo proyecta su eficacia hacia un doble destinatario: los poderes públicos, como garantes de una legislación orientada a su pleno desarrollo y fiscalizador de los posibles incumplimientos y el empresario, que si bien no puede ser compelido a la asignación directa de un puesto de trabajo en la fase precontratual, una vez perfeccionado el contrato ha de abstenerse de cualquier actuación contraria al derecho comentado”. (MARRERO, Alberto Guanche. “El derecho del trabajador a la ocupación efectiva”. Editorial Civitas, Madrid, 1993, p.25).

¹² A idéia de “contrato social da modernidade” como sendo “a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna” está em SANTOS, Boaventura de Souza. REINVENTAR A DEMOCRACIA : ENTRE O PRÉ-CONTRATUALISMO E O PÓS-CONTRATUALISMO” Maria Celia Paoli (org.), 1998, Coleção Zero à Esquerda. Editora Vozes.

Do Estado se espera, em primeiro lugar, que promova o crescimento econômico¹³, de forma que este gere empregos em número ao menos suficiente para atender a demanda representada pelos jovens em idade de ingresso no mercado de trabalho.

Infelizmente, a segmentação do mercado laboral e o aproveitamento quase exclusivo pelo capital dos ganhos de produtividade propiciados pela rápida absorção tecnológica têm propiciado um “crescimento econômico sem emprego”, a frustrar as expectativas dos que preconizavam o rápido desenvolvimento econômico como a melhor solução - senão a única - para redução do desemprego e para a promoção do bem estar geral.

Como bem adverte Ignacy Sachs, ***ainda que o crescimento acelerado seja uma condição necessária para a criação de postos de trabalho dignos, o crescimento econômico, por si só, não é suficiente para redução da pobreza e da desigualdade***, pois não se pode prescindir de políticas públicas para aumentar a densidade dos empregos a serem criadas¹⁴.

Conforme o Diretor -Geral da OIT, Juan Somavia, a geração de empregos de qualidade deve ser encarada como parte integrante das estratégias nacionais de desenvolvimento, pois o crescimento econômico não pode se tornar um fim em si mesmo.¹⁵

Da mesma forma que a geração de empregos satisfatórios não depende exclusivamente do crescimento econômico, também não basta o desenvolvimento econômico para que se obtenha uma redução das desigualdades. Políticas públicas meramente indutoras do progresso econômico mais beneficiam, em regra, os setores sociais melhor aquinhoados, sendo equivocado pensar que a produção em abundância propicie a elevação do consumo dos setores menos privilegiados e, assim, diminua a desigualdade social.

¹³: «Como o emprego é a ponte entre o crescimento econômico, a erradicação da pobreza e as oportunidades de desenvolvimento humano, a redução sustentável da pobreza não é possível sem crescimento econômico rápido e sustentado. Dois canais básicos ligam a redução da pobreza ao crescimento. São eles : a) o canal das prestações sociais, ou seja, recursos gerados pelo crescimento (por exemplo, impostos) que podem potencialmente ser usados pela sociedade para prestar serviços aos pobres ; b) o canal da renda pessoal, ou seja, o crescimento da economia através do emprego que potencialmente se traduz em rendimentos pessoais mais elevados entre os pobres » (Relatório de Desenvolvimento Humano de 2003 da África do Sul p. 6, citado em SACHS, Ignacy, .”Trabalho decente: Ponte entre o “econômico” e o “social”, disponível no site da OIT, www.ilo.org).

A respeito desse tema, interessante o pensamento de Alonso (2000, p. 40):

En el desarrollo del capitalismo contemporáneo, abundancia y escasez – satisfacción y necesidad – no son dos polos contrapuestos que se anulan el uno al otro, de tal modo que el incremento del primero suprime al segundo definitivamente; ni el crecimiento tampoco es un proceso que gracias a sus efectos pueda instaurar en el ámbito del consumo los principios del liberalismo democrático, dejando la desigualdad relegada a un lugar externo de su propio avance. Por el contrario el crecimiento mismo se realiza en función de la desigualdad, ésta es - a la vez - su base de actuación y su resultado: la dinámica de la producción diversificada, la renovación formal permanente y la obsolescencia planificada de los objetos no responde a ningún modelo de igualación por el consumo, sino de diferenciación y clasificación social que, con cierta autonomía limitada, reproduce en el ámbito de la distribución, el orden de la diferencia que arranca de la esfera de producción.

Portanto, acreditar no crescimento econômico por si só como a solução do desemprego é um equívocos político, pois desconsiderando todos os aspectos do problema, em especial a responsabilidade do Estado na manutenção dos compromissos sociais assumidos no pós-guerra.

Assinala-se ao Estado o dever de combater a pobreza através de ações políticas concretas, que podem adotar variadas formas, como a indução à criação de novos e melhores empregos, a extensão da proteção social aos mais débeis, ou, mesmo, a intervenção no mercado laboral, como a fixação do salário mínimo ou do valor mínimo das prestações sociais. Em qualquer caso, tratam-se de ações firmes, que impliquem em real transferência de renda aos setores menos favorecidos e que levem adiante o dever constitucional de promoção da igualdade.¹⁶

¹⁴ “Sem dúvida, a volta ao crescimento acelerado é uma condição necessária para a criação de oportunidades de trabalho decente. Porém os exemplos da China e a Índia, onde o coeficiente de elasticidade de emprego baixou para apenas 0,1, mostra que não podemos prescindir de políticas públicas para aumentar a densidade em empregos da trajetória de crescimento econômico, sob pena de cairmos na armadilha de « *jobless growth* » ou mesmo « *job loss growth* », ou seja, crescimento sem emprego ou crescimento destruidor de empregos.” (SACHS, Ignacy, ob. cit.)

¹⁵ “Não é possível esperar que somente o crescimento promova o emprego para aqueles que mais necessitam e reduza a pobreza extrema na região. É necessário incorporar explicitamente o objetivo de geração de trabalho decente nas estratégias nacionais de desenvolvimento”, incluindo a geração de políticas trabalhistas específicas” (Declaração do Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia, na abertura da XVI Reunião Regional Americana da Organização Internacional do Trabalho, Brasília, maio, 2006).

¹⁶ Ao assim intervir no mercado de trabalho, o Estado, no dizer de Márcio Pochmann, transforma-se em um “agente de socialização de renda”, o que nada mais é do que a redistribuição dos fundos sociais, formados a partir das cotizações dos empregadores e dos empregados e ainda das receitas provenientes dos tributos .

De plano há de se rejeitar propostas que, ao contrário de aproximar soluções para o problema do desemprego, agravam mais a precariedade do emprego oferecido. A competição “para baixo”¹⁷ dos salários entre os países em desenvolvimento tem levado à flexibilização laboral e a proliferação de trabalhos precários como equivocada estratégia de atração de investimentos transnacionais. A fracassada política espanhola¹⁸ de precarização dos empregos nas décadas de 80/90 demonstrou que o rebaixamento da proteção social e a precarização do trabalho não leva à criação de empregos, apesar de seu alto custo social.¹⁹

Ao contrário, espera-se do Estado que promova a criação de empregos de qualidade, formalizados, por prazo indefinido e a tempo completo.

Pochman (2000, p. 108) aponta cinco elementos-chave para a determinação da quantidade e da qualidade do emprego da força de trabalho no capitalismo contemporâneo:

1. promover políticas macroeconômicas, como base da determinação do volume global da ocupação da cada nação, sendo o comportamento - maior ou menor da taxa de crescimento - da demanda agregada (investimento e consumo) revelador da situação geral do emprego da força de trabalho. A defesa do pleno emprego, a partir da utilização efetiva das forças produtivas capitalistas, seria o resultado histórico de um compromisso político estabelecido pelos principais atores sociais, com capacidade de instrumentalizar as políticas macroeconômicas voltadas para a universalização do bem-estar social.

¹⁷ “O internacionalismo, outrora inventado pelos líderes operários social-democratas para fazer frente aos avanços capitalistas mudou desde há muito tempo de campo. (...) “Quarenta e cinco marcos à hora pelo trabalho especializado na Alemanha: É demasiado caro; os britânicos trabalham por menos da metade e os checos por um décimo disso” (MARTIN, Hans-Peter y HARALD, Schumann. “A Armadilha da Globalização. O assalto à democracia e ao bem-estar social”, Terramar, Lisboa, 1998.)

¹⁸ Conforme ANTONIO BAYLOS, “a flexibilização dos direitos trabalhistas na Europa não causou benefícios, nem aumentou o nível de emprego, mas apenas precarização. Para o sistema espanhol, a desregulamentação foi um equívoco” (entrevista a Informativo Anamatra, ano VIII, n. 54, outubro/2004)

¹⁹ “En resumidas cuentas, es importante subrayar que no hay gran evidencia que sustente la postura hegemónica de que la reducción de la protección social y/o el aumento de las facilidades de despido y contratación temporal hayan disminuido significativamente el desempleo, al menos en las cantidades que permita resolver la enorme problemática del desempleo que los países europeos presentan. De ahí que se requiera el desarrollo de otras políticas públicas cuyo impacto en reducir el desempleo sea mayor y más efectivo que las ya probadas sin crear a la vez el coste social que aquellas políticas hoy están creando, tales como la polarización social y la pobreza como fenómeno de masas”. (NAVARRO, Vicenç. “Neoliberalismo y Estado del bienestar”. Ariel, Barcelona, 1997, p 43)

2. elevar o paradigma técnico-produtivo, que estabelece as condições operacionais de uso do trabalho e do capital (intensivo/extensivo) na atividades mercantis. Quanto mais avançado tal paradigma, maior tende a ser o uso intensivo do capital e mais produtivo o emprego da força de trabalho, com efeito multiplicador imediato para toda a economia, inclusive atividades não-mercantis.

3. promover políticas de bem-estar social. utilizando os grandes fundos de financiamento público e privado e organizados em institutos governamentais ou não-governamentais para estabelecer o acesso às garantias mínimas de proteção social. As políticas de bem-estar social passam a definir o grau possível de incorporação da classe trabalhadora aos frutos do desenvolvimento econômico. Ao mesmo tempo, as políticas de bem-estar social podem se mostrar funcionais à sustentação do crescimento econômico, gerando novas formas de ocupação e de ganhos de renda nos segmentos não mercantis da economia.

4. estabelecer um sistema de relações de trabalho que, impondo padrões regulatórios básicos do mercado de trabalho, contribua para o estabelecimento de maior ou menor grau de concorrência no interior da classe trabalhadora. Em cada país, o direito do trabalho define o marco geral de uso (jornada e condições de trabalho) e remuneração da mão-de-obra (rendimentos e custo total do trabalho) por meio de regras formais (países europeus) ou informais (países de língua inglesa). Quanto mais democrático e centralizado o padrão de contratação coletiva de trabalho e mais reguladas as formas de contratos irregulares, maiores as possibilidades de homogeneização do padrão de uso e remuneração da força de trabalho (custo da mão-de-obra e as relações de trabalho).

5. promover políticas de emprego que orientem tanto a redução dos desajustes nas ocupações e rendimentos que ocorrem no plano nacional, regional e setorial quanto os problemas de qualificação profissional, de alocação de mão-de-obra, das condições e relações de trabalho, do tempo de trabalho, entre outros.

Assim, um conjunto de ações coordenadas e articuladas por tais políticas pode levar ao uso pleno da força de trabalho, com “elevada funcionalidade na determinação da quantidade e da qualidade do emprego”.(POCHMANN, 2000, p. 110).

5 O TRABALHO DECENTE COMO PARÂMETRO MÍNIMO FIXADO PELA OIT

Em sintonia com a meta estabelecida pela Organização das Nações Unidas, de reduzir pela metade a pobreza mundial até 2015, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem definida a promoção do trabalho decente como sua principal tarefa a ser desenvolvida nos próximos anos. Assim, a OIT, na 87ª. Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, junho de 1999), deliberou que, atualmente, sua finalidade primordial “é promover oportunidades para os homens e as mulheres possam conseguir um trabalho decente o produtivo, em condições de equidade, segurança e dignidade humana.”²⁰

Por trabalho decente se entende aquele cuja remuneração é adequada e exercido em condições de equidade e segurança e capaz de dar uma vida digna à pessoa.

Tal exigência contempla o acesso ao emprego em condições de liberdade, o reconhecimento dos direitos básico do trabalho que garantam que não haja discriminação ou assédio moral; que o trabalhador receba um salário que permita satisfazer suas necessidades e responsabilidades econômicas básicas, sociais e familiares; que se logre um nível de proteção social adequado para o trabalhador e para os membros de sua família; que se garanta o direito de expressão e de participação, direta ou indireta, através de suas organizações representativas por eleitas.(SEBGERBERGER, 2001).

Numa tentativa de maior precisão, Sachs (2004) apresenta o trabalho decente como sendo o “emprego (“ocupação”) assalariado e por conta própria, com proteção social básica (i.e. pelo menos a proteção de acidentes e doenças ocupacionais, aposentadoria e auxílio maternidade), com respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho (i.e. em liberdade e igualdade entre homens e mulheres e raças, sem trabalho infantil, sem trabalho forçado, e com direitos de associação e de negociação), e com diálogo social – i.e. com representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores (e, onde os governos e seus parceiros sociais julgarem adequado, de outras organizações não governamentais da sociedade civil).

O que se busca, enfim, é a fixação de parâmetros para a avaliação do trabalho oferecido, abaixo do qual não se pode admitir que este implemente condições mínimas de segurança e dignidade compatíveis com o atual estágio civilizatório das relações sociais.

²⁰ O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT, ou seja, a promoção dos direitos fundamentais no trabalho; o emprego; a proteção social e o diálogo social, tornando-se o norte que deve orientar as decisões da organização e definir o conteúdo de suas ações internacionais nos próximos anos. TRABALHO DECENTE. Relatório do Diretor Geral da OIT à 87ª. Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, junho, 1999.

Desse modo, conectam-se os direitos sociais do trabalho aos direitos humanos, buscando-se que a relativa efetividade internacional que se logrou alcançar em relação aos chamados “direitos humanos de primeira geração” seja também estendida aos “segunda geração”, quais sejam, aqueles que configuram os direitos econômicos e sociais.²¹

6 A REMUNERAÇÃO COMO PARTE ESSENCIAL DA DEFINIÇÃO DE TRABALHO DECENTE

Ainda que a remuneração não seja o único conteúdo da definição de trabalho decente, não há dúvidas de que seja sua característica principal, uma vez que dele depende a própria sobrevivência do trabalhador.

A garantia de remuneração tem diversos aspectos, variando substancialmente conforme a inserção do cidadão no mercado laboral. Para os empregados, a proteção deriva diretamente do princípio de proteção característico do Direito do Trabalho²², englobando a irredutibilidade salarial; a proibição de descontos não autorizados; a estipulação de salário mínimo; a limitação da jornada de trabalho; a majoração em caso de prestação extraordinária, noturna ou em turnos de revezamento; entre outros, sendo que, no caso brasileiro, muitas dessas normas protetivas estão inseridas na própria Constituição Federal, como já se teve oportunidade de demonstrar.

De substancial importância é a atuação estatal no sentido de assegurar que o valor real dos salários não seja corroído pelo processo inflacionário. O aumento do desemprego repercute severamente sobre o nível salarial dos empregados²³, sendo irreal a proposta de deixar à livre negociação coletiva a fixação de normas de reajustamento salarial periódico. No Brasil, com a revogação das normas legais de recomposição salarial, tornou-se a Justiça do Trabalho, através de Poder Normativo, peça essencial na garantia da remuneração real de boa parte das categoria profissionais.

²¹ Os direitos sociais também são chamados direitos prestacionais e são filhos do século XX. Tornam o Estado devedor dos indivíduos relativamente a ações concretas, visando garantir um mínimo de igualdade entre os cidadãos e o bem estar social. São direitos que se efetivam “através” ou “por meio” do Estado e, por isso, sofrem a objeção do pensamento (neo) liberal, tradicionalmente contrário à intervenção do Estado. Por isso, a questão da efetividade dos direitos sociais é tema candente e de urgência.

²² A esse respeito, RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios do Direito do Trabalho”. São Paulo, LTr,

²³ “O desemprego influencia diretamente o nível salarial dos empregados, como aponta Márcio Pochmann: “No caso de livre funcionamento do mercado de trabalho, o processo de determinação do salário torna-se dependente diretamente do grau de escassez e de abundância da força de trabalho. As empresas dificilmente possuem uma estrutura previamente definida de cargos e salários estáveis, o que significa dizer que o rendimento assalariado sofre a influência direta da oferta da mão-de-obra no mercado de trabalho”. (POCHMANN, Márcio. “Políticas do Trabalho e de Garantia de Renda no Capitalismo em Mudança”. São Paulo, LTr, 1995, p. 25.)

Por outro lado, no Brasil, a proteção do trabalhador não empregado, subempregado ou inserido no mercado informal ainda tem muito a se desenvolver. Ainda que haja cobertura médica independentemente da inserção do mercado formal, a proteção previdenciária é insuficiente, sendo ainda incipiente a institucionalização do chamado “direito à renda mínima”, benefício desvinculado do mercado laboral.

7 DIREITO DO TRABALHO SEGURO E DIGNO

Como leciona Alan Supiot (1996, p. 93), há de se distinguir a segurança no trabalho e a segurança por meio do trabalho.

A idéia de segurança no trabalho deve ser ampla, abarcando disposições que assegurem uma proteção dos trabalhadores contra lesões físicas (como regras relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho, aos acidentes de trabalho, às enfermidades profissionais, assim como normas que representem a responsabilização civil objetiva do empresário pelos riscos do negócio); que estendam a proteção a todos os aspectos da existência biológica do trabalhador (em especial, a regulação dos tempos de trabalho, que preservem seus períodos de descanso, seus ritmos biológicos, a prevenção da fadiga, etc.); que contemple juridicamente todos os eventos imprevistos de caráter físico que impeçam ou dificultem o cumprimento do contrato de trabalho (idade, sexo, maternidade, enfermidade, etc.).

Já na segurança por meio do trabalho, não se trata de conseguir que o trabalhador saia ileso da relação de trabalho, mas precisamente que, além disso, ele encontre os meios para perpetuar sua força de trabalho, quer dizer, os meios para viver e fazer viver os seus (segurança econômica). Trata-se de garantir a segurança da remuneração do trabalhador, que se expressa essencialmente no direito a um salário mínimo.²⁴

Historicamente, conforme ensina Supiot, por muito tempo a idéia de um salário mínimo, também chamado mínimo vital, foi acoplada ao pensamento de Ricardo, pelo qual, “os salários não podem exceder por muito tempo o preço necessário para permitir aos trabalhadores subsistir bem ou mal e perpetuar sua espécie sem crescimento nem diminuição”.²⁵

²⁴ “Nacido de la necesidad de garantizar la seguridad del trabajador, su seguridad física en la empresa, el derecho del trabajo debíaaender naturalmente a garantizar la seguridad de los ingresos del trabajador. (...) Esta garantía de los ingresos del trabajador se desarrolla en dos planos diferentes: por una parte, el de los ingresos del trabajo y, por otra, el de los ingresos de sustitución, que permiten al trabajador subsistir cuando no puede trabajar” (SUPIOT, Alan. ob. cit. pp. 96-98).

²⁵ Em “On the Principles of Political Economy and Taxation, Ed. P. Sraffa, Cambridge University Press, cit. p. 93, traducción francesa da edição de 1821: Principes de l'économie politique et de l'impôt, Paris, Calmann-Levy, 1970” citado por SUPIOT, 1996, p. 99).

O conceito de salário mínimo evoluiu do estritamente necessário para reprodução da força de trabalho para o “salário digno” ou “salário suficiente”, ou seja, aquele que resulte das exigências sociais que resultam do estado geral de riqueza da sociedade a que pertence o trabalhador. Pode-se citar como exemplo de enunciação do conceito de salário digno aquele contido no art. 7º, IV da Constituição Federal brasileira, qual seja, “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Por fim, ainda com base no pensamento de Supiot (1996, p. 100-101), mais recentemente, **a evolução do conceito de retribuição mínima leva a se determinar seu valor não apenas pelo nível de vida mínimo que se calcula de acordo com o custo de vida em determinado momento, mas também de acordo com a evolução geral da remuneração do trabalho.**²⁶

8. PROTEÇÃO SOCIAL PARA TODOS

Não basta, porém, pensar na criação de empregos de qualidade como suficiente para erradicação da pobreza e o aumento da segurança social. Cada vez mais, na economia globalizada, os empregos, ainda que por tempo indefinido, não são duradouros, já que sujeitos à volatilidade do mercado instável e imprevisível, varrido sistematicamente pelo “turbilhão de desvalorização e racionalização, aparentemente imparável”. (MARTIN; HARALD, 1998, p. 113.).

Nesses termos, não se pode mais falar em estabilidade no emprego, sendo corrente falar-se hoje na “individualização dos riscos”²⁷ para caracterizar uma

²⁶ “La vieja idea del salario justo, que defienden los sindicatos, no puede acomodarse a una situación em que los trabajadores menos pagados no tengan su parte del enriquecimiento general de la nación.(...) Se aprecia aquí la dinámica de la idea de seguridad por medio del trabajo, (..) que ha conducido a un objetivo de garantía económica de “participación en el desarrollo económico de la nación”, conforme o Código de trabajo francés, art. L, 141-2 y 141-4.

²⁷ BECK, Ulrich., p. 163.

profunda insegurança no emprego²⁸, sempre ameaçada pelo demissões em massa, pelos deslocamentos empresariais ou pela falência em massa das empresas até pouco tempo sólidas.

O sistema de seguridade social foi criado sob a idéia simples de que o trabalhador deve ser protegido contra os principais riscos que o ameaçam na relação de trabalho, quais sejam, o desemprego, a enfermidade e a velhice. A proteção previdenciária implica na socialização de tais riscos, pelo qual se assegura ao trabalhador, através de diversos mecanismos jurídicos (interrupção do contrato de trabalho, salário-doença, auxílios previdenciários, seguro desemprego e aposentadoria), a manutenção da percepção de seus ganhos, assegurada ou pelo empregador ou pela Previdência, pública ou privada.

Entretanto, a proteção previdenciária é distinta em relação ao grau de inserção do trabalhador no mercado de trabalho formal.

Como aponta o Relatório da Comissão de Especialistas da Comissão Européia (SUPIOT, 1999, p. 221) a Seguridade Social na Europa tem sofrido processos distintos. **De um lado, as prestações familiares e a cobertura de riscos por enfermidade tendem a adquirir um caráter universal, desconectando-se do emprego. Por outro lado, a evolução do sistema de aposentadoria tende a um fortalecimento do caráter contributivo e, conseqüentemente, da vinculação com o emprego.** A primeira evolução permite remediar lacunas de proteção social dos assalariados atípicos. Em contrapartida, a segunda evolução reduz a oportunidade desses trabalhadores se beneficiar de uma aposentadoria completa.

Tais tendências se reproduzem também na América Latina e, em particular, no Brasil, como demonstra a mais recente reforma previdenciária (2003), em que se enfatizou o caráter contributivo do regime de aposentadoria e tornou ainda mais duras, em termos de tempo de serviço, as exigências para que o trabalhador alcance a aposentadoria.

²⁸ O conceito em MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. 1995. Scritta, São Paulo. A esse respeito: A *insegurança no emprego* se centra na introdução, em praticamente todos os países avançados, de facilidades para as demissões. Assim, em um processo de aproximação da legislação comunitária, se extinguiu a autorização administrativa para demissões individuais e se reduziram consideravelmente as possibilidades de controle judicial sobre os motivos dos empregadores para realizar as demissões. Como se sabe, a proteção contra a despedida imotivada é uma das peças-chave do sistema protetivo, uma vez que a instabilidade no emprego (e o risco de perder o emprego por mero exercício da vontade patronal) torna o empregado bastante mais vulnerável em sua relação com o empregador. Ademais, passou-se a admitir a contratação a título precário (eventuais ou temporais), passando esse coletivo um número percentual expressivo da massa assalariada. (VARGAS, Luiz Alberto de. "Panorama da precarização laboral", Revista do TRT 4ª. Região, Porto Alegre, dezembro/2005).

É preciso lembrar a importância crucial da Previdência Social brasileira para a erradicação da pobreza, especialmente para as regiões mais pobres.²⁹ Não obstante, recorrentemente se fala, no país, de nova “Reforma da Previdência”, sempre ao gosto do liberalismo econômico, tornando-a superavitária e menos pública, ao seja, no rumo inverso do que seria desejável e que foi claramente traçado pelo legislador constituinte.

Por outro lado, ainda longe estamos de assegurar proteção previdenciária suficiente para boa parte dos trabalhadores, quais sejam aqueles que integram a chamada “economia informal”. Esse tipo de trabalho, normalmente precário e insuficiente para garantir a subsistência digna do trabalhador, não assegura a este nenhum tipo de cobertura previdenciária, deixando todos os riscos por conta do próprio trabalhador. Este tipo de situação pode ser dramático, como no caso de doença profissional ou acidente do trabalho, constituindo-se em um dos mais sérios problemas sociais a serem urgentemente enfrentados pela sociedade brasileira.

No Brasil, segundo dados do PND, mais de 55 milhões de pessoas enfrentam problemas de exclusão social, o representa mais da metade da população economicamente ativa (PEA). As piores condições de trabalho vida recaem sobre a população de raça negra e sobre as mulheres, que são as que menores possibilidades têm para se inserir no mercado de trabalho. Os trabalhadores desses setores encontram-se nos empregos pior remunerados, com menor taxa de proteção social, o que os direciona para o mercado informal.³⁰

²⁹ Até 1988, data da promulgação da Constituição Federal, que reconheceu inúmeros direitos previdenciários aos mais carentes (em especial a garantia de que nenhum benefício de prestação continuada tenha valor inferior ao salário mínimo), majoritária parcela dos trabalhadores rurais recebia algo em torno de 50% do salário mínimo em seus benefícios. Tal distorção foi corrigida, ao menos em parte, graças à uniformidade dos sistemas urbano-rural na Constituição de 1988. (COSTA, José Ricardo Caetano. “Previdência e neoliberalismo”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p.60)

³⁰ Em 2001, enquanto a proporção de homens ocupados no setor informal era de 51%, entre as mulheres o índice era 7,2% superior. Os dados revelam ainda que uma em cada três mulheres brasileiras não recebe remuneração ou desempenha trabalho doméstico. No caso das empregadas domésticas, apenas uma em cada quatro tem carteira de trabalho assinada. Já entre os negros, a taxa de desemprego atingiu 10,6% em 2001, superando a dos brancos em 2,5%. No caso das mulheres negras, 13,8% estavam desempregadas no mesmo ano. Entre as mulheres negras, 23,9% trabalham no serviço doméstico e 41,9% em ocupações sem remuneração. Com relação à população com nível superior, o mercado de trabalho tende a valorizar mais os homens do que as mulheres, com exceção dos empregos “tipicamente femininos”, como professoras de educação básica e enfermeiras. Os dados são da Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílios (Pnad) do IBGE, 2001.

Segundo Ignacy Sachs, o Brasil sofre de um problema duplo: “há um déficit de empregos novos capazes de absorver os contingentes adicionais que entram no mercado de trabalho ; por outro lado uma parcela significativa de ocupações existentes não atende aos critérios básicos de “trabalho decente” da OIT, nem em termos de remuneração, de condições e de relações de trabalho satisfatórias. Em particular, isto diz respeito aos trabalhadores informais, empenhados em estratégias de sobrevivência que não devem ser confundidas com estratégias de desenvolvimento. A transformação gradual das ocupações precárias em oportunidades de trabalho decente e a formalização – mesmo que parcial e gradual – dos trabalhadores e microempreendedores informais são tão importantes quanto a criação de empregos novos.”³¹

Está posta a discussão para que esta transformação das ocupações precárias não signifique um rebaixamento dos patamares de direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores formalizados. Todo o incentivo fiscal, especialmente para pequenas e médias empresas, para a promoção/formalização do emprego pode ser uma boa medida, desde que não implique qualquer retrocesso em relação aos direitos trabalhistas já assegurados aos trabalhadores formais. Em relação aos encargos sociais, há de se ter em conta que, ao contrário do que se propaga nos grandes meios de comunicação de massa³², “o peso dos encargos sociais no custo de trabalho não é elevado, sobretudo quando comparado com vários países” e que “as propostas de alteração de parte de todo o conjunto de encargos sociais teriam efeito diminuto sobre o já reduzido custo da mão-e-bra no Brasil”. (POCHMANN, 1995, p. 175-177).

9 O DIREITO DO CIDADÃO A UMA RENDA MÍNIMA

Na economia capitalista, a única possibilidade do cidadão comum ter acesso ao mercado de bens e serviços é através de sua prévia inserção no mercado de trabalho.³³ Aos desempregados ou os que sequer lograram o primeiro emprego resta uma dupla exclusão: da esfera produtiva e da esfera de consumo. José Iglesias Fernandes aponta, ainda, uma terceira exclusão: como a passagem pelo mercado laboral é requisito indispensável para a obtenção das prestações previdenciárias mais

³¹ SACHS, Ignacy, ob. cit.

³² Estudo realizado pelo Prof. Anselmo Santos, do CESIT da Unicamp, demonstra que, utilizada a metodologia correta, os encargos sociais representam em torno de 23% dos rendimentos monetários do trabalhador - e não 100%, como se afirma comumente na imprensa. (SANTOS, Anselmo Luis dos. “Encargos sociais e custo do trabalho no Brasil”, Cadernos do CESIT, Unicamp, Campinas, 1995.

³³ “Quien no consiga vender su fuerza de trabajo, convertirse en persona mercancia, se convertirá en persona marginación”. (FERNÁNDEZ, José Iglesias. “El derecho ciudadano a la renta básica. Economía crítica del bienestar social”. Los libros de la catarata. Madrid, 1998, p. 173).

importantes (auxílio-doença, aposentadoria ou salário-desemprego), quem não cumpra um período mínimo de contribuição previdenciária, fica desassistido justamente nos períodos de maior necessidade.

Justifica-se, assim, a criação de mecanismos redistributivos pelos quais todo cidadão, independentemente de sua situação dentro do sistema produtivo, tenha direito a uma renda mínima, que sirva para cobrir suas necessidades básicas e de sua família.³⁴ Tal renda não se confunde com o salário mínimo, já que este deve contemplar todos os aspectos de uma vida digna e segura- e, inclusive, deve incorporar uma “tendência ao progresso”, através da previsão de reajustes que representem uma elevação gradual do padrão de vida dos trabalhadores.³⁵

Esta a base conceitual de todos os programas de renda mínima, como o Bolsa-Família, implementado pelo Governo brasileiro.

Há certa controvérsia quanto à incondicionalidade de tal auxílio. Há partidários de que a renda mínima seja alcançada para todos, sem pré-condições; e aos que pretendem que o estabelecimento de “pré-condições mínimas” para a concessão do auxílio. (EUZEBY, 2000, p. 28). Os primeiros sustentam que a capacidade produtiva de uma sociedade é resultado de todo o saber científico e técnico acumulado por gerações, sendo justo que os frutos do patrimônio comum sirvam ao conjunto dos indivíduos, incondicionalmente. Já os segundos apontam as dificuldades práticas de fixar o valor do benefício: se este fosse muito baixo, haveria o risco de uma dualização da sociedade (entre os empregados e que recebem o auxílio insuficiente) e o desestímulo ao trabalho, além da caráter injusto de uma renda de base que seja paga também para os ricos.

³⁴ “Una renta, por ser un derecho ciudadano, no tiene por que estar legitimada por el “derecho al trabajo”, ni por los derechos emanados de la propiedad. Porque seguir pensando en la vuelta al pleno empleo como medio de asegurar el bienestar de los ciudadanos, como hacen liberales y keynesianos es “continuar argumentando sobre el esquema de las sociedades industriales: los primeros apelas al productivismo mientras que los segundos insisten en el “trabajismo”. Ni unos ni otros tienen en cuenta las nuevas condiciones creadas por las mutaciones técnicas del sistema productivo” (...) “...ha llegado el momento de dejar de identificar responsabilidad social y ciudadana con el hecho de tener un trabajo asalariado” (FERNÁNDEZ, José Iglesias.ob.cit., p. 183)

³⁵ Teoricamente, o aumento real dos salários, acima da inflação de determinado período, representa a justa distribuição da produtividade que deve beneficiar a ambos os parceiros da relação laboral. Outra faceta da mesma luta pela distribuição dos ganhos de produtividade é a proposta de diminuição da jornada de trabalho sem redução salarial, o que implica uma elevação do valor do salário-hora pago. A esse respeito “, RIECHMANN, Jorge. “Entre el reino de la necesidad y la libertad: los conflictos en torno al tiempo de trabajo” in RIECHMANN, Jorge y RECIO, Albert. “Quien parte y reparte... El debate sobre la reducción del tiempo de trabajo” Icaria, Barcelona, 2a. edición, 1999.

Em função de tais argumentos e, principalmente, pelos altos custos financeiros de implementação dos programas de renda mínima, tem-se adotado o pagamento de auxílios somente nos casos de determinados níveis de insuficiência econômica.

O que parece claro é que não faz mais sentido limitar a concessão do benefício aos que se inseriram previamente no mercado laboral, nem mesmo vincular seu pagamento à comprovação de procura de emprego pelo beneficiário. A escassez do emprego, além da proliferação do trabalho precário e do trabalho informal, tendem a tornar tais exigências em um “beco sem saída”, no qual o beneficiário torna-se prisioneiro da condição quase-impossível de, por conta própria, superar as limitações próprias que justamente ensejaram sua exclusão do mercado laboral formal.

Por outro lado, de todo desejável que tais programas de renda mínima sejam ligados a atividades que incentivem o beneficiário na busca de trabalho e renda de forma que, em futuro próximo, torne-se desnecessária a continuidade do pagamento do auxílio. Assim, programas que associem a renda mínima com a formação ou o aperfeiçoamento profissional são bons exemplos de propostas de transferência de renda que, ainda que suficientes para garantir uma existência mais digna ao beneficiário, não o induzem a uma situação de dependência da assistência recebida.

10 DUAS DAS MAIS PESADAS DÍVIDAS SOCIAIS BRASILEIRAS: O TRABALHO INFANTIL E O TRABALHO ESCRAVO

Ainda que o último relatório da Organização Internacional do Trabalho, divulgado em maio de 2006, tenha destacado o Brasil pelas ações de combate ao trabalho infantil ³⁶, muito existe a ser feito até a erradicação do trabalho infantil em nosso país.

³⁶ De acordo com a organização, o Brasil tinha em 1992 um total de 7,4 milhões de crianças de cinco a 17 anos que trabalhavam. Em 2004, esse número havia caído para 4,8 de jovens.

Há de se superar, antes de tudo, os valores culturais e ideológico que, na sociedade, ainda a fazem tolerar ou subestimar o trabalho infantil³⁷, tornando-o visível em todos os seus malefícios à infância, para que a própria sociedade passe a combatê-lo. Por outro lado, a existência de programas sociais, como o Programa de

Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)³⁸ e o Bolsa-Família³⁹ representam formas bem-sucedidas de transferência de renda para as famílias mais carentes, que merecem ser aperfeiçoadas e ampliadas como forma reconhecidamente eficiente de combate à exclusão social.

Por fim, a mesma intensa campanha realizada por órgãos governamentais e entidades da sociedade civil feita em relação ao trabalho infantil deve ser feita quanto ao trabalho escravo. Os quase vinte mil trabalhadores resgatados ao longo dos últimos doze anos pelo Grupo Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego demonstram inequivocamente que o Brasil ainda convive com a odiosa prática do trabalho escravo, ocorrida sobretudo nas áreas de expansão da fronteira agrícola, no chamado “arco do desmantamento amazônico”.⁴⁰

³⁷ O trabalho infantil “é tolerado por parcela significativa da sociedade pelos mitos que ele enseja - “formativo”, “educativo”, “prepara a pessoa para o futuro”; pela pouca densidade da educação escolar obrigatória de qualidade ofertada pelo poderes públicos; além da inexistência de uma rede de programas sociais complementares à educação escolar, tão fundamentais ao desenvolvimento da infância. (...). A sociedade influenciada por estes motivos, associa o “não-trabalho” à “marginalidade” e à “delinquência”, corroborando com a idéia de que o trabalho é o formador por excelência das crianças e adolescentes das camadas populares. “ACUT contra o trabalho infantil” 1997).

³⁸ O PETI “ destina-se às famílias com filhos na faixa etária de 7 a 14 anos, submetidos a trabalhos caracterizados como perigosos, insalubres, penosos ou degradantes nas zonas urbana e rural.(...)Um dos instrumentos do Programa é a Bolsa Criança Cidadã, concedida mensalmente às famílias com crianças e adolescentes de 7 a 14 anos que se comprometem a retirá-los do trabalho e mantê-los na escola. (...)Ao oferecer a Bolsa Criança Cidadã, o Programa objetiva criar condições mínimas para que a família possa promover suas necessidades básicas e complementar sua renda, sem depender do trabalho da criança e do adolescente.(...) A concessão e a manutenção mensal da Bolsa Criança Cidadã às famílias está condicionada à frequência da criança e do adolescente no ensino fundamental e nas atividades sócio-educativas oferecidas pela Jornada Ampliada, bem como ao abandono da atividade laboral. O Programa busca mais do que o acesso, a permanência e o sucesso escolar da criança e do adolescente. Nesse sentido, incentiva um segundo turno de atividades – a Jornada Ampliada, pelo qual as unidades escolares ou de apoio, reforçadas com recursos humanos e materiais, asseguram a alimentação, a orientação nos estudos, o esporte e o lazer. (MPAS. Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI. Manual de Operação)

³⁹ O Programa Bolsa Família (PBF) é um programa de transferência direta de renda com condicionalidades que beneficia famílias pobres (com renda mensal por pessoa de R\$ 60,01 a R\$ 120,00) e extremamente pobres (com renda mensal por pessoa de até R\$ 60,00). site do Ministério do Desenvolvimento Social - <http://www.mds.gov.br/>

⁴⁰ AUDI, Patrícia. “A escravidão não abolida”, em VELLOSO; FAVA, 2006, p. 75)

Conforme a OIT, Convenção 29, trabalho escravo ou obrigatório designa “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

No Brasil, o trabalho escravo caracteriza-se pela vinculação do trabalhador a dívidas fraudulentas (referentes à alimentação, transporte e equipamentos de trabalho, contraídas desde que são aliciados - em valores muito superiores aos salários inicialmente acordados), impedidos de sair devido ao isolamento geográfico que as grandes propriedades existentes em plena floresta amazônica impõem (há dezenas ou centenas de quilômetros de distância das vias de acesso ou das cidades mais próximas) ou ameaçados pela presença inibidora de guardas armados que os castigam ou até mesmo os matam caso haja tentativa de fuga”.⁴¹ O Brasil, um dos últimos países a abolir a escravatura no século XIX, não pode mais conviver com a prática do trabalho escravo, o que exige a conscientização da sociedade e a participação ativa das entidades representativas da sociedade civil.

Pode-se concluir acreditando que o trabalho infantil e o trabalho escravos não são apenas resquício do passado. Certamente surgiram em outros modos de produção. Todavia, persistem no atual e são re-alimentados. Para tal afirmativa, recordem-se alguns aprendizados e os ensinamentos de István Mészáros.

Sabe-se que, na história, não existem momentos “neutros”. Avançamos, em termos de regras sociais mais humanas, ou retrocedemos. Não há como deixar a roda da história imóvel.

Os estudos de István Mészáros apontam as dificuldades de superação, hoje e no futuro, de certas características do atual modo de produção, que inclusive tendem a perdurar por mais algum tempo, acaso insuficientemente combatidas. Diz que:

A fragmentação do trabalho não pode ser eliminada pela “socialização da produção” capitalista. Nem pode ser superada – em vista das estruturas materiais, profundamente arraigadas, da divisão global tradicional do trabalho – durante um longo tempo após a revolução política socialista. É por isso que as mediações materiais necessárias em questão, caracterizadas por uma capacidade vital para promover a redução progressiva do papel restritivo das determinações materiais herdadas, devem ser a estrutura reguladora da vida social durante todo o período histórico de transição. [...] Deste modo, não somente os riscos estão aumentando e as confrontações se agudizando, mas também as possibilidades para um resultado positivo estão postas numa nova perspectiva

⁴¹ Ob. cit., p. 77.

histórica. Precisamente porque os riscos estão crescendo e tornando-se potencialmente mais explosivos, o repositório de compromissos, que formalmente tem servido tão bem às forças do ‘consenso político’, está cada vez mais vazio, bloqueando certos caminhos e abrindo outros, enquanto demanda a adoção de novas estratégias. (MÉSZÁROS, 2002, p. 1062 –1063).

No atual marco histórico, o trabalho infantil e o trabalho escravo são apenas as faces mais visíveis e mais escandalosas do trabalho não digno. Para a sua superação, cada vez mais, é necessária a construção de outras relações sociais.

REFERÊNCIAS

- A CUT contra o trabalho infantil. São Paulo: CUT, 1997.
- ALONSO, Luis Enrique. **Trabajo y posmodernidad**: el empleo débil. Madrid: Editorial Fundamentos, 2000.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. O Direito do Trabalho e o ser humano. In: **Anais do XII Encontro Regional da Amatra**. Porto Alegre, RS: HS, 1998.
- BAYLOS, Antonio. La “huida” del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización. In: ALARCON, Manuel Ramón; Ma. del Mar Mirón. (Coords.). **El trabajo ante el cambio del siglo**: un tratamiesto multidisciplinar. Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona, Paidós, 1998.
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, aprovada na 1ª Sessão Plenária da Assembléia Geral da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos (OEA), em 11/9/2001.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, 10/12/1948.
- EUZEBY, Chantal. Uma revolução tranqüila do trabalho. **Le Monde diplomatique**-Caderno de debates, set. 2000.
- FARIA, José Eduardo. In: Interesse Público versus interesse privado: as antinomias jurídicas na gestão econômica. **Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, México, n. 13, 1993.
- _____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos: um cinquentenário à luz da globalização econômica**. Artigo disponível na íntegra no endereço eletrônico <http://www.cjf.gov.br/revista/numero6/artigo5.htm>. Acesso em 22/12/2006.
- MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980.
- MARTIN, Hans-Peter y HARALD, Schumann. **A armadilha da globalização**. O assalto à democracia e ao bem-estar social. Lisboa: Terramar, 1998.
- MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**. São Paulo: Boitempo, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. <http://www.ilo.org/global/lang—es/index.htm>. Especificamente sobre trabalho decente: <http://www.ilo.org/global/Themes/Decentwork/lang—es/index.htm>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório Mundial do Emprego**, A Organização, 1994.

OLEA, Manuel Alonso. **El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

POCHMANN, Márcio. **“Políticas do trabalho e de garantia de renda no capitalismo em mudança”**. São Paulo, LTr, 1995.

_____. **O emprego na globalização**: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. São Paulo: Boitempo, 2000. p. 80.

PRADO, Ney. **Economia informal e o direito no Brasil**. São Paulo: LTr, 1991.

SACHS, Ignacy. **Trabalho decente**: Ponte entre o “econômico” e o “social”. Disponível em: Biblioteca Pública da Organização Internacional do Trabalho, http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/hst_pgemp/downloads/sachs_td_ponte.doc, Acesso em: 14/01/2006.

SEBGEBERGER, Philippe Egger Werner. Problemas y políticas del trabajo decente. **Boletim de la Organización Internacional del Trabajo**, n. 151, 2001.

SUPIOT, Alan. **Crítica Del derecho Del trabalho**. Madrid: Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

_____. **Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro de Derecho del trabajo** – Informe para la Comisión Europea. Valencia, 1999. Tirant to blanch.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13.

VELLOSO, Gabriel e FAVA, Marcos Neves. **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr: Anamatra, 2006.

PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E AO SEU DIREITO DE AÇÃO: O FUNDAMENTO DE VALOR NA ESPANHA E (POR QUE NÃO?) NO BRASIL

Augusto César Leite de Carvalho*

RESUMO

Trata de estudo sobre a proteção dos trabalhadores brasileiros e espanhóis em dois momentos não raro angustiantes: o de ajuizamento da ação em meio ao vínculo de emprego e o da dissolução do contrato. O confronto entre os dois sistemas jurídico-trabalhistas permite verificar que o aumento da temporalidade dos contratos na Espanha e a prevalência da autonomia coletiva no direito espanhol não impediram que se mantivesse uma proteção maior contra a extinção daqueles contratos que se preservaram por tempo indeterminado. Sobre o ajuizamento da ação durante a vigência do contrato, os trabalhadores europeus se valem da garantia de indenidade como salvaguarda contra alguma retaliação patronal.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Espanha. Garantia de indenidade. Dispensa. Causas objetivas. Disciplina.

1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONTRA A REPRESÁLIA PATRONAL NA ESPANHA E NO BRASIL

O propósito deste escrito é cotejar os sistemas de proteção aos trabalhadores espanhóis e brasileiros em dois momentos normalmente aflitivos do vínculo de emprego: a) a insurgência, antes da cessação do contrato e em razão de algum ilícito trabalhista cometido pelo empregador, perante a Justiça do Trabalho; b) a hora fatídica da dissolução do contrato.

Preterindo-se a ordem cronológica, inicia-se com a abordagem sobre temas correlacionados à proteção do trabalho contra a despedida não justificada, pois se trata de conteúdo familiar aos estudiosos do direito do trabalho no Brasil, para somente ao final referir a proteção ao direito de ação – inédito, em rigor, na jurisprudência brasileira.

* O autor é juiz do trabalho, integrando o TRT da 20ª Região, com sede em Aracaju-SE. É mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e mestre e doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade de Castilla la Mancha. Professor Assistente da Universidade Federal de Sergipe. Autor, pela Editora Forense, do livro *Direito Individual do Trabalho*, ed. 2007.

1.1 Temporalidade, proteção contra a despedida arbitrária e indenidade

Um problema que aflige os espanhóis é o nível de temporalidade (quantidade de contratos por tempo determinado) em suas relações de trabalho, que figura entre os mais elevados de toda a Europa¹. Além de outras conseqüências igualmente ruins, supõe-se que os empregados estariam mais protegidos se todos os contratos fossem de duração indefinida. No Brasil, as críticas são mais dirigidas contra o direito potestativo que os empresários dizem possuir, com base em doutrina tradicional, de despedir os empregados, desde que paguem uma indenização tarifada em lei.

O tema da despedida não justificada é fecundo, mas não pode ser explorado como se fora uma ilha. Se a intenção é investigar o grau do trabalhador ante a ameaça, sempre latente, de ser despedido, interessa ver, em cada um dos sistemas estudados (brasileiro e espanhol), quais os contratos de trabalho que não podem ser dissolvidos sem razões econômicas ou disciplinares e, nesses casos, quais são as verdadeiras e efetivas regras de proteção contra a despedida imotivada.

Em verdade, as questões aqui ventiladas (a temporalidade dos contratos e a proteção contra a despedida injustificada) são conexas e dizem respeito ao princípio ideal de estabilidade, que não pode “ser unicamente contemplado desde o âmbito da despedida, mas também com base na temporalidade, limites esses que vêm assim a constituir-se em um outro pilar fundamental em que repousa a idéia de estabilidade; noção incompreensível se não abriga em seu seio esses dois pilares básicos: a limitação da autonomia da vontade à hora de decidir a duração dos contratos e os limites à faculdade empresarial de pôr fim ao contrato”. (PÉREZ REY, 2004, p. 34).

Portanto, parece importante comparar os esquemas de contratação nos dois países, distinguindo em cada um deles as modalidades do contrato de trabalho, sobretudo os contratos por tempo determinado, vale dizer, aqueles cuja duração não se deixa influenciar pelo princípio da continuidade (ou da estabilidade), segundo o qual o tempo indefinido da atividade econômica deve corresponder ao tempo também indefinido dos contratos de trabalho.

Em seguida, tratar-se-á de esclarecer a proteção assegurada aos trabalhadores espanhóis e brasileiros contratados por tempo indeterminado, daí se deduzindo se o sistema espanhol é mais garantista e em que medida isso pode contribuir para a emancipação do trabalhador.

¹ Pérez Rey observa que, segundo dados compilados pelo CES (Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2002, CES, Madrid, 2003, pp. 277 ss.), a taxa de temporalidade na Espanha esteve, durante o ano 2002, em 31%. Enquanto a Comunidade Européia era formada por quinze Estados-membros, a taxa média entre estes era de 13,4% durante o ano 2000 (neste período, o percentual espanhol foi de 32,1%). PÉREZ REY, Joaquín. Estabilidad en el Empleo. Madrid: Trotta, 2004, p. 19.

Ao fim, um tema enlaçado: a *garantía de indemnidad*, ou seja, a imunização que previne o trabalhador europeu contra a represaria empresarial a partir de quando ele ajuíza uma ação judicial em face de seu empregador. Está implícito que um empregado não pode, durante o vínculo com o seu patrão, ser castigado por haver exercido o direito de obter tutela jurisdicional, sendo interessante notar como o sistema espanhol, em particular, salvaguarda a validade do direito de ação.

1.1.1 Os contratos a termo na Espanha e no Brasil

É truísmo afirmar que o direito do trabalho esteve, em sua origem, inspirado no princípio da continuidade, ao menos quando se defende “uma correlação direta que se estabelecia entre as tarefas permanentes y normais levadas a cabo por uma empresa e a contratação por tempo indeterminado” (BAYLOS, 2004. p. 13).

Tratemos inicialmente da historia da temporalidade na Espanha. Pois bem, antes de a estabilidade ser regida por norma legal, o art. 27 da LCT² deixava ao sabor da autonomia individual a delimitação do tempo do contrato. Em verdade, esses limites eram fruto unicamente de construção jurisprudencial e da normativa setorial (PÉREZ REY, 2004, p. 61).

Desde a edição da Lei de Relações Laborais (Ley 16/1976) até 1984, a legislação laboral espanhola esteve claramente fundada na idéia de que labores permanentes requerem contratação por tempo indeterminado, prevalecendo então o tipo contratual hoje denominado “contrato comum”, assim definido por Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004, p. 396), “Se trata de um contrato de duração indefinida, com jornada completa e normalmente destinado a regular a carreira profissional de um trabalhador, que não mudará, praticamente, de empresa, de profissão, nem de atividade”.

Outras causas contribuíram para a primazia dos contratos sem prazo. A essa já referida correspondência entre atividade permanente e contratação por tempo indefinido, somaram-se, segundo Pérez Rey (2004, p. 49) dois outros fatores econômicos e um mais, tipicamente espanhol y de caráter político:

- ➔ no modelo (fordista/taylorista) de produção estandardizada e em massa, fortemente hierarquizado e de decomposição de tarefas laborais, admitem-se altas doses de sujeição ao poder patronal em troca da garantia de emprego;

² Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de janeiro de 1944.

- ➔ nos países mais prósperos, as impressionantes cifras de emprego nos anos cinquenta e sessenta determinaram que a estabilidade não obedecesse tão-somente a razões estruturais da organização empresarial, senão que também a fatores conjunturais, a exemplo da falta de mão-de-obra;
- ➔ na Espanha, a estabilidade no emprego foi fruto de uma logística jurídica em especial, a franquista, que pretendia outorgar no terreno individual uma compensação para a persecução das liberdades coletivas.

Deixando de lado as relações laborais especiais, os contratos por tempo determinado que tinham validade na Espanha eram os denominados “contratos temporais estruturais”, vale dizer, os contratos a termo que o eram por razões inerente à empresa (necessidades produtivas e de organização): obra ou serviço determinado, contratação de trabalhadores eventuais por circunstâncias da produção e contratos de interinidade (para substituição ou por vaga transitória)(VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 395)³. Essa restrição permitia que se mantivesse forte o caráter casual da contratação por tempo determinado⁴, que em rigor derivava do princípio da continuidade, sendo dele uma compreensível relativização: os contratos são estáveis porque também o é a atividade econômica do empresário, sendo extraordinariamente por tempo determinado nos casos de atividade transitória ou serviço de tempo definido.

O Estatuto dos Trabalhadores de 1980 continuou afirmando a regra geral da continuidade (que os espanhóis preferem chamar de princípio da estabilidade), não obstante o Real Decreto Lei (RDL) 18/1976 houvesse inaugurado, incipientemente, uma política que já tratava a contratação a termo como um mecanismo - de impulso ao emprego - alheio a considerações sobre a atividade empresarial a cobrir. (PÉREZ REY, 2004, p. 62).

Sob a influência da Lei 32/1984, que modificou o Estatuto dos Trabalhadores para dar um marco normativo mais preciso à temporalidade dos contratos, houve um visível incremento do emprego temporário⁵ (a partir de 1984). Como recorda Pérez Rey (2004, p. 64), o legislador dizia tratar-se de uma medida excepcional (a reforma do *Estatuto de los Trabajadores*) justificada enquanto subsistissem as circunstâncias daquele momento (em particular, as elevadas taxas de

³. Em igual sentido: Albiol Montesinos, Camps Ruiz, López Gandía e Sala Franco, Compendio de Derecho del Trabajo, p. 183.

⁴ O caráter causal atende ao princípio de correspondência objetiva.

⁵ “Emprego temporário” não tem, no texto, o significado técnico (importante no Brasil) de trabalho regido pela Lei 6.019/74, mas sim o de emprego constituído mediante contrato a prazo.

desemprego). O Real Decreto 1989/1984 era a norma chave, pois proclamava a necessidade de flexibilizar ainda mais as regras de contratação temporal.

A reforma de 1994 freou, finalmente, esse culto à temporalidade dos contratos, inaugurando um sistema em que o contrato temporal de fomento ao emprego não se apresentava mais como contrato ordinário, mas sim um contrato específico e reduzido a determinadas coletividades, quais sejam: trabalhadores beneficiários das prestações por desemprego, trabalhadores de idade madura (maiores de 45 anos) e trabalhadores deficientes ou com necessidades especiais. Revoga-se o Real Decreto 1989/1984, mas ainda se permite a prorrogação dos contratos de fomento próximos de seu termo final, além de se manter a autorização ao Governo para recorrer a novas políticas de fomento ao trabalho temporal nos termos introduzidos em 1984. (PÉREZ REY, 2004, p. 66).

O instrumento normativo que, verdadeiramente, fez cessar a política de fomento do emprego temporário foi o Acordo Interprofissional⁶ de 1997. Através da Lei 63/1997, revogou-se a terceira disposição adicional do Estatuto dos Trabalhadores, que propugnava o estabelecimento de programas de fomento destinado apenas a beneficiários de prestações de desemprego (equivalentes ao nosso seguro-desemprego) e se deu nova redação ao art. 17.3 do Estatuto dos Trabalhadores para assegurar-se que as medidas de colocação dos trabalhadores demandantes de emprego “se orientarão prioritariamente a fomentar o emprego estável [...] e a conversão de contratos temporários em contratos por tempo indefinido”.

Atualmente, os contratos a termo (não constitutivos de relações especiais) que sobrevivem na Espanha são aqueles de natureza estrutural (art. 15 do ET: obra o serviço determinado, trabalhadores eventuais e trabalhadores interinos) e os contratos de fomento do emprego para trabalhadores com necessidades especiais (Leis 42/1994 e 50/1998), apenas para eles. Além desses pressupostos de temporalidade assim

⁶ Na Espanha, as organizações sindicais e associações patronais (não há sindicatos de empregadores) mais representativos podem estabelecer, mediante acordos interprofissionais (e também por acordos coletivos), regras vinculantes sobre a estrutura da negociação coletiva e sobre conflitos entre convenções coletivas distintas, podendo igualmente elaborar acordos sobre matérias concretas, com a mesma força normativa (art. 83.2 e art. 83.3 do ET).

previstos no art. 15 do ET, podemos ainda mencionar os contratos formativos (art. 11), ao menos para que seja possível comparar com as regras afins do direito do trabalho brasileiro⁷.

No Brasil, os contratos a prazo também não estavam limitados a uma causa específica até 1967, pois um parágrafo do art. 443 da CLT prescrevia somente o seguinte: “Considera-se como de prazo determinado o contrato do trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento susceptível de previsão aproximada”. Em rigor, o dispositivo apenas informava as fórmulas de temporalidade: poder-se-ia fixar uma data ou termo resolutório (*certus an, certus quando*) ou, em uma segunda fórmula, era possível fazer a remissão a um acontecimento certo mas de data desconhecida (*certus an, incertus quando*).

O Decreto-lei 229, de 28 de fevereiro de 1967, acresceu um parágrafo mais ao art. 443 para estabelecer limites para a contratação temporária, ou seja, instituiu três possíveis causas para a temporalidade: serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação de prazo (a), atividades empresariais de caráter transitório (b) e contratos de prova ou de experiência (c). Adiante e por influência retardatária do ordenamento espanhol, a Lei 9.601/98 permitiu que as convenções coletivas pudessem autorizar a contratação por tempo determinado sem causa específica (d), a pretexto de assim se fomentar a criação de novos empregos.

Não obstante as aparentes semelhanças com a legislação espanhola, há diferenças notáveis entre os conteúdos legais. A inclusão entre os contratos a prazo dos contratos de experiência, pela CLT do Brasil, é a primeira delas: não se justifica sua caracterização como um contrato com termo final prefixado (com um máximo de noventa dias) se, em verdade, trata-se de um contrato sujeito a condição resolutória⁸,

⁷ No Brasil, os estudantes podem atuar como “estagiários”, sem vínculo de emprego (Lei 6494/77), conforme expusemos com maior profundidade em Direito Individual do Trabalho, p. 136. Na Espanha, os contratos formativos são constitutivos de emprego e podem apresentar-se como contrato en prácticas (art. 11.1 ET: aquele em virtude do qual um trabalhador com titulação acadêmica recente se obriga, em troca de retribuição, a prestar serviços adequados ao nível de estudos cursados que lhe facilitem, ao mesmo tempo, a prática de seus conhecimentos) e contrato para la formación (art. 11.2 ET: aquele por meio do qual um empresário e um trabalhador se obrigam, respectivamente, a proporcionar e receber a formação teórica e prática necessária para o desempenho adequado de um ofício ou um posto de trabalho qualificado). Cf. Martín Valverde, Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia, Derecho del Trabajo, p. 512.

⁸ Notam Martín Valverde, Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia, op. cit., p. 499, que “às vezes as condições resolutórias estão previstas em lei. Era o que sucedia antes com o contrato de interinidade por substituição ou o que segue sucedendo com o período de prova”. Vida Soria; Monereo Pérez e Molina Navarrete, op. cit., p. 626, observam que se o contrato estabelece uma condição resolutória, a resolução não é automática, senão que exigirá uma denúncia prévia da parte interessada. Sobre o tema, ver Direito Individual do Trabalho, de nossa lavra, Editora Forense, pp. 392, 395.

qual seja, a virtual carência no outro sujeito da relação laboral das condições exigidas para a consolidação definitiva da relação. Se a percepção de que a experiência não foi bem sucedida se dá antes do termo fixado, o empregado, ou o empresário insatisfeito deverá esperar o advento de citado termo final ou, se insistir na ruptura antecipada do contrato, pagará uma indenização por rescisão *ante tempus* (arts. 479 e 480 da CLT).

Diferente do que sucede no Brasil, o art. 14.2 do Estatuto dos Trabalhadores espanhol assinala que, durante o período de prova, a resolução do vínculo laboral “poderá produzir-se à instância de qualquer das partes”. Conforme Martín Valverde; Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia (2004, p. 488), isso significa “que um e outro sujeitos podem desistir da relação sem mais além de comunicar sua decisão ao outro”.

Quanto aos outros casos de contrato a termo previstos na CLT (serviço e atividade econômica transitórios), o art. 15 do Estatuto dos Trabalhadores exige, na Espanha, que “se contrate o trabalhador para a realização de uma obra ou serviço determinados, com autonomia e conteúdo próprios dentro da atividade da empresa e cuja execução, ainda que limitada no tempo, seja em princípio de duração incerta”. A norma é a mesma no Brasil e na Espanha, mas a norma estatutária espanhola é mais explicativa que a brasileira.

Na Espanha, como já visto, o ET enumera ainda a contratação de trabalhadores eventuais e interinos como outras espécies de contrato de emprego por tempo determinado. Sobre os trabalhadores eventuais, pensamos que a palavra eventual possui sentido distinto para os juristas brasileiros, dado que significa o labor que não depende de causa certa ou prevista. Os trabalhadores eventuais não são empregados.

A matéria é regulada, porém, pelas normas brasileiras de direito laboral. A Lei 6.019/74 regula, no Brasil e unindo os conteúdos das alíneas *b* (trabalho eventual) e *c* (trabalho interino) do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, a contratação extraordinária de trabalhadores para os serviços normalmente executados pelos empregados fixos. Em seu primeiro artigo, a citada lei define trabalho temporário como aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular y permanente ou a aumento extraordinário de serviços.

A Lei 6.019/74 trata de hipótese em que a lei brasileira, em caráter excepcional, admite a intermediação de mão-de-obra, permitindo que o empresário substitua seu empregado por trabalhador recrutado através de empresa de trabalho temporário devidamente registrada no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do

Ministério do Trabalho⁹. Não há, nas leis brasileiras e de modo expresso, a faculdade de um empregador contratar, mediante contrato a termo e diretamente, os substitutos interinos de seus empregados.¹⁰.

Por outro lado, as empresas de trabalho temporário também podem atuar na Espanha desde 1994 e até de forma mais ampla. A Lei 14/1994 permite que se celebrem contratos intermediados por elas “nos mesmos casos e sob as mesmas condições e requisitos em que a empresa tomadora poderia celebrar, com base no art. 15 do ET, um contrato por tempo determinado”. À diferença do que ocorre no Brasil, a contratação temporária para obra ou serviço determinado pode dar-se por meio de empresas espanholas de trabalho temporário.

Afigura-se inacreditável, por tudo isso, o que aconteceu com o fomento de contratos por tempo determinado no Brasil, visando à ampliação do emprego. Está dito que nos anos 1994 e 1997 marcaram, na Espanha, a volta ao estímulo de empregos estáveis, pois as reformas ocorridas naquele período restringiram os contratos de fomento ao emprego às hipóteses dos trabalhadores com necessidades especiais (deficientes físicos). Sob uma estranha perspectiva de apropriar-se da experiência espanhola (que já seguia caminho inverso), o legislador brasileiro instituiu a possibilidade de convenções coletivas permitirem a celebração de contratos por tempo determinado sem causa específica, desde que os empregadores não substituíssem, por essa via, os empregados permanentes.

Pode-se concluir que os contratos a prazo sem causa específica chegaram ao Brasil quando já se iniciava, na Espanha e por influência de um acordo interprofissional que uniu empresários e trabalhadores, um novo debate, baseado sobretudo em uma preocupação intensa a respeito dos efeitos maléficos da temporalidade dos contratos nos níveis de investimento em recursos humanos (somente os vínculos mais duráveis melhoram a integração dos trabalhadores) e igualmente desastrosos para a Seguridade Social (em razão de uma não prevista rotação de mão-de-obra) . (VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 397).

Enquanto se punha a marchar, na Espanha e segundo Valdés Dal-Ré (*apud* Pérez Rey, 2004 p. 68.), “um dos episódios de maior obscenidade social de nossa recente história normativa”, o legislador brasileiro festejava a temporalidade como uma nova e milagrosa política de fomento ao emprego, dizendo-se inspirado, contraditoriamente, na vivência espanhola.

⁹ Sobre o tema: Direito Individual do Trabalho, de nossa lavra, 2004, p. 104.

¹⁰ Sem embargo do que recomenda a Súmula 159 do TST sobre a substituição por outro empregado.

Em resumo, a faculdade de contratar trabalhadores por tempo determinado não está inteiramente disponível no Brasil e, a bem dizer, os níveis de disponibilidade são semelhantes na Espanha e no Brasil.

Talvez se compensem os graus de proteção, com alguma vantagem, aparentemente, para o trabalhador espanhol. Por exemplo, é possível afirmar que somente na Espanha se permite, infortunadamente, a intermediação de empresas de trabalho temporário para todos os casos de contrato a termo previstos no art. 15 do ET. Em contraponto, a proteção, com vínculo de emprego, assegurada a trabalhadores espanhóis em contratos formativos (referimo-nos especialmente ao contrato *en prácticas*) é maior que aquela prevista, no Brasil, para os estudantes estagiários. Além disso, o art. 49.1.c, *in fine*, do ET assegura ao trabalhador espanhol um aviso prévio de pelo menos quinze dias quando o contrato de duração determinada for superior a um ano (regra desconhecida no Brasil)¹¹ e o art. 49.1.c prescreve, *in limine*, uma indenização que é devida mesmo na resolução do contrato por advento de seu termo final.

1.1.2 Proteção contra a despedida injustificada na Espanha e no Brasil

Os ordenamentos jurídicos nacionais se assemelham em vários tópicos gerais, mas é falso imaginar que as semelhanças acontecem em pontos essenciais. O que parece comum está no esquema geral de quase todas as ordens jurídicas ocidentais, sem embargo de as normas mais expressivas, ao menos para que percebamos o grau de proteção em cada um desses sistemas normativos, sejam aquelas que garantem efetividade aos princípios que se apresentam como o verdadeiro móvel de tais pontos de convergência. E essas normas de efetividade são, infelizmente, desiguais.

Sobre essas similitudes, podemos dizer que em ambos os sistemas jurídicos estão previstas a extinção do contrato por cumprimento ou realização do contrato a termo, a rescisão por vontade dos sujeitos em hipóteses legais, a despedida indireta e a caducidade do contrato nos casos de aposentadoria, morte ou incapacidade de seus sujeitos.

Às vezes os pontos de convergência são iguais apenas em aparência. Por exemplo: os juslaboralistas espanhóis e brasileiros se referem à rescisão bilateral ou por mútuo consenso, mas a circunstância de a extinção do contrato por vontade conjunta estar prevista expressamente no Estatuto dos Trabalhadores, na Espanha, talvez seja um indício de que a dependência econômica do trabalhador espanhol seria mesmo menor que aquela atinente ao trabalhador brasileiro. Enquanto na

¹¹ Martín Valverde; Rodríguez-Sanudo Gutiérrez; García Murcia, op. cit., p. 508, afirmam que essa exigência de pre-aviso não se aplica aos contratos de interinidade.

Espanha se regula a matéria (art. 49.1.a ET) e se exaure estudo sobre o “recibo de finiquito”, usado para o empregado quitar prestações nesses casos de rescisão bilateral, tal assunto no Brasil parece ser explorado apenas em âmbito acadêmico.

Não se acredita, na prática, que o empregado brasileiro ajuste com seu empregador uma rescisão contratual que interesse a ambos. Para os espanhóis,

o princípio da indisponibilidade de direitos do art. 3.5 (do ET) não afeta à extinção do contrato por mútuo consenso (STS de 13 de outubro de 1989, Ar/7174, entre várias decisões). O que pode afetar obviamente o princípio de indisponibilidade de direitos é a liquidação de haveres que possa figurar também no *recibo de finiquito*”. (ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, LÓPEZ GANDÍA E SALA FRANCO, 2000, p. 448).

Uma pergunta é, por conseguinte, inevitável: há mesmo, no sistema jurídico brasileiro, a liberdade de o empresário despedir um empregado sem indicar a causa específica (disciplinar ou mesmo econômica) dessa dispensa? O art. 7º, I, da Constituição brasileira protege a relação de emprego contra a dispensa sem causa (arbitrária ou por motivo disciplinar), mas é regulamentado por dispositivos¹² que universalizam uma contribuição de 8% (FGTS) sobre a remuneração do trabalhador e que permitem ao empresário pagar indenização de valor equivalente a 40% do saldo da conta-vinculada do Fundo de Garantia nos casos de despedida arbitrária ou sem justa causa.

Daí resulta que a proteção constitucional se realiza de modo contraditório: o empresário possui a faculdade de despedir qualquer empregado, desde que pague a indenização citada. O custo extraordinário do empresário se limita ao desembolso de 40% do FGTS, pois lhe cabe, em qualquer circunstância, recolher a contribuição mensal ao Fundo de Garantia.

Para que se compreendam, contudo, as consideráveis diferenças entre os sistemas brasileiro e espanhol, é necessário que reflitamos, inicialmente, sobre uma premissa de valor e também acerca de uma distinção factual. A premissa de valor é atinente ao princípio da dignidade humana, que justifica sem mais a proteção maior ao empregado – o custo mais elevado da despedida no sistema espanhol não é rotineiro, apenas se revelando quando é infringida a norma que dignifica o trabalho, ou seja, o conteúdo mínimo do contrato. Se não há variável econômica *prima facie*, a distinção deve ser, como proposto, estabelecida no campo axiológico, na pauta de valores que informa cada sistema jurídico.

¹² Art. 7º, III, da CF e art. 10 do ADCT e ainda a Ley 8.036/90.

A distinção na ordem dos fatos é concernente à diferença entre o FGTS brasileiro e o FOGASA espanhol. Em breves pinceladas, podemos dizer que o FGTS se apresenta como uma contribuição regular do empregador e um direito de todos os empregados, para estes se configurando salário diferido. Foi o FGTS instituído no Brasil para conciliar o interesse de reduzir custos trabalhistas (até então o empregador pagava a indenização de antigüidade sem limite de valor, podendo o empregado adquirir estabilidade definitiva após o décimo ano na empresa) com o incremento de uma política de governo voltada a prover, financeiramente, a construção de habitações.

As contas vinculadas do FGTS são individuais e podem sofrer movimentação quando se caracterizam a despedida sem justa causa, a resolução normal de contrato a termo, a força maior, a morte do empregado, a sua aposentadoria, algumas enfermidades, aquisição de casa própria etc. Mas o mais importante: se o empregador não aporta todas as contribuições, ou não recolhe algumas delas, o fundo não paga o valor sonogado ao empregado, salvo quando o seu gestor (a Caixa Econômica Federal) o cobrar, com sucesso, do empregador.

Por seu turno, o FOGASA é um órgão autônomo vinculado ao Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais do governo da Espanha, sendo dotado de personalidade jurídica própria e plena capacidade para exigir o cumprimento de seus fins, em especial a arrecadação de contribuições empresariais destinadas ao pagamento a trabalhadores de importe equivalente a salários não pagos pelos empregadores nos casos em que se dê a falência destes ou se instaure o concurso de credores do empregador, destinando-se esses recursos também ao pagamento pelo FOGASA de indenizações devidas em casos de crise ou reestruturação da empresa (VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 579). O fundo paga esse passivo salarial justamente porque o empresário se acha em estado de insolvência provisória ou definitiva, subrogando-se nos direitos e ações (inclusive judiciais) dos trabalhadores.

Portanto, os empresários espanhóis não se valem dos recolhimentos ao FOGASA para se eximir da indenização devida ao empregado dispensado sem justa causa. Eles têm um encargo verdadeiro e elevado quando desatendem ao princípio da continuidade, do qual é vassalo o princípio da justificação da despedida. O empregador não pode resilir unilateralmente o contrato, salvo em período de prova. E o fundamento dessa proibição está na Constituição espanhola, notando Vida, Monereo y Molina (2004, p. 647) que a “limitação da liberdade empresarial [...] em atenção à estabilidade no emprego é justificada pelo Tribunal Constitucional como uma realização da garantia constitucional do direito ao trabalho (STCo 22/1981, 2 julio, f.j. 8)”.

Para os fins deste estudo interessa apenas a extinção do contrato por iniciativa do empregador espanhol, importando consultar, então, as três hipóteses

mais instigantes: a despedida coletiva, a dispensa por causa disciplinar e a extinção por causas objetivas.

1.1.2.1 A despedida coletiva

A dispensa coletiva se configura quando o empregador extingue unilateralmente o contrato em razão de causas supervenientes de caráter econômico, técnico, organizacional ou de produção. Para que se realize, faz-se indispensável a prévia autorização da autoridade laboral competente (sob pena de nulidade da dispensa, conforme art. 124 da Lei de Procedimentos Laborais) e a promoção de consultas aos representantes legais dos trabalhadores (arts. 49.i y 51.2 ET). Quanto aos fundamentos político-jurídicos, cabe repetir as observações de Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004):

Atualmente os fundamentos político-jurídicos da regulação jurídica das dispensas causadas por crises empresariais se resolvem em uma busca de estabelecer um equilíbrio entre os princípios de continuidade e de viabilidade da empresa e os princípios de estabilidade no emprego o de proteção ao trabalhador. [...] Trata-se de um marco jurídico que não se dirige unicamente à regulação de situações ‘patológicas’ empresariais de crise (insolvência, concurso de credores etc.), senão também de um regime que favorece e pondera a própria reorganização empresarial como um ‘interesse protegido.

Segundo o Tribunal Supremo¹³, a dispensa coletiva se integra por três elementos: a existência de causa, a necessidade de redução dos postos de trabalho e a funcionalidade das dispensas. Se são atendidas tais exigências, está a dispensa validamente autorizado pela autoridade competente e foi ela devidamente comunicada aos representantes dos trabalhadores, dá-se a regular extinção dos contratos. Para abrandar os efeitos da despedida coletiva, o art. 51.8 do Estatuto dos Trabalhadores assegura:

Os trabalhadores cujos contratos se extingam em conformidade com o disposto no presente artigo terão direito a uma indenização de vinte dias de salário por ano de serviço, pagando-se *pro rata* os períodos de tempo inferiores a um ano e observando-se o máximo de doze mensalidades.

Cabe dizer que, na prática judicial, tem-se tolerado que se pactuem o aprazamento, a divisão em parcelas e o cálculo da indenização, desde que não se pague valor inferior ao previsto em lei. (VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 643).

¹³ Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete, op. cit., p. 632, referem-se à decisão SSTS. 24 abril 1996.

1.1.2.2 A despedida por motivo disciplinar

A dispensa por motivo disciplinar provoca a resolução do contrato quando está embasada em um descumprimento do contrato grave e culpável, pelo trabalhador (art. 54.1 ET). Como observam Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004, p. 647), “a proibição de despedida *ad nutum* (ou *desistimiento sin causa*) é coerente com a regulação da Convenção 158 da OIT (ratificada pela Espanha em 18 de fevereiro de 1985)”.

As infrações ao contrato que geram a resolução deste apresentam-se enumeradas no art. 54.2 do Estatuto dos Trabalhadores¹⁴. Mas, diferentemente do que sucede no Brasil, a despedida deve ser notificada por escrito ao trabalhador, constando o fato que a motiva e a data em que surtirá efeitos na *carta de despido* (art. 55.1 ET).

O efeito resolutório da despedida é imediata, mas o trabalhador pode recorrer ao órgão judicial dentro de vinte dias, operando-se a caducidade de seu direito quando não observa tal prazo. Por seu turno, a autoridade judicial poderá qualificar a despedida como procedente (se o empresário atuou licitamente)¹⁵, improcedente (quando não esteja comprovado o descumprimento alegado ou não se observe a forma legal¹⁶) ou nula (se resta configurada alguma lesão aos direitos fundamentais e liberdades públicas, em especial por ser discriminatória).

Se a despedida é qualificada como improcedente, o empregador¹⁷ pode optar, em cinco dias, entre a reintegração do trabalhador ou o pagamento de uma indenização¹⁸. Em ambos os casos o empregador deverá pagar ao trabalhador os “salários de tramitação”, ou seja, uma quantia igual à soma dos salários não pagos desde a data da despedida até a notificação da sentença condenatória (ou até que o empregado tenha, comprovadamente, encontrado novo emprego)¹⁹. Ademais, a

¹⁴ As “justas causas” previstas no ET da Espanha são as faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, a impuntualidade, a indisciplina ou a desobediência, as ofensas verbais ou físicas ao empregador ou a pessoas que trabalham na empresa ou a familiares que com eles convivam, a transgressão à boa-fé contratual, o abuso de confiança no desempenho do trabalho, a diminuição continuada e voluntária no rendimento do trabalho normal ou contratual, a embriaguez habitual ou toxicomania se repercutem negativamente no trabalho, o assédio por razão de origem racial ou étnico, convicção religiosa, deficiência física, idade ou orientação sexual.

¹⁵ Sem direito a indenização paga pelo empregador, mas sim a prestações do que seria, no Brasil, o seguro-desemprego.

¹⁶ A dispensa defeituosa pode ser sanada ou retificada, realizando-se uma nova despedida pelos mesmos motivos dentro do prazo de sete dias a partir da notificação da sentença judicial (art. 110.4 LPL).

¹⁷ Se o trabalhador é representante legal dos trabalhadores a opção será sua (art. 56.4 ET).

¹⁸ Indenização de quarenta e cinco dias de salário por ano de serviço, com pagamento pro rata quanto a períodos menores e observando-se um máximo de quarenta e duas mensalidades (art. 56.1.a ET).

¹⁹ Cf. Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete, op. cit., p. 653, que informam a suavização dessa regra pelo Real Decreto Lei 5/2002: o empregador poderá eximir-se dos salários de tramitação se deposita, nas quarenta e oito horas seguintes à despedida, a indenização correspondente (45 dias...).

sentença deve ser proferida até sessenta dias desde a tramitação da demanda ou o empresário poderá reclamar ao Estado o pagamento dos salários de tramitação na quantia correspondente ao tempo excedente.

A despedida por motivo disciplinar é qualificada como nula quando esteja, em verdade, movida por alguma das causas de discriminação proibidas na Constituição ou em leis, ou ainda quando se produza com violação de direitos fundamentais e liberdades públicas asseguradas ao trabalhador (art. 54.5 ET). Também pode ser assim qualificada quando ocorre em período de suspensão contratual ou em meio ao período de gravidez (art. 55.a y 55.b ET), sempre que a despedida está relacionada com a gravidez ou a suspensão do contrato.(VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 654).

Diversamente do que sucede na despedida improcedente²⁰, os salários de tramitação, que são devidos quando a dispensa é qualificada como nula, têm natureza salarial e, coerentemente, a sentença condenatória veicula uma ordem incondicionada de reintegração no emprego, devendo inclusive ser executada de forma provisória, não importando se venha a ser objeto de recurso obreiro ou patronal (art. 113 LPL).

No caso de o empresário não dar cumprimento à ordem reintegratória, o juiz determinará que o empregado continue recebendo seu salário e, se for ele representante dos trabalhadores, que ele continue desenvolvendo as funções inerentes a esse cargo. Concluem Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004, p. 655) que “é esta uma manifestação de execução *in natura* da obrigação de reintegrar o trabalhador que exerce função representativa, configurando-se uma tutela realmente efetiva em termo jurídicos”.

1.1.2.3 A extinção do contrato por causas objetivas

As causas objetivas são aquelas que não implicam descumprimento do contrato pelo trabalhador, porém se embasam em uma incompatibilidade objetiva entre o trabalhador e o seu posto de trabalho (inépcia do empregado, falta de adaptação às modificações técnicas, faltas ao trabalho justificadas mas intermitentes²¹) ou na necessidade de reduzir postos de trabalho por razões técnicas, econômicas ou de

²⁰ Em que a doutrina se inclina por atribuir natureza indenizatória aos salários de tramitação

²¹ Sobre as faltas injustificadas, mas intermitentes, dizem Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete, op. cit., p. 662, que esse preceito traz implícita a faculdade de punir um comportamento fraudulento do trabalhador, articulado a través de faltas de escassa duração mas reiteradas, dada a dificuldade de comprovação pelo empregador e a conveniência de se estabelecer, nesses casos, uma presunção legal.

organização em número inferior ao que ensejaria a dispensa coletiva²² (art. 52, a, b, c, d ET). Quando a empregadora é a administração pública, a insuficiência de consignação orçamentária também se configura causa objetiva para a extinção contratual (art. 52, e ET).

A extinção por causa objetiva se realiza através de uma decisão unilateral. O art. 53 do Estatuto dos Trabalhadores exige uma comunicação escrita ao trabalhador expressando a causa objetiva motivadora da dispensa, além de ser disponibilizada uma indenização²³ de vinte dias por ano de serviço, com pagamento *pro rata* para períodos menores e observando-se um máximo de doze mensalidades. Deve ser concedido um pré-aviso de pelo menos trinta dias (com redução da carga horária em seis horas semanais para a busca de novo emprego), com cópia ao representante dos trabalhadores.

Contra a decisão patronal o empregado pode provocar o Poder Judiciário do mesmo modo como vimos no tocante à despedida por motivo disciplinar (art. 53.3 ET) e ao empresário caberá provar a veracidade da causa que alegou. O prazo para recorrer ao órgão judicial é de vinte dias desde a data da despedida, sem embargo de o empregado poder fazê-lo desde o recebimento do aviso prévio.

Como na dispensa por motivo disciplinar, a despedida por causa objetiva pode ser qualificada como procedente, improcedente ou nula²⁴. Quando se a declara nula, o empregador é condenado da mesma maneira como o seria se o caso fosse de despedida por motivo disciplinar que recebesse tal qualificação (art. 123.2 LPL), é dizer, ordena-se a reintegração imediata do trabalhador e o pagamento dos salários de tramitação, sem que se possam deduzir os correspondentes ao período de aviso prévio²⁵.

1.1.3 Garantia de indenidade

Conforme sobrevisto, o empregado deve ser tutelado quando se encontra ameaçado de despedida não justificada. Mas às vezes a ameaça acontece durante a relação de trabalho – que implica, bem o sabemos, subordinação e, por isso mesmo, uma séria limitação da autonomia da vontade do empregado.

²² Vide Martín Valverde, Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia, op. cit., p. 714.

²³ Cf. Vida, Monereo e Molina, op. cit., p. 664.

²⁴ Há diferença na casuística, pois, diferente do que ocorre com a despedida por indisciplina, na dispensa por causa objetiva a nulidade pode derivar também da inobservância de requisitos formais, não disponibilização de quantia para a indenização, fraude à lei e, já agora convergindo, quando há lesão a direito fundamental. Lembrar que a despedida por causa objetiva não exige, como ocorre à dispensa coletiva, a autorização de autoridade laboral nem a consulta aos representantes dos trabalhadores.

²⁵ Cf. Albiol Montesinos, Camps Ruiz, López Gandía e Sala Franco, op. cit., p. 432.

No Brasil, a Justiça do Trabalho é um órgão autônomo do Poder Judiciário, mas é conhecida como um ramo desse poder dedicada sobretudo a acudir os interesses dos desempregados, já que os trabalhadores empregados têm fundado receio de contrariar seus patrões. Como ao direito de recorrer ao juiz se opõe, no plano da experiência, o direito potestativo de o empregador despedir, apesar do princípio insculpido no citado art. 7º, I, da Constituição brasileira, a solução que se preconiza é sempre a coletivização das ações judiciais, mediante o uso mais largo da substituição processual.

Tratando da realidade espanhola, Álvarez Alonso (2005, p. 14)²⁶ bem poderia estar versando sobre as relações de trabalho situadas em território brasileiro, ao assinalar:

[...] é justo reconhecer que a proteção da esfera individual da pessoa do trabalhador se tem reforçado pelo reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de emprego. Como é sabido, segundo uma doutrina constitucional consolidada e recorrente hoje em vários preceitos da legislação laboral, os poderes empresariais não podem ser utilizados para reprimir ou sancionar o exercício de direitos fundamentais pelos trabalhadores, de sorte que os atos ou decisões do empregador que constituam uma represália contra o exercício de direito fundamental devem ser declarados nulos, repondo-se a situação ao momento anterior à materialização desse comportamento lesivo.

A essa necessidade de garantir o direito de ajuizar ação judicial, a jurisprudência constitucional da Espanha estabeleceu uma espécie de imunidade em favor do empregado que litiga contra seu empregador, protegendo-o de eventuais atos de represália patronal. A partir das decisões SSTC 7/1993 y 14/1993, inaugurou-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional uma garantia concreta que há recebido o nome de “garantia de indenidade”, assim definida por Álvarez Alonso (2005, p. 16):

Dita garantia significa que ao exercício da ação judicial ou dos atos preparatórios ou prévios ao processo não podem seguir-se conseqüências prejudiciais no âmbito das relações públicas ou privadas para a pessoa que os protagoniza, o que, na esfera das relações laborais, traduz-se na impossibilidade de adotar medidas de represália derivadas do exercício pelo trabalhador da tutela de seus direitos.

²⁶ referindo-se às decisões: SSTC 38/1981, 55/1983, 120/1983, 47/1985, 88/1985, 1/1998, 20/2002 e a várias outras.

Mais adiante, o conceito de indenidade é associado por Álvarez Alonso (2005, p. 95) a situações de fato:

A amplitude de faculdades que integram os poderes empresariais, assim como o caráter prolongado no tempo da relação laboral, propiciam que as represálias possam aparecer sob distintas formas (despedidas, sanções disciplinares, transferências, alterações funcionais, retenção tácita de salário etc.) e em momentos muito distintos (durante o desenvolvimento da relação de trabalho, no momento da extinção do contrato e, inclusive, antes e depois do vínculo). Pois bem, a garantia de indenidade, em princípio, desencadeia seus efeitos frente a todo esse elenco de medidas de retorsão imagináveis, com inteira independência de qual seja o instrumento eleito pelo empregador para prejudicar o trabalhador litigante [...].

Como bom presságio (para o Brasil), a garantia de indenidade é um instituto jurídico de criação jurisprudencial, não obstante sua recente transposição para o art. 37.4 da Lei 62/2003, que deu nova redação ao art. 17.1 do Estatuto dos Trabalhadores para ali constar: “Serão igualmente nulas as decisões do empresário que suponham um tratamento desfavorável dos trabalhadores como reação a uma reclamação efetuada na empresa ou a uma ação judicial destinada a exigir o cumprimento do princípio de igualdade de trato e não discriminação”.

Há também normas internacionais e da Comunidade Européia que albergam tal imunidade, destacando Álvarez Alonso (2005, p. 22), acerca do tema, o art. 5.c da Convenção 158 da OIT, que estabelece não constituir causa justificada para a terminação do vínculo “apresentar uma queixa ou participar de um movimento contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos”.

De sua parte, as Diretivas 75/117/CEE e 76/207/CEE estabeleceram a obrigação de os Estados membros introduzirem em seus respectivos ordenamentos jurídicos as medidas necessárias para que as pessoas prejudicadas pela aplicação do princípio de igualdade de remuneração ou de trato possam fazer valer seus direitos pela via jurisdicional, prevendo em seguida a obrigação de “proteger os trabalhadores contra qualquer despedida que constitua uma reação do empregador a uma queixa formulada no âmbito da empresa, ou a uma ação judicial proposta para fazer respeitar o princípio de igualdade”²⁷.

²⁷ Cf. Álvarez Alonso, op. cit., p. 23, que complementa: “Essa proteção se compreende nas Diretivas 200/43/CE, 2000/78/CE e 2002/73/CE, como reação com qualquer consequência negativa a uma reclamação que vise ao cumprimento do princípio da igualdade de trato. Apud Álvarez Alonso, op. cit., p. 70.

Sem embargo, a proteção oferecida por citadas normas internacionais e comunitárias é fragmentária e insuficiente, por três razões enumeradas por Álvarez Alonso (2005, p. 25):

a) trata-se de medidas cujo objeto específico é a aplicação do princípio de igualdade e a luta contra a discriminação, e não o estabelecimento de uma garantia de indenidade de caráter geral para todo tipo de situações de represália por parte da empresa; b) a garantia estabelecida na Convenção 158 da OIT é de caráter mais geral, mas se limita a excluir a apresentação de queixas ou a participação em procedimentos contra as empresas em hipótese estrita de dispensa ilícita; c) as normas internacionais e comunitárias não garantem inteiramente a incolumidade do trabalhador que litiga ou reclama contra seu empregador, pois a Convenção 158 da OIT não impõe a anulação de todos os efeitos da dispensa ilícita e a conseguinte reintegração do trabalhador, senão que admite a opção por uma terminação do contrato indenizada.

A insuficiência da garantia não é, porém, problema que se tenha perpetuado. É que a garantia de indenidade assegurada pelo Tribunal Constitucional da Espanha é mais abrangente e se insere dentro do conteúdo es más genérica y se insere no conteúdo do direito à tutela judicial efetiva (art. 24.1 CE). O Tribunal²⁸ decidiu:

[...] no campo das relações laborais, a garantia de indenidade se traduz na impossibilidade de adotar medidas de represália derivadas do exercício pelo trabalhador da tutela de seus direitos, donde se extrai a conseqüência de que uma atuação empresarial motivada pelo fato de (o empregado) haver exercitado uma ação judicial tendente ao reconhecimento de seus direitos deve ser qualificada como discriminatória e radicalmente nula por ser contrária a esse mesmo direito fundamental, já que entre os direitos laborais básicos de todo trabalhador se encontra o de exercitar individualmente as ações derivadas de seu contrato de trabalho (art. 4.2.g do Estatuto dos Trabalhadores).

Para o Tribunal Constitucional da Espanha, a garantia de indenidade protege não somente frente à despedida, mas também ante qualquer outra medida de reação ou resposta empresarial ao exercício da ação judicial pelo trabalhador. Ainda mais,

²⁸ STC 5/2003, f.j. 7; SSTC 54/1995, f.j. 3; SSTC 140/1999, f.j. 4; SSTC 101/2000, f.j. 2; SSTC 196/2000, fl. 3. Apud Álvarez Alonso, op. cit., p. 29.

a vulneração do direito à tutela judicial efetiva não somente se produz por irregularidades acontecidas dentro do processo que ocasionem privação de garantias processuais, senão que tal direito pode ver-se lesionado igualmente quando seu exercício, ou a realização pelo trabalhador de atos preparatórios ou prévios necessários para o exercício de uma ação judicial, produza como consequência uma conduta de represália por parte do empregador²⁹.

Ao que parece, essa proteção especial ao exercente do direito de ação judicial não caberia no âmbito do direito processual brasileiro, pela singela razão de o empresário poder sempre argumentar que seu direito potestativo de despedir (sem causa alguma) lhe permitiria despedir o trabalhador que fizesse valer seus direitos na via judicial ao tempo em que ainda era seu empregado. Esse argumento, ainda que forte em nossa experiência jurídica, não é absoluto.

A jurisprudência brasileira já está consolidada, por exemplo, no sentido de proteger o trabalhador soropositivo (AIDS) contra a despedida sem justa causa, entendendo que tal dispensa é discriminatória e por isso inválida, mesmo quando o empregado não goza de qualquer estabilidade. Assim decidiu a SDI I do TST:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (TST-E-RR-439.041/98, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU de 23.5.2003).

²⁹ STC 5/2003, fl. 7; SSTC 14/1993, fl. 3; SSTC 140/1999, fl. 4; SSTC 101/2000, f.j. 2 e outras. Apud Álvarez Alonso, p. 31.

EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS). Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos.” (TST-E-RR-217.791/95, SBDI-I, Redator Designado Min. Vantuil Abdala, DJU de 2.6.2000, p. 168).

O TST está a decidir que o poder patronal de dispensar empregado não é absoluto, frente ao teor do art. 7º, I, da Constituição. Se é possível mitigar a regra de que o empresário pode despedir o empregado não estável, desde que lhe pague uma indenização pré-tarifada, também pode esse mesmo raciocínio, conotativo de alta sensibilidade e com larga repercussão social, socorrer o trabalhador que se percebe lesado em meio à relação de emprego e pretende exercer de pronto o seu direito constitucional de ação. A plena proteção do direito à tutela judicial implica a imunização contra a represália patronal.

REFERÊNCIAS

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luiz Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan, SALA FRANCO, Tomás. **Compendio de Derecho del Trabajo: fuentes y contrato individual**. Valencia: Tirante lo Blanch, 2000.
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego. **La Garantía de Indemnidad del Trabajador Frente a Represalias Empresariales**. Albacete: Bomarzo, 2005.
- BAYLOS, Antonio. Prefácio. In: PÉREZ REY, Joaquín. **Estabilidad en el Empleo**. Madrid: Trotta, 2004. p. 13.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2002.
- PÉREZ REY, Joaquín. **Estabilidad en el Empleo**. Madrid: Trotta, 2004.
- VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, **Manual de Derecho del Trabajo**. Granada: Comares, 2004.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E/OU PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO

Thania Maria Bastos Lima Ferro*

RESUMO

O presente artigo versa sobre a questão da indenização por danos morais e/ ou patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho. Trata-se de tema polêmico em que se têm por fito analisar, embora de forma superficial, sobre a responsabilização do empregador, fraudes e o lapso temporal para prescrição do crédito.

Palavras-chave: Acidente de trabalho. Responsabilidade civil. Responsabilização do empregador. Fraudes. Prescrição.

1 INTRODUÇÃO

A questão da indenização por danos morais e/ou patrimoniais decorrentes de acidentes de trabalho têm suscitado acirrados debates na comunidade jurídica nacional.

Sabe-se que o tema não é novo. No entanto, analisando a matéria sob a ótica dos atuais paradigmas, encontramos nuances nunca antes mensuradas.

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar a matéria. Nem poderia, diante da complexidade desta e das limitações impostas.

Busca-se, isto sim, fazer modesta contribuição às acaloradas discussões havidas neste Regional, sempre e sempre com vistas a viabilizar a entrega da prestação jurisdicional de qualidade e que melhor atenda aos ideais de justiça.

* Juíza Titular da Vara do Trabalho de Piripiri. Professora do Curso de Direito da Uespi. Pós-graduada em Direito Processual.

2 O ACIDENTE DE TRABALHO

O Direito do Trabalho teve o seu advento a partir dos movimentos operários que reivindicavam melhores condições de trabalho.

Nos primeiros tempos da revolução industrial, a história nos revela que o trabalho nas fábricas era extenuante e desumano. Dentre as inúmeras conseqüências do labor em condições inadequadas e insalubres estavam os acidentes e doenças decorrentes do trabalho, que levavam inúmeros trabalhadores à incapacidade permanente e ao óbito.

Desta forma, pode-se dizer que a reparação dos danos sofridos pelos empregados em razão de acidente de trabalho, bem como de doenças profissionais é decorrente da industrialização, que exigiu o uso de máquinas para implementar a produção das fábricas, bem como das novas tecnologias, sabendo-se que são inúmeros os casos de lesões, muitas vezes irreversíveis, aos trabalhadores.

Reporta-se ao tema, Varella (1983, p. 627-628), da seguinte forma:

O recurso cada vez mais freqüente à máquina e aos processos mecânicos de trabalho, ligado à revolução industrial, e mais tarde à chamada revolução tecnológica, ao mesmo tempo que aliviou o caráter penoso de muitas actividades, aumentou o número e a gravidade dos riscos de acidente a que os próprios operários estão sujeitos. Por outro lado, a crescente complexidade da organização das empresas modernas (com a intervenção conjunta de técnicos, peritos, administradores, chefes de serviços, etc.) e a própria diferença de poder econômico entre a entidade patronal e a grande massa dos trabalhadores tornariam cada vez mais difícil a estes exigir indemnização pelos danos sofridos com os acidentes, dentro dos moldes clássicos da responsabilidade civil, por não lhes ser cômodo demandar o empresário nem fácil fazer prova da sua culpa.

Vê-se, portanto, que a questão não é nova, mas também não menos atual. É que mesmo diante dos novos paradigmas adotados pelos ordenamentos jurídicos mais avançados, as estatísticas da Organização Internacional do Trabalho revelam que mais de dois milhões de trabalhadores morrem todo ano, em todo o mundo, em decorrência de doenças ocupacionais ou acidentes ocorridos no local de trabalho.

Mas o que mais surpreende é que a grande maioria de tais infortúnios poderiam ter sido perfeitamente evitados, com a adoção de medidas adequadas e responsáveis. Este quadro revela não somente números, mas principalmente a negligência e a injustiça social.

No Brasil, embora sejamos o primeiro país a ter um serviço obrigatório de segurança e medicina do trabalho em empresas com mais de cem empregados, a realidade não destoa do cenário mundial: aqui também os índices se revelam altos e o que é pior, a maior parte dos trabalhadores não tem sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) anotada, laborando no mercado informal.

Também é fato que os serviços de segurança e medicina do Trabalho das empresas não cumprem o disposto em lei e não notificam o Sistema Único de Saúde (SUS) sobre morbidade, acidentes e mortalidades decorrentes das relações de trabalho.

O quadro é, sem dúvida, preocupante. Se ponderarmos que a saúde e a vida estão dentre aqueles considerados como direitos fundamentais da pessoa humana, a discussão jamais poderá passar ao largo do Judiciário Trabalhista.

Deveras, os novos paradigmas que informam o Direito do Trabalho, em especial aqueles insertos pela Constituição Federal de 1988 e pela Emenda Constitucional de n.º 45/04, indicam que a proteção ao trabalhador não se faz mais somente com enfoque no contrato individual do trabalho, mas principalmente tendo em vista a coletividade dos trabalhadores e ainda a sociedade como um todo.

Desta forma, a ênfase na preservação da saúde e da vida do trabalhador, assegurando-lhe um ambiente de trabalho digno, não somente com vistas ao seu bem estar físico, mas também moral e psíquico, inclusive com tutela dos direitos da personalidade destes é um norte a ser seguido.

É nesta linha, que a questão da reparação por danos patrimoniais e morais oriundos das relações de trabalho passa a ter relevância no atual contexto. O princípio protetor, desta forma, tem ampliada a sua incidência, haja vista que novas questões passam a ter importância primordial nas relações de trabalho, o dever de indenizar faz parte deste rol.

É por demais sabido que o empregado, sendo a parte mais carente da relação de emprego, é vulnerável a acidentes decorrentes da atividade laborativa, daí atraindo a responsabilização, que poderá ocorrer nas três esferas: previdenciária, penal e civil.

Em se tratando de proteção previdenciária a responsabilidade aplicada é a objetiva. Somente o dolo do empregado (p. ex. automutilação proposital), devidamente comprovado, é capaz de afastar a responsabilidade, vez que esta tem cunho de seguro social, a teor do art. 7º, inciso XXVIII, c/c art. 201, ambos da Carta Constitucional de 1988.

art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

art. 201 – Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes de trabalho, velhice e reclusão.

O acidente de trabalho, além da responsabilidade previdenciária, também gera responsabilidade criminal quando a conduta geradora do dano for enquadrada em tipo penal, até mesmo porque o objeto mais importante do contrato de trabalho é exatamente a vida e a integridade do trabalhador.

A responsabilidade civil foi preservada, em virtude de que a proteção previdenciária não se faz de forma plena, ou seja, não cobre lucros cessantes, por exemplo, vez que é tarifada. Assim, comprovada a culpa *lato sensu* do empregador ou mesmo ausente de culpabilidade, em situações excepcionais, tem-se a responsabilização civil, a cargo do empregador.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL – BREVES LINEAMENTOS

O instituto da responsabilidade civil tem como fundamento a obrigação de reparar um dano, a fim de restaurar-se o equilíbrio econômico-social.

A noção de responsabilidade civil remonta aos povos da antiga mesopotâmia.

O Código de Esnunna, que é um dos textos jurídicos mais antigos, organizado com sessenta artigos, e oriundo da cidade de Esnunna, próxima ao rio Tigre, na região da Acádia, já trazia em seu bojo noções de responsabilidade civil, além de outros institutos tais como direito de família e responsabilização de donos de animais por lesões corporais seguidas de morte.

Também o Código de Hammurabi, que é oriundo da região da Babilônia, em período anterior ao Rei Nabucodonosor, não só trazia noções de responsabilidade civil, como a levava até às últimas conseqüências.

Reinava na ocasião, o Rei Hammurabi que era um hábil conquistador, estrategista e administrador. Como tal, utilizou-se de três elementos manter-se no poder: a religião, a língua e o direito.

Mas os lineamentos da noção de culpa somente podem ser considerados sob a égide Direito Romano, como se pode ver em vários textos legais, tais como a Lei das XII Tábuas, *Lex Pesonalia* e a *Lex Poetelia Papilia*.

A *Lex Aquilia*, no entanto, é que consagra, de forma, mais elaborada, o conceito de responsabilidade civil, punindo pecuniariamente o agente por danos injustamente provocados à vítima.

Foi sob a batuta do legislador Romano que a noção de culpa evolui da vingança privada à noção de reparação tarifada, embora jamais o Direito Romano tenha chegado a estabelecer um fundamento sobre a responsabilidade.

No entanto, é inegável que ali foram firmados os alicerces para o instituto da responsabilidade civil, na medida em que se passa da reparação física ao causador do dano, para a reparação pecuniária do dano causado.

Obviamente que o conceito de culpa foi aprimorado e alargado no decorrer dos séculos, até mesmo porque a sociedade está em constante movimento e é em razão do dinamismo social que o ordenamento jurídico de determinado povo deve se adequar.

O Direito, portanto, é feito pelo homem e para o homem. Sendo o fruto de uma produção cultural em determinada localidade e em determinado tempo histórico, o Direito é um reflexo direto da sociedade que o produziu.

Coube ao Direito Francês aperfeiçoar os postulados romanos, estabelecendo os princípios gerais da moderna concepção de responsabilidade civil, situando-a na quebra do equilíbrio provocada pela lesão/dano ao patrimônio de outrem.

No ordenamento pátrio, verifica-se que a responsabilidade civil é estudada sob os ângulos subjetivo e objetivo.

Teoria subjetiva

O Código Civil de 2002, tal qual o Código Civil de 1916 adota o sistema da responsabilidade civil subjetiva, que tem como fundamento a teoria da culpa. O sistema subsidiário é o da responsabilidade objetiva, que decorre da teoria do risco acentuado.

A responsabilidade subjetiva, tem, pois, como seu elemento principal a culpa. Assim, o dever de reparação somente exsurge quando evidenciados o ato ilícito, o dano e o nexo causal havido entre estes dois elementos.

Com relação à culpa, há que se distinguir entre a culpa contratual e a culpa extracontratual.

O Prof. Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 368), faz a seguinte diferenciação:

A culpa, tendo em vista a categoria do dever violado, diz-se ‘contratual’ ou ‘extracontratual’. Culpa contratual é aquela decorrente da infração de uma cláusula ou disposição de contrato celebrado entre as partes. Culpa extracontratual, também chamada aquiliana, em razão de se achar originariamente definida na romana ‘Lex Aquilia’, é a transgressão do dever legal, positivo, de respeitar o bem jurídico alheio, ou do dever geral de não causar dano a outrem, quando a conduta do agente não está regulada por uma convenção.

Conforme, ainda, as lições do Prof. Caio Mário da Silva Pereira (2006), embora a doutrina civilista caminhe no rumo da unidade da culpa, a distinção primordial entre a culpa contratual da extracontratual, faz-se no tocante ao ônus da prova.

Assim, explica o renomado mestre, enquanto na culpa extracontratual o ônus da prova deverá ficar a cargo da vítima, o mesmo não ocorre em se tratando de culpa contratual, já que, “quando há um contrato, existe um dever positivo específico consistente em prestação definida na relação obrigacional, a que o devedor faltou, o que só por si lhe impõe a responsabilidade”. (PEREIRA, 2006, p. 369).

A responsabilidade subjetiva estava assentada, no Código Civil de 1916, no art. 159, cuja redação era a seguinte:

art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Por sua vez, o art. 186, do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a responsabilidade extracontratual, tem a seguinte redação:

art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O art. 389, do Código Civil de 2002, dispondo sobre a responsabilidade contratual, tem a seguinte disposição:

art. 389 – Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

O Código, todavia, prevê como excludentes da culpa, o caso fortuito/força maior e a culpa exclusiva da vítima. Em se tratando de culpa concorrente, a culpa é atenuada e a responsabilidade atribuída proporcionalmente aos respectivos agentes e vítimas.

A ilicitude civil decorre sempre da violação culposa de um dever jurídico, daí porque a culpa sempre recebeu um lugar de destaque na caracterização de tais atos. A culpa é, assim, um dos pressupostos da responsabilidade civil.

Mas não somente a culpa constitui requisito da responsabilidade subjetiva. Também podem ser elencados: dano, o ato ilícito (lesivo) e o nexo de causalidade.

O dano, por sua vez, ao lado da culpa, integra o binômio que forma o ilícito civil. Não se pode falar em responsabilidade civil ou dever de indenizar se não ocorreu dano. O dano, é, assim, requisito essencial da responsabilidade civil, visto que o instituto cuida exatamente da sua reparação.

O prof. Venosa (2007, p. 31) por sua vez, tem a seguinte definição do que seria dano: “O dano é um prejuízo, uma diminuição patrimonial sofrida pelo agente. Pode decorrer de um ato do próprio agente, de terceiro ou simplesmente de um- fato natural.”

Na concepção de danos estão incluídos não somente o que a vítima efetivamente perdeu – dano emergente, mas também o que deixou de lucrar – lucros cessantes. Poderá atingir a esfera patrimonial e/ou não patrimonial do indivíduo – dano moral.

Importante ressaltar que não se considera ato ilícito aqueles praticados: em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular de direito e em estrito cumprimento do dever legal, mesmo sobrevivendo danos.

Por fim, como o terceiro dos pressupostos da responsabilidade civil tem-se o nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido.

Das várias teorias existentes sobre a relação de causalidade, adotou o legislador a teoria dano direto e imediato em que há necessidade de demonstração

que entre a inexecução da obrigação e o dano, há uma relação de causa e efeito direta e imediata.

Teoria objetiva

A despeito da teoria subjetiva, cujos lineamentos acima comentamos, vê-se que o Código Civil de 1916 já adotava, em situações restritas, a teoria objetiva, que não insere a noção de culpa como ponto fundamental para o dever de reparação, reconhecendo-a como parte integrante do ato ilícito.

Aqui, busca-se o risco de dano. A responsabilidade passa da noção de culpa para a idéia de risco. Busca-se, assim, evitar injustiças. Busca-se preservar a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio social.

Este sistema é admitido porque nem sempre existe a possibilidade de comprovar-se a culpa do agente causador do dano, especialmente no atual contexto, em razão de novas tecnologias e da atividade industrial.

No sistema do Código Civil de 1916, a responsabilidade objetiva somente era admitida em casos previstos expressamente em lei, o que não ocorreu com o atual Código, cujo ponto de partida para aplicação da teoria encontra seus limites no art. 927, parágrafo único.

A teoria objetiva do risco acentuado

A princípio, a responsabilidade objetiva foi admitida em casos excepcionais, para, aos poucos se alastrar nas mais diversas áreas, até chegar-se a atual redação do art. 927, § único do Código Civil de 2002, que diz:

art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Deveras, já não se restringe a responsabilidade objetiva àquelas hipóteses constantes em legislação especial. Com o advento do Código Civil de 2002, qualquer atividade potencialmente perigosa poderá ser alvo de reparação sem necessidade de comprovação de culpa.

Mas o que seria uma atividade perigosa para fins do art. 927, § único, do CC/02?

Por atividade de risco, deve-se entender, nas palavras de Brandão (2006, p. 239), “situação em que há probabilidades mais ou menos previsíveis de perigo; envolve toda a atividade humana que exponha alguém a perigo, ainda que exercida normalmente.”

Vale dizer que a norma inserta no parágrafo único do mencionado dispositivo de lei é considerada como cláusula geral, cuja definição é aberta, com vistas a propiciar ao aplicador do direito uma melhor adequação ao caso concreto.

Ainda , na lição de Brandão (2006, p. 230) sobre cláusula geral:

São normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos, tornando-se referencial interpretativo para o aplicador do Direito, notadamente o juiz na elaboração das normas de decisão, oferecendo critérios axiológicos e limites para a incidência das demais disposições normativas.

Permitem ao juiz preencher os claros com valores designados para o caso concreto, para que encontre a solução que lhe pareça mais correta, ou seja, “concretizando os princípios gerais de Direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer no caso concreto. (BRANDÃO, 2006, p. 230)

Comentando sobre o tema, diz Mattietto (2000, p.173) em excelente artigo denominado “O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos”, “verbis”:

A noção de cláusula geral pode ser entendida como a formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, “que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo está em, graças à sua generalidade e abertura, torna possível regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser já previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida.

Desta forma, quem vai dizer se determinada atividade é potencialmente perigosa para direitos de outrem é o Judiciário, calcado, logicamente, em estatísticas e experiência comum.

Faz-se necessário, contudo, ressaltar que tal decisão deverá ser fundamentada – art. 93, IX, CF/88 e também exigirá um cuidado extremo do aplicador do direito, pois que apesar de norma aberta, deverá o magistrado pautar-se sempre e sempre pela segurança dos jurisdicionados e pela estabilidade social.

Daí porque a interpretação do que seria atividade de risco deve ser tomado em aspecto restrito, a fim de evitar injustiças, até mesmo porque no atual contexto a execução de quase todas as atividades da cadeia produtiva implicam em um ou outro risco.

4 DA RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR PELAS LESÕES DECORRENTES DO ACIDENTE DE TRABALHO

Como já dito, o acidente de trabalho poderá acarretar a responsabilização sob três óticas distintas: responsabilização previdenciária, responsabilização penal e responsabilização civil.

No que concerne à reparação dos danos, sob a ótica civil, poderá haver a indenização por danos patrimoniais e/ou morais, cuja responsabilidade do empregador deverá ser apurada com base na teoria subjetiva, sendo ônus do empregado comprovar o dano sofrido, a culpa do empregador e o nexo de causalidade havido entre ambos.

Nesse ponto, faz-se importante anotar a lição de Monteiro e Bertagni, (1998, *apud* BRANDÃO, 2006, p. 152), que diz:

O nexo de causalidade é o vínculo necessariamente estabelecido entre a ocorrência do infortúnio e a lesão sofrida pelo empregado. É a relação de causa e efeito entre dano e a desgraça que o atinge, seja esta proveniente do acidente típico ou por extensão, da doença do trabalho ou do trajeto casa-trabalho e vice-versa. Constitui a relação de causa e efeito entre o evento e o resultado.

E continua mais adiante:

“Também destacam não ser necessária a prova de certeza, em casos de infortúnio, bastando o juízo de admissibilidade, ou sejam a probabilidade de que o dano foi proveniente do fato ocorrido e definido como acidente.” (MONTEIRO e BERTAGNI, 1998 *apud* BRANDÃO, 2006, p. 152),

Em se tratando de labor em atividades consideradas como de risco, aplica-se a teoria objetiva – teoria do risco acentuado.

No tocante à prova da culpa, salvo situações excepcionais, entendo que, efetivamente, para imputação do dever de indenizar, pelo empregador, por danos patrimoniais e/ou morais, sofridos pelo empregado, há que se atestar a culpa do empregador. No entanto, urge considerar se em tais casos, se a culpa é contratual ou extracontratual.

Já por demais explicitado que o direito a integridade física e moral, faz parte dos direitos da personalidade do indivíduo. Transcrevo, a seguir trecho de artigo publicado pelo Prof. Martins (2003, p.68), que diz o seguinte:

Como se percebe, os direitos da personalidade são fundamentalmente de duas naturezas, a saber: os que dizem respeito à vida, corpo e integridade física e aqueles que dizem respeito à imagem, honra, dignidade. E a linha é uma só, a de tornar os princípios constitucionais da honra, dignidade humana, privacidade e respeito que todo cidadão merece, protegidos pela Constituição e pelo Código Civil. Parece-me ter, neste particular, o Código Civil de 2002 avançado consideravelmente e bem, sobre o desenho do Código anterior, onde não tão claramente tais direitos estavam conformados.

Ora, o direito à vida, corpo e integridade física, bem como o direito à imagem, honra, dignidade, constituem-se direitos da personalidade e, portanto, direitos fundamentais, vez que sem estes, no comentário do prof. Silva (2004, 84), “a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes não sobrevive.”

Assim, não se pode confinar a violação aos direitos da personalidade do empregado a cláusula contratual, ainda que implícita, embora sabendo que o mais importante conteúdo de um contrato de trabalho seja a preservação da vida do trabalhador.

Desta forma, a princípio, a apuração da responsabilidade do empregador por danos morais e/ou patrimoniais em razão de acidente de trabalho deve ser aferida com base na teoria subjetiva, sob a ótica da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, cabendo à última, no caso o empregado, o ônus de provar a culpa do empregador como fator catalisador do sinistro.

Em se tratando, no entanto, de atividades de risco, afasta-se a noção de culpa, vez que a responsabilização do empregador é feita sob a ótica objetiva da teoria do risco acentuado, com aplicação do parágrafo único, do art. 927, do CC/2002.

Abro parênteses, neste ponto, para as considerações de Sharp Junior (2001, p. 9) sobre a responsabilidade objetiva:

Em muitas situações a responsabilidade subjetiva mostra-se insuficiente para atender aos anseios de equilíbrio social e de justiça em todos os casos, pela dependência de verificação da culpa do causador do dano. O substrato da teoria objetiva é mais humano do que o da culpa, ligado ao sentimento de solidariedade social. Visa repartir os efeitos dos danos sofridos, ante o fato de que a sociedade se tornou mais complexa, trazendo o progresso material um aumento dos riscos a que se sujeitam todos os indivíduos.

Confere a teoria objetiva maior proteção à vítima, enquanto que a teoria da culpa é mais favorável ao autor do dano.

Aplicando-se a teoria do risco acentuado nas relações de trabalho, tem-se que a noção do que seria risco é considerada a partir da atividade desempenhada pelo empregado, assim entendida a atividade costumeira e não meramente esporádica, com atos isolados.

Não se questiona aqui sobre a licitude da atividade. Mesmo sendo a atividade lícita, a sua execução insere-se em uma maior probabilidade de dano. O risco, aqui, é o risco profissional, bem entendido, e não aquele risco geral a que todos nós estamos submetidos pelo simples fato de estarmos vivos.

Não se examina, também, se o empregado teria noção do perigo a que estaria submetido, de modo a aplicar mais diligência na execução de suas tarefas.

Ora, é claro que o empregado efetivamente tem noção do perigo a que está submetido, mas dele não pode se desvencilhar ante ao estado de subordinação a que se encontra submetido, a não ser que queira rescindir o contrato de trabalho, o que, em tempos de crise, é pouco viável ocorrer.

Com efeito, questões como saúde, segurança e meio ambiente do trabalho têm, atualmente, importância fundamental no processo produtivo, não podendo ser ignorados pelo empresariado.

Cumprido ao empregador, portanto, minimizar o risco, fornecendo os meios necessários à prevenção de acidentes que possam levar a danos à integridade física do empregado, o que poderá ser feito com treinamento adequado, fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) e outras condutas. Na prática, infelizmente, tais medidas nem sempre são adotadas...

Cumprido, finalmente, ressaltar que mesmo em se tratando de contrato temporário, em que a prestação dos serviços é feita para terceiro – empresa tomadora dos serviços, ainda assim não pode a empresa cedente ser isenta da responsabilização

como se infere do art. 12, da Lei 6.019/74, que prevê como direito do trabalhador o seguro contra acidentes de trabalho.

Ademais, embora na referida lei contenha preceito alegando que é da empresa tomadora a obrigação de comunicar a ocorrência do acidente de trabalho, entendo que tal dispositivo, em nenhum momento, exime a empresa cedente de suas obrigações, até mesmo porque o vínculo do trabalhador forma-se com esta e não com a empresa tomadora, a não ser em casos de terceirização ilícita.

Urge, por fim, esclarecer que a reparação tanto poderá se dar pode danos morais como por danos patrimoniais decorrentes do sinistro, tudo a depender de como e em que condições ocorreu o acidente que vitimou o trabalhador.

5 FRAUDES

Relações informais

O contrato de trabalho tem como um dos seus princípios norteadores o princípio da primazia da realidade. Prevalece, assim, o que ocorre no terreno dos fatos.

Vivemos um momento em que as relações informais chegam a índices alarmantes. Recentemente, a mídia noticiou que o número de carteiras de habilitação supera, em muito, o número de trabalhadores com Carteira de Trabalho anotada, demonstrando o tamanho da informalidade que grassa as nossas relações de trabalho.

A informalidade é danosa não somente para o Estado que deixa de recolher seus impostos, mas também para a sociedade como um todo.

Ora, em empresas informais, as condições de segurança e medicina do trabalho praticamente são inexistentes. Não há preocupação com a prevenção de acidentes e, no geral, as condições do ambiente de trabalho são as mais precárias possíveis, isto sem falar em outras questões, tais como trabalho infantil, trabalho escravo, etc.

A vivência das lides trabalhistas tem indicado que, ocorrendo qualquer infortúnio, certamente que em tais condições não são adotados os procedimentos para comunicação à Previdência Social e na grande maioria dos casos, não existe qualquer assistência por parte do empregador. Voltamos ao século XIX, onde trabalhadores eram meras engrenagens das fábricas!

Desta forma, evidenciada a relação de emprego, mesmo que ausentes os registros legais, não poderá o empregador eximir-se da obrigação de indenizar ao obreiro pelos prejuízos decorrentes de acidentes de trabalho.

Em tais casos, com maior razão deverá incidir o dever de indenizar, porque não se admite que ninguém possa se beneficiar da própria torpeza. Entendo que a indenização deverá ser a mais ampla possível, inclusive com relação ao período de estabilidade acidentária.

Das cooperativas de trabalho

A questão também se levanta com relação aos casos de falsas cooperativas de trabalho.

As formas de cooperativas que atualmente concebemos surgiram por volta de meados do século XIX na França e Inglaterra como reação dos trabalhadores aos efeitos nefastos da Revolução Industrial.

No Brasil, o cooperativismo foi regulamentado logo no início do Século XX, através do Decreto Legislativo nº 979, de 1903. Com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, foi editado o Decreto n.º 22.239, de 19 de dezembro de 1932, que consolidou a regulamentação das cooperativas no Brasil.

Atualmente, o sistema cooperativo encontra-se regulamentado pela Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971 que, conforme a teoria da recepção continua a vigorar nos dispositivos que não são incompatíveis com a nova ordem constitucional.

A Carta Magna de 1988 definiu a política nacional do cooperativismo, instituindo seu regime jurídico através da adesão livre, da gestão democrática, da mútua ajuda e de mecanismos de retorno financeiro aos cooperados, dentre outros.

Assim é que, em diversos dispositivos contidos na Carta Constitucional, pode-se constatar a existência de previsões expressas que demonstram com nitidez o formento da política do cooperativismo, *verbis*:

:

art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XVIII – A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - “omissis”

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando-se em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis nas áreas onde estejam atuando e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

O cooperativismo é, assim, uma alternativa que tem como finalidade agrupar pessoas com interesses comuns e trabalhando em conjunto e buscar alcançar objetivos de forma mais satisfatória para melhorar as condições sociais e econômicas dos trabalhadores associados.

A cooperativa é, portanto, uma forma de livre associação de pessoas e se distingue das demais formas de sociedade porque possui características próprias, tais como: adesão voluntária, singularidade do voto nas assembleias – gestão democrática, ausência de lucratividade e mecanismos de retorno financeiro proporcionais às transações dos membros.

A sociedade cooperativa inspira-se, pois, nos princípios de ética e moral, na busca de uma economia mais humana e solidária.

No caso das cooperativas de trabalho, há uma reunião de trabalhadores de determinada profissão ou classe, com finalidade básica de melhorar salários e condições de trabalho, dispensando a intervenção de patrão ou empresário.

As cooperativas de trabalho, desta forma, existem primordialmente para prestar serviços a seus associados organizando o trabalho destes e fornecendo condições para que estes possam prestar serviços a terceiros.

No entanto, a grande e crescente proliferação de cooperativas de trabalho vêm suscitando críticas, pois que em muitos casos, tais entes se constituem para descaracterizar o vínculo empregatício e, conseqüentemente, liberar o real empregador de uma série de impostos e obrigações sociais para com o trabalhador, desvirtuando os princípios básicos que norteiam o sistema de cooperativismo.

Comentando sobre esta questão, diz o Prof. Carrion (2006, p. 286) faz a seguinte observação:

O instituto trouxe inegáveis possibilidades de subsistência a inúmeras áreas carentes; para o aplicador da lei a fraude é o divisor de águas que pode afastar sua aplicação; o aproveitamento do trabalho realizado por cooperativas encontra resistência, principalmente quando se trata de atividade-fim da empresa tomadora. Existem milhares de trabalhadores com relações de emprego evidentes acobertadas por falsos contratos com falsas cooperativas, formadas por mãos empresariais.

Assim, o aplicador do direito há que verificar os delineamentos fáticos da questão, a fim de sopesar sobre a existência de fraude, tendo como norte o princípio de primazia da realidade.

Desta forma, há que atentar para a existência das características de uma sociedade cooperativa legítima prestando serviços a terceiros, que podem assim ser resumidos, com base nas lições de Furquim (2001, p. 83-84):

- 1- a prestação dos serviços prescinde do caráter “intuitu personae”, vez que o que está sendo contratado é uma obrigação de resultado e não uma obrigação de fazer;
- 2 – deverá haver no local do serviço contratado um representante da cooperativa, com vistas a coordenar os serviços contratados;
- 3 – os cooperados deverão ser remunerados de acordo com a produção do trabalho de cada um;

A referida mestra, conclui o seu pensamento alertando que “prevalece o princípio da Primazia da Realidade do Direito do Trabalho. A forma como os serviços são desenvolvidos é que determina se a relação tem caráter societário ou empregatício”. (FURQUIM, 2001, p. 84).

Podemos concluir que, os limites de atuação das cooperativas de mão-de-obra devem estar bem definidos, na medida em que o nosso ordenamento tem como a dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e a busca do pleno emprego, que, em se tratando de fraude, restariam frontalmente desobedecidos, o que restaria óbice a aplicação do art. 442, CLT.

Diz o art. 442, CLT que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

De uma leitura mais apressada, poder-se-ia afirmar que o referido dispositivo legal efetivamente é claro e taxativo com relação ao tema.

No entanto, não pode interpretar determinada norma legal de forma totalmente estanque. Há que se fazer uma interpretação sistemática com as demais regras do diploma a que se pretende invocar.

Assim é que o art. 442, no seu parágrafo único, também deve ser confrontado com o art. 2º, “caput”, e art. 9º, ambos da CLT, que preceituam o seguinte:

art. 2º - Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços.

art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Pode-se, portanto, concluir que, na verdade, o parágrafo único do art. 442, CLT, não autorizou a intermediação de mão-de-obra por cooperativa, mas apenas cuidou de disciplinar o trabalho sem vínculo empregatício de associados de cooperativa.

Cumpramos ressaltar que estamos falando de uma cooperativa cuja constituição e funcionamento obedecem aos princípios e normas constantes da Lei 5.764/71 e não cooperativas de fachada, que têm como finalidade local mão-de-obra, visando lucro. Estas funcionam com evidente desvio de finalidade, e não podem beneficiar-se do dispositivo em exame, pois que todos os seus atos são nulos, face a incidência do art. 9º, CLT.

Por fim, vale dizer que o parágrafo único do art. 442, CLT, tem sido alvo de inúmeras críticas, na medida em que, do ponto de vista dogmático-jurídico nada inovou no ordenamento jurídico nacional, vez que numa cooperativa regularmente constituída não há como falar em relação de emprego com o tomador dos serviços.

Terceirização

A terceirização também tem servido de base para a prática de inúmeras fraudes, o que tem gerado graves prejuízos à classe obreira.

A terceirização não é um instituto jurídico. Trata-se de uma estratégia com vistas a viabilizar maior competitividade às empresas com o menor custo possível.

O fenômeno da terceirização surgiu como uma alternativa para propiciar maior agilidade às empresas, vez que destinada a resolver problemas organizacionais, específicos e determinados, relacionados às operações da atividade-meio destas.

Conforme o magistério de Martins (2001, p. 23):

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorrer na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

O Professor Martins (2001, p. 25) classifica a terceirização em estágios, a saber:

a) estágio inicial, quando são repassadas a terceiros atividade não preponderantes, tais como vigilância e limpeza; b) estágio intermediário, em que são terceirizadas atividades mais ligadas a atividade-fim da empresa; c) estágio avançado, quando são terceirizadas atividades diretamente ligadas à atividade-fim da empresa.

Entende o mestre que as atividades - fins da empresa poderão ser objeto de terceirização, baseando-se no art. 170, da Constituição Federal que consagra o princípio da livre iniciativa.

Diz o texto do artigo: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Também este o posicionamento de Viana (1997, p. 1477) que diz:

Caracterizada a terceirização, não há porque se fazer restrições à atividade-fim. A terceirização realiza-se mediante contratos de empreitada, de prestação de serviços, ou de fornecimento de mão-de-obra, reguladas pelo Direito Civil, fora, pois, da

esfera de competência do Tribunal Superior do Trabalho, que editou o En. 331.

Esta, contudo, não é a opinião preponderante, externada pela jurisprudência de nossos Tribunais, bem como da doutrina, que se posiciona contra a terceirização das atividades - fins da empresa.

Com efeito, sabendo-se que a terceirização é, na lição do Prof. Delgado (2007, p. 430) “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação juslaboralista que lhe seria correspondente” há que se tomar todos os cuidados para evitar fraudes à legislação obreira, em prejuízo do trabalhador.

O C. TST sumulou entendimento de que as hipóteses de terceirização lícita se situam em quatro grandes grupos, qual seja: contrato de trabalho temporário; atividades de conservação e limpeza; atividades de vigilância e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador dos serviços. Ressalte-se que nas últimas três hipóteses deverá ser inexistente a pessoalidade e a subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços.

Até os dias que correm, ainda não se firmou um conceito para estabelecer o que seria uma “atividade-meio” e aí estabelecer os limites da licitude da terceirização, até mesmo porque a classificação das atividades - meio e atividades - fim da empresa envolve, sem dúvida alguma, uma questão de fato.

Considera-se, portanto, como atividade-meio aquela que, embora desenvolvida de forma permanente, pode ser caracterizada como um serviço de apoio, não comprometendo a qualidade e a autenticidade das atividades-fins, já que não interferem no processo de produção da empresa.

A verdadeira terceirização consiste, portanto, na transferência de parte da atividade da empresa a uma outra, mais especializada, uma etapa de seu processo produtivo, ou de comercialização, ou a prestação de um serviço especializado. Terceirizam-se atividades que não constituem o objetivo principal da empresa. Terceirizam-se serviços e não empregados.

Desta forma, possui entendimento de que poderá ser objeto de terceirização a atividade - meio da empresa, que é uma atividade secundária e não essencial; é uma atividade de apoio ou mesmo complementar. Não se pode admitir, no entanto, a hipótese de que poderá ser objeto de terceirização a atividade-fim da empresa, visto que esta é o seu objetivo central e sua atividade preponderante.

Havendo terceirização ilícita, há que se aplicar a Súmula 331, do C. TST, cujo vínculo se forma com o tomador dos serviços.

Em se tratando de terceirização envolvendo cooperativas de trabalho, com mais razão deverão ser evidenciados os requisitos para contratação sob esta modalidade, ressaltando-se que a atuação desta somente se fará em serviços ligados à atividade-meio da tomadora, e em caráter autônomo e eventual, pois a substituição de “cooperados” aos empregados da empresa tomadora é procedimento fraudulento e, portanto, ilegal.

6 DANOS MORAIS

Dano, segundo a definição de Bittar (2005, não paginada) “é a lesão ou redução patrimonial, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos no Direito, seja quanto à sua própria pessoa – moral ou fisicamente – seja quanto a seus bens ou a seus direitos.”

A lesão, desta forma, não se restringe a componentes puramente patrimoniais, podendo, também atingir elementos na esfera moral do titular. Daí porque o dano é classificado sob a ótica material e moral, sendo que o primeiro atinge esfera de economicidade e no segundo caso, valores afetivos, intelectuais ou de personalidade da pessoa, que poderá ser física ou jurídica, entes não personalizados, grupos, categorias, etc, cujo tema trataremos mais adiante.

O dano moral foi introduzido em nosso ordenamento jurídico a partir do advento da Constituição Federal de 1988. Em período anterior, a reparabilidade dos danos dessa natureza era feita exclusivamente com base no art. 159, CC de 1916, cuja abstratividade comporta qualquer modalidade de dano.

Nesse sentido, ilustrativo comentário de Medeiros Neto (2004, p. 93), que diz o seguinte:

Com efeito, é pertinente concluir-se, diante das normas integrantes do Código Civil de 1916, que de acordo com a regra geral do art. 159 admitia-se a reparação dos danos patrimoniais e morais. Ademais as situações específicas constantes dos arts. 1.537 a 1.552 possuíam tratamento próprio, na forma ali estabelecida, sem desprezo da aplicação de outros preceitos inseridos em legislação especial. E, considerando-se os termos do art. 1.533, em todos os casos cuja forma de reparação do dano (patrimonial ou extrapatrimonial) não estivesse prevista naquele diploma, portanto, ausente qualquer regra específica, a quantificação dar-se-ia por arbitramento.

Franco Filho (2005, p. 404) entende que a figura do dano moral trabalhista existe mesmo desde o advento da CLT, em maio de 1943, *verbis*:

“Os arts. 482, “j” e “k”, e 483, “e”, da CLT, contemplam desde há muito, o direito de o trabalhador haver do empregador indenização por dano moral trabalhista. A leitura que era feita do dispositivo direcionava apenas para a possibilidade de dispensa motivada do empregado, ou de sua dispensa indireta. Raros viam, ali, o dano moral implícito. É porque não havia a relevância para o Direito do Trabalho, como mencionado pelo insigne Costa *apud* (1996 Franco Filho, 2005, p. 404). As preocupações eram outras. Os direitos humanos fundamentais ainda não haviam evoluído o bastante.

O fato indissociável, que ganhou relevo a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, é que o dano moral trabalhista, desde pelo menos o advento da CLT, em 1º de maio de 1943, existe. Em outros termos, ele preexistia à Constituição em vigor.”

A Carta Constitucional de 1988 categorizou expressamente os danos, dentre eles o de caráter moral, ao inseri-lo em dois comandos do art. 5º, inciso V e X, admitindo sua reparabilidade em todos os ramos do direito.

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, oral ou à imagem.

X – são invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O Código Civil de 2002, por sua vez, reconhece expressamente a figura do dano moral e a obrigação de indenizar, sem restrições ao direito violado, da forma mais ampla e completa possível, a teor dos arts. 186 e 927.

art. 186 – Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Segundo Teixeira Filho(1996, p. 1169), dano moral

é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens materiais ou magoa valores íntimos da

pessoa, os quais constituem sustentáculo sobre o qual sua personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida.

Bittar Filho (2005, não paginado), define o dano moral como

o resultado do golpe desfechado contra a esfera psíquica ou a moral, em se tratando de pessoa física. A agressão fere a pessoa no mundo interior do psiquismo, traduzindo-se por reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras.

Assim, o dano moral diferencia-se do dano patrimonial basicamente porque, no primeiro caso, são estados da alma do indivíduo, causando dores e sofrimentos e afetando valores íntimos da subjetividade, enquanto que, no segundo caso, são afetados bens passíveis de valoração pecuniária e de correspondência com uma necessidade econômica. Registre-se que a reparação pela afronta moral é autônoma da reparação patrimonial.

Como pressupostos para a reparabilidade do dano moral, em se tratando de pessoa física, há que restar comprovado e correlacionado o ato ilícito com o lesionamento íntimo. Há que se determinar o fato preciso que gerou o dano alegado.

Ressalte-se que, embora definido pelos dispositivos constitucionais acima listados, o enquadramento do dano não pode ficar restrito ao rol de bens elencados no art. 5º, X, CF/88, haja vista que sendo a personalidade um valor, não poderão as hipóteses de lesão ser relacionadas em *numerus clausus*, vez que os valores da pessoa humana não podem ser considerados dentre de limites estreitos, somente encontrando barreiras nos direitos e interesses de outros indivíduos, já que em sociedade vivemos.

Busca-se aqui, não somente oferecer uma compensação pelo dano perpetrado, mas também no sentido de conotação pedagógica a fim de assegurar que não vingue a idéia ou sentimento de desmoralização da ordem jurídica, que é uma das colunas do Estado Democrático de Direito a que estamos submetidos desde o advento da Carta Constitucional de 1988.

Crítérios para indenização por danos morais

O pagamento da indenização por danos morais não é apenas uma compensação pela lesão perpetrada, já que a dor moral, por ser subjetiva, não tem valor.

Assim, antes de se configurar um mero lenitivo, a reparação pecuniária deverá ter caráter pedagógico, com o fim de inibir futuras condutas da mesma natureza.

Nesse sentido, a lição de Venosa (2004, p. 287), *verbis*:

Há função de pena privada, mais ou menos acentuada na indenização por dano moral, como reconhece o direito comparado tradicional. Não se trata, portanto, de mero ressarcimento de danos, como ocorre na esfera dos danos materiais. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas normas de índole civil e administrativa. Aliás, tal função e reprimenda é acentuada nos países de “common law”. Há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se, ainda, o cunho didático ou pedagógico que essas indenizações apresentam para a sociedade.

Assim, o valor do objeto da condenação deverá ser arbitrado pelo magistrado, considerando-se a dimensão do dano, avaliando a repercussão do fato, delineando, deste modo, a força e a extensão da agressão moral perpetrada e, ainda, o nível sócio econômico da vítima e o porte do ofensor.

7 DANOS PATRIMONIAIS

Como se sabe, a reparação por danos morais não impede a reparação por danos patrimoniais, visto que distintos os fundamentos para a indenização, mesmo possuindo idêntico fato gerador.

Os efeitos finais do dano perpetrado podem ser patrimoniais, morais ou patrimoniais e morais. Não se desnatura o aspecto moral do dano se, concomitantemente também houver danos patrimoniais. Desde o momento em que o fato gerador passa a repercutir na vida econômica do indivíduo, faz nascer o dano patrimonial que deverá ser ressarcido independentemente da ofensa moral a ser indenizado.

A indenização por danos materiais decorre da obrigação que tem a parte de reparar os prejuízos sofridos em decorrência da prática de ato ilícito. Busca-se a reparação pelos prejuízos sofridos em forma de pagamento de uma indenização monetária cuja natureza poderá ser de caráter compensatório e reparatório.

Critérios para indenização por danos patrimoniais

A indenização pela reparação deve ser a mais completa possível a fim de fazer justiça ao caso concreto. Visando restaurar o mais possível o *status quo ante* considera-se o dano em toda a sua extensão.

Desta forma, deverão ser indenizados os danos efetivamente sofridos pelo obreiro, e ainda o que ele deixou de auferir em razão do infortúnio a que foi acometido – danos emergentes e lucros cessantes.

Dano emergente, é tudo aquilo que restou diminuído do patrimônio da vítima em consequência do dano. Assim, deverão ser objeto de indenização todas as despesas médias e laboratoriais, bem como aquelas decorrentes da aquisição de medicamentos pelo empregado acidentado e demais prejuízos ligados ao evento.

Lucros cessantes traduzem-se naquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar.

Sob a chancela de lucros cessantes poderá ser estipulada pensão vitalícia ao empregado, quando constatada a redução da sua capacidade laborativa, nos moldes previstos no art. 950, Código Civil.

8 PRESCRIÇÃO

A questão da indenização por danos morais e patrimoniais, por muitos anos, foi alvo de acalorados debates no cenário jurídico nacional, já que objeto de controvérsia em nossa doutrina, bem como em nossos pretórios, inclusive Tribunais Superiores.

A princípio, duas correntes despontavam. A primeira, que negava competência à Justiça do Trabalho para apreciação da matéria e a segunda, que admitia a análise e julgamento por esta Justiça Especializada, desde que os fatos alegados guardassem relação com matéria trabalhista.

A divergência então existente advinha de que, tratando-se a matéria pertencente ao Direito Civil, a apreciação e julgamento ficaria à cargo da Justiça Estadual Comum.

A controvérsia foi dirimida, e o STF atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ação de indenização por dano moral, quando a ofensa é cometida em razão da relação de emprego.

Com a nova redação do art. 114, da Constituição Federal de 1988, dada pela Emenda Constitucional nº 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, inclusive para processar e julgar questões sobre indenização por dano moral e material, foi sepultada toda e qualquer discussão a respeito.

No entanto, com advento da Emenda Constitucional de n. 45/04 abriu-se nova cizânia sobre o tema, desta feita versando especificamente sobre ações de indenização por dano moral ou material decorrente de acidente de trabalho.

A discussão ganhou novo fôlego, em razão da posição inicial do STF, que exarou decisões considerando ser a competência da Justiça Estadual. As decisões de nossa Corte Máxima eram todas embasadas no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, sob a tese de “unidade de convicção”, o que foi alvo de muitas críticas por parte da comunidade jurídica nacional.

Felizmente, o entendimento do STF, posteriormente, foi modificado, alinhando-se a maciça opinião dos doutrinadores e da grande maioria dos Tribunais Regionais e a competência da Justiça do Trabalho, foi firmada para a apreciação de pedidos de reparação por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho.

Pacificada a questão sobre a competência, eis que surge questionamento ainda mais tormentoso e cujos debates não são menos acalorados, dado ao seu alcance social.

Afinal, qual o prazo prescricional a ser adotado?

No atual cenário, três correntes despontam:

A primeira corrente defende que o prazo prescricional a ser utilizado seria aquele constante no art. 7º, inciso XXIX, da CF/88.

Conforme aqueles que defendem tal posicionamento, fundamentam suas alegações nos seguintes argumentos: a) trata-se de demanda cuja competência para a apreciação seria da Justiça do Trabalho; b) a pretensão deduzida em tais ações teria natureza trabalhista; c) não haveria omissão na CLT, a fim de justificar a aplicação subsidiária da legislação civil e; d) a indenização tem natureza de crédito trabalhista, já que é decorrente de relação de trabalho.

Por sua vez, a segunda corrente afirma que o prazo a ser observado é aquele contido no Código Civil, na medida em que o dano tem origem em fato anti-jurídico, e não em descumprimento de cláusulas contratuais, daí porque a ação deve ser baseada na responsabilidade civil, não importando se o acidente ocorreu quando da prestação dos serviços.

Finalmente, a terceira corrente diz que ação seria imprescritível, porque se busca a reparação de direitos da personalidade, que por serem irrenunciáveis também não estão sujeitos à prescrição.

Após acurado estudo sobre a matéria, penso seguinte:

É por demais sabido que a prescrição é instituto de direito material e que não guarda relação com normas de competência. Assim, o mero fato de a competência para apreciação e julgamento de demandas versando sobre pedido de indenização para reparação de danos patrimoniais e/ou morais não atrai, por si só, a incidência das normas trabalhistas.

De notar-se que a ampliação da competência desta Justiça Especializada permitiu o julgamento de demandas não abarcadas pela legislação trabalhista, tais como pequenos empreiteiros, trabalhadores eventuais, autônomos, etc. Não somos mais a Justiça do empregado, mas efetivamente a Justiça do Trabalho...

Considere-se, ainda, que o fundamento para o pedido de indenização para reparação de danos morais e/ou patrimoniais decorrentes de relação de trabalho em nenhum momento tem como escora o contrato de trabalho, até porque o dano perpetrado não está restrito às relações de emprego que, como se sabe, é espécie do qual a relação de trabalho é gênero.

Com efeito, o pedido de reparação é feito em razão da prática de um ilícito, que não se relaciona com o objeto da contratação, seja de qual categoria for. O que se tem aqui é um gravame praticado contra a vida, honra e imagem da pessoa, cuja relação não guarda estrita correlação à relação de emprego.

Não se pode, portanto, afastar a vinculação entre a sede normativa da pretensão exposta na peça de ingresso da ação e as normas atinentes aos prazos aplicáveis à prescrição.

Ressalto, ainda que a alegação de inexistência de omissão da CLT sobre a questão não se sustenta, porque o Diploma Celetado em nenhum momento se refere ao assunto, até mesmo porque à época de sua elaboração a matéria sequer era discutida no seio laboral.

Ademais, há que ser evidenciado que ao admitir-se o prazo constante do art. 7º, inciso XXIX, CF/88, estar-se-ia afrontando o princípio da isonomia, na medida em que o mesmo ato ilícito poderia atingir empregados e não empregados, aplicando-se prazos diversos para uma mesma situação, o que não se concebe.

Discorrendo sobre o tema, diz Maior (2006, p. 8)) diz o seguinte:

A esse respeito, ademais, vale acrescentar que a reparação pelo dano decorrente de acidente de trabalho pode ser tudo, menos um “crédito” trabalhista. Ao se vislumbrar a indenização como crédito, retoma-se, mesmo sem o propósito de fazê-lo,

uma fase da história do ordenamento jurídico nacional em que o valor do benefício previdenciário pela ocorrência de um acidente de trabalho era pré-fixado: parte de um dedo, um valor; o dedo inteiro, um valor a mais e assim por diante.

Desta forma, não posso admitir que o prazo prescricional adotado seja aquele constante no art. 7.º, inciso XXIX, CF/88, mesmo sabendo-se que mesmo não pacificada a matéria, a grande maioria das decisões exaradas pelo C.TST entenda que o prazo prescricional seria aquele.

Por outro giro, não vejo como prevalecer a tese defendida pela terceira corrente, no sentido de que tais direitos sejam imprescritíveis.

A tese sustentada pela terceira corrente se faz no sentido de que o gravame se dá em direitos da personalidade do indivíduo, cuja natureza é indisponível e irrenunciável.

Segundo os defensores da corrente, o dano decorrente de acidente de trabalho é perpetrado contra o trabalhador, como pessoa humana, não importando se materiais, morais ou estéticos. A natureza do direito teria índole fundamental e não trabalhista ou meramente civil, com incidência, portanto, das cláusulas pétreas da CF/88, tais como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Reforçam os seus argumentos com base no art. 11, CC/2002, que diz:

“art.11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, na podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Não existem dúvidas de que os danos sofridos pelos empregados em razão de acidente de trabalho ou mesmo de doença profissional atingem diretamente direitos da personalidade daqueles.

No entanto, pergunto-me até que ponto seriam estes dotados de imprescritibilidade, na medida em que não se pode adotar visão míope do contexto geral, embora sabendo-se que a matéria se insere na órbita do direito social. Não se pode vislumbrar a indenização como um crédito!

Por outro lado, não se pode esquecer que o instituto da prescrição tem como premissa básica a paz social. Segundo Almeida (2000, p. 13), a prescrição “é a perda, pelo desuso de certo tempo, da faculdade de pleitear um direito, através da ação judicial competente.”

Tendo a função de pacificação social, pode-se dizer que, se é certo o direito do credor exigir judicialmente os créditos que entende devidos, não menos certo é que tal direito não pode ser eterno, permanecendo por todo o tempo situações duvidosas a manter o credor e o devedor na incerteza de um direito.

Nesse ponto, a prescrição é instrumento de ordem, harmonia e paz, na medida em que o tempo é inexorável e é por demais visível que as relações humanas são temporárias como temporário tudo é, não podendo ser diferente com o direito. Perde-se o direito com o desuso.

Também esta a posição de Venosa (2004, p. 521), verbis:

Se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida no tempo, haveria instabilidade social. O devedor, passado muito tempo da constituição de seu débito, nunca saberia se o credor poderia, a qualquer momento, voltar-se contra ele. O decurso de tempo, em lapso maior ou menor, deve colocar uma pedra sobre a relação jurídica cujo direito não foi exercido. É com fundamento na paz social, na tranquilidade da ordem jurídica que devemos buscar o fundamento do fenômeno da prescrição e da decadência.

Daí, porque, não se pode tão somente adotar-se a linha da imprescritibilidade sem ferir os princípios da isonomia, da livre iniciativa, dentre outros, no que concerne às relações de trabalho.

Sabe-se que direitos da personalidade são aqueles inatos à pessoa, sem os quais ela não se revela inteiramente, vez que essenciais à sua dignidade. Não têm fim econômico. Daí porque são intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis...

Verifica-se, contudo, que os direitos de personalidade são pluridisciplinares, qual seja, situam-se no direito civil e no direito constitucional, daí porque a melhor sistematização para harmonizá-los seria no direito civil constitucional. Em consequência, os fundamentos para sua análise devem ser extraídos da Constituição, incidindo as regras civis compatíveis com o texto constitucional.

De observar-se, contudo, que tal imprescritibilidade diz respeito à possibilidade de exercício de tais direitos, mas não a reparação dos danos causados a estes direitos. Entender-se de outro modo, seria remeter-se ao caos social.

Comunga desta opinião, Carmo (2006, p. 14-15), que expressa o seu pensamento da seguinte forma:

A imprescritibilidade absoluta dos chamados direitos da personalidade criaria situação de discriminação em nosso direito positivo, pois ao passo que todas as demais pretensões jurídicas estariam a sofrer, para a sua efetivação, os efeitos inexoráveis do decurso do tempo, o titular de direito subjetivo tendente à salvaguarda de valores constitucionais conectados a direitos da personalidade jamais seriam atingidos pela prescrição, podendo a qualquer tempo deduzir a pretensão em juízo e reclamar a devida reparação.

A discriminação, além de odiosa, estaria a ferir a ordem natural das coisas, pois nessa toada, deveriam ser imprescritíveis todos os crimes contra a vida ou contra a incolumidade física das pessoas, situação que inócorre no direito penal [...].

Assim, embora reconhecendo que o pedido de reparação decorre de agressão a direitos da personalidade, faz-se imperioso aplicar os prazos constantes do Código Civil Brasileiro, ante a omissão sobre o prazo prescricional a ser aplicado em tais casos.

Ressalte-se que no novo Código Civil foram inseridos valores cuja influência do Direito Constitucional é visível, onde se preserva, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana, cujo princípio não poderá ser desprezado por nenhum intérprete/operador do direito comprometido com a proteção dos direitos fundamentais.

Mas qual seria o prazo? Dez anos ou três anos?

O art. 205, do Código Civil Brasileiro, preceitua o seguinte:

art. 205 – A prescrição ocorre de 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Por sua vez, diz o art. 206, do mesmo Diploma Legal:

art. 206 - Prescreve:

§3º Em 3 (três) anos:

V – a pretensão da reparação civil.

Entendo que o prazo para ajuizar ação pleiteando a reparação dos danos morais e patrimoniais seria de dez anos, na medida em que não se trata de ilícito civil *stricto sensu*, como já dito alhures.

Ora, se a lei civil é aplicada em razão de omissão normativa, e em caráter subsidiário, seria uma incongruência optar-se pelo prazo de três anos, cuja reparação é específica. A regra geral é a que mais se coaduna com tais casos.

Ressalto que esta regra é aplicada para casos de lesões perpetradas após o início da vigência do Código Civil de 2002, que ocorreu em 10 de janeiro de 2003. Situações pretéritas deverão observar a regra intertemporal do art. 2.028, que diz:

“art. 2.028 - Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Assim, em tais casos, será aplicado o disposto no art. 177, do Código Civil de 1916 e o prazo prescricional será de vinte anos.

10 CONCLUSÃO

De todo o exposto, podemos concluir que o dever de reparação por danos morais e/ou patrimoniais decorrentes de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais deverá ser analisado sob a perspectiva mais ampla possível.

Deveras, tais questionamentos deverão levar em consideração os novos paradigmas de sociedade em que vivemos, onde os direitos do trabalhador não mais se subsumem aos termos contratados, mas sim inseridos em um contexto bem maior.

Com efeito, nada justifica uma visão míope no atual momento, até porque a empresa não mais pode ser vista como mera atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Atualmente, a empresa tem na função social uma de suas premissas básicas.

Daí porque, faz-se imperioso ao empresariado adotar condutas de modo a propiciar aos seus empregados condições dignas de trabalho, com adoção de políticas adequadas e responsáveis, com vistas a evitar, ao máximo, doenças ocupacionais e acidentes.

Cabe aos órgãos de fiscalização maior empenho, seja para evitar fraudes nas relações de emprego, seja na adoção de programas de segurança e medicina no trabalho.

Cabe, finalmente, ao Judiciário, coibir condutas omissivas ou comissivas, que ensejaram ou possam ensejar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais, punindo com rigor os responsáveis, de modo a desencorajar condutas não compatíveis com os ditames constitucionais, que em última análise se resumem na busca de uma sociedade mais justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ísis de **Manual da Prescrição Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**: teoria e prática, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi/doutrina/responsabilidade_civil.com.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.
- BRANDÃO, Cláudio. **Acidente de trabalho e responsabilidade civil do empregador**. Ltr, São Paulo, 2006.
- CARMO, Júlio Bernardo do. A prescrição em face da reparação de danos morais e materiais. **Decisório Trabalhista**, Curitiba, jul., 2006.
- CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A prescrição do dano moral trabalhista. **LTr**, São Paulo, v. 69, abr. 2005.
- FURQUIM, Maria Célia de Araújo. **A cooperativa como alternativa de trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.
- MAIOR, Jorge Luís Souto. Dano moral e material: prescrição do direito da ação para pleitear indenização decorrente de acidente de trabalho. **RDT**, Brasília, jun. 2006.
- MARIETO, Leonardo de Andrade. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Coordenação Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS, Yves Gandra da Silva. Os direitos da personalidade. In: O NOVO Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale, São Paulo: LTr, 2003.
- MATTIETTO, Leonardo de Andrade. **Problemas de Direito Civil -Constitucional**. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SHARP JÚNIOR, Ronald. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Dano Moral no Direito do Trabalho. **LTr**, São Paulo, v. 60, set., 1996.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1983. v. 1
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, Maria Julieta Mendonça. Cooperativas de trabalho: terceirização de empregados ou terceirização de serviços?. **LTr**, São Paulo, v. 61, nov. 1997.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES LABORAIS E A TUTELA DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR

Francisco das C. Lima Filho*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar os elementos identificadores do assédio moral no âmbito da relação de trabalho, chamando atenção para o fato de que esse tipo insidioso de violência além de constituir ilícito laboral, atenta contra a dignidade humana do trabalhador. Esse tipo de violência no trabalho pode ser equiparada ao acidente de trabalho e a doença ocupacional, obrigando o empregador reparar a vítima pelos danos materiais e morais dele decorrentes, além das indenizações trabalhistas.

Palavras-chave: Assédio moral. Dignidade humana do trabalhador. Responsabilidade do empregador.

1. ORIGEM E TRATAMENTO JURÍDICO DO ASSÉDIO MORAL

1.1 Origem

Desnecessário lembrar que as distintas formas de violência no âmbito das relações humanas não constituem nenhuma novidade. Ao contrário, são situações que, com maior ou menor grau de crueldade e frequência, têm acompanhado o dever humano ao longo de sua história.

O que tem mudado – lembra CORREA CARRASCO (2006, p. 41-93) – é sensibilidade social frente às variadas formas de violência que, felizmente, tem aumentado, com inevitáveis autos e baixos de forma paralela ao desenvolvimento de nossa civilização.

Não têm sido em vão as tentativas dos distintos sistemas jurídicos das diversas sociedades mais avançadas em articular mecanismos normativos para bloquear, impedir ou pelos menos prevenir essas formas de condutas ou manifestações de violência mais refinadas ou destiladas, como acontece com o assédio moral.

* Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Dourados- MS. Mestre em Direito (UNB-Brasília). Mestre e Doutorando em Direito Social (UCLM- Espanha).

Todavia, e apesar disso, elas continuam se manifestando, inclusive e especialmente no ambiente de trabalho, favorecidas pelo sistema de produção capitalista em que o lucro constitui-se não o único, pelos menos o principal objetivo de qualquer empreendimento econômico, nomeadamente em uma economia globalizada como a que atualmente predomina em quase todos os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento do Planeta.

Assim, o assédio no ambiente do trabalho, embora não constitua um fenômeno novo¹, tem provocado um interesse crescente nos últimos anos.

De fato, o *mobbing* ou terror psicológico no trabalho é um fenômeno não emergente, podendo-se considerar novidade apenas suas formas e difusão social, na medida em que é muito antigo em seus conteúdos.

Como adverte abalizada doutrina (NIÑO ESCALANTE, 2004, p. 9-17) o assédio moral é um claro fenômeno “etológico²” do ser humano, pois tem suas raízes na inveja, no ressentimento, na rivalidade, no domínio e na violência como forma atávica de resolver as diferenças e os conflitos interpessoais.

Mas apesar dessa constatação, o interesse pelo estudo do assédio inicialmente foi levado a efeito no campo da psicologia, da psiquiatria, bem como entre os analistas da gestão de recursos humanos e, posteriormente no âmbito da prevenção de riscos laborais, campos esses em que o referido problema tem sido objeto de preocupações mais intensas.

¹ Bastando lembrar o tratamento que era dispensado aos escravos sequer considerados pessoas humanas, mas meras “ferramentas falantes” o que, aliás, ainda não cessou inclusive aqui no Brasil onde continua a prática ilícita do trabalho escravo, apenas agora com outra roupagem, como atestam as estatísticas divulgadas pelo Ministério Público do Trabalho e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre esse terrível crime ainda tão presente e que envergonha a todos nós, inclusive aqui no Brasil. De acordo com levantamento realizado pela OIT, o número de matérias publicadas somente na mídia impressa sobre a escravidão contemporânea cresceu entre 2001 e 2004 em 1.900%, o que evidencia a gravidade do problema que, apesar de vir recebendo firme combate, tem-se feito resistente em várias regiões do País. Para uma visão do problema vale consultar PEDROSO, Eliana. Da negação ao reconhecimento da escravidão contemporânea. In: Gabriel Veloso (Coord.) *et. al.* **Trabalho escravo contemporâneo. O desafio de superar a negação.** São Paulo: LTr : ANAMATRA, 2006, p. 18-73.

² A *Etologia*, ciência do comportamento animal, principalmente o adquirido ou apreendido, também tem muitas aplicações no estudo dos conflitos humanos sobre o território, o espaço pessoal, a privacidade, as hierarquias, a defesa dos *status*. NIÑO ESCALANTE, José. *Ob. cit.*, p. 10.

Originariamente o conceito de assédio moral ou mobbing era alheio às relações laborais e inclusive às relações humanas (Konrad Lorenz). Somente no final da década de oitenta, quando no campo da psicologia o referido termo se populariza (LEYMANN *apud* GARCIA CALLEJO, Jose Maria, 2003, p. 20)³, é que passa a receber aceitação no terreno da psiquiatria (HIRIGOYEN, 2001, p. 19)⁴, com a finalidade de analisar as conseqüências que o fenômeno produz nas pessoas que dele foram vítimas.

Assim, é nesses campos da investigação científica onde surgem os primeiros sinais de alarme ante um tipo de comportamento que afeta de forma grave e degradante a dignidade e a saúde do trabalhador e cujo tratamento nos ordenamentos jurídicos era praticamente inexistente.

2 TRATAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO EUROPEU

No âmbito europeu a Suécia⁵, a França⁶, a Finlândia e a Holanda foram os primeiros Estados a estabelecerem em seus ordenamentos jurídicos um marco

³ Heinz Leymann, pioneiro no estudo do assedio moral no trabalho, definiu este fenômeno como aquela situação em que uma pessoa ou grupo de pessoas exerce uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e recorrente (como média de uma semana) e durante um tempo prolongado (como média uns seis meses) sobre outra pessoa ou pessoas, a respeito das quais mantém uma relação de assimetria de poder, no local de trabalho com a finalidade de destruir as redes de comunicação da vítima ou vítimas, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus labores e lograr que finalmente essa pessoa ou pessoas acabem abandonando o lugar de trabalho. LEYMANN, Heiz. **La Persecución en el Trabajo. Seuil**, 1996.

⁴ Para Marie-France Hirigoyen, que publicou dois trabalhos sobre a questão do maltrato psicológico na vida cotidiana na sociedade em geral e outro, mais concreto, sobre a violência psicológica no âmbito laboral (*El acoso moral en el trabajo: Distinguir lo verdadero de lo falso*), a violência psicológica é um maltrato que afeta a sociedade em seu conjunto e tem sua trasladação para distintos âmbitos, como a família, os grupos sociais, a escola e, por óbvio, o ambiente laboral, que constitui um dos lugares mais importantes entre todos nos quais se desenvolve a atividade das pessoas, possivelmente o mais relevante depois da família, especialmente nos dias atuais, na medida em que o trabalho constitui um instrumento para a inserção social do individuo e com certeza, um dos mais importantes direitos fundamentais sem o qual a grande maioria dos demais direitos não poderá ser efetivamente exercidos.

⁵ O ordenamento jurídico sueco tem o privilégio de ter sido o primeiro a incorporar em seu seio uma regulamentação normativa contra o assédio moral no âmbito das relações. A Lei de Seguridade e Saúde Laboral, de 21.09.1993 conceitua o assédio moral no trabalho como “recorrentes ações reprováveis ou claramente hostis empreendidas contra trabalhadores individuais, de tipo ofensivo, de tal modo que suponha o isolamento destes trabalhadores do coletivo que opera no lugar de trabalho”.

⁶ A Lei francesa de Modernização Social (Lei n. 2002-73, de 17 de janeiro) que altera o art. 122-49 do Código do Trabalho e o art. 222-2 do Código Penal estabelece que “nenhum trabalhador deve sofrer condutas repetidas de assedio moral que tenham por objeto ou efeito uma degradação de suas condições de trabalho, susceptível de por em perigo seus direitos ou sua dignidade, de alterar sua saúde física ou mental ou de comprometer seu futuro profissional”.

regulador do assédio moral no âmbito das relações laborais. A Bélgica também editou norma a respeito do mobbing (Lei de 11.06.2002 – art. 32.3)⁷.

Na Itália embora não exista ainda uma lei específica de caráter geral sobre o fenômeno, mas apenas uma proposição do Comitê de Trabalho do Senado (Proposição n. 122) ainda não aprovada, na Região do Lácio o assédio moral foi disciplinado. Por força dessa norma (art. 11), que posteriormente foi declarada inconstitucional se entende por violência ou perseguição psicológica:

todo ato ou comportamento adotado pelo empresário, seu representante ou pelos superiores ou bem por colegas de mais alto grau ou de grau inferior, com caráter sistemático, intenso e duradouro, dirigido a provocar danos à integridade psicofísica da trabalhadora ou do trabalhador.

Na Espanha as Leis 55/2003 e 62/2003 tratam assédio discriminatório, inclusive a última estabelecendo no seu art. 42 que:

Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas...(sic), a prevenir al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual.

Em Portugal o tema do assédio moral foi igualmente tratado no Código do Trabalho (Lei 99/2003).

A Irlanda optou por não aprovar normas legais para disciplinar a questão do assédio moral por entender que a legislação vigente contém todas as previsões necessárias para afrontar o assunto e somente se mostraria necessário estabelecer diretrizes ou código de práticas que permitam assegurar o cumprimento da legislação existente no que se refere a essas condutas.

Nesse País existe o Código de Prática da Lei de Relações Laborais, aprovado em 25.01.2002 por Ordem do Ministério de Empresa, Comércio e Emprego da República da Irlanda que estabelece um sistema informal de resolução de conflitos decorrentes do assédio moral e outro sistema formal. Pelo sistema informal o trabalhador busca o apoio de outra pessoa da empresa (colega de trabalho, responsável

⁷ Para os fins previstos na Lei sueca o assédio moral no âmbito laboral é constituído pelas “condutas abusivas e repetitivas de toda origem, externa ou interna à empresa ou instituição, que se manifestam principalmente mediante comportamentos, palavras, intimidações, atos, gestos e escritos unilaterais que têm por objeto ou por efeito atentar contra a personalidade, a dignidade ou a integridade físicas ou psíquica de um trabalhador (ou de outra pessoa a que resulte aplicável a lei) por ocasião da execução de seu trabalho, por em perigo seu emprego ou criar um entorno intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo”.

pelo departamento de recursos humanos, representante dos trabalhadores na empresa, etc) que deve escutar o que se considera ofendido e inclusive mediar entre a vítima e o suposto assediante para resolver o conflito (RODRÍGUEZ GOPÉ, 2006, p. 121-154)

Quanto ao Reino Unido, ainda que não exista uma legislação específica sobre a violência no ambiente laboral, existem normas que podem perfeitamente enquadrar o fenômeno, pois referido País conta com uma Lei de 25 de março de 1997 de Proteção do Assédio que se refere a toda conduta de assédio e não especificamente do assédio no trabalho, além de se também recorrer a lei de 1996 sobre os direitos do Emprego que contém o conceito de despedida voluntária, que não é se não a decisão do trabalhador de abandonar o posto de trabalho quando houver descumprimento ou agressão por parte do empregador ou empresário das condições contratuais pactuadas, inclusive quando tenha sido objeto de assédio (RODRÍGUEZ GOPÉ, 2006, p. 131).

A Alemanha encontra-se entre aqueles Países que optaram por aproveitar as normas legais existentes. Além disso, há alguns anos vem desenvolvendo um modelo de proteção que tem como base as boas práticas, inclusive têm sido firmados vários convênios coletivos com cláusulas preventivas, proibitivas e sancionadoras do *mobbing*, inclusive em 1998 o Estado subscreveu um acordo no âmbito do Emprego Público.

Na Áustria embora também ainda não exista norma específica sobre o assédio no campo das relações trabalhistas, a legislação laboral introduziu em 2002 a obrigação de consulta a psicólogos, com a finalidade de estabelecer medidas preventivas contra o *mobbing*, o que evidencia a preocupação daquele País com o fenômeno do assédio moral.

No ordenamento comunitário europeu a questão do assédio moral não foi objeto de regulamentação propriamente dita, pois se tem entendido que essa tarefa deve ser levada a efeito pelos próprios Estados que compõem a União. Porém o Parlamento Europeu aprovou a Resolução sobre o *mobbing* em 20.09.2001. Sem embargo, reiteradas Diretivas comunitárias sobre a igualdade têm sido editadas⁸ e de

⁸ Diretivas 200/43/CE, de 29.06.2000 relativa a aplicação do princípio de igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de raça, ou de origem étnica; 2000/78/CE de 27.11.2000 referente a criação de um marco geral a favor da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de condições de trabalho; 2002/73/CE de 23.09.2002 que modifica a Diretiva 76/207/CE relativa a aplicação do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissional e as condições de trabalho.

certa forma terminam influenciando na questão do disciplinamento e na prevenção contra o assédio moral no âmbito das relações laborais⁹.

3 NOS ESTADOS UNIDOS E NA AMÉRICA LATINA

Nos Estados Unidos também o assédio passou a ser estudado a partir dos anos noventa como fenômeno típico do final do século XX nas sociedades mais avançadas (WYATT *et al*, 1997) e, posteriormente, após os trabalhos de LEYMANN, novos estudos a respeito do mobbing foram publicados naquele País (EVANS, 1999), valendo lembrar que no Canadá, Québec conta com disposições legais específicas relativas ao terror psicológico laboral introduzidas em lei geral sobre normas do trabalho que prevê um procedimento de mediação dos conflitos decorrentes do assédio moral, inclusive contando com uma regulação de apoio de caráter público (RODRÍGUEZ GOPÉ, 2006, p. 133).

Na América Latina, no Uruguai foi apresentado ao Parlamento Projeto de Lei disciplinando as faltas laborais graves prevendo no art. 1º o assédio moral e o assédio sexual ao estabelecer como falta laboral por parte do empregador da atividade privada, “todo ato de violência, injúria, ameaça, ou maus tratos, o qualquer outra violação ao dever de respeito à personalidade física ou moral do trabalhador, sempre que ditos atos revistam de graves, assim como todo ato de assédio sexual”¹⁰ quando cometidos pelo próprio empregador ou por quem exerça sua autoridade na empresa (FELKER, 2006, p. 201).

Na Argentina, como informa abalizada doutrina (MAC DONALD 2006), embora não exista lei de caráter nacional a respeito do mobbing no âmbito das relações trabalhistas, as Províncias de Tucumã, Jujuy, Buenos Aires Misionese Santa Fé aprovaram leis dispendo a respeito do fenômeno, e o Superior Tribunal de Justiça da Província de Rio Negro, em 06.04.05 reconheceu o assédio moral como causa de despedida indireta do trabalhador¹¹.

⁹ Embora de forma tangencial, verbera Manuel Correa Carrasco, o fenômeno do assédio moral nas relações laborais no âmbito da União Européia tem sido objeto de definição nas últimas Diretivas como um “comportamento indesejável ligado a um dos motivos de discriminação contemplados por diretivas (a saber, raça, origem étnica, religião, convicções, incapacidade, idade, orientação sexual) que tem por objeto ou por efeito atentar contra a dignidade de uma pessoa ou criar um entorno intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo”. CORREA CARRASCO, Manuel. *El concepto de acoso moral en el trabajo*. In: **Ob. cit.**, p. 0.

¹⁰ Versão de em 12.04.2000.

¹¹ Caso “DUFREY c/ENTRETENIMIENTO PATAGONIA SA”.

4 NO BRASIL

Entre nós, aqui no Brasil, somente mais recentemente é que se começou a abordar o fenômeno sob a perspectiva jurídica, especialmente no campo doutrinário¹² e jurisdicional, na tentativa de estabelecer e definir os perfis jurídicos do assédio moral. Todavia, infelizmente ainda não dispomos de uma legislação federal específica que discipline a questão do assédio moral.

Sem embargo, o assédio sexual¹³ se encontra criminalizado a partir de 2001. Mesmo não se confundindo com o assédio moral¹⁴, pode ser uma causa para o desencadeamento deste¹⁵.

Apesar desse vazio legal no âmbito do direito federal, existam leis estaduais e municipais, especialmente no campo da Administração Pública dispendo sobre o tema do assédio moral¹⁶.

¹² Lembra a doutrina que o primeiro estudo a encarar o fenômeno da violência moral no trabalho como causa agravante de problemas de saúde no Brasil foi a dissertação de mestrado da médica do trabalho Margarida Barreto, intitulado “Uma Jornada de Humilhação”. NOVAES, GUEDES, Márcia. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2. ed. 2005, p. 28-29.

¹³ De acordo com o art. 216-A do Código Penal, na redação dada pela Lei 10.224/2001, “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos”.

¹⁴ Porque enquanto no assédio moral no trabalho o que o agressor visa é provocar a destruição psicológica e profissional da vítima, no assédio sexual praticado no ambiente de trabalho, o objetivo do assediador é obter da vítima uma vantagem de natureza sexual, atentando, assim contra a esfera da intimidade desta, valendo-se da condição de superior hierárquico.

¹⁵ Embora exista em tramitação no Congresso Nacional o PL 5.970/2001 alterando os artigos 483 e 484 da CLT dispendo sobre o assédio moral, inclusive quanto à indenização pelos danos dele resultantes. Vale acrescentar que também tramita no Parlamento o PL 4.742/2001 objetivando tipificar o assédio moral como crime. Infelizmente parece que ainda não os senhores deputados e senadores ainda não tomaram consciência dos graves danos que o problema do assédio moral no trabalho tem causado não apenas às pessoas que dele são vítimas, mas também para a economia nacional, para a saúde pública e para previdência social.

¹⁶ Podem ser citadas a guisa de exemplo, a Lei 3.921, de 23.08.02 do Estado do Rio de Janeiro, as Leis Municipais 13.288, do Município de São Paulo e Lei 3.361/2002 do Município de Americana, e no Mato Grosso do Sul temos a Lei 1078/2001 do Município de Sidrolândia, Lei 511/2003 do Município do São Gabriel do Oeste. Todavia, existem em tramitação no Congresso Nacional os Projetos de Lei n. 4.742/2001 de autoria do Deputado Federal Marcos de Jesus, Projeto de Lei Federal n. 5.980/2001 e Projeto de Lei 5.072/2001 que tratam da questão do assédio moral nas relações laborais, mas que infelizmente ainda não sensibilizou o Parlamento, pois até o momento não aprovados.

Enquanto isso e como acima se viu, em muitos países europeus¹⁷ de há muito foram editadas normas tratando da questão do assédio moral, inclusive com a tipificação de várias dessas condutas pela lei penal¹⁸.

5 VISÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem demonstrado preocupação com o fenômeno do assédio moral e sexual no campo das relações laborais ao incluí-los no elenco dos atos considerados violência no trabalho¹⁹, concedendo igual peso aos comportamentos físicos e psicológicos ao valorar plenamente a importância dos pequenos atos de violência²⁰.

¹⁷ O Parlamento Europeu aprovou em setembro de 2001 a Resolução sobre o Assédio Moral no Trabalho (Resolução 2001/2339), na qual chama a atenção sobre o fenômeno emitindo um conjunto de recomendações as instituições, mas sem chegar a definir com precisão o que se deve entender por assédio moral no trabalho, porém declara que o problema apresenta diferentes aspectos: conduta agressiva, atentatória contra a dignidade e a integridade, violência verbal acompanhada inclusive de atos de agressão física, marginalização de o sofre, etc. Referida Resolução ao tempo em que insta o Conselho e a Comissão que incluam em suas pesquisas sobre a qualidade no trabalho, indicadores quantitativo sobre o assédio moral, pede aos Estados membros que, com vista a lutar contra o assédio moral e o assédio sexual no local de trabalho, revisem suas legislações ou as complementem, assim como que estudem o conceito de assédio moral no trabalho e elaborem uma definição uniforme. E mais, recomenda que os Estados membros obriguem às empresas e aos poderes públicos, assim como os interlocutores sociais, a por em prática políticas de prevenção eficazes, a prever um sistema de intercâmbio de experiências e a definir procedimentos adequados para solucionar o problema das vítimas do assédio, de modo a evitar que esse ilícito se repita. Deve ser registrado que quando da edição daquela Resolução, a Suécia já havia elaborado uma normativa para lutar contra o assédio moral no ambiente do trabalho, pois em 1993 o referido País aprova uma ordenança (Ordenança de 21.09.93 do Comitê Nacional de Seguridade e Higiene no Trabalho) acompanhada de um conjunto de medidas ou instruções para o seu desenvolvimento regulando o problema do assédio moral, o que demonstra a preocupação daquele Estado com o problema. De acordo o que previsto na mencionada normativa o assédio moral pode ser traduzido em repetidas ações reprováveis ou negativas em distintas maneiras, dirigidas contra determinado empregado ou empregados de uma maneira ofensiva tal que pode provocar que ditos empregados sejam excluídos da comunidade laboral.

¹⁸ Registra a doutrina que na França, por exemplo, o art. 222-33-2 do Código Penal com a redação da Lei 220/73, prevê que será castigado com um ano de prisão e multa de 15.000 Euros quem assediar a outros através de repetidas artimanhas que tenham por objeto uma degradação das condições de trabalho suscetível de atentar a seus direitos e a sua dignidade, de alterar sua saúde psíquica ou mental ou de comprometer seu futuro profissional. GARCIA CALLEJO, Jose Maria. *Ob. cit.*, p. 37.

¹⁹ Vide a respeito da violência no trabalho, CHAPPELL, Ducan *et al. Violence at Work*. Genebra: Oficina Internacional do Trabalho, 3. ed., 2006. Nesse livro os autores mostram um panorama desolador no que se refere à violência no local de trabalho, no qual milhões de trabalhadores sofrem dos mais variados métodos de agressão (psíquicas, físicas, morais...) resultando em diversos prejuízos físicos, mentais e emocionais dando lugar a enfermidades, acidentes de trabalho, desespero e até mesmo levando muitos à morte, o que demonstra a gravidade do problema que precisa ser atacado de forma concreta, inclusive com a edição de normas criminalizadoras dessas condutas antijurídicas e desumanas.

²⁰ *Revista Trabalho da OIT*. Genebra: n. 26, 1998, p. 6-7. Vale a pena consultar matéria publicada no n. 56, janeiro/2006, p. 23-26.

Com efeito, a Convenção 111 alusiva à proibição da discriminação no trabalho, embora não se refira especificamente ao mobbing, não deixa de ser um instrumento importante de combate a este, na medida em que ele constitui uma das formas de discriminação nas relações trabalhistas.

Deve-se anotar que a Convenção 169 sobre os povos indígenas estabelece no art. 20, n. 2, letra d, “proteção contra o assédio sexual” que, como antes afirmado, embora não possa ser confundido com o assédio moral, quando praticado em decorrência do trabalho e repellido pela vítima, pode dar ensejo ao desencadeamento deste.

Não se pode também deixar de mencionar a Convenção 155, de 22.06.1981, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, ratificada pelo Brasil e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.1992 e, portanto, integrante do ordenamento jurídico nacional com vigência desde 18.05.1993.

E por se tratar de norma internacional sobre direitos humanos fundamentais do trabalhador, a luz do que estabelecido na recente Emenda 45, referida normativa internacional tem dignidade de Emenda Constitucional.

Com efeito, parece razoável entender que ao promulgar o § 3º do art. 5º da Carta de 1988, a referida Emenda, de 8 de dezembro de 2004 “sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional”(REZEK, 2005, p. 103).

De acordo com aludida Convenção 155/OIT o termo “saúde”, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” (art. 3, letra d), portanto mencionada normativa internacional tentou prevenir contra a violência no trabalho.

Também a Organização das Nações Unidas (ONU) compartilha da preocupação em proteger ser humano contra a violência, inclusive no trabalho, é claro.

De fato, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²² de forma expressa reconhecem a toda pessoa o direito à segurança, à saúde, à não discriminação, de não ser torturada e a não sofrer de qualquer forma tratamento degradante.

²¹ Arts. 3º e 5º.

²² Art. 12.

É evidente que aludidas garantias também se aplicam no campo das relações laborais, pois a pessoa não perde sua condição de ser humano apenas porque se encontra vinculada a outrem por um contrato de trabalho ou uma relação de emprego, ao contrário, exatamente por essa razão, por se encontrar subordinada ao empregador tende a ter seus direitos fundamentais atingidos.

De fato, a individualidade do trabalhador é descoberta com a contratualização da relação laboral individual. Na medida em que o trabalhador carrega consigo certos direitos inerentes à sua pessoa que são prévios à relação de emprego e se acham dotados de uma natureza superior aos que possa ter acordado em face do contrato de trabalho, mas cujo exercício vai repercutir inexoravelmente no próprio pacto laboral e na organização empresarial em que se insere, a possibilidade de agressão a esses direitos é bastante grande, pois a instituição do contrato e a organização empresarial respondem a outras lógicas que resultam, *prima facie* pouco favoráveis ou às vezes manifestamente desfavoráveis ao reconhecimento efetivo e ao gozo real desses direitos de natureza personalíssima.

Ademais, a liberdade de organização é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objetivos, combinar os fatores de produção e dirigir e fiscalizar a atuação das pessoas empregadas na atividade empresarial. Por isso, essa liberdade, garantida inclusive por força de preceito legal²³, é inerente à atividade empresarial, na medida em que essa consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto.

Desse modo, ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido, tornando a função ordenadora do poder de direção empresarial um instrumento especialmente apropriado para, por ação ou omissão, desconhecer e às vezes lesionar os direitos da pessoa humana do trabalhador, pois esse poder, de contornos difusos e com acentuada legitimidade, inclusive em nível constitucional²⁴, tem à sua disposição de modo permanente o argumento organizativo e, como consequência a propensão para instalar um ambiente manifestamente adverso e hostil a aqueles direitos.

Nesse quadro justifica-se plenamente a preocupação da normativa internacional em proteger o trabalhador contra o assédio moral no local trabalho, especialmente porque como atestam a estatísticas, a violência atingiu a índices preocupantes, o levou, como acima se viu, o Parlamento Europeu aprovar Resolução sobre o *mobbing* em 20.09.2001 e a expedir várias Diretivas comunitárias sobre a igualdade e prevenção contra o assédio no âmbito das relações laborais.

²³ Vide o que se contém, por exemplo, na disposição constante da norma do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁴ Arts. 5º, inciso XIII, 170 e 193 da Carta de 1988.

Cabe, pois, aos diversos Estados editar normas internas e programas para prevenir e reprimir a violência no ambiente laboral, o que infelizmente ainda nem todos fizeram, inclusive o Brasil que como visto antes, ainda não disciplinou em caráter geral o fenômeno do assédio no âmbito das relações trabalhistas, apesar da existência da existência de Projetos de Lei a esse respeito em trâmite no Congresso Nacional, mas que ainda não despertaram o necessário e inadiável interesse dos senhores parlamentares, muito mais preocupados com interesses pessoais menores.

6 NECESSIDADE DE DISCIPLINA LEGAL

Como acima se enfatizou, e apesar da existência de algumas normas de caráter local, é indispensável e mais que isso, urgente que se aprove aqui no Brasil norma de caráter federal disciplinando o fenômeno do assédio moral, pois aquelas editadas por alguns Estados e Municípios a esse respeito, sempre no âmbito da Administração Pública padecem do vício de inconstitucionalidade.

Com efeito, compete com exclusividade à União legislar sobre Direito do Trabalho, Direito Administrativo e Direito Penal (art. 22, I, da Carta de 1988).

Desse modo, as leis estaduais e municipais expedidas em alguns Estados e Municípios brasileiros por afrontarem o que estabelecido no citado preceito maior, padecem do vício de inconstitucionalidade e, portanto, não podem ser invocadas perante o Poder Judiciário.

De outro lado, a função do Direito é essencialmente, organizar a convivência social em cada uma das esferas em que se inter-relacionam os indivíduos. Por conseguinte, torna-se inadiável encontrar a fórmula para encaminhar e resolver a questão do assédio moral laboral e a conflitividade dele decorrente evitando-se as situações de violência que gera, tornando assim efetivo, em última análise, o objetivo de pacificação social no seio das relações de trabalho e emprego, que é, precisamente, como lembra Wolfgang Däubler, o fim último do Direito do Trabalho como disciplina autônoma(DÄUBER, 1994, p. 93).

Afinal, como com sabedoria afirma Manuel Carlos Palomeque López (2001, p. 17-18), através da norma jurídica impõe-se a porção adequada para solução ordenada do conflito (individual ou coletivo), configurando-se um sistema de segurança e conservação das relações vigentes num determinado momento.

Quanto ao Direito Laboral, a sua funcionalidade ou razão de ser histórica como disciplina jurídica independente, é a servir ao processo de juridificação do conflito entre o trabalho assalariado e o capital, da sua canalização ou institucionalização pelo Estado de forma a evitar que os conflitos se acirrem a tal

ponto que possam desaguar na violência o que, aliás, aqui no Brasil e em outras partes do Planeta já está acontecendo, o que a sociedade democrática não pode tolerar.

O assédio moral no campo das relações laborais é uma das formas de violência mais reprováveis contra a dignidade do ser humano. Daí a relevância de seu estudo, suas causas e efeitos e a necessidade de seu disciplinamento pela via legal, inclusive para prevenir contra sua ocorrência e responsabilizar civil e criminalmente, aqueles que eventualmente venham cometê-la.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que o mobbing é um dos mais graves problemas no campo das relações laborais pós-modernas. Por conseguinte, precisa ser enfrentando e combatido com vigor através de medidas repressivas, mas também e principalmente por meio da conscientização de empresários, empregadores e trabalhadores e suas entidades representativas a respeito dos malefícios que pode causar inclusive ao próprio empresário que, como responsável pela segurança e saúde do trabalhador²⁵, responde pelos danos que a vítima pode experimentar em consequência de um processo de mobbing, conforme será demonstrado ao longo dos próximos itens e no seu devido tempo.

7 DENOMINAÇÃO

Inicialmente impende anotar que a expressão “assédio moral” é, indubitavelmente, a mais conhecida. Entretanto, o fenômeno é também denominado como mobbing (Itália, Alemanha e países escandinavos), bullying (Inglaterra), harassment (Estados Unidos), harcèlement moral (França), ijime (Japão), psicoterror laboral ou acoso moral (em países de língua espanhola), terror psicológico (Guedes 2005), tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa).

Qualquer que seja a denominação adotada para o mau trato nas relações laborais, torna-se necessário precisar os seus contornos e o alcance do fenômeno como categoria específica e integrá-la no sistema jurídico através do processo de juridificação, que pressupõe a transladação de um conceito social para o ordenamento jurídico, o que deve ser levado a cabo sem se olvidar das exigências metodológicas próprias da ciência jurídica, que dispõe de suas peculiares pautas construtivas.

Desse modo, esse processo deve ser levado a efeito partindo-se da correta identificação dos elementos integrantes do conceito, o que, posteriormente permitirá a diferenciação entre o assédio moral e outras figuras próximas em sua expressão fenomenológica, evitando-se confusões.

²⁵ Art. 157 da CLT, 1170 e 193 da Constituição de 1988 e Convenção 155/OIT.

É nessa perspectiva que se passa analisar o fenômeno do assédio moral no ambiente de trabalho.

8 CONCEITO

Quanto ao conceito, pode-se afirmar que na atualidade existem claramente duas concepções diferentes a respeito do assédio moral:

- a) a subjetiva;
- b) a objetiva.

A primeira concepção – subjetiva – leva em conta a intencionalidade da agente assediador como elemento constitutivo do assédio moral no trabalho, muito valorizada pela jurisprudência dos tribunais trabalhistas brasileiros, na medida em que se leva em conta como elemento identificador da conduta assediante, “a intenção de afastar o trabalhador do emprego”, o que nem sempre ocorre, pois como se verá ao longo do presente trabalho, pode perfeitamente ser reconhecido assédio moral mesmo quando não haja por parte do assediante nenhuma intenção em eliminar ou afastar a vítima do seu posto de trabalho.

A segunda concepção – objetiva – entende que a intencionalidade supõe na verdade um elemento acessório do conceito do assédio moral no trabalho, cuja concorrência não é indispensável para que se possa apreciar a sua existência.

Para Rodolfo Pamplona Filho (2006) o assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social. Para ele, referido conceito busca um sentido de generalidade, pois o assédio moral não é um “privilégio” da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares, entre outros.

Todavia, de acordo com o pensamento do mencionado jurista baiano, na relação de trabalho subordinado esse “cerco” recebe tons mais dramáticos, por força da própria hipossuficiência de um dos seus sujeitos – o empregado –, em que a possibilidade de perda do posto de trabalho que lhe dá a subsistência faz com que acabe se submetendo aos mais terríveis caprichos e desvarios, não somente de seu empregador, mas até mesmo de seus próprios colegas de trabalho, especialmente quando se trata de trabalhador menos ou não qualificado, quando esse tipo de conduta costuma se fazer mais presente.

Entretanto, também ocorre assédio moral no campo das relações de trabalho técnico em que o grau de subordinação é menor e às vezes até mesmo inexistente, como aquele que é praticado por colegas do mesmo nível do empregado assediado (assédio horizontal), quase sempre motivado por razões raciais, sexuais, de cor, de ideologia, etc.

O assédio moral é constituído por condutas abusivas de superiores hierárquicos sobre subordinados, ou destes sobre aqueles (assédio vertical, descendente ou ascendente) ou de colegas (assédio horizontal), que cria um ambiente de degradação no entorno do trabalho tornando extremamente penoso e às vezes insuportável ao trabalhador, braçal ou intelectual, a continuidade da relação laboral.

Para os fins do presente trabalho e levando em conta a concepção objetiva, que nos parece acertada, pode-se definir o assédio moral como atentado à dignidade da pessoa, exercido de forma reiterada, potencialmente lesivo e não desejado, dirigido contra um ou mais trabalhadores, no local de trabalho ou em consequência do mesmo²⁶, constituído por toda conduta abusiva (gestos, palavras, comportamentos, atitudes, etc.) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, podendo ainda colocar em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2001, p. 19).

Em síntese, o assédio moral no trabalho é constituído por toda conduta – ativa ou omissiva –, levada a cabo no contexto de uma relação laboral ou de serviço (no âmbito privado ou da Administração Pública), consistente em ataques reiterados e sistemáticos de carácter degradante, que atentam contra a integridade moral de uma pessoa (atentado à dignidade), e que têm, ademais, a aptidão de provocar danos de natureza psíquica, física, patrimonial ou de prejudicar de forma grave a empregabilidade da mesma (CORREA CARRASCO, 2006, p. 89).

Dessa forma, o assédio moral é integrado por elementos que o identificam e ao mesmo tempo o diferenciam de outras figuras a ele assemelhadas, conforme se verá no decorrer do desenvolvimento do presente trabalho.

²⁶ Na Espanha, de acordo com o *Observatório Basco sobre o assédio moral no trabalho*, que adota a visão objetiva, considera-se assédio moral toda forma de agressão sistemática ou reiterada, de uma ou várias pessoas contra outra pessoa, inclusive contra outras, no ambiente de trabalho, constituída por uma seqüência de atuações hostis, degradantes ou intimidatórias, dirigida especificamente a – ou que tenha como resultado – romper suas redes de comunicação com o ambiente, isolando-lhe de seu ambiente, para reforçar sua posição de domínio jurídico (superior) ou social (colega), e à margem da lesão concretamente alcançada a respeito de sua saúde física ou psíquica.

9 ESPÉCIES DE ELEMENTOS

De acordo com a definição (objetiva) acima acolhida, pode-se distinguir entre elementos ou requisitos de caráter constitutivo, cuja concorrência conjunta torna-se indispensável para se apreciar a existência do assédio moral, e elementos acessórios, ou seja, aqueles que ordinariamente aparecem nas situações de mobbing, porém não se mostram imprescindíveis para a constatação do mesmo, que pode perfeitamente acontecer sem a sua presença.

Temos assim, duas espécies de elementos integrantes do conceito de assédio moral no trabalho:

- a) os elementos de caráter constitutivos, ou seja, imprescindíveis;
- b) os elementos acessórios, que podem ou não se fazerem presentes na conduta do agente assediante, conforme será demonstrado logo mais.

9.1 Elementos constitutivos do assédio moral no trabalho

Os elementos constitutivos do assédio moral, como antes afirmado e de acordo com o conceito aqui acolhido, constituem aqueles requisitos que necessariamente haverão de concorrer, de forma conjunta, para que se possa verificar a sua existência.

São eles: sujeitos, condutas lesivas não desejadas suscetíveis de causar um dano (de natureza psíquica, física, patrimonial), afetação à dignidade da pessoa, reiteração de condutas e relação com o trabalho.

Esses elementos podem, na visão da doutrina aqui seguida (CORREA CARRASCO, 2006, p. 53-66), ser divididos em:

- a) subjetivos, constituídos pelos sujeitos ativo e passivo do assédio;
- b) elemento objetivo, integrado pela conduta típica;
- c) elemento teleológico, representado pela intencionalidade lesiva do agente agressor; e,
- d) o elemento organizacional, que diz respeito ao contexto sociolaboral.

Vejamos a seguir cada um desses elementos que integram o fenômeno do assédio moral no âmbito das relações de trabalho.

9.2 Elementos subjetivos:

9.2.1 Sujeito ativo

O fenômeno do assédio moral no trabalho em regra nasce no seio das relações laborais altamente regulamentadas e homogêneas, bem como em instituições conservadoras, nas quais costuma existir pouca tolerância à diversidade e a fortes vínculos e identidades compartilhadas entre seus membros. Por isso, o assédio psicológico se faz mais presente em organizações relativamente fechadas, cuja cultura interna considera o poder e o controle como valores prioritários sobre a produtividade e a eficácia. (ROMERO RODENAS, 2005, p. 15).

Dessa forma, os sujeitos implicados nesse tipo de conduta são o assediante e a vítima, ou assediado, ainda que a relação não tenha necessariamente caráter individual ou singular, na medida em que o mobbing pode perfeitamente proceder de um coletivo, como na hipótese em que ele advém de vários colegas de trabalho de um mesmo nível profissional, podendo ainda afetar a mais de um trabalhador, pois embora essa situação seja mais rara, não é impossível acontecer.

Frequentemente o agressor e o assediado ou vítima se encontram em uma relação assimétrica e de subordinação, de forma que o sujeito ativo da intimidação se aproveita dessa situação de desigualdade, de superioridade hierárquica para despejar sobre a vítima um conjunto de atuações que esta muito dificilmente pode se subtrair ao hostigamento de que é objeto, pois que a própria relação de hierarquia e dependência lhe impede reagir às agressões, sob pena de provocar um conflito de maiores dimensões e na maioria das vezes ser ainda mais prejudicada.

Habitualmente a situação assimétrica derivada dos poderes empresariais²⁷ revelada especialmente na subordinação hierárquica que é estabelecida em uma organização produtiva entre trabalhadores, gerências, chefias intermediárias ou o próprio empresário, dando margem a que os assediantes se sintam em uma posição de superioridade frente ao trabalhador que é derivada da própria situação jurídica em que se encontra este na empresa ou organização. Por conseguinte, o trabalhador se encontra submetido às diretrizes de seus superiores, aos poderes empresariais e, conseqüentemente, os atos de assédio costumam adotar a forma de ordens ou decisões de índole organizativa sem que, muitas vezes possam ser detectadas aos olhos daqueles que dele não vítimas.

²⁷ Os poderes empresariais podem ser definidos como o conjunto de faculdades jurídicas através de cujo exercício o empresário dispõe do trabalho realizado por sua conta e risco, ordenando as singulares prestações laborais e organizando o trabalho da empresa, ou seja, faculdade para organizar o sistema de produção de bens e serviços que livremente tenha decidido instalar, faculdade ou capacidade organizativa esta que além de constitucionalmente reconhecida, se concretiza na ordenação de singulares prestações laborais. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos at al. *Derecho del Trabajo*: Madrid: Centro de Estudios Eamón Areces, 2006, p. 510.

Some-se a isso o temor de perda do emprego, nomeadamente em época de crise e de desemprego, e ainda o receio de que sejam estabelecidas condições de serviços menos favoráveis, de discriminação na empresa, etc.

Todo esse quadro termina levando a vítima a não reagir passando a conviver em um ambiente de trabalho que além de lhe ser completamente desfavorável termina por interferir negativamente não apenas na sua produção, mas também em sua auto-estima levando-a a um sofrimento psicológico que provoca sérios transtornos em sua saúde psíquica e até mesmo física e que, não raramente afeta igualmente o seu entorno familiar.

De sua parte, o assediante utiliza sua posição dominante no organograma da empresa para quebrar a resistência da pessoa assediada, que a cada dia passa a se sentir mais isolada e incapaz e, portanto, impedida de apresentar resposta às condutas agressivas de que é vítima, porquanto, um dos objetivos que se persegue com os atos intimidatórios do trabalhador é o de fazê-lo sentir que se encontra sem apoio e respaldo por parte dos outros colegas de trabalho, eis que com tal procedimento se estende o temor sobre os demais trabalhadores, que terminam se desvinculando daquele que está sendo vítima de assédio, por receio de virem a sofrer o mesmo tratamento.

Lembra Marie-France Hirigoyen (2001, p. 38) que os procedimentos do assédio têm como objetivo primordial o desequilíbrio e a eliminação dos indivíduos que não são conformes ao sistema.

Em épocas de mundialização, pretende-se fabricar o idêntico, clones, *robots* interculturais e intercambiáveis. Para que o grupo seja homogêneo, se afasta o que não se encontra calibrado, se aniquila toda especificidade, seja de caráter, de comportamento, de sexo ou raça, etc. Formatar os indivíduos é uma forma de controlá-los, “domesticá-los” e por isso devem estar submetidos para melhorar suas capacidades técnicas e a rentabilidade.

Desse formato se encarregam sempre os mesmos colegas, já que as empresas e também as instituições de um modo geral, como todo grupo social, geram em seu seio forças de autocontrole, encarregadas de marcar os passos dos inconformistas que devem aceitar, queiram ou não, a lógica do grupo. Por conseqüência, pode-se afirmar que o assédio moral é um dos meios de impor a lógica do grupo (HIRIGOYEN, 2001, p. 39).

Essa modalidade de assédio, que procede do empresário individualmente considerado ou de pessoas que têm relação hierárquica com a vítima, se denomina assédio moral descendente – que se diferencia de outras formas em que não existe uma relação de dependência – costuma ter como objetivo, embora nem sempre seja assim, quebrar a resistência do trabalhador conflitivo ou incômodo para a empresa, objetivando quase sempre que ele abandone o trabalho, podendo ainda estar presente

a idéia de que tal situação sirva de exemplo para os demais colegas (ROMERO RODENAS, 2005, p. 16).

Há outras formas de assédio como aquela que é originária dos colegas de trabalho que ocupam o mesmo nível no organograma empresarial, chamado de assédio moral horizontal que é produzido quando um trabalhador, ou na maioria dos casos, um coletivo de trabalhadores, que ocupam uma posição simétrica na estrutura organizativa da empresa, desencadeiam uma bateria de atuações agressivas frente a outro ou outros trabalhadores, com o consentimento ou a passividade e às vezes até mesmo com cumplicidade do empresário ou dos superiores hierárquicos.

No assédio moral vertical descendente (*bossing*), como acima se viu, o autor é um superior hierárquico, ou seja, alguém que ocupa posto de mando intermediário, um gerente, um diretor ou, em última análise, o próprio empresário.

Nesse caso, a identificação do sujeito ativo não demanda maiores dificuldades, apesar de que quando da reparação dos danos sofridos pela vítima do maltrato, deve-se entender que a responsabilidade é concorrente entre os autores diretos (superior hierárquico) e quem mesmo não tendo participado diretamente do ato, omitiu-se de adotar providências necessárias para evitar a agressão – o empresário – e por isso deve ser responsabilizado solidariamente com aquele em virtude de ter se omitido em adotar providências para evitar o *mobbing* (CORREA CARRASCO, 2006, p. 65), conforme se verá no momento oportuno.

Ademais, como lembra Rodolfo Pamplona Filho (2006), em matéria de assédio (tanto sexual, quanto moral), alguns ordenamentos jurídicos, no Direito Comparado, albergam previsões de responsabilidade patrimonial do empregado assediador, independentemente da responsabilidade patrimonial da empresa.

No Brasil o direito positivo trouxe previsão de responsabilidade civil objetiva do empregador pelos atos dos seus prepostos, independentemente de culpa e sem prejuízo da possibilidade de responsabilização direta do agente causador do dano (art. 932, III, do Código Civil), o que, todavia, não lhe impede ajuizar, perante a Justiça do Trabalho (art. 114, I, da Constituição, na redação da Emenda 45), ação própria, ainda que regressiva contra o empregado assediante para ressarcimento dos gastos que possa ter que suportar pelo ato imputável ao seu subordinado, o que será melhor exposto no item dedicado à responsabilidade civil do empregador.

Por último, vale anotar que o empregador ou empresário tem o dever de zelar para que haja na empresa um ambiente saudável e seguro para aqueles que nela trabalham (art. 157 da CLT e Convenção 155 da OIT, arts. 16 e seguintes).

Desse modo, ao deixar de adotar as medidas ou providências acautelatórias e preventivas do assédio, deve ser responsabilizado pela sua omissão, pois se os danos foram causados por um processo de assédio moral levado a efeito por quem agiu como seu preposto e, portanto, em seu nome, deve responder por eles, na medida em que é o empresário quem responde pelos riscos do empreendimento (art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho), inclusive pela integridade física, psico-mental e moral de seus empregados, na forma dos já citados arts. 157 da CLT, 16 e seguintes da Convenção 155 da OIT.

É claro que em se tratando de assédio vertical ascendente ou de assédio horizontal (mobbing, em sentido estrito), em que o ataque à vítima e sua desqualificação é produzida de forma claramente interessada por parte dos outros trabalhadores de mesmo nível que se consideram desprestigiados ou postergados em promoções profissionais ou na consideração que lhes dispensa o empresário, a dificuldade para identificar os autores e o grau de autoria é bem maior e mais complexa do que nas hipóteses antes mencionadas.

Para a doutrina espanhola (CORREA CARRASCO, 2006, p. 65-66) essa dificuldade é devida ao fato de que, se por um lado, os atos de *hostigamiento* podem se apresentar de modo bastante variado, tanto na forma como em sua intensidade, por outro, em razão de a participação ou implicação daqueles que formam o grupo (falamos aqui de autoria coletiva ou grupal) na execução de tais atos pode ser, por isso mesmo, de mui diverso alcance, na medida em que não pode ter a mesma consideração jurídica o que comete diretamente o ato agressivo daquele que meramente é cúmplice desse mesmo ato por apoiá-lo ou encobri-lo.

Também se deve fazer a devida diferença entre apoiar de forma explícita algum tipo de ato de agressão daquele comportamento de apenas não se pronunciar a respeito, o que de forma alguma inibe a responsabilização do agente por omissão como, aliás, acima se deixou registrado.

Por último, mostra-se também relevante sob a perspectiva jurídica, a posição que cada membro do grupo mantenha com relação aos demais, inclusive o grau de dependência ou autonomia que se desprenda da mesma, conforme será demonstrado no tem relativo à responsabilidade civil decorrente dos atos de assédio.

Em síntese, estar-se diante de um conjunto de variáveis que devemos levar em conta quando se tiver de valorar o grau de responsabilidade a ser imputado a cada integrante do grupo agressor.

Apesar das circunstâncias antes aludidas, não se pode jamais perder de vista o fato de que o sujeito ativo do processo de assédio deve integrar a organização produtiva, não havendo impedimento que se trate de alguém ocupante de uma posição

hierarquicamente inferior à vítima – assédio moral ascendente – que em regra é praticado por um coletivo de subordinados que articulam um conjunto de atividades com a finalidade de tornar impossível a presença na empresa de um determinado superior hierárquico.

9.2.2 Sujeito passivo

Não existe dúvida de que qualquer trabalhador pode ser vítima de assédio moral, mas também não há como se deixar de afirmar a existência de certos coletivos que apresentam maiores probabilidades de virem a sofrer esse tipo de violência, na medida em que apresentam mais e relevantes debilidades perante o mercado de trabalho e na própria empresa. Trata-se de grupos ou coletivos com maior grau de vulnerabilidade, cujas dificuldades de acesso ao emprego ou para serem promovidos aos postos superiores costumam ser maiores do que para resto do conjunto dos trabalhadores.

Esses coletivos são representados em regra pelas mulheres, pelos trabalhadores estrangeiros, por aqueles que são contratados por tempo determinado ou que sofrem de alguma incapacidade. É claro que esses coletivos não esgotem os que grupalmente possam também ser vítimas do assédio moral em razão de sua maior vulnerabilidade, como os idosos, os negros, os homossexuais e outros segmentos que até mesmo em razão do preconceito têm sido as principais vítimas da discriminação e de maltrato, inclusive pelos próprios colegas.

Com relação às mulheres, apesar de sua incorporação ao mercado de trabalho, têm sido vítimas de discriminação salarial mais do que os homens, e as dificuldades que enfrentam para promoção aos postos mais elevados são mais acentuadas em relação aos trabalhadores masculinos²⁸, sem contar que são elas que mais frequentemente sofrem o assédio sexual. E muitas vezes quando resistem a esse tipo de violência passam a ser vítimas de outra espécie de assédio, o assédio moral tornando, não raro a sua permanência no posto de trabalho insuportável.

Impende lembrar, ainda, que nos postos de trabalho tradicionalmente ocupados por trabalhadores masculinos, quando a mulher mantém uma posição hierarquicamente superior, o rechaço dos colegas com sentimentos machistas costuma aparecer com maior intensidade, na medida em que não suportam receber ordens ou diretrizes vindas de mulheres, com um maior nível de responsabilidade, e nessa hipótese, quando o rechaço se revela em maltrato psicológico, de modo sistemático e

²⁸ Alice Monteiro Barros em artigo sob o título *Discriminação no emprego por motivo de sexo*, coloca a questão a discriminação da mulher com muita propriedade, demonstrando as desigualdades salariais, no acesso ao posto de trabalho, na manutenção do próprio vínculo laboral e no tratamento em geral que dado à mulher trabalhadora em relação ao trabalhador do sexo masculino. *In*: TULIO VIANA, Márcio et al (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 36-75.

repetitivo, em que se persegue a exclusão laboral da mulher, estar-se diante de um autêntico assédio moral (ROMERO RODENAS, 2005, p.19).

Vale trazer à colação, em reforço ao que acima se disse recente decisão do Tribunal Superior de Justiça de Madrid - Espanha, que através de sentença da Sala do Social, proferida em 24.04.06 em que essa discriminação ficou evidenciada.

No julgamento antes mencionado assentou o Tribunal espanhol:

Tutela de derechos fundamentales: Acoso laboral a trabajadora tras su reincorporación de la baja por maternidad y mientras disfruta de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 6 años: atentado a su dignidad, intimidad y derecho a no ser discriminada por su condición de madre; indemnización de 30.000,00 Euros por daños morales (JUR 2006 /184157)²⁹.

A Corte declarou que o caso se tratava de um autêntico “*acoso laboral*” pelo contexto cronológico em que se sucederam os fatos.

Com efeito, em 23 de janeiro de 2003 a autora inicia uma incapacidade temporal por risco de gravidez que dura até a data 24 de janeiro de 2004, data em que se incorpora ao seu posto de trabalho com jornada reduzida para poder cuidar do filho menor de seis anos. A partir desse momento, sendo a única trabalhadora com contrato formal, passa a sofrer um claro *hostigamiento* que não existia antes da licença maternidade e que por outra parte, a empresa demandada não justifica de forma objetiva nem razoavelmente.

O desenvolvimento de acontecimentos, segundo entendeu o Tribunal demonstra a intenção da empresa em perturbar a vida laboral da trabalhadora, levando a produzir sua auto-exclusão, com uma pressão sistemática sobre a mesma que conduziu ao aparecimento de um quadro ansioso-depressivo reativo à sua situação laboral.

A sentença conclui declarando que, no caso se produziu um atentado contra os direitos fundamentais da trabalhadora, isto é, contra sua dignidade, sua intimidade e seu direito de não ser discriminada em razão da sua maternidade e condena a empresa a uma indenização de 30.000,00 Euros por danos morais, tomando como base a duração da violência em que o assédio durou (15 meses, tempo transcorrido entre a reincorporação da trabalhadora ao posto após a maternidade até o momento em que cessou a incapacidade temporal), o que demonstra que a mulher efetivamente está mais propensa ao assédio moral, inclusive em razão da maternidade.

²⁹ <<http://www.mobbing.nu>>. Capturado em 15.10.06.

Também aqui no Brasil, o assédio no campo da relação de trabalho tem afetado a mulher em sua dignidade de forma bastante marcada, especialmente em razão da gravidez. Várias decisões da Justiça do Trabalho têm reconhecido esse fenômeno e condenado empresas e empregadores na reparação dos danos de ordem patrimonial e moral que a agressão provoca à dignidade da trabalhadora.

Quanto aos estrangeiros, existe uma falsa idéia, intencionalmente propagada praticamente em todos os Países, de que eles vêm tomar os postos de trabalho dos nacionais, quando na verdade ocupam majoritariamente os postos vagos porque não desejados por estes, especialmente nos Países mais desenvolvidos³⁰.

De outro lado, as exigências legais para que os trabalhadores estrangeiros possam trabalhar em outro País costumam ser maiores do que aquelas existentes em relação aos nacionais, o que muitas vezes os leva a se submeterem a tarefas menos nobres³¹ e a tratamentos manifestamente atentatórios à sua dignidade como única forma de sobrevivência, e mais que isso, quando se encontram irregularmente em algum País não têm nem mesmo a proteção dos órgãos de fiscalização das condições de trabalho, na medida em que em virtude do receio de perder o próprio emprego e serem mandados de volta à sua Pátria de onde muitas vezes foram expulsos pela fome, pela miséria, por guerras, perseguições políticas ou religiosas sequer denunciam os atos de violência de são vítimas.

É evidente que esses fatores são potencialmente favoráveis ao assédio moral no trabalho com relação aos trabalhadores estrangeiros.

No que se refere aos temporários ou contratados por tempo certo, são particularmente sensíveis e vulneráveis ao maltrato, porquanto a precariedade do vínculo pode constituir um forte elemento de deteriorização das relações laborais, e por isso é mais fácil de ser criado o um clima de intimidação psicológica, quase sempre invisível, pois é o vencimento do contrato e não o abandono do posto de trabalho por parte da vítima do assédio, que põe fim a relação laboral.

Relativamente aos trabalhadores com algum tipo de incapacidade, a sua baixa produtividade em relação aos demais colegas e o preconceito que contra eles ainda existe em muitos setores, os torna mais vulneráveis ao assédio moral e a perda

³⁰ Vale consultar a respeito das condições do trabalho do imigrante artigo sob o título “**Disipar el mito del inmigrante**”, publicado na Trabalho da OIT. Genebra: n. 57, setembro/2006, p. 20/23.

³¹ Os trabalhadores estrangeiros sendo estranhos que passam a conviver no novo ambiente, quase sempre provocam inquietação e rechaço, porém e ao mesmo tempo são necessários para a realização de determinados trabalhos que a maioria da população nacional, especialmente nos países centrais não quer fazer e por isso são chamados para essas tarefas “menos nobres” ou para os denominados trabalhos “sujos” e até mesmo para equilíbrio demográfico em alguns países cuja taxa de natalidade é baixa, como no caso de alguns países europeus.

do emprego, especialmente quando, como aqui no Brasil, retornam do seguro previdenciário em razão de acidente de trabalho ou doença ocupacional.

Em regra, essas pessoas gozam de um período de garantia do emprego e normalmente retornam com sua capacidade laborativa reduzida não tendo condições de manterem a mesma produção que tinham antes do sinistro, mas apesar disso, não podem ser despedidos a não ser por justa causa³². Por isso, muitas vezes passam a ser maltratadas para que se desliguem “voluntariamente” da empresa.

Também os idosos são vítimas potenciais do assédio moral.

Como lembra Daniela Lustosa Marques de Souza Chaves (2006, p. 146), o longo prazo em determinada função deixou de significar mais experiência adquirida passando a ser visto como acomodação e propensão a integrar o quadro de demissionários elaborado pelos empregadores, posto que se reflete aos olhos destes como acomodação, pois hoje prevalece a flexibilidade dos trabalhadores a novas situações e funções, o que os idosos costumam resistir com mais intensidade do que os jovens. Por conseguinte, tornam-se mais vulneráveis ao assédio moral para que se demitam ou se aposentem levando a empresa a deles se livrar mais rapidamente e sem maiores custos.

E no que concerne aos negros³³ e aos homossexuais³⁴, quase sempre são vítimas de assédio moral em razão do preconceito, porquanto, a sociedade apesar de pregar a igualdade, o respeito à diversidade e ao pluralismo, o que, aliás, está previsto na própria da Carta de 1988³⁵, na prática continua rejeitando e discriminando aqueles que por diversas razões, inclusive em razão da cor da pele e da orientação sexual, não se enquadram no padrão dominante e isso se dar também e especialmente no ambiente de trabalho.

Desse modo, não resta dúvida de que um dos elementos que detona um processo do assédio moral é o fato de não se aceitar a diferença do outro, quer se trate de uma pessoa ou de um grupo. Esse rechaço pode derivar do preconceito que leva à discriminação em razão de diferenças visíveis como o sexo, a orientação sexual, a cor da pele e outras, mas pode também derivar de diferenças sutis, dificilmente perceptíveis pelos demais (HIRIGOYEN, 2001, p. 193).

³² Art. 118 da Lei 8.213/91.

³³ Vide a este respeito SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. *Discriminação Racial no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 70-86.

³⁴ Vale a pena consultar a respeito da questão relativa à conduta e à orientação sexual do trabalhador, MOREIRA, Tereza Coelho. A conduta e a orientação sexuais do trabalhador. *In*: ESTUDOS de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Afonso Olea. MONTEIRO FERNANDES, António. Coimbra: Almedina, 2004, p. 613-645.

³⁵ Arts. 1º, inciso V, 3º, inciso IV e 5º.

De acordo com Marie-France Hirigoyen (2001, p. 193-199) normalmente um empregado corre maior risco de ser vítima de um processo de assédio moral quando apresenta algum tipo de incômodo para outra pessoa ou para o equilíbrio do grupo. Para ela as pessoas que costumam incomodar encontram-se mais propensas a sofrer o *mobbing*.

Essas pessoas são especialmente:

a) *as pessoas atípicas*, ou seja, aquelas que são portadoras de certos caracteres que as diferenciam do padrão dominante, como a cor da pele, o sexo, a orientação sexual, etc;

b) as pessoas demasiadamente competentes ou que ocupam muito espaço, na medida em que sua personalidade poderá atrapalhar ou “fazer sombra a um superior ou a algum colega”. Por isso, a tentação de rechaçá-las e alijá-las é algo permanente;

c) *aquelas que não se deixam conduzir e resistem a ser formatadas*, como os empregados que têm um grau de honestidade, escrupulo e dinâmica elevado, pois incomodam os atípicos que costumam rechaçá-los porque se supõe que essas pessoas apresentam defeito de adaptabilidade ao grupo ou à estrutura da organização, como se essas qualidades fossem defeitos³⁶;

d) *os que não conseguem boas alianças ou uma boa rede de relacionamentos*, pois o assédio sendo um fenômeno patológico da sociedade costuma incidir com maior intensidade e preferência sobre os trabalhadores isolados, enquanto aqueles que têm aliados o agressor a eles se une para romper o vínculo de solidariedade mantido com vítima para que esta ficando isolada possa mais facilmente ser agredida, dominada e sacrificada;

e) *os assalariados protegidos*, como as mulheres grávidas e aqueles que têm alguma garantia de emprego, como os que são protegidos com algum tipo de estabilidade. Porque não podem ser dispensados se não quando cometerem alguma falta de natureza muito grave, estão especialmente propensos a serem vítimas do assédio moral, nomeadamente no âmbito do serviço público onde a despedida do trabalhador é mais difícil e por isso, nesse setor o assédio moral além de ser bastante comum, costuma durar mais tempo e consequentemente trazer maiores seqüelas às suas vítimas;

³⁶ No âmbito do serviço público essa situação costuma acontecer com mais intensidade, pois nesse setor as dificuldades para se livrar de uma pessoa que “não se submete” a certos modelos ou estruturas dominantes é mais difícil. Por isso, o assédio moral constitui um mecanismo imoral e injurídico para obrigá-las a se desligarem do posto ou da função mais rapidamente.

f) *as pessoas menos eficazes*, porque quando o trabalhador não é bastante competente ou demora mais para adaptar-se ao padrão empresarial, torna-se uma presa fácil de um processo de assédio, especialmente quando goza de alguma proteção, hipótese em que os próprios colegas acabam-no isolando e mais tarde rechaçando-o;

g) *as pessoas com alguma debilidade temporária*, pois são mais fáceis de serem maltratadas por direções inescrupulosas que delas precisam se livrar e para isso, lançam mão do assédio já que essas vítimas têm maiores dificuldades de defesa.

É óbvio que os grupos acima mencionados são mais sensíveis ao assédio moral, especialmente quando concorram na mesma pessoa mais de um dos caracteres singulares expressados, o que, todavia, não significa afirmar que os demais trabalhadores disponham de um manto protetor contra o *mobbing*.

Não se pode negar, entretanto, que os grupos anteriormente relacionados são mais propensos a sofrer o assédio moral, o que permite afirmar que somente políticas ativas de prevenção e de eliminação desse tipo de condutas aliadas a medidas educativas e de esclarecimento a respeito dos malefícios que elas causam a toda à sociedade, inclusive ao próprio empresário, poderão proteger o trabalhador contra essa modalidade de violência.

Por último, faz-se necessário registrar que na verdade o assédio moral no trabalho não afeta apenas o assediado. Ainda que de forma indireta interfere negativamente no ambiente familiar da vítima, especialmente sobre os filhos, o cônjuge e os pais desta, porquanto, tendo ela que se recolher em sua dor e sofrimento costuma desinteressar-se por aqueles que a cercam e que podem inclusive ser privados da satisfação de certas necessidades materiais e morais básicas pelas quais o trabalhador vítima de assédio é responsável, especialmente quando perde o emprego ou passa a padecer de algum mal emocional ou físico em virtude do maltrato impossibilitando-o até mesmo conseguir um novo posto de trabalho.

Lembra também HIRIGOYEN (2001, p. 146) que o assédio moral deixa marcas indeléveis nas pessoas que dele são vítimas que podem ir desde o estresse até uma vida de vergonha recorrente, inclusive a mudanças duradouras de sua personalidade. A desvalorização persiste mesmo quando a pessoa se afasta de seu agressor, pois leva consigo uma cicatriz psicológica que a faz frágil levando-a a viver com medo e a duvidar de tudo e de todos, o que, a toda evidência termina por repercutir de forma negativa também nas pessoas com quem a vítima convive como os seus familiares mais próximos.

De fato, o assédio pode ser encarado como um trauma na vida do indivíduo, na medida em que quase sempre gera seqüelas físicas e psicológicas de tal monta na

vítima, que lembram cicatrizes, pois podem até não doer tanto no futuro, mas ficarão indelevelmente marcadas na história daqueles indivíduos.

Entre essas seqüelas, tem-se observado que a maioria das pessoas atingidas pelo *mobbing* passaram a padecer das formas mais graves de tensão, ansiedade, cansaço, depressão, falta de interesse sexual entre outras, com a necessidade médica de tratamentos, particularmente de natureza psicológica, muitas vezes bastante prolongados e custosos, inclusive para o sistema previdenciário, o que evidencia os malefícios que o fenômeno causa a toda a sociedade³⁷.

Francisco González Navarro (2002, p. 134-137) em estudo sobre o tema chama a atenção para os efeitos do assédio na família da vítima, que deve ser enfrentando não apenas por aqueles que vêm estudando o fenômeno, mas também e principalmente pelo legislador que terá de editar normas de responsabilização do assediante pelos danos, inclusive de ordem moral que a vítima do *mobbing* e seus familiares possam sofrer como conseqüência do comportamento ilícito, ainda que de forma indireta.

Nesse sentido vale a pena consultar a jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol (Sala 3^a, de 23.07.2001) que através da sentença proferida no recurso de cassação 3715/1997, fundamentos 3º e 4º afirma textualmente:

No obstante el alta laboral, cuya fecha no consta, o proceso depresivo reactivo que sufrió el hoy recurrente la ha dejado secuelas en el plano emocional que le afectan en el ámbito familiar y social, en definitiva, en la relación que mantiene con su entorno (véase a este respecto el informe pericial evacuado como resultado de la diligencia para mejor proveer acordada por la Sala en el presente recurso. (GONZÁLEZ NAVARRO, 2002, p. 136).

Assim, podem perfeitamente ser vítimas dos efeitos nocivos do assédio moral, mesmo indiretamente, os familiares do assediado. Por conseqüência, o autor do maltrato deve ser responsabilizado pelos danos materiais e morais que seu ilícito possa causar a essas pessoas, responsabilidade essa que no Brasil encontra fundamento

³⁷ Informa a doutrina que uma investigação realizada pela Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL) concluiu, em relação ao assédio sexual, que o mesmo produzia um meio de trabalho tenso e hostil, observando-se nas vítimas, por meio dos estudos médicos realizados, dores de cabeça, pescoço, estômago e costas, com uma diminuição considerável da concentração e um manifesto desinteresse pelo trabalho, com o surgimento/aprofundamento de sintomas como insônia, indiferença e depressão, o que demonstra a correlação desta figura com a segurança, saúde, integridade física e moral das pessoas. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Ob. cit.** <www.Anamatra.org.com.br>. **Capturado em 07.01.07**

nos arts. 1º, III e 5º, X da Constituição de 1988 combinados com as normas insertas nos arts. 184, 927 e seguintes do Código Civil, como se verá no decorrer do presente trabalho.

9.2.3 Elemento objetivo: a conduta típica

Pela própria definição adotada para o fenômeno do *mobbing*, a conduta agressora que, além de múltiplas e variadas formas de expressão que pode adotar, se destaca como um dos elementos integrantes do comportamento ilícito do agressor.

Essa conduta é representada por atos de agressão e hostilidade, ou de comunicação hostil, sem ética e de caráter abusivo que por isso mesmo deve ser objeto de reproche em termos morais, na medida em que supõe, sob a perspectiva individual, uma perda de respeito à pessoa agredida provocando, como acima se viu, uma perda de respeito à pessoa que dela é vítima, e sob a ótica coletiva, uma deteriorização intolerável das relações sociais.

É claro que esse juízo negativo confere relevância social para esse tipo de comportamento que, a toda evidência não pode passar despercebido pela ordem jurídica, porque provoca uma alteração, negativa da convivência humana, pois se qualifica como uma conduta antijurídica e, portanto, deve ser sancionada pelo Direito.

Desse modo, o elemento objetivo da conduta além de integrar o conceito jurídico de assédio moral, pois permite se identificar por um lado, as condutas constituídas por ações ou omissões que, eventualmente possam manifestar-se como atos inequivocamente de assédio e, por outro, a utilização de termos genéricos, de caráter unicompreensivo, como por exemplo, “qualquer ato” ou “toda conduta”, que, englobariam qualquer tipo de atuação que, independentemente de sua intensidade lesiva, seja suscetível de qualificar-se como maltrato permitindo se distinguir o *mobbing* de outros comportamentos que apesar de reprováveis com ele não se confundem como alerta abalizada doutrina. (HIRIGOYEN, 2001, p. 21-34; CORREA CARRASCO, 2006, p. 55-56).

De fato, não constitui assédio moral qualquer decisão ou prática empresarial que seja contrária aos interesses e desejos do trabalhador, ainda que haja sido declarada ilegal ou anulada pelos tribunais. Para que se possa cogitar de *hostigamiento* ou violência psicológica torna-se necessário que a vítima seja objeto de um conjunto de atuações que, além de seu acerto ou desacerto sob a perspectiva empresarial, configure um conjunto de atos - ações ou omissões - de maltrato psicológico ou moral durante um período duradouro que, em regra visa denegrir ou humilhar o trabalhador.

Levando em conta que os atos de agressão psicológica ao trabalhador podem ser muito variados, adotando em muitas ocasiões formas sutis e rebuscadas tornando

difícil até mesmo sua identificação como sendo uma conduta de assédio, é comum se admitir a agrupação em cinco tipos básicos as condutas que caracterizam o assédio, com base na classificação feita por Leymann, inclusive tomando-se em consideração os efeitos que elas produzem na vítima.

Desse modo, as condutas assediadas são assim agrupadas:

1 - atividade de assédio que impedem a comunicação adequada da vítima no seu ambiente entorno laboral: mudança do posto de trabalho, isolamento do trabalhador em relação aos colegas, supressão do telefone, do computador, do fax ou de outros equipamentos de trabalho que ele vinha usando para o desempenho de suas atribuições;

2 - atos que dificultam ou impedem a vítima o estabelecimento de contatos sociais: não se fala com o trabalhador; se recomenda ou proíbe o resto dos colegas de falar com ele; ele é marginalizado nos locais comum dentro da empresa ou colocado em um posto ou local que na prática representa isolamento total;

3 - atividades dirigidas a desacreditar a reputação pessoal da vítima: se lhe ridiculariza, se faz circular rumores sobre sua vida privada, se lhe atribuem problemas psicológicos ou supostas enfermidades mentais; se imitam seus gestos; se atacam suas crenças políticas ou religiosas; se critica a forma de vestir, seu asseio pessoal; se faz comentários depreciativos em razão de sua origem ou nacionalidade, etc.;

4 - atividades orientadas a desacreditar a reputação pessoal da vítima: se lhe encomendam trabalhos inúteis ou de impossível realização; se desqualifica habitualmente o trabalho que realiza; se impede ou limita sua promoção profissional em trabalho marginando-lhe da assistência ou participação a cursos, seminários, etc; se assinam tarefas ou trabalhos de pouco valor próprios de categorias profissionais inferiores;

5 - atividades que produzem efeitos nocivos sobre a saúde física ou psíquica da vítima: ameaças, ataques verbais, agressões sexuais, encomenda de trabalhos especialmente penosos ou perigosos, etc.

Muitas vezes as condutas acima relacionadas, quando contempladas de forma isolada costumam não revelar ilegalidades, já que podem apresentar-se como simples manifestações do poder de direção empresarial. Todavia, na realidade podem

encobrir e quase sempre encobrem comportamentos constitutivos de assédio moral no trabalho quando examinadas sob uma perspectiva global, sobretudo quando evidenciam um fito de exclusão laboral do trabalhador³⁸.

Claudio Armando Couce de Menezes (2003), por exemplo, elenca as seguintes circunstâncias exemplificativas do assédio moral no entorno laboral:

1 - promover uma conduta indevida contra empregados que gozam de estabilidade ou de garantia no emprego, dos quais o empregador se que livrar. Nessa espécie de conduta o assédio se concretiza, via de regra, por rigor excessivo no trato diário, inação forçada, atribuição de serviços ou tarefas vexatórias, superiores às forças do empregado, alheios a suas funções, ou perigosos, o que muitas vezes leva a vítima culpar-se, acreditando-se incapaz para o trabalho;

2 - perseguir o empregado que moveu ação na Justiça do Trabalho contra o empregador, sem se afastar do serviço. Inúmeros expedientes são utilizados para “infervizar a vida do empregado” como o rebaixamento de função, preterição em promoções, redução da zona de trabalho, ou mesmo deixando de atribuir qualquer tipo tarefa ao empregado isolando-o dos colegas tornando o ambiente de trabalho “tóxico”;

3 - Praticar atos humilhantes antecedendo a despedida. Trancar a sala onde o empregado trabalha, esvaziar gavetas da mesa, fazer circular ou afixar documentos com repreensão pública;

4 - castigar o trabalhador alvo a exercer suas atividades em salas mal iluminadas, espaço exíguo ou instalado;

5 - cometer ao empregado tarefas irrealizáveis;

6 - ameaçar constantemente de despedida, coletiva ou individual;

7 - colocar em dúvida, reiteradamente, o trabalho e a capacidade do trabalhador;

8 - tratar os subordinados, costumeiramente, com rudeza e de forma agressiva;

³⁸ Em qualquer de suas formas, entende a doutrina que referidas condutas têm de ser potencialmente suscetíveis de produzir um dano, ainda que em certas ocasiões ele não chegue a se manifestar. ROMERO RODENAS, M^a José. *Ob. cit.*, p. 23.

9 - tecer comentários maldosos e injuriosos sobre as condições sociais, cor, raça, preferência sexual do trabalhador;

10 - transferir o local de trabalho ou de função o trabalhador que retorna ao emprego, após férias ou licença.

É claro que existem ainda outros comportamentos que podem, dependendo da forma como praticados e do objetivo visado ser consideradas como assédio moral.

Pode-se lembrar, a título de exemplo, que em algumas situações onde se verifica o assédio horizontal, entre colegas, especialmente no âmbito do setor público, órgãos colegiados vedam o ingresso de colegas, por inveja ou medo de confronto com pessoa melhor preparada culturalmente e às vezes até mesmo sob o aspecto ético.

Nessas situações, se lança mão de uma gama de expedientes para desacreditar a pessoa perante a comunidade (FELKER, 2006, p.188).

Da mesma forma servidor público que pretende afastar detentor de cargo de confiança ou de função gratificada, que é desejada, usa de comentários desairosos, delações, falsas alegações e muitos outros atos que objetivam desprestigiar o visado, inclusive em alguns casos se valendo até mesmo de pessoas alheias ao órgão para fazer as falsas denúncias ou acusações.

Sintetizando, parece acertado dizer que as conduta que podem ser caracterizadas como de assédio, são aquelas que produzem contra a reputação ou a imagem da vítima, contra o exercício de seu trabalho, para impedir a comunicação da vítima ou isilolá-la de seu entorno privando-a de informações sobre distintos aspectos de seu trabalho, e ainda ações de discriminação ou iniquidade, mediante o estabelecimento de diferenças de tratamento, ou através da distribuição no equitativa do trabalho, ou desigualdades remuneratórias injustificadas.

Existe, pois, um leque bastante amplo e variado de condutas que podem ser consideradas como assédio moral dependendo da forma, do local e com que objetivo elas são praticadas, não se podendo fazer uma lista fechada das mesmas.

9.2.4 Repetição e persistência da conduta no tempo

O assédio moral no trabalho é levado a efeito através de uma série de atos, de diversa natureza, que se produzem ao largo de um período temporal. Vale dizer: se trata de atos de ataques sistemáticos e reiterados reveladores da existência de uma conduta assediante que persiste no tempo, como um gotejamento incessante de ações ou omissões de diversa natureza.

Assim, um dos traços caracterizadores da conduta assediante é a persistência e a intensidade dos atos de agressão durante certo período temporal que, em regra objetiva isolar e denegrir ou humilhar o trabalhador no seu ambiente de trabalho (CORREA CARRASCO, 2006, p.56).

Desse modo, a violência psicológica intensa há de ser prolongada no tempo, o que implica afirmar que uma violência que venha a se manifestar com um simples episódio isolado e se produza em um momento muito concreto ou de forma muito esporádica, não constitui assédio moral. Para que esta possa caracterizar assédio moral torna-se indispensável que o maltrato seja intenso ou extremo e tenha uma continuidade.

Laymann chegou mesmo a fixar um período de seis meses no qual deveria durar a prática dos atos de agressão, o que não parece correto, pois não se deve estabelecer quantitativamente tantos dias ou meses de duração do maltrato para que possa configurar *mobbing*.

A bem da verdade o que importa é que os atos agressivos se concretizem de forma continuada em certo espaço de tempo dando assim a idéia de continuidade da violência, em regra ordenada à destruição psicológica ou moral do trabalhador e/ou sua exclusão do âmbito laboral o que, aliás, dependendo da personalidade da vítima, pode acontecer em menos de seis meses ou levar mais tempo e até mesmo nem se concretizar³⁹.

Desse modo, parece acertado afirmar que o relevante para caracterizar uma conduta como assédio é que ela seja praticada de forma sistemática e incessante⁴⁰,

³⁹ O assédio no ambiente laboral manifesta-se pelos atentados à dignidade e ao equilíbrio psíquico do trabalhador, através de agressões continuadas, atos e procedimentos aptos a criar situações de constrangimento e humilhações, que atingem de cheio a auto-estima da pessoa, e por isso revelado por um processo sistemático de estimulação e inaceitável opressão, que se desenvolve ao longo de certo período que, todavia, não pode ser fixado em tantos dias ou meses.

⁴⁰ Decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região entendeu como assédio moral a “Exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções...desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização”. (TRT 17ª Região – RO 0992/2002). *In: Revista LTr*. São Paulo: LTr, 2002, n. 67-07/860. Referida decisão põe em evidência a repetição e a continuidade da conduta agressora para que fosse reconhecido o *mobbing*, todavia sem se cogitar de limite temporal mínimo (de dias ou de meses), o que parece acertado. Não se justifica o estabelecimento de uma regra geral de aplicação automática a qualquer elemento de configuração do assédio. Em cada caso concreto, levando em conta as circunstâncias concorrentes da conduta é que deverá o órgão judicial, com absoluta liberdade de critério, valorar se a reiteração da agressão sofrida é suficiente para qualificá-la como constitutiva do maltrato o que, a toda evidência depende muito mais da intensidade da conduta do que do prazo em que ela foi praticada.

através de diversos atos tendentes a produzir o resultado pretendido pelo agressor, independentemente da quantidade de dias ou meses em que esses atos tenham se produzido⁴¹.

9.3 Potencialidade lesiva e pluriofensividade da conduta

Antes de tudo, necessário registrar que o assédio moral, como conduta ou fenômeno juridicamente relevante, constitui um atentado contra direitos fundamentais do trabalhador, na medida em que afeta a sua integridade moral, a sua dignidade, ao direito de não sofrer discriminação, e em muitos casos também vem acompanhado de vulnerações a outros direitos, como por exemplo, o da liberdade de opinião e de expressão, o direito à honra, o da preservação da intimidade e da imagem, entre outros.

Assim, acertada a opinião doutrinária de que o assédio moral visa submeter ao domínio do assediante a alma da vítima e, subsidiariamente, a própria destruição dessa alma, de sua mente, esse “eu” único – original e irrepetível.

⁴¹ Aliás, nesse sentido tem se encaminhado a jurisprudência laboral na Espanha como se vê da sentença proferida pelo STSJ da Andalucia/Servilla, de 19 de dezembro de 2002 em que se reconheceu a ocorrência de assédio moral ante um proceder “*intenso, ainda que breve no tempo*“, critério esse que foi reiterado na STSJ de Canárias em 19 de maio de 2004 (AS 2079). *In* ROMERO RODENAS, M^a José. **Ob. cit.**, p. 24.

Não se pode também deixar de levar em consideração que como reflexo e de maneira igualmente subsidiária, o mobbing pode produzir e quase sempre produz, conseqüências no trabalho do agredido (GONZÁLEZ NAVARRO, 2002, p. 134), inclusive, com a sua despedida, portanto, atentando contra o direito fundamental ao trabalho, entre nós, constitucionalmente garantido através do disposto nos arts. 1º, inciso IV e 6º do Texto de 1988⁴².

⁴² Discorrendo a respeito do direito fundamental ao trabalho, à luz do ordenamento constitucional espanhol, afirma Antonio Baylos Grau que “o direito ao trabalho se materializa na prestação de uma atividade no marco da organização produtiva de bens e serviços que se integra num sistema de livre mercado. O trabalho de que fala o art. 35, CE, é, conseqüentemente, o trabalho assalariado, por sua vez, elemento definatório de uma sociedade e de toda uma civilização, o que, por sua vez, significa atribuir papel preponderante às formações sociais que representam a subjetividade do trabalho. O reconhecimento do direito social que leva a cabo dito artigo implica o enunciado de uma cidadania qualificada pelo trabalho que é desigual econômica, social e culturalmente através de sua inserção no circuito da produção de bens para o mercado, a mudança de uma remuneração, mas que tendencialmente há de dirigir-se para o progressivo nivelamento dessa situação desigual, onde desempenham uma papel ativo tanto os poderes públicos quanto, especialmente, os próprios trabalhadores através das suas organizações representativas. Tendo esse ambivalente ponto de partida, no sentido de dotar de valor político emergente à mais evidente condição social de subordinação ao poder de outra pessoa, e considerar, ao mesmo tempo, que deve se fazer compatível esta situação materialmente desigual com um sistema de cidadania igualitária, constrói-se o tratamento do direito do trabalho. Sobre o trabalho a que todos os cidadãos têm direito, estabelece-se um ordenamento jurídico de clara finalidade corretora e niveladora das situações de poder que se desenvolvem nas relações trabalhistas, um “modelo social típico” de relações contratuais e normativas que configuram um setor do ordenamento regido por princípios orientados a proteger a parte mais fraca de tal relação, diversificando, assim, o contrato de trabalho em relação a outras relações contratuais afins, civis ou mercantis. Dessa forma, o trabalho é a base para o exercício dos direitos do cidadão, e reconhecê-lo implica, conseqüentemente, interligar o sujeito à sua dignidade como pessoa e ao seu projeto igualitário fixado, em nível coletivo, no esboço do art. 9.2, CE. Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulneração do direito ao trabalho, mas a dificuldade de exercício de outros direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente”. É claro que o assédio moral viola também a esse direito fundamental, pois não raro uma das suas principais conseqüências é perda do emprego pela vítima, seja porque é efetivamente despedida pela empresa, seja porque em razão dos males que passa a sofrer em razão dos maltrato torna-se uma pessoa doente e, portanto, incapaz ou ainda porque não suportando as agressões termina se desligando do posto de trabalho, o que reafirma a natureza pluriofensiva da conduta assediante.

Nessa perspectiva fácil constatar o caráter pluriofensivo da conduta do assediante, porquanto afeta essencialmente a dignidade do trabalhador e seu direito à saúde que, a toda evidência inclui a saúde psíquica ou mental.

É claro que além de ser um atentado aos direitos fundamentais, constituindo aquilo que a doutrina chama de “lesividade qualificada” (CORREA CARRASCO, 2006, p. 57), a conduta assediante pode produzir outros danos mais leves que somente alcançam relevância se forem contextualizados no seio de um processo de perseguição ou maltrato preconcebido para provocar danos à pessoa a quem é dirigida. Por conseguinte, a lesividade desse tipo de atos não pode nem deve ser valorada de forma autônoma ou isolada. Torna-se necessário, ao contrário, ter-se em conta o modo em que eles contribuem para aumentar o cerco à pessoa que deles é vítima, acentuando paulatinamente o grau de sofrimento do ofendido.

Por isso, deve-se sempre ter em mente que esse tipo de conduta ofensiva provoca danos que podem verificar-se sobre diversas esferas da vítima, tais como a moral, a psíquica, a física (por somatização do dano psíquico), a profissional e a patrimonial.

El centro el que gravita el concepto de acoso moral en el trabajo es el de afectación a la dignidad personal, sin perjuicio de que, de forma asociada y dado el carácter pluriofensivo del acoso moral en el trabajo, pueden verse comprometidos otros derechos fundamentales de la persona tales como el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, etc. (ROMERO RODENAS, 2005, p. 23).

Em virtude dessa pluriofensividade das condutas de assédio, parece evidente a necessidade de que ele seja abordado sob distintos âmbitos do ordenamento jurídico, na medida em que se estar diante de atos que incidem ou podem lesionar diversos bens jurídicos desde a dignidade moral do trabalhador até sua saúde, inclusive podendo atingir até mesmo os membros da família deste como se deixou anotado.

Ante essa constatação, não é difícil afirmar que a conduta de assédio é efetivamente, e antes de tudo, um atentado aos direitos fundamentais do trabalhador⁴³, porque afeta à sua integridade moral, a sua dignidade (pessoal e profissional) e também ao direito de não sofrer discriminação.

⁴³ No âmbito do trabalho a consideração devida à dignidade do trabalhador impregna todos os aspectos da relação laboral como relação pessoal que é e por imperativo do princípio geral do respeito devido à dignidade de todo ser humano.

Ademais, pode ainda afetar e danificar outros direitos fundamentais como o direito ao trabalho, à liberdade de expressão e de opinião, a intimidade provocando danos de ordem patrimonial e moral à vítima.

Assim, a conduta caracterizadora do assédio moral tem uma dimensão pluriofensiva, pois é capaz de lesionar vários bens e direitos do ser humano enquanto tal, mas também como trabalhador, como integrante de uma coletividade, de uma família, etc. Por isso, deve ser considerada como uma conduta antijurídica porque em si mesma e sem outras exigências, supõe um atentado a integridade moral da pessoa humana.

Se além do dano moral se constatar que a conduta ofensiva produziu outros tipos danos, estes terão relevância no campo do Direito, na medida em que o ordenamento jurídico deve oferecer mecanismos à vítima para ver reparados todos e cada um deles, de acordo com o grau de responsabilidade do agressor.

Pode-se, pois, afirmar que a conduta do agente assediante sempre constituirá uma conduta pluriofensiva e antijurídica passível de ser sancionada.

A pluriofensividade do assédio é reconhecida pela doutrina espanhola quando chama a atenção para os dois direitos por ele mais afetados: a dignidade do trabalhador e a o direito à sua saúde, que por razões óbvias inclui a saúde psíquica ou mental (NAVARRETE, 2001; LÓPEZ PARADA, 2006).

9.4 Elemento teleológico: intencionalidade lesiva do agente agressor

Como se procurou demonstrar no item anterior, o conjunto de atos, ações ou omissões, que se sucedem no transcurso de um processo de assédio moral, em regra, mas não necessariamente, estão dirigidos a alcançar a destruição profissional da vítima, com a sua expulsão – de direito ou de fato – da organização produtiva em que desenvolva sua atividade. Por conseguinte, todos os atos levados a efeito pelo agressor, independentemente de seu alcance concreto e sua maior ou menor potencialidade lesiva encontram-se preordenados a atingir um resultado: provocação de danos à vítima.

Assim, e como conseqüência dessa constatação, os danos que eventualmente os atos de agressão podem causar ao agredido afetam de modo imediato uma das esferas da sua personalidade.

Cada ato de agressão pode afetar, em maior ou menor grau, a alguma das esferas da personalidade do trabalhador enquanto pessoa humana causando danos que posteriormente podem ser objeto de avaliação e quantificação. Porém, muitas ou na grande maioria das vezes, a produção de tais danos integra um plano preconcebido

para atingir a vítima e em regra visam à destruição profissional da mesma, seja por abandono completo do emprego, seja pela neutralização de sua capacidade laboral, o que tem levado parte da doutrina a ver nesse elemento um requisito do assédio moral.

Para tal corrente, esse objetivo, de natureza profissional, sempre se faz presente na conduta do assediante e, como tal, constitui o elemento que faz a conexão do conjunto de atos, dispersos no tempo e diversos em seu grau de intensidade, que se produzem ao longo do período do processo de maltrato e o que, depois, lhe confere a todos e cada um deles uma espécie de unidade de sentido, que não alcançam de outro modo (CORREA CARRASCO, 2006, p. 61).

Esse elemento – intencionalidade lesiva do agressor – seria um fio condutor que, do ponto de vista jurídico, dota de entidade e substantividade próprias o conjunto de atos isolados, praticados ao longo de certo espaço de tempo integrando a conduta do assediante. E isso permite afirmar que o assédio é ato complexo ou comportamento ilícito integrado por múltiplas ações unidas pelo propósito de danificar psíquica ou moralmente a vítima (GARCIA CALLEJO, 2003, p. 45).

Entretanto, doutrinariamente também se tem entendido necessário se partir da presunção da existência da intencionalidade lesiva quando se estiver diante de uma situação de violência prolongada e extrema que tenha se desenvolvido no ambiente laboral. Por conseguinte, em princípio se deve entender que a conduta está ordenada a provocar danos à vítima em seu entorno de trabalho e, como consequência, concluir-se que se encontra ante uma situação de assédio moral (GARCIA CALLEJO, 2003, p. 46).

Existem ainda aqueles para quem a intencionalidade do agressor não supõe um elemento constitutivo do *mobbing*⁴⁴, pois mesmo sendo evidente que sua atuação há de perseguir um objetivo, o mesmo pode ser muito mais amplo que o de destruição da vítima e sua expulsão, em última instância da organização ou empresa.

Desse modo, qualquer que seja a intencionalidade, ainda mesmo sendo evidente que sempre existirá alguma, há que de se reconhecer a existência do assédio moral no ambiente laboral quando se produzam condutas atentatórias à dignidade da pessoa, suscetíveis de causar um dano e sejam praticadas de forma reiterada, independentemente de qual tenha sido a finalidade que persiga o agressor. Por consequência, o conceito de assédio moral deve ser ampliado a outros elementos de violência física que tenham uma finalidade distinta a de destruição da vítima, que se trate de comportamentos atentatórios à dignidade do trabalhador e que concorra com o resto dos elementos constitutivos do *mobbing* (ROMERO RODENAS, 2005, p. 27).

⁴⁴ É essa a tese que defendemos.

De fato, apesar de sempre existir na conduta do assediante um móvel destrutivo, parece possível pensar que se deva entender como assédio moral quando sejam produzidas condutas que atentem contra a dignidade do trabalhador e tenham sido levadas a efeito em razão e no ambiente de trabalho independentemente de qual possa ter sido a intenção do agressor, desde é claro, quando essas condutas foram praticadas de forma reiterada em um razoável espaço temporal.

Vale anotar, por oportuno, que parece que o entendimento ora perfilhado tenha sido acolhido legislador espanhol ao definir o assédio moral nas leis 51/2003⁴⁵ e 62/2003⁴⁶ sem qualquer tipo de referência ao elemento intencionalidade do sujeito, na medida em que o determinante para constatação do fenômeno é a existência de condutas que atentem contra a dignidade do trabalhador ou criem um ambiente humilhante e ofensivo, mas sem qualquer menção à destruição da vítima ou sua exclusão da empresa, o que também ocorre no Brasil, em que os vários Projetos de Lei a respeito do assédio no ambiente laboral não fazem nenhuma menção à intenção de destruição do trabalhador ou sua exclusão da empresa⁴⁷.

Há, pois, que se concordar com a corrente doutrinária defensora de que a se ter o elemento intenção de destruição da vítima e, em última instância sua expulsão da empresa, tornar-se-ia impossível o reconhecimento de assédio nas condutas atentatórias à dignidade do trabalhador levadas a cabo pelos colegas de trabalho do mesmo nível – assédio horizontal – na medida em que nessas hipóteses o sujeito ativo do maltrato dificilmente tem a capacidade para conseguir, em última análise, a exclusão ou expulsão do trabalhador.

Deve, pois, reconhecer uma conduta de assédio ainda quando não tenha o agressor tido a intenção de destruir ou expulsar o trabalhador da organização ou empresa, o que se há de verificar é se essa conduta agressiva foi levada a efeito no ambiente de trabalho ou em decorrência deste de forma continuada e por certo período temporal com agravo à dignidade do trabalhador, independentemente do agressor ter ou não tido a intenção de destruir a vítima ou expulsá-la da empresa ou organização, na medida em que esse tipo de agressão sempre causa dano de ordem moral ou psíquica e até mesmo física, que são bens integrantes da dignidade humana.

⁴⁵ A Lei 51, de 02 de outubro de 2003 trata da igualdade de oportunidade, não discriminação e acessibilidade universal das pessoas com incapacidade.

⁴⁶ A Lei 62, de 30 de dezembro de 2003 estabelece medidas fiscais, administrativas e da ordem social.

⁴⁷ PL 5.970/2001 alterando os artigos 483 e 484 da CLT dispondo sobre o assedio moral, inclusive quanto à indenização pelos danos dele resultantes e PL 4.742/2001 objetivando tipificar o assedio moral como crime.

Em síntese, como lembra Francisco Gonzáles Navarro (2002, p. 140), entre o assediante e o assediado se produz um vínculo virtual derivado do aparecimento naquele de um desejo de possuir a alma deste, submetendo-a a seu domínio, e simultânea ou subsidiariamente, o desejo de destruir a alma da vítima e não exatamente o da expulsão do trabalhador do seu entorno laboral.

9.5 O elemento organizacional: contexto sociolaboral

Não é possível uma compreensão plena do fenômeno assédio moral sem se levar em consideração, por um lado, o lugar em que ele acontece – uma empresa ou organização produtiva em que a vítima e o agressor laboram – e, por outro, o trabalho que um e outro realiza, porque segundo que seja idêntico ou distinto e o labor de cada um determine ou não uma porção de supra-ordenação de um deles – em regra, o assediante e ainda a maior ou menor possibilidade de perdê-lo, a relação de assédio que dele emerge adquirirá uma ou outra coloração, potencialmente sob o ponto de vista jurídico (GONZÁLEZ NAVARRO, 2002, p. 133).

Assim, o contexto laboral tem grande significado para identificação do assédio, na medida em que é necessário que, quem pratique as condutas de agressão tenha a condição de trabalhador da empresa, pois o na grande maioria dos casos o assediante e a vítima pertencem ao mesmo setor, seção ou departamento empresarial, embora não seja impossível a ocorrência do *mobbing* praticado por terceiros que podem mesmo não pertencendo formalmente à empresa integrar o mesmo ambiente laboral, como ocorre, por exemplo, com o pessoal das prestadoras de serviços.

Entretanto, o ordinário é que tanto o agressor como a vítima integram o quadro de pessoal da empresa, o que evidencia a relevância do elemento organizacional para a identificação do assédio permitindo inclusive, a distinção com outras condutas que, embora possam constituir violência contra o empregado, não caracterizam a figura ora analisada.

Ademais, tendo o *mobbing* por objetivo dominar a alma do assediado podendo em certas situações efetivamente causar a destruição da vítima, é lógico que esse tipo de agressão também termina produzindo efeitos no trabalho do agredido.

Nessa perspectiva, parece correto afirmar-se que sendo o direito ao trabalho um bem jurídico – um valor social fundamental constitucionalmente garantido⁴⁸ –, poderá ser lesionado e isso quase sempre acontece na ocorrência de assédio.

⁴⁸ Art. 1º, inciso IV, 6º e 7º, da Constituição de 1988.

Essa lesão do direito ao trabalho do assediado terá maior ou menor gravidade segundo os casos, podendo até mesmo ser qualificada como acidente de trabalho derivado da patologia psíquica que a vítima passa a padecer como consequência da agressão. Por conseguinte, pode também levar à extinção da relação de trabalho, ou a dispensa do trabalhador que, em certas situações dependendo do tipo da conduta assediante é levado a se desligar do emprego.

Como se vê, não existe qualquer tipo de dúvida quanto à relevância jurídica do contexto organizacional ao ponto do assédio ter sido concebido como uma “patologia das organizações” mais do que dos próprios indivíduos que a integram sendo este um dos âmbitos prioritários de incidência normativa, nomeadamente sob a perspectiva da adoção de medidas preventivas contra esse tipo de risco laboral.

De outro ângulo, não se pode deixar de reconhecer que a relevância do contexto laboral vem dada da assimetria de poderes que introduzida entre os sujeitos presentes no mesmo e que deriva, em última instância, da relação de dependência que define estruturalmente a relação de emprego ou trabalho, porque ordinariamente, essa desigualdade de poderes termina provocando em determinadas circunstâncias as agressões por parte dos superiores que fazem ou pretendem fazer valer a sua posição de superioridade em relação à vítima potencial e esta, por sua parte, vê-se “cercada” sem condições de defesa criando ambiente favorável para o desencadeamento de um processo de assédio.

Desse modo, não se pode de forma alguma ignorar a relevância do contexto laboral na identificação de uma conduta caracterizadora de assédio moral, inclusive para distingui-la de outras que, apesar antijurídicas, não se confundem com aquelas que contêm os elementos identificadores do *mobbing*.

10 MODALIDADES DE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Como acima se tentou demonstrar, o assédio moral habitualmente constitui uma conduta pluriofensiva que tem aptidão para lesionar, junto com a dignidade do trabalhador, um conjunto de bens ou direitos pelo que, é possível se falar em distintas modalidades de *mobbing* tomando-se em consideração o bem jurídico afetado.

Assim, doutrinariamente e levando em conta alguns sistemas jurídicos⁴⁹ poder-se-ia diferenciar-se três espécies de assédio moral no trabalho:

a) *assédio moral discriminatório* – vinculado a circunstâncias raciais ou étnicas, religião ou convicções, incapacidade, idade e orientação sexual, que se caracteriza pelo rechaço de uma diferença ou uma particularidade da pessoa. A discriminação costuma ser dissimulada, na medida em que praticamente em todos os ordenamentos jurídicos democráticos ela é proibida, inclusive em nível constitucional.

No que tange à discriminação por motivos raciais ou religiosos, quando não se concretiza no ato da contratação do trabalhador, aparece mais tarde, em dado momento, como, por exemplo, ao se eliminar o posto de trabalho ou ainda nos processos de reestruturação empresarial quando se tem que fazer a escolha de quem deve ser dispensado. Em regra são essas pessoas aquelas que costumam ser escolhidas para serem dispensadas.

Já quanto às pessoas com orientação sexual diferente do padrão dominante, a discriminação quase sempre vem dos próprios colegas que terminam criando um ambiente propício para que ela ocorra através chacotas, comentários desairosos, telefonemas ou cartas anônimas e outros expedientes baixos que terminam colocando a pessoa em situação de dificuldade se não de impossibilidade de conviver com o grupo, o que a leva, quase sempre a desligar-se da empresa;

b) *assédio moral laboral simples* – é aquele não vinculado a nenhuma das causas anteriores, porém também de caráter discriminatório e por isso, igualmente causador de violação à dignidade do trabalhador;

c) *assédio moral não vinculado a causas discriminatórias* – com lesão distinta ou conjunta do direito à dignidade, a integridade moral, a honra, à intimidade pessoal e à própria imagem.

Entretanto, não há como deixar de reconhecer que todas as espécies de assédio respondem a um mesmo protótipo que sua gênese nas relações interpessoais que se dão nas empresas e instituições, e que se manifestam por meio de uma série de atuações ou condutas que causam lesão aos direitos mais básicos e fundamentais dos trabalhadores.

⁴⁹ Na Espanha, por exemplo, a Lei 51/2003 sobre a igualdade de oportunidades, não discriminação e acessibilidade universal das pessoas com incapacidade, o assédio é definido como “toda conduta relacionada com a incapacidade de uma pessoa que, tenha como objetivo ou consequência atentar contra sua dignidade ou criar um entorno intimidatório, hostil, degradante, humilhante e ofensivo”, conceito que também se encontra reproduzido na Lei 62/2003 praticamente nos mesmos termos. *In: Legislación Laboral y de Seguridad Social*. Edición preparada por Jesús M^a Galiana Moreno et al. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

Assim, como lembra a doutrina (VALLEJO DACOSTA, 2005, p. 21) o tratamento unitário se justifica até mesmo para garantir coerência entre a ordenação de todos os elementos do assédio, que podem ter características similares e contra os que se deve lutar com meios parecidos.

11 DIFERENÇAS ENTRE O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E OUTRAS FIGURAS AFINS

O assédio moral no trabalho apresenta características comuns com outros conflitos que podem surgir no seio da relação laboral. Todavia, tem caracteres próprios e específicos como se viu quando da identificação de seus elementos que o diferenciam de outros fenômenos com os quais guarda certa analogia.

Levando-se em conta a origem e o bem jurídico atacado e os meios da reação frente às condutas se pode distinguir o assédio de outros fenômenos que, apesar de surgirem no seio de uma relação de emprego, com ele não se confundem.

São elas:

a) *O exercício arbitrário do poder diretivo empresarial*

O assédio se distingue do exercício arbitrário do poder diretivo empresarial, na medida em que neste o que pretende o empresário é a busca por meios abusivos e inadequados, do maior aproveitamento de mão-de-obra impondo condições de trabalho mais favoráveis aos seus interesses, enquanto no *mobbing* são afetados direitos fundamentais do trabalhador, basicamente a sua dignidade e integridade moral.

No exercício arbitrário ou abusivo do poder empresarial o bem jurídico agredido são os direitos laborais sobre o lugar, o tempo, o modo e a contraprestação pelo trabalho, ao passo que no assédio, a dignidade do trabalhador e seu direito à integridade psíquica e à saúde mental são objeto da agressão, apesar de que em certas situações o abuso do poder de direção empresarial pode também revelar um tratamento discriminatório da pessoa ou um atentado à sua honra.

A distinção entre o assédio moral e o abuso do poder diretivo empresarial reside também no fato de que enquanto no assédio em regra se visa atingir a alma da vítima, no abuso do poder empresarial o que se pretende é tornar o trabalhador mais produtivo, de maneira que o maltrato psicológico e as condutas humilhantes e vexatórias constituem um meio para alcançar dita finalidade. Por conseguinte, a adoção de medidas organizativas contrárias à mencionada finalidade e, portanto, lesivas mais aos interesses da empresa constituirá indício de um processo de assédio (CORREA CARRASCO, 2006, p. 69).

Desse modo, as decisões empresariais arbitrárias e, portanto, ilegais devem ser avaliadas pelo juiz de modo a verificar se não são na prática atentatórias aos direitos fundamentais do trabalhador. Produzem-se um resultado pelo qual o trabalhador se veja diminuído na consideração devida como pessoa e como profissional, a justificação desse resultado não pode produzir-se pela mera inércia da presunção de legalidade dos atos de exercício dos poderes empresariais ou a consabida remissão à tradição ou ao costume.

É preciso, pois, justificação específica, um vínculo de conexão vidente entre o comportamento taxado de mobbing e os procedimentos organizativos reais empresariais, que afaste toda suspeita de que tenha produzido um comportamento proibido.

Assim, se deve presumir que certas decisões empresariais como aquelas atributivas ao trabalhador de tarefas ou atividades de menor qualificação, alheias às suas obrigações contratuais, com diminuição salarial são constitutivas do assédio moral, ainda que falte o requisito da reiteração das condutas próprias do maltrato que doutrinária e jurisprudencialmente se exige para a caracterização do fenómeno.

Não parece razoável deixar de reconhecer que esse tipo de conduta constitui um atentado à dignidade dos trabalhadores e, portanto, verdadeiro assédio moral e não um mero desvio ou abuso do poder de direção empresarial com objetivos de aumentar a produção ou a qualidade do trabalho.

b) *A síndrome do queimado ou Burn-out*

Esse fenómeno ocorre ou se manifesta concretamente através do estresse laboral, inerente aos trabalhadores que laboram em contacto com outras pessoas que, por suas características, são sujeitos que precisam de ajuda ou assistência, como por exemplo, professores, pessoal que labora nos hospitais, assistentes sociais, etc.

A síndrome do queimado ou *Burn-out* costuma se manifestar quando o trabalhador ou profissional ver defraudadas suas expectativas, em razão da impossibilidade de modificar sua situação laboral e de por em prática suas idéias a respeito de como ser realizado o trabalho. Isso termina produzindo uma frustração no trabalhador que decorre da forma e das condições em que se realiza o trabalho, porque é a própria atividade que desencadeia o surgimento da afetação psíquica, contrariamente ao que ocorre com o assédio moral, em que são as relações pessoais que dão margem, por várias condutas ou procedimento, ao processo de hostilidade psicológica.

Embora os resultados produzidos – lesão à integridade física ou psíquica do trabalhador – possam ser parecidos com aqueles que o assédio também produz,

nem por suas origens nem pelo bem jurídico afetado, pode a síndrome do queimado ou *Burn-out* ser equiparada ao mobbing, embora possa ser considerada como acidente do trabalho, na medida em que teve sua origem nas condições em que o trabalhador desenvolve sua atividade laboral.

c) *transtornos psíquicos*

É claro que existem afetações psíquicas que, em dados momentos de crise podem apresentar manifestações como comportamentos semelhantes ao assédio moral, sendo os mais comuns a esquizofrenia e depressão psíquica.

As pessoas esquizofrênicas percebem alucinações auditivas, visuais e mentais. Por isso, e em razão das percepções alteradas e da deteriorização da função cerebral chegam a acreditar serem perseguidas no trabalho (paranóia) o que é a figura central do que acontece ao seu redor (idéias de referência).

Parece evidente que essas falsas convicções são devidas a uma deteriorização da função cerebral e, geralmente, não se alteram mediante fatos ou raciocínio, mas apenas em virtude de tratamento médico e farmacológico. Portanto, uma pessoa que não tem a capacidade de compreender que suas idéias carecem de fundamento e que se encontra doente, pode albergar em seu consciente uma falsa idéia de que existe um complô contra ela para expulsá-la do trabalho, crendo-se assim vítima de um processo de assédio moral que somente existe em sua imaginação.

Situação como essa não guarda nenhuma relação com o assédio moral, na medida em que a sua deteriorização psíquica nenhuma conexão tem com as relações interpessoais mantidas na empresa, no local de trabalho.

E quanto à depressão psíquica, embora as doenças psíquicas pré-existentes não excluam o assédio, na medida em que a pessoa que delas padeça fique mais exposta e, portanto, mais vulnerável, não pode ser confundida ou equiparada ao mobbing.

De fato, enquanto o assédio é em regra fruto intencionado das relações interpessoais na empresa, a depressão psíquica pode ter sua origem alheia a tais relações laborais.

d) *assédio sexual*

O que caracteriza o assédio sexual é o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico, ou sócio da empresa, com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou de ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a demissão com a perda do emprego, ou da perda de promoções, ou

de outros prejuízos, como a transferência indevida, e/ou pela insistência e inoportunidade.

É a chamada “cantada” desfigurada pelo abuso de poder, que ofende a honra e a dignidade do assediado. Portanto, para a caracterização dessa figura delituosa é necessária a superioridade hierárquica do assediante, que deve ser chefe, superior ao assediado, ou o sócio da empresa.

Torna-se, pois, indispensável que o assediante tenha poderes de influenciar na carreira, ou nas condições de trabalho do assediado, que possa ser ameaçado com a dispensa, transferência etc., ou com promessa de obtenção de vantagens e favorecimentos caso ceda ao assediante (LIPPMANN, 2005, p. 22).

Entretanto, o assédio sexual no trabalho guarda notório paralelismo com o assédio moral, na medida em que compartilhando boa parte de seus elementos, até o ponto de que a construção jurídica deste está intimamente relacionada à construção jurídica daquele. Por isso, apresenta traços comuns, pois trata de comportamentos pessoais no local de trabalho que causam lesão ao direito à dignidade da pessoa e à sua integridade física e moral, atentando contra a liberdade sexual da vítima (FELKER, 2006, p. 247).

É claro que tanto o assédio moral como o sexual podem produzir danos emocionais e físicos, afetar o rendimento no trabalho, provocar a abstenção laboral, além de gerar um ambiente hostil, humilhante e intimidatório, e muitas vezes leva mesmo ao abandono do posto de trabalho.

Entretanto, existem importantes diferenças entre uma e outra figura, já que o assédio abarca uma séria de condutas que têm um claro conteúdo sexual ou libidinoso, já seja de forma física ou de palavra, direta ou através de insinuações que claramente perseguem aquela finalidade, de forma que o objetivo é a violência ou o atentado contra a liberdade sexual da pessoa assediada, o que não se faz presente no assédio moral.

Não se deve olvidar que muitas vezes um processo de assédio sexual que não atinge ao seu objetivo final, pode desencadear um processo de assédio moral no ambiente de trabalho. Todavia, um e outro têm elementos que os diferenciam.

e) o estresse laboral

O estresse laboral consiste em uma reação de natureza emocional, fisiológica ou de conduta aos diversos aspectos danosos do trabalho, à organização e ao ambiente de trabalho, originária de um desajuste entre o indivíduo e seu trabalho⁵⁰.

Os fatores de risco do estresse laboral são basicamente:

- 1) o ritmo de trabalho elevado;
- 2) o ritmo de trabalho determinado por contingências externas ou pelas máquinas de trabalho;
- 3) trabalho monótono ou repetitivo;
- 4) assédio sexual;
- 5) violência física e intimidação e represálias.

Desse modo, a intimidação e o hostilização psicológica no local de trabalho constituem, indubitavelmente, uma das causas de estresse laboral, que em muitos casos é alheia às relações interpessoais que estabelecem entre distintos indivíduos em um mesmo centro de trabalho, que é o que precisamente caracteriza o assédio moral.

O assédio moral é um dos fatores causadores do estresse, enquanto o estresse laboral é uma consequência de um conjunto de elementos, entre outros da violência psicológica (ROMERO RODENAS, 2005, p. 33). Portanto, há uma distinção entre os dois fenômenos que não podem ser confundidos.

12 CONCLUSÃO

O assédio moral é caracterizado por toda conduta – ativa ou omissiva –, levada a efeito no contexto de uma relação laboral ou de serviço, consistente em ataques reiterados e sistemáticos de caráter degradante, que atentam contra a integridade moral de uma pessoa (atentado à dignidade), e que têm, ademais, a aptidão de provocar danos de natureza psíquica, física, patrimonial ou de prejudicar de forma grave a empregabilidade da mesma (CORREA CARRASCO, 2006, p. 89).

⁵⁰ Vale a pena consultar o estudo de psicopatologia do trabalho de DEJOURS, CHISTOPHE. *A Loucura do trabalho*. Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

Desse modo, o conceito do *mobbing* é integrado por elementos que o identificam e ao mesmo tempo o diferenciam de outras figuras a ele assemelhadas, conforme se viu no decorrer do presente trabalho.

Como conduta antijurídica, atenta contra a dignidade humana do trabalhador, independentemente do assediante ter como objetivo expulsar a vítima do trabalho, provocando danos de ordem moral, psíquica e material ao assediado e à sua família.

O empregador responde pela indenização dos danos materiais e morais causados à vítima do assédio e aos seus familiares mesmo quando os atos de agressão tenham partido de seus empregados ou prepostos facultando-lhe o ordenamento jurídico o direito de regresso contra estes para se ressarcir daquilo que tiver que pagar.

É necessário se aprovar urgentemente norma de âmbito nacional disciplinado o fenômeno do assédio nas relações de trabalho, inclusive no que concerne à responsabilização civil pelos danos decorrentes da agressão, responsabilidade essa que encontra fundamento no princípio do respeito à dignidade humana do trabalhador, direito de natureza fundamental garantido pelos arts. 1º, 5º, 6º e 193 da Carta da República.

Por último, não se pode esquecer da necessidade de conscientização de todos a respeito dos malefícios que o assédio provoca a toda a sociedade. Portanto, uma ampla campanha de educação, prevenção e esclarecimento nas empresas, nas instituições públicas, inclusive perante os sindicatos a respeito do problema agregada a edição de norma repressora desse tipo de conduta e de responsabilização civil e penal dos agressores pelas conseqüências que seus atos provoquem não apenas à vítima do maltrato, mas também aos seus familiares, poderão constituir valioso instrumento para prevenir e reprimir esse tipo de violência sutil que agride ao bem mais precioso do ser humano, qual seja, a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: CHAPPELL, Ducan et al. **Violence at work**. Genebra: Oficina Internacional do Trabalho, 2006.

CHAVES, Daniela Lustosa Marques de Souza. **Mercado de trabalho e discriminação etária: A Vulnerabilidade dos Trabalhadores “Envelhecetes”**. São Paulo: LTr, 2006.

CORREA CARRASCO, Manuel. El concepto de acoso moral en el trabajo. In: _____. (Coord.). **Acoso moral en el trabajo**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

DÄUBER, Wolfgang. **Derecho del Trabajo**. Madrid: MTSS, 1994.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**. Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. São Paulo: Cortez, 2002.

EVANS, Patricia. **The verbally abusive relationship: how to recognise and how to respond**. Adams, 1999.

FELKER, Reginaldo. **O Dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

FERNANDES, António Monteiro. **Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao prof. Manuel Afonso Olea**. Coimbra: Almedina, 2004.

GARCIA CALLEJO, Jose María. **Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador**. Madrid: Federación de Servicios Públicos de UGT Madrid, 2003.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. **Acoso psíquico en el trabajo (El alma, bien jurídico a proteger)**. Madrid: Civitas, 2002.

GRAU, Antonio Baylos. Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, Rio de Janeiro, v. 10, abr./mai./jun., 2004.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. **El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso**. Trad. espanhola de Núria Pujol i Valls. Barcelona; Bueno Aires; México: Paidós, 2001.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

LÓPEZ PARADA, Blanco Barea y. La Espiral Juridica del Mobbing. <www.Mobing.nu>.

MAC DONALD, Andréa Fabiana. **Mobbing: un nuevo fenómeno en el derecho laboral**. Disponível em: <http://www.diariojudicial.com/printfriendly.asp?IDNoticia_Cabecera>. Acessado em: 9 out. 2006.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assedio moral e seus efeitos jurídicos. **Jornal Trabalhista**, Brasília, 13 jan. 2003.

MOREIRA, Tereza Coelho. A conduta e a orientação sexuais do trabalhador. In: NAVARRETE, Molina. Reflexiones a propósito da la STS 23-7-2001. **La Ley**, año XXII, 5436.

NIÑO ESCALANTE, José. El “mobbing” y las evaluaciones de riesgos laborales. **Mapfre Seguridad**, Madrid, n. 95, terceiro trimestre, p. 9-17, 2004.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Trad. António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos at al. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Centro de Estudios Eamón Areces, 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. <www.Anamatra.org.com.br>.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRÍGUEZ GOPÉ, Maria Luisa. Práticas de empresa sobre la prevención dela acoso. In: CORREA CARRASCO, Manuel (Coord.). **Acoso moral en el trabajo**. Navarra: Editorial Aranzandi, 2006.

ROMERO RODENAS, Maria José. **Protección frente al acoso moral en el trabajo**. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. **Discriminação racial no trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

VALLEJO DA COSTA, Ruth. **Riegos Psico-Sociales: Prevención y Tutela Sancionadora**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2005.

VIANA, Márcio Tulio et al (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

WYATT, Judith et al. **Abuse at worker**. How to recognize en survive it. Sharkman books, 1997.

ACIDENTE DO TRABALHO: REPERCUSSÕES NA ORDEM JURÍDICO-TRABALHISTA

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz*

RESUMO

Trata-se de artigo que aborda o instituto jurídico do acidente do trabalho e seus principais efeitos na ordem jurídico-trabalhista, especialmente no que diz respeito à responsabilidade do empregador ou do tomador de serviços quando da existência do infortúnio, além das respectivas excludentes de responsabilidade, considerando-se a nova redação do art. 114 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Acidente do trabalho. Trabalhadores sujeitos ao infortúnio. Responsabilidade do empregador. Excludentes de responsabilidade. Justiça do trabalho. Competência.

1 INTRODUÇÃO

O acidente do trabalho não é um fenômeno da sociedade moderna, especialmente porque o infortúnio durante muito tempo já atinge os trabalhadores do mundo inteiro. É verdade que o trabalho como bem jurídico protegido passou por várias nuances até chegar ao grau hoje atingido em alguns Estados Democráticos de Direito, dentre eles o Brasil.

Durante muito tempo, principalmente na idade Média, o regime de servidão entre *susseranos e vassalos* afastou a proteção jurídica em relação ao trabalho humano.

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 22ª Região - Piauí, Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade NovaFapi. Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 22ª Região (biênio 2005/2007). Contato: cwanc@uol.com.br.

Efetivamente, somente com o fenômeno do constitucionalismo social as Cartas de alguns países começaram, em definitivo, a considerar a importância da proteção jurídica do trabalhador, em relação à sua higiene, à sua segurança e ao seu bem estar.

Os direitos sociais, por exemplo, a partir de então ganharam uma roupagem constitucional, exigindo-se dos Estados prestações positivas para sua eficácia. Destacam-se dentre da matéria as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).

Como o tema ainda é muito estudado sob a ótica previdenciária, importante se fazer justiça à Constituição da Alemanha de 1919, conhecida como Constituição de Weimar.

Na ordem previdenciária, pode-se afirmar que foi uma das primeiras Cartas a tratar da proteção social, o que seria o prenúncio do que hoje conhecemos como seguro social.

Para o Direito do Trabalho, especificamente, o acidente do trabalho adquire maior interesse após a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, que alterou sensivelmente a competência da Justiça do Trabalho, concedendo-lhe a possibilidade de dirimir conflitos daí decorrentes, quando no pólo passivo da ação figurar o empregador, ou o tomador do trabalho avulso.

Percebe-se claramente diante da ordem constitucional a natureza da indenização decorrente do acidente do trabalho. Trata-se de uma garantia fundamental disciplinada no Texto Ápice (CF, art. 7º, XXVIII). Nesse sentido, como garantia social típica, posto que atrelada ao “trabalho” como bem jurídico protegido, exige-se do Estado uma posição positiva para efetivação do direito. Isso passa, necessariamente, por exemplo, pela efetividade e cumprimento da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, como determina a Constituição Federal (CF, art. 7º, inciso XXII).

O cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, com reflexos diretos no decréscimo no número de acidentes do trabalho e na melhoria da qualidade de vida do trabalhador impõem, sem dúvidas, efetivação de direitos sociais, sem os quais o Estado Democrático de Direito não se justifica em toda sua plenitude.

É por isso que os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e

redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem. (SARLET , 2007, p. 301).

Assim, o direito à indenização compensatória, embasado na responsabilidade subjetiva do empregador, possui natureza de direito fundamental e por isso exige uma atividade positiva do Estado. Ou seja, não somente cabe ao Poder Judiciário reconhecer a responsabilidade do empregador, quando presente o nexo de causalidade, mas também interferir, quando necessário, nas políticas públicas do Poder Executivo para garantia da saúde, da segurança e da higiene no ambiente de trabalho.

Como dito, isso somente acontece através de políticas públicas efetivas, que objetivem a valorização do ambiente do trabalho e, por conseguinte, a diminuição dos índices de acidentes do trabalho.

Como dito, isso somente acontece através de políticas públicas efetivas, que objetivem a valorização do ambiente do trabalho e, por conseguinte, a diminuição dos índices de acidentes do trabalho.

2 DEFINIÇÃO

Segundo a definição legal, na forma do art. 19 da Lei nº 8.213/91, acidente do trabalho é:

o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (CLT..., 2007, p. 455).

A doença ocupacional também pode ser considerada acidente do trabalho, como é o caso da Lesão de Esforço Repetitivo (LER), muito comum entre os bancários. Em regra, o acidente do trabalho é sofrido no local e no horário de trabalho. Entretanto, a lei também equipara determinadas situações a acidente do trabalho. É o caso do segurado que mesmo fora do local e horário de trabalho esteja na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa, ou em viagem a serviço, ou até mesmo no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção.

Os artigos 20 e 21 da mesma lei, como dito, também equiparam outras hipóteses legais a acidente do trabalho, como a doença profissional, a doença do trabalho, o acidente de percurso, dentre outros. A legislação caminha pelo viés ampliativo das hipóteses do infortúnio, a fim de que o trabalhador encontre-se amparado nas mais diversas situações legais, como adiante se verá.

Nesse passo, o acidente do trabalho e a indenização decorrente assumem, como dito em linhas passadas, feições de direito fundamental, uma vez que os nortes da responsabilidade subjetiva do empregador encontram-se cravados no art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal (CLT..., 2007, p. 16).

3 TRABALHADORES SUJEITOS AO INFORTÚNIO

Uma questão que não pode ser desprezada diz respeito a real delimitação de quais trabalhadores estão sujeitos ao acidente do trabalho, pois ao contrário do que se imagina nem todos estão protegidos pelo manto constitucional. É que somente o trabalhador empregado (inclusive o temporário), o avulso, o médico residente (Lei nº 6.932/81) e o segurado especial podem ser vítimas de acidente do trabalho.

O empregado sofre acidente do trabalho por conta do vínculo de subordinação jurídica existente com o empregador, mesmo que tenha ou não Carteira de Trabalho e Previdência Social anotada. Tal questão é irrelevante porque o contrato de trabalho é um contrato tácito e não exige forma específica para sua realização.

Como se sabe, o contrato de trabalho adota a teoria do contrato realidade, ou seja, depende das circunstâncias de fato que o rodeiam. Além disso, o princípio da primazia da realidade, em consonância com a teoria supra, servem de guia na delimitação da relação de emprego.

A Constituição Federal, nos termos do art. 7º, inciso XXVIII (CLT..., 2007, p. 16), prevê a responsabilidade subjetiva do empregador, ao assegurar a existência de “seguro contra acidente do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

O Texto Ápice exige a existência da relação bilateral clássica prevista no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT..., 2007, p. 245), qual seja, empregado como prestador e empregador como tomador do serviço. Nesse sentido o texto é de clareza ofuscante, não deixando margens a dúvidas.

O trabalhador avulso também pode sofrer acidente do trabalho porque a Constituição Federal o igualou ao trabalhador com vínculo, como se vê pelo art. 7º, inciso XXXIV do Texto. Sabe-se que a relação do avulso com o tomador do serviço

não se reveste do elemento subordinação jurídica, nem sequer se exige pessoalidade na prestação do serviço. Por outro viés, o trabalhador avulso encontra-se protegido pelo regramento contido no art. 7º, da Constituição Federal, eis que ao mesmo são devidos todos os direitos do trabalhador com vínculo de emprego.

Em relação ao segurado especial, o próprio Plano de Benefícios da Previdência Social cuidou de incluí-los na definição de acidente do trabalho, como se percebe pela leitura do art. 19 da Lei nº 8.213/91. O texto fez clara menção ao exercício dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 da mesma Lei, que são, na verdade, os segurados especiais. São eles, então, conforme dispositivo sob holofote: “o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo. *“O garimpeiro está excluído por força da Lei nº 8.398, de 7.1.92, que alterou a redação do inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212 de 24.7.91”*”

No que diz respeito ao trabalhador doméstico é bom que se diga que os mesmos não estão abrangidos pela indenização decorrente do acidente do trabalho, pois a Constituição Federal, no art. 7º, parágrafo único, excluiu tais trabalhadores da indenização prevista no inciso XXVIII, do mesmo artigo. E isso se fez porque seria praticamente impossível ao empregador doméstico arcar com as indenizações decorrentes do acidente do trabalho, uma vez que pela própria lei, nesse particular, extirpa a atividade econômica em relação ao tomador do serviço.

Assim, em caso de serviço prestado dentro do conceito de relação de trabalho, sem existência de subordinação jurídica, o tomador pode responder pela indenização decorrente do ato ilícito que porventura tenha dado causa. O evento, então, cai na regra geral da responsabilidade civil em si, sem existência do acidente do trabalho típico, conforme já delimitado. Nesse sentido, leciona o professor Sebastião Oliveira, atualmente uma das maiores autoridades no assunto, senão vejamos:

É certo que também cabe indenização por responsabilidade civil decorrente de qualquer ato ilícito do tomador dos serviços que tenha causado danos à vítima, conforme preceitua o Código Civil, independentemente da condição de empregado. Nessa situação, enquadram-se as hipóteses de acidentes com trabalhadores sem vínculo de emprego, tais como estagiários, os cooperados, os autônomos, os empreiteiros, os representantes comerciais e os prestadores de serviço em geral. Todavia, convém assinalar que os deveres quanto às normas

de segurança, higiene e saúde do simples tomador ou usuário de serviços são diferentes daqueles que são atribuídos ao empregador, em razão do caráter marcadamente tutelar da legislação trabalhista. Assim, o acidente sofrido pelo trabalhador que mantém relação de emprego com o beneficiário do serviço acarreta maiores conseqüências jurídicas e gera possibilidades mais amplas de deferimento ao acidentado das indenizações por responsabilidade civil. (OLIVEIRA, 2006, p. 37).

Logo, quaisquer outros trabalhadores, como eventuais, autônomos, dentre outros, podem sofrer um acidente durante a atividade, mas não acidente do trabalho em si, com as repercussões legais decorrentes.

No mesmo sentido, afirmam Castro e Lazzari (2006, p. 518), senão vejamos:

Sob o ponto de vista doutrinário, porém, verifica-se que a definição conferida pela lei não é suficiente para se ter uma noção adequada do que de fato seja o acidente do trabalho. Em verdade, o conceito em apreço somente se presta a indicar quem são os segurados que têm direito à proteção acidentária. Ou seja, somente fazem jus a benefícios por acidente do trabalho: os empregados (inclusive os temporários), os trabalhadores avulsos e os segurados especiais; além destes, os médicos-residentes, por força de legislação especial que rege a atividade (Lei n. 6.932/81, com alterações da Lei n. 8.138/90).

Percebe-se, pois, que nem todos os trabalhadores encontram-se protegidos pelo manto do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, no que concerne aos benefícios e indenizações decorrentes do acidente do trabalho.

Dessa forma, a situação em enfoque fere o princípio da solidariedade social que significa a contribuição pecuniária de uns em favor dos outros beneficiários, no espaço e no tempo, de acordo com a capacidade contributiva dos diferentes níveis de clientela de protegidos de oferecerem e a necessidade de receberem. (MARTINEZ, 2001, p. 90).

Nesse prisma, o ideal seria que todos os trabalhadores estivessem protegidos pelo manto do art. 7º da Constituição Federal no que diz respeito às indenizações oriundas do acidente do trabalho, o que reforçaria ainda mais o princípio da solidariedade social.

O empecilho poderia ser perfeitamente ultrapassado com a reforça da legislação previdenciária em nível infraconstitucional, como acontece com os segurados especiais, uma vez que o Texto Ápice, por si só, não se configura obstáculo para tal interpretação.

4 PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PELO EMPREGADOR

Em caso de acidente do trabalho, a empresa deverá comunicar o fato à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente (Lei nº 8.213/91, art. 22). Trata-se da chamada Comunicação de Acidente do Trabalho, conhecida como CAT. Se isso não ocorrer, entretanto, o próprio médico que atendeu o trabalhador, o sindicato da categoria, dependentes do segurado ou até mesmo o próprio acidentado pode fazer a comunicação oficial do evento. No caso de acidente do trabalho sofrido por empregado, o empregador pode até mesmo fazê-lo via *internet* a comunicação do evento. Em assim não procedente, responde por multa administrativa, além de responder em juízo pela sua inércia em caso de pedido de indenização.

Outra questão situação que não deve ser vilipendiada pelo empregador é o respeito à estabilidade absoluta decorrente do infortúnio. Configurado o acidente do trabalho, o segurado tem direito à estabilidade de doze meses após o término do auxílio-doença acidentário. Somente através de Inquérito Judicial, na Justiça do Trabalho, para se apurar suposta falta cometida pelo empregado é que o mesmo pode ser dispensado pelo empregador. Em relação aos demais trabalhadores, conforme exceções legais acima mencionadas, como não há contrato de trabalho em si, posto que não há subordinação jurídica, não são beneficiários da estabilidade em questão.

O Inquérito Judicial para apurar falta grave é um instituto ainda em vigência, utilizado no caso da apuração da falta do dirigente sindical, uma vez que o mesmo também é amparado por estabilidade absoluta. Contudo, não existindo no ordenamento jurídico outro meio de fazê-lo, também cabe a mesma garantia ao empregado acidentado em gozo de estabilidade e que cometa falta grave no decorrer da execução do contrato de trabalho.

A inexistência da percepção do auxílio-doença acidentário, no nosso sentir, não impede a configura da estabilidade absoluta decorrente do acidente do trabalho. É que muitas vezes o empregador não comunica o acidente ao Instituto Nacional do Seguro Social e, por conseguinte, o trabalhador não tem acesso ao benefício. Ao discutir a ocorrência do acidente do trabalho na Justiça do Trabalho, por exemplo, seria ilógico se exigir a percepção do benefício para se configurar o infortúnio, uma vez que, por culpa do próprio empregador, a autarquia federal sequer chegou a ter ciência do acidente.

5 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES

Com o infortúnio abre-se um leque de possibilidades jurídicas na seara do Direito Previdenciário em face dos benefícios decorrentes, tais como auxílio-doença acidentário, auxílio-acidente, ou até mesmo a pensão por morte e aposentadoria por invalidez.

O trabalhador tem direito à percepção do auxílio-doença acidentário. Não se deve confundir com auxílio-doença previdenciário. O último decorre de doença não enquadrada como doença ocupacional. O trabalhador empregado, o avulso e o segurado especial têm direito também ao auxílio-acidente, como indenização, quando houver seqüela definitiva decorrente do acidente do trabalho sofrido.

O risco social em questão é a doença, da qual decorre a necessidade social de incapacidade para o trabalho, que será protegida pelo auxílio-doença. Importante não confundir a finalidade de tal benefício com a finalidade das ações de saúde. Aquele, protege contra a incapacidade laboral, estas, protegem contra a incapacidade clínica. (VIANNA, 2006, p. 268).

Se o segurado tem salário de benefício no importe de um salário mínimo, por exemplo, tal auxílio corresponde a 50% de tal valor. Observe-se que não se trata de um benefício de natureza substitutiva à remuneração, eis que apenas completa a mesma, uma vez a existência da redução da capacidade laboral.

O auxílio-acidente constitui-se uma exceção ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios em relação ao salário mínimo, eis que, juntamente como salário-família, o valor do mesmo pode ser inferior ao mínimo legal, pois sua natureza, como dito, não é substitutiva.

Já a pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer em face do acidente do trabalho sofrido, na forma do enquadramento legal. Se existir mais de um pensionista, o Plano de Benefícios da Previdência Social (art. 77), determina que será rateada entre todos em partes iguais.

Se incapacitado para o serviço ou insuscetível de reabilitação profissional, o trabalhador que sofreu acidente do trabalho será aposentado por invalidez. Nesse caso, o trabalhador deve passar por perícia médica a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Na forma do art. 47 da Lei n. 8.213/91, existe possibilidade de retorno do empregado, se verificada a recuperação da capacidade laborativa. Em regra, portanto, em tais condições o contrato de trabalho permanece suspenso, salvo se tal capacidade de retorno nunca acontecer.

6 A REPERCUSSÃO DO DANO NA JUSTIÇA DO TRABALHO – INDENIZAÇÕES DECORRENTES

A Emenda Constitucional nº 45 alterou sensivelmente o art. 114 da Constituição Federal e ampliou de forma substancial a competência da Justiça do Trabalho, inclusive para apreciar pedido decorrente de dano supostamente sofrido durante a relação de emprego ou relação de trabalho.

Cuida-se de um viés nitidamente voltado à competência de natureza material e não em razão dos sujeitos envolvidos, como era antes da Emenda mencionada. Assim, diz o art. 114, inciso VI, da Carta Magna que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Logo, as ações decorrentes de acidente do trabalho, que tenham por fim tais pleitos devem, com certeza, ser julgadas pela Justiça do Trabalho. O regramento em questão tem aplicação imediata no sistema jurídico nacional, não havendo necessidade de regulamentação. Contudo, se o pólo passivo da ação, ou seja, o réu, é o Instituto Nacional do Seguro Social, questionando-se o benefício correspondente, a competência é da Justiça Federal e, residualmente, da Justiça Comum Estadual (CF, art. 109, I).

Pacificando a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu o Conflito de Competência nº 7.204-1, julgado pelo Pleno da Suprema Corte no dia 29 de junho de 2005 (OLIVEIRA, 2006, p. 407-429), reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho para dirimir as questões decorrentes do acidente do trabalho, figurando o empregador no pólo passivo, incluindo o ressarcimento do dano moral, material e até mesmo estético.

Assim, na órbita da teoria da responsabilidade duas correntes são reconhecidas, a da responsabilidade subjetiva (prevista na Constituição Federal, no art. 7º, inciso XXVIII) e a da responsabilidade objetiva (prevista no art. 927 do Código Civil).

A jurisprudência e a doutrina têm considerado a aplicação da última no caso de atividades que possuem alto risco – é a chamada teoria objetiva do risco profissional – como se vê, por exemplo, na construção civil, onde a possibilidade de acidentes do trabalho é grande, inclusive com evento morte. Não há, portanto, apenas nuances de responsabilidade subjetiva do empregador quando do acidente do trabalho. Ao contrário, dependendo da atividade, a responsabilidade assume feição nitidamente objetiva. Isso facilita, na prática, o ônus da prova do trabalhador que sofreu o acidente.

Tal interpretação da teoria do risco, como diz Matielo (2003, p. 579)

Consiste na atribuição da obrigação de reparar o dano àquele que normalmente desenvolva atividade que implica, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem. A responsabilidade civil, nesse caso, independe de culpa, pois encontra amparo na circunstância de o agente dedicar-se a atividade geradora de risco a terceiros.

O empregador pode responder, então, pelo dano moral ou patrimonial. Veja-se o caso do trabalhador ainda jovem, com grande expectativa de vida, que deixa viúva e filhos menores para serem sustentados. São fatos que podem repercutir no âmbito da teoria do dano. A indenização, seguindo ainda um certo parâmetro subjetivo, fica a critério do magistrado quando do arbitramento.

É verdade que a indenização por acidente do trabalho ainda tem como suporte principal a responsabilidade subjetiva, ou seja, exige-se a comprovação da culpa do empregador, de qualquer grau, para nascer o direito da vítima. No entanto, há inovações significativas no campo da responsabilidade objetiva que apontam uma tendência de socialização dos riscos, desviando o foco principal da investigação da culpa para o atendimento da vítima, de modo que mais possibilidades de reparação de danos possam surgir. (OLIVEIRA, 2006, p. 89).

Por tal viés, então, verifica-se que já se admite a aplicação da responsabilidade objetiva do empregador, independentemente de culpa, para que haja ressarcimento em relação ao dano sofrido, conforme embasamento legal talhado no Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL. Código..., 2004). Tal posição aproxima ainda mais a teoria da responsabilidade objetiva do desejo estampado na cabeça do art. 7º da Constituição Federal, ou seja, uma hermenêutica que vise a melhoria da condição social do trabalhador e não ao contrário, com aplicação pura e seca da teoria da responsabilidade subjetiva, quando muitas vezes até mesmo a produção probatória do trabalhador encontra-se prejudicada.

Entretanto, seja na teoria da responsabilidade subjetiva, seja na teoria da responsabilidade objetiva, o nexos de causalidade deve estar demonstrado, sob pena de, mesmo configurado o acidente, não existir a obrigação de indenizar por parte do empregador.

7 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NO ACIDENTE DO TRABALHO

Nem sempre, mesmo se configurado o acidente do trabalho, o empregador encontra-se obrigado a reparar o dano causado.

Pela teoria da responsabilidade subjetiva, prevista na Constituição Federal (CF, art. 7º, XXVIII) (BRASIL ..., 2006, p. 16), observa-se de forma clara que o dever de indenizar do empregador independe da responsabilidade da Previdência Social em relação aos benefícios advindos do infortúnio. É por isso que o fato do empregador contribuir com recolhimento do Seguro contra Acidente do Trabalho (SAT) não prejudica a discussão acerca da indenização devida. Assim, são perfeitamente acumuláveis a prestação previdenciária e a reparação civil.

Mesmo assim, há situações que prejudicam a configuração do nexo de causalidade, exigível tanto na teoria da responsabilidade subjetiva quanto na teoria da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade. Nesse particular, não há que se falar em dever de indenizar por parte do empregador, ou do tomador do serviço, no caso do trabalhador avulso, por exemplo.

A inexistência do nexo de causalidade, todavia, não prejudica o enquadramento do acidente do trabalho. Apenas exclui o dever de indenizar do empregador. Veja-se o que dispõe claramente o art. 21, inciso II, alínea e, da Lei n. 8.213/91, segundo o qual também se equipara a acidente do trabalho “desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior.”

Aqui, as lições atualizadas de Brandão (2006, p. 296), a saber:

É o reconhecimento da possibilidade de sua exclusão por determinados fatos que rompem o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano, a exemplo da culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, o que diferencia, no caso do acidente do trabalho, as responsabilidades a cargo da previdência social – baseada na teoria do risco integral – e do empregador, de dupla natureza, conforme a atividade desempenhada, como se pretende demonstrar. São as denominadas causas excludentes, enumeradas no CC, que serão apreciadas na perspectiva da responsabilização do empregador diante de danos causados por acidentes do trabalho e, além daquelas já mencionadas, acrescenta-se a cláusula de não indenizar.

As excludentes de responsabilidade, então, como acima mencionadas, não prejudicam a existência do acidente do trabalho, pois a própria legislação

previdenciária cuidou de tratar sobre a matéria. Todavia, o dever de indenizar do empregador é que deixa de ser configurado em face da quebra do nexo de causalidade.

A investigação das excludentes deve ser feita com muito vagar pelo magistrado. Diante da realidade social atual, várias hipóteses se aproximam das excludentes, sem na verdade se enquadrarem como tais. O próprio princípio da facilitação da prova em relação ao empregado, ou em relação aos trabalhadores avulsos e demais trabalhadores susceptíveis de sofrerem acidente do trabalho, há que ser considerado em tais situações, sob pena da exceção se tornar regra na análise dos feitos submetidos à Justiça do Trabalho.

A cláusula de não indenizar inserida nos contratos de trabalho no que diz respeito ao acidente do trabalho, no nosso sentir, deve ser afastada como hipótese de excludente. Incabível tal cláusula diante da natureza típica dos contratos de prestação humana, como ocorre no contrato de trabalho, ou até nos outros contratos de relação de trabalho em que trabalhadores sujeitos ao infortúnio estejam prestando serviços.

Trata-se de uma situação atípica em que o trabalhador se prende a situação futura, incompatível com a base principiológica do Direito do Trabalho, cujos nortes não se aplicam tão-somente ao empregado, mas a todos trabalhadores de forma geral.

Portanto, no caso se existência de tal cláusula, perfeitamente aplicável o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo o magistrado afastá-la de plano, adentrando no mérito do acidente em si, salvo se configurada outra hipótese de excludente.

8 CONCLUSÕES

Diante da atual competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos oriundos do acidente do trabalho, quando o empregador figurar no pólo passivo da demanda, ou o tomador do serviço, na forma permitida pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, algumas conclusões devem ser enfocadas.

Em primeiro lugar, a proteção prevista no art. 7º da Constituição Federal ainda não abrange todos os trabalhadores, o que de certa forma fere o princípio da solidariedade da Seguridade Social, bem como a hermenêutica maior do Texto Ápice, qual seja, a melhoria da condição social de todos os trabalhadores.

Noutro viés, em que pese a teoria da responsabilidade subjetiva prevalecer no caso do infortúnio, nada impede a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em face do risco da atividade, situação que contribui para ampliar a possibilidade de se ressarcir o trabalhador, ou sua família, no caso de morte. Perfeitamente aplicável,

então, o Código Civil Brasileiro nesse particular, bem como o princípio da facilitação da prova em prol do trabalhador.

O nexo de causalidade é de suma importância para que haja dever de indenizar por parte do empregador ou do tomador do serviço, independentemente da teoria que se adota na análise do acidente. As excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito, força maior ou até mesmo a culpa exclusiva da vítima, afastam o nexo de causalidade e, por via reflexa, a obrigação de reparar o dano.

Mas as excludentes, diga-se, não prejudicam o enquadramento do infortúnio, como deixa clara a legislação previdenciária, ou seja, o acidente do trabalho existe e os benefícios previdenciários decorrentes devem ser pagos pela Previdência Social.

O tema, na verdade, traz outros questionamentos que pela complexidade e profundidade não cabem no presente trabalho. Todavia, as principais questões foram aqui suscitadas, com o fito de se instigar um debate ainda mais proveitoso frente aos pensadores do Direito.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e responsabilidade civil do empregador**. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. **Código civil**: Lei nº 10.406, de 10-1-2002, atualizada pela Lei nº 10.825, de 22-12-2003, e acompanhada de legislação complementar, súmulas e índices sistemático e alfabético-remissivo do Código Civil, cronológicos da legislação e alfabético da legislação complementar, da lei de introdução e das súmulas. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 38. ed. São Paulo: Saraiva. 2006

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. e rev. conforme as Emendas Constitucionais e a legislação em vigor até 10.1.2006. São Paulo: LTr, 2006.

CLT Legislação Previdenciária [e] Constituição Federal/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil comentado**. São Paulo, LTr, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 2. ed. rev.. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2006.

O DEVER DE COIBIÇÃO DO ABUSO DO DIREITO NO PROCESSO DO TRABALHO

Jane Dias do Amaral*

RESUMO

O dever de coibição ao abuso do direito decorre do dever de prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil e de forma proba. No Processo do Trabalho, ramo em que os princípios da celeridade, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e busca da conciliação são tomados em sua máxima expressão, se acentua a necessidade desta coibição. Convém ressaltar que a sanção que aqui se pretende não confronta com o acesso à justiça e com a ampla defesa. Afinal, todos os direitos são relativos e sujeitam-se à observância de requisitos ou pressupostos definidos em lei. Os direitos de ação e de defesa não fogem a esta contingência. A coibição ao abuso do direito se encontra suficientemente tutelada, mas sua aplicação ainda deixa a desejar. Imperiosa se torna a revisão da atual postura jurisdicional, já que a tolerância quanto aos atos abusivos apenas favorece àqueles destituídos de razão, causando prejuízos àqueles que atuam de boa-fé e ao bom funcionamento do Judiciário.

Palavras-chave: Coibição. Abuso. Direito Processo Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Como já dizia Ihering (1992, p. 1), o direito justo não é um dado, é uma conquista. O fim do direito é a paz e o seu meio de atingi-lo, a luta. Assim, a espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada, a impotência do direito. O verdadeiro Estado de Direito só se garante quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade que manipula a balança.

Usamos diariamente a balança ao homologar um acordo ou proferir uma decisão. Mas será que fazemos uso da espada com a mesma destreza?

O dever de coibição ao abuso do direito surge do dever de prestar a tutela jurisdicional em tempo hábil e de forma proba, a fim de que o titular do direito tenha o menor prejuízo possível em sua luta e a maior garantia de efetividade.

* Juíza do Trabalho Substituta no TRT da 3ª Região. Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Doutoranda em Direito Social na Universidad Castilla La Mancha- Espanha.

A Justiça, antes concebida como o direito de dar a cada um o que é seu, passou a ter um novo pressuposto: que o direito da parte seja concedido em tempo hábil, requerendo não somente a tutela, como também a concretização do direito em tempo razoável.

O princípio da celeridade, embora só consagrado expressamente na Constituição Federal com a Emenda Constitucional 45, já era um princípio constitucional implícito ao paradigma atual de Justiça.

No Processo do Trabalho, o princípio da celeridade, assim como seus correlatos, os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e a busca da conciliação ou transação, são tomados em sua máxima expressão, tendo em vista a natureza alimentar dos créditos perquiridos.

Assim é que se faz ainda mais evidente, no Processo do Trabalho, o dever de coibição ao abuso do direito.

2 ABUSO DE DIREITO

2.1 Considerações gerais

De acordo com Planiol (*apud* Almeida 2000, p. 15): “o direito cessa onde o abuso começa [...] e não se pode fazer uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só ato não pode ser, a um só tempo, conforme ao direito e contrário ao direito”.

Os direitos são conferidos aos homens para serem usados de uma forma que se acomodem ao interesse coletivo, obedecendo às suas finalidades, segundo o espírito da instituição. (JOSERAND, *apud* RODRIGUES, 1998, p. 314).

Esta concepção já era desenvolvida por Kant (*apud* SALGADO 1995, p. 245), para quem a idéia de justiça é indissolúvel da liberdade e da igualdade. Assim, o exercício da liberdade de cada um deve compatibilizar-se com a liberdade dos demais. Justa é somente a ação, sob cuja máxima a liberdade de arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos.

Muito se discute acerca da origem da doutrina do abuso de direito. Alguns afirmam que teria se dado no Direito Romano, onde se coibia, ainda que de forma esparsa, o exercício abusivo de um direito (MARTINS, 1997, p. 11). Outros atribuem seu surgimento à Idade Média (BERNAL, 1992, p. 27) e, por fim, há os que dizem que o abuso de direito só se consolidou enquanto teoria a partir do caso de Clement Bayard, julgado por um tribunal francês, no início do século passado (PAMPLONA

FILHO, 1992, p. 467), decisão acerca dos limites ao direito de propriedade à qual se seguiu uma maciça manifestação jurisprudencial.

Independentemente de quando se consagrou enquanto doutrina, convém ressaltar que Platão já explanava um sistema judiciário em que o abuso do direito tinha rigorosa punição, seja às partes, seja ao próprio juiz.

Platão (1999) propõe um sistema judicial com três cortes, mas sua idéia é que as causas, sobretudo as de menor relevância social, sejam decididas apenas na primeira instância, sendo as demais cortes reservadas aos recursos nas causas mais relevantes. Se tais preceitos não forem obedecidos, ele prevê multa ao litigante, traçando os delineamentos para a punição da litigância de má-fé e para a interminável busca pelas instâncias superiores quando não tem o litigante direito ao pleiteado (*Leis*, 956b-957a). Com tais preceitos, Platão veda a protelação do litígio, velando pela solução ágil da controvérsia, o que está de acordo com os preceitos de que o justo só se realiza se o conflito for solucionado em tempo razoável, ou seja, de que a celeridade é um dos pressupostos para a consecução da justiça substancial.

Quanto aos juízes, nenhum juiz ou magistrado poderá cumprir mandato sem prévia prestação de contas, salvo os juízes da corte de apelação (*Leis*, 761e). São também responsáveis pelas lesões que causarem aos cidadãos ou ao Estado e, inclusive, pelas sentenças injustas (*Leis*, 767c-d). A responsabilização do Estado-juiz está de acordo com a mais moderna doutrina administrativa (CARVALHO FILHO, 2002, p. 448).

2.2 Regulamentação na legislação pátria

No Código Civil, o abuso de direito foi equiparado ao ato ilícito, configurando-se quando o seu titular excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes, gerando o dever de indenizar o terceiro prejudicado (artigos 187 e 927 do CC).

O Código Civil adotou a teoria objetiva do abuso do direito, dispensando que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro. A teoria do abuso de direito se aplica a todas as áreas, seja no direito material, seja no direito processual, já que configura-se enquanto princípio geral de direito, também consagrado no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

De acordo com Almeida (2000, p. 23-24):

A opção por conceituar o abuso de direito com a adoção de um modelo jurídico aberto, caracterizado pela referência ao fim econômico e social do direito, à boa-fé e aos bons costumes, permite que o juiz decida se o titular agiu em conformidade

com a realidade social, jurídica e econômica que o cerca; Com isto, fica o juiz autorizado, ao verificar a ocorrência do abuso de direito, atender à constante mutação social.

Podemos notar que não há necessidade do dano para a configuração do abuso do direito, basta a desarmonia com a finalidade a que o direito se destina. E assim, não poderia deixar de ser, sobretudo no processo, já que, embora a parte contrária possa não ter um prejuízo direto decorrente do mau uso do direito, o seu abuso sempre entra em confronto com a Dignidade da Justiça e com a reputação do Judiciário.

No Código de Processo Civil (CPC) está tutelado, principalmente, nos artigos 14 a 18 e 600 a 601, dos quais trataremos mais detidamente no capítulo seguinte. Encontramos também coibição ao abuso do direito nos artigos 125, que define o dever do juiz prevenir ou reprimir os atos atentatórios à dignidade da justiça; 273, que permite a antecipação de tutela quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu e 538, § 1º, que trata da aplicação de multa em caso de embargos declaratórios protelatórios.

Na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) o abuso do direito é disciplinado nos artigos 9º, 467, 729, 732, 765 e 844. O primeiro tipifica como nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da CLT. O segundo visa coibir a protelação do pagamento das verbas rescisórias, quando não há questionamento sobre o motivo da ruptura do vínculo. O terceiro comina multa pelo descumprimento de decisão judicial de reintegração ou readmissão. O quarto trata da pena aplicada ao autor que der causa ao arquivamento de duas ações. O quinto trata do dever do juiz de velar pelo rápido andamento dos litígios e, por fim, o último trata das penas pelo não comparecimento das partes à audiência, seja reclamante, seja reclamado.

O Código de Defesa do Consumidor trata do abuso de direito no seu artigo 28, que disciplina as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.

Passaremos a seguir à configuração do abuso de direito no processo civil e processo do trabalho.

3 REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO NO PROCESSO DO TRABALHO

Não há, na Consolidação das Leis Trabalhistas uma disciplina própria para a repressão ao abuso dos direitos processuais. Assim é que, com a permissão expressa do artigo 769 da CLT, utilizamos subsidiariamente a disciplina do CPC.

3.1 Litigância de má-fé

O artigo 17, embora meramente exemplificativo, traça os contornos mais comuns da litigância de má-fé. Passaremos, a seguir, à análise de cada um de seus incisos.

De acordo com o inciso I do artigo 17 do CPC, reputa-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

A dedução de pretensão contra texto expresso de lei se configura quando a posição do litigante é destituída de qualquer sustentabilidade, ou seja, não acha amparo na doutrina ou na jurisprudência ou não venha acompanhada de justificativa aceitável (ALVIM, 1996, p. 439-440).

De acordo com Dallegrave Neto (1994, p. 21), este dispositivo deve ser interpretado com certa cautela, já que em certos casos a norma em confronto não mais reflete os anseios da sociedade, sendo que o litigante pode se embasar contra a lei, mas fundamentado em um princípio geral de direito.

A dedução contra fato incontroverso resta caracterizada quando a parte se insurge contra fato que não está sendo questionado em juízo em razão de ter-se tornado incontroverso.

O inciso II preceitua como litigante de má-fé aquele que altera a verdade dos fatos. De acordo Bebbber (2003, p. 17):

O dever de verdade exige: a) que se faça afirmação verídica; b) que não se faça afirmação inverídica; c) que não se faça declaração evasiva; d) que não haja omissão sobre algum fato necessário ao esclarecimento da verdade, fato este sobre o qual tenha conhecimento ou que, pela natureza ou circunstância das coisas, não é admissível que possa ignorar (CPC, arts. 340, inc. I e 341, inc. I); e) que não se levante dúvida infundada.

Esclarece o autor que, para a configuração desta figura processual, não se exige o dolo, basta a culpa grave ou o erro inescusável. Sobre o dever de não dizer coisas vagas, acrescenta Arruda Alvim que fazê-lo, de modo intencional, envolve o propósito de confundir, que é vedado por lei (ALVIM, 1996, p. 393-394).

No que tange às partes, embora não se sujeitem à pena do crime de falso testemunho, poderão ser sancionadas pela recusa em depor, com a confissão dos

fatos alegados pela parte contrária (art. 343, § 1º do CPC), pela mentira, com a pena de litigância de má-fé (arts. 17, II e 18, § 2º do CPC).

As testemunhas abusam no processo quando se omitem à convocação judicial ou depondo falsamente.

Conforme o inciso III do artigo 17, litiga de má-fé quem usa do processo para conseguir objetivo ilegal.

No inciso IV, é litigante de má-fé aquele que opõe resistência injustificada ao andamento do processo, o que significa atuar contra a celeridade processual. Tal conduta pode ser assumida tanto pelo autor, quanto pelo réu. De acordo com Dinamarco (2001, p. 261-262):

[...] incide nesta previsão a parte que o faz com o objetivo de criar condições para melhor negociar à custa da necessidade do adversário, ou aquela que simplesmente conta com as demoras do processo para evitar o desembolso do que deve, ou a que pretende fazer com que a tutela jurisdicional não chegue a tempo de ser útil, etc. A resistência injustificada é uma forma bastante ampla, que abrange todas as condutas consistentes em retardar maliciosamente o processo.

O inciso seguinte remete à conduta temerária em qualquer incidente ou ato do processo. Tal conduta independe de ter ou não razão o litigante no incidente, refere-se, tão somente, à forma como se porta processualmente.

De acordo com o inciso VI, é litigante de má-fé aquele que provoca incidentes manifestamente infundados. Tal dispositivo trata do incidente de forma ampla, referindo-se a qualquer insurgência ou provocação destituída de fundamentação ou com fundamentação distorcida (BEBBER, 2003, p. 21).

Por fim, o inciso VII trata do recurso manifestamente protelatório ou seja, sem motivação pertinente, com alegações destituídas de fundamento razoável ou meramente retóricas.

A repressão à litigância de má-fé pode se dar de ofício ou a requerimento, devendo o litigante de má-fé pagar à parte contrária: multa não excedente a 1% sobre o valor da causa e indenização pelos prejuízos que a parte contrária sofreu, desde que não excedentes a 20% sobre o valor da causa ou liquidada por arbitramento, incluindo honorários advocatícios e despesas efetuadas.

A indenização por arbitramento é uma cláusula aberta que permite ao juiz definir uma indenização quando não for possível quantificar com precisão os danos sofridos ou quando os danos forem superiores a 20% do valor da causa. Tal

entendimento está em consonância com os ditames superiores da Justiça, já que a parte lesionada não pode arcar com prejuízos superiores ao valor convencionado em lei, sob pena de gerar um benefício ao litigante de má-fé que lhe der causa a um enorme prejuízo.

3.2 Atentados à dignidade da justiça

O artigo 600 do CPC também é meramente exemplificativo, mas nos dá, de forma concisa, as principais formas de atentado à dignidade da justiça.

De acordo com o inciso I, é ato atentatório à dignidade da justiça a fraude à execução. Tal inciso tem sentido bastante amplo, significando todo ato fraudulento doloso com o intuito de prejudicar o credor, nele se inserindo o conceito em sentido estrito delineado no artigo 593 do CPC (DINAMARCO, 2001, p. 268).

O inciso II delinea o atentado à dignidade da justiça daquele que se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e artificiosos. De acordo com Zavaski (2000, p. 310), a oposição maliciosa pode ocorrer não apenas no âmbito estrito da ação executiva, mas também na liquidação de sentença e na ação de embargos. Tal dispositivo visa reprimir os atos e omissões do devedor que extrapolam os limites do razoável. Afinal, o exercício do contraditório e da ampla defesa: “[...] deve ser compatibilizado com os direitos constitucionais do litigante adversário, nomeadamente o de receber do Estado uma resposta ao seu pedido de tutela jurisdicional em forma efetiva e no menor prazo possível”.

O inciso III, que disciplina a resistência injustificada às ordens judiciais tem sentido amplo, referindo-se, por exemplo, ao não comparecimento pessoal à presença do juiz (CPC, art. 599, inc. I), à não exibição de documento que está em seu poder e a recusa em fornecer informações ou esclarecimentos solicitados. (TEIXEIRA FILHO, 1992, p. 194).

O inciso IV pune a conduta do executado que não indica ao juiz onde se encontram seus bens sujeitos à execução. Diante do fato do oficial de justiça não encontrar bens penhoráveis, deverá o juiz determinar ao devedor que indique estes bens. O não atendimento a esta ordem caracteriza atentado à dignidade da justiça.

Caracterizando-se o atentado à dignidade da justiça, deve o juiz, a requerimento ou de ofício, condenar o executado a pagar ao exequente multa não excedente a 20% do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, tal como a indenização pelos prejuízos sofridos, incluindo despesas e honorários advocatícios.

Não há necessidade de advertência anterior, a sanção deverá ser aplicada tão logo configurado o ato atentatório à dignidade da justiça.

3.2.3 Atos atentatórios ao exercício da jurisdição

De acordo com o artigo 14, V do CPC, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição qualquer ato das partes e de todos aqueles que, de qualquer forma, participem do processo, consistentes em descumprir os provimentos mandamentais, bem como os atos destinados a criar embaraços à efetivação de provimentos jurisdicionais de natureza antecipatória ou final.

Convém ressaltar que os atos atentatórios podem se configurar em qualquer espécie de processo (conhecimento, execução ou cautelar). São provimentos mandamentais aqueles portadores de uma vontade do Estado-juiz, às vezes acompanhados de alguma determinação no sentido de realizar ou omitir uma conduta (MOREIRA, 2002, p. 60) Os provimentos judiciais, antecipatórios ou finais, independem da sua natureza: condenatórios, constitutivos, declaratórios, mandamentais ou executivos *lato sensu*.

A sanção pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição se constitui em multa a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta, em valor não superior a 20% do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

3.3 O abuso de direito e os sujeitos que atuam no processo

De acordo com o artigo 14 do CPC, é dever das partes e de todos os que de qualquer forma participem do processo: I) expor os fatos em juízo conforme a verdade; II) proceder com lealdade e boa-fé; III) não formular pretensão ou defesa, cientes de que estão destituídas de fundamento; IV) não produzir prova ou praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V) cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final.

A multa prevista no parágrafo único deste artigo, de 20% sobre o valor da causa, refere-se, tão somente, ao inciso V e se aplica a todos os que intervêm no processo, salvo aos que estão adstritos exclusivamente aos estatutos da OAB. Assim, não estão abrangidos pela imunidade, atos praticados por advogados públicos.

Convém ressaltar que a restrição à punição ao advogado é, tão somente, referente ao item V e, mesmo assim, não se estende aos atos de má-fé praticados pelo advogado com dolo ou culpa.

De acordo com Dinamarco (2002, p. 68):

[...] a imunidade do advogado constitui uma arbitrariedade que só pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao processo; se todos têm o dever de proceder no processo com lealdade e boa-fé, de expor fatos em juízo conforme a verdade, de dar cumprimento e não resistir à efetivação de sentenças mandamentais, etc. (art. 14, incs.I-V), chegaria a ser inconstitucional dispensá-los de toda essa carga ética, ou de parte dela, somente em nome de uma independência funcional, que deve ter limites. Pelo teor explícito e claro das primeiras palavras do artigo 14, o advogado não fica sujeito à multa ali cominada, mas a lógica do razoável manda que ele fique sujeito a todos os deveres elencados no capítulo e à responsabilidade por litigância de má-fé, nos termos dos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

O artigo 15 do CPC disciplina expressamente a punição ao advogado que não atua com decoro durante em juízo.

Como podemos verificar, o dever de probidade se estende a todos os que, de qualquer forma, participem do processo, o que inclui as partes, os advogados, as testemunhas, o perito, assistente técnico, tradutor, Ministério Público, etc.

3.4 Dever do juiz coibir o abuso do direito

É dever do juiz velar pela rápida solução do litígio e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (artigos 5º da Constituição Federal e 125 do CPC).

A legislação vigente atribui especial relevo aos fundamentos éticos do processo o que, no campo da prestação jurisdicional, significa que os procedimentos judiciais devem ser uma garantia de justiça substancial e não, tão somente, de justiça formal. Assim preceitua Theodoro Júnior (2000, p. 108):

No processo, as partes têm o direito de ampla defesa, mas esse poder não pode, sem justa causa, transformar-se em obstáculo à rápida solução do litígio. Daí conferir-se ao juiz poder para somente indeferir qualquer diligência protelatória (CPC, art. 130) e, em geral, para punir todas as formas de fraude, simulação e litigância de má-fé (arts. 18, 129, 601, etc).

A sanção ao abuso do direito não confronta com o acesso à justiça e com a ampla defesa. Afinal, todos os direitos são relativos e sujeitam-se à observância de requisitos ou pressupostos definidos em lei. Os direitos de ação e de defesa não fogem a esta contingência.

O direito de defender-se não pode equiparar-se ao direito de agir leviana e maldosamente, resistindo à pretensão do autor de maneira apenas a tumultuar e procrastinar o andamento do processo. (Theodoro Junior, 2000, 114).

Convém lembrar que, quando há dois dispositivos constitucionais em choque, a aparente contradição deve ser solucionada pelo princípio da concordância prática, segundo o qual os bens constitucionalmente protegidos devem ser ordenados uns perante os outros de tal forma que cada um deles ganhe concretude. Se há oposição, não se pode sacrificar um valor em função do outro, mas dar a ambos a melhor realização possível (HESSE, 1998, p.1057). Tal se dá também em razão do princípio da unidade da constituição, posto que:

Todas as normas contidas numa constituição têm igual dignidade [...] Compreendido desta forma o princípio da unidade da constituição é uma exigência da ‘coerência narrativa’ do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios no sentido de ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obra de um só autor, exprimindo uma concepção concreta do direito e da justiça. (CANOTILHO, 1998, p. 1057).

Assim, embora todos tenham direito ao acesso à justiça e à ampla defesa, devem utilizar-se deste direito de forma ética, a fim de resguardar a finalidade a que tais princípios se dirigem e até mesmo para compatibilizá-los entre si, garantindo uma decisão substancialmente justa.

4 CONCLUSÕES

Os preceitos coibidores do abuso de direito encontram vasta e rigorosa disciplina na legislação. Entretanto, tal fato não é suficiente, necessário dar aplicabilidade aos dispositivos ora explanados.

Infelizmente, há uma enorme tolerância, por parte do judiciário, dos atos que atentam não só contra a parte contrária, mas também contra a Justiça. Tal fato minimiza, senão torna inoperante, a moralidade e a celeridade processuais, pressupostos da Justiça Material.

O exercício do contraditório e da ampla defesa devem se compatibilizar com os direitos constitucionais do litigante contrário de receber uma resposta do Estado efetiva e em tempo hábil.

A impunidade ao uso abusivo do direito só favorece aqueles que não têm direito, os trabalhadores que buscam a justiça para tentar arrancar algum dinheiro de seu empregador em um vantajoso acordo ou eventual possibilidade de revelia e os empregadores que protelam o pagamento dos direitos daqueles a quem realmente devem.

A Justiça do Trabalho, famosa justiça dos desempregados, cada vez mais se consagra como a “justiça” dos espertos. Por isso, faz-se necessária uma atitude positiva no sentido de dar maior efetividade ao novo paradigma de justiça, antes implícito e hoje expresso na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cléber Lúcio. **Abuso do Direito no Processo do Trabalho**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.
- ALVIM, José Manoel Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 1996.
- BEBBER, Júlio César. **Processo do Trabalho: temas atuais**. São Paulo: LTr, 2003.
- BERNAL, José Manuel Martín **El abuso del derecho**. Buenos Aires: Montecorvo, 1992;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2002.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A litigância de má-fé no processo do trabalho. **Gênesis: Revista de Direito do Trabalho**, jul.1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. v. 2.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MARTINS, Pedro Baptista. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PLATÃO. **As leis**. Incluindo Epinomis. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995;

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Execução no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1992.

ZAVASKI, Teori Albino. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 8.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO JUDICIAL À REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO: REFLEXÕES A RESPEITO DO PRAZO PRESCRICIONAL E DA SUA CONTAGEM SEGUNDO A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Raquel Mendes Viana Monteiro*

RESUMO

Analisa-se no presente trabalho os prazos prescricionais do dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho, inclusive o resultante de acidente de trabalho, segundo as correntes doutrinárias atualmente existentes, bem como a forma de contagem desses prazos em função da regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. Após a pesquisa realizada, chega-se à conclusão que há quatro posicionamentos diversos na doutrina e jurisprudência a respeito dos prazos de prescrição, os quais denominam-se de correntes, conforme se expõe neste trabalho. A seguir, faz-se alguns comentários acerca de cada corrente, expõe-se opinião a respeito da corrente a qual se adota, analisa-se a melhor forma de interpretação da regra de transição do polêmico art. 2.028 do Código Civil de 2002 e, ao final, apresenta-se a conclusão dos prazos prescricionais adotados conforme a data de ocorrência do fato ou ato lesivo, assim como o marco inicial da contagem de cada prazo.

Palavras-chave: Prescrição. Dano moral. Dano patrimonial. Acidente de trabalho. Art. 2028. Código Civil. Interpretação.

1 INTRODUÇÃO

A respeito do tema proposto, é mister colocar que há duas questões a serem analisadas: uma é o prazo prescricional em si (lapso temporal) e outra é o marco inicial da contagem desse prazo, observada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002 (2006, p. 270).

* Analista Judiciário do TRT da 22ª Região; Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal do Piauí - UFPI, em convênio com o Instituto de Estudos Jurídicos - IEJ.
E-mail: raquelviana@trt22.gov.br

Pois bem, o debate sobre os prazos prescricionais do dano decorrente da relação de trabalho, bem como a forma de contagem desses prazos, ainda é recente nos pretórios trabalhistas, como também na doutrina, e tem gerado inúmeras controvérsias, não apenas porque decorrente da nova competência agora expressa no inciso VI do art. 114 da Constituição Federal (2006, p. 909), acrescentado pela EC 45/2004, mas também porque a regra de transição estabelecida pelo art. 2.028 do CC/2002 ainda carece de interpretação.

Após uma profunda reflexão sobre o tema, conclui-se que é possível distinguir quatro posicionamentos diferentes, na doutrina e na jurisprudência, a respeito do prazo prescricional da pretensão judicial à reparação do dano moral ou material decorrentes da relação de trabalho, a seguir comentadas.

2 DAS CORRENTES ATUAIS A RESPEITO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO JUDICIAL À REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DA RELAÇÃO TRABALHISTA

A primeira, defendida por alguns doutrinadores, encabeçada pelo eminente Juiz e Professor Souto Maior (2006, p. 7-16), ao nosso ver, *data venia*, é um tanto quanto extremista, pois sustenta que o prazo é imprescritível em razão de tratar-se de um direito fundamental do trabalhador e/ou de sua família, direito este de natureza pessoal, intransmissível e irrenunciável, ou, em outras palavras, um direito constitucional (e não simplesmente um direito civil), fundado no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal (2006, p. 870), pois diz respeito à reparação do dano à dignidade, à honra, à imagem, ou até mesmo à vida do ser humano (o trabalhador), considerando, neste último, os casos em que o trabalhador é vítima fatal de acidente de trabalho.

A segunda corrente sustenta que é aplicável a regra geral da prescrição trabalhista, referente aos créditos trabalhistas, de cinco anos durante o contrato de trabalho, até dois após a extinção deste, prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal (2006, p. 874). Tal posição decorre da consideração de dois fatores: um é o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar tal pedido e o outro seria em razão da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, tendo em vista que a prescrição civil, na vigência do Código de 2002, é de três anos, conforme dicção do art. 206, § 3º, V (2006, p. 36).

Tais argumentos, contudo, não resistem a uma análise mais profunda, pois a prescrição não decorre da competência material do juízo para apreciar o pedido, mas sim da natureza do direito material discutido. E a prescrição é instituto de direito material (regulada pelo Código Civil), enquanto a competência é instituto de direito processual. Além do mais, a reparação do dano moral ou material decorrente da

relação de trabalho não se trata de crédito trabalhista em sentido estrito, não se encaixando, portanto, na previsão do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal (2006, p. 874). Por fim, é sabido que na Justiça do Trabalho não se aplicam apenas normas de caráter estritamente trabalhista, consoante dicção do art. 8º da CLT (2006, p. 37), a exemplo da prescrição da pretensão ao recolhimento dos depósitos fundiários, direito este que tem prescrição trintenária, nos termos da Lei 8.036/90, art. 23, § 5º.

A terceira corrente argumenta que a prescrição aplicável é a civil, porque, apesar de praticado o dano em decorrência da relação de trabalho e a despeito da competência da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de reparação do dano, trata-se de uma ação de caráter pessoal e, portanto, são aplicáveis as normas do Código Civil, que, em suma, é de vinte anos na vigência do Código de 1916, nos termos do art. 177 (2003, p. 1702), e de três na vigência do Código de 2002, como já foi dito (art. 206, § 3º, V).

Quanto à aplicação da prescrição vintenária na vigência do Código de 1916 (art. 177), parece que não há qualquer divergência na doutrina e jurisprudência, pelo menos para os que sustentam a aplicação da prescrição civil para a questão em debate, pois o referido art. 177 refere-se às ações pessoais de modo geral, não havendo previsão específica para a reparação do dano moral ou material. Contudo, com a alteração nos prazos de prescrição pelo Código Civil de 2002 - para dez anos quando a lei não haja fixado prazo menor (art. 205, que substituiu a regra geral contida no antigo art. 177) e para três anos quando se tratar de pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, V), a matéria torna-se bem mais complexa e exige reflexão mais profunda, surgindo, então, a quarta corrente, divergindo desta terceira apenas quanto à prescrição na vigência do Código de 2002.

A quarta corrente, que também tem alguma afinidade com a primeira corrente exposta, sustenta que a pretensão à reparação do dano decorrente da relação de trabalho não advém originalmente do Código Civil, mas sim da Constituição Federal, alicerçado em seu art. 5º, incisos V e X, como parte dos direitos e garantias fundamentais. Ocorre que tal direito apenas passou a ser previsto no nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1988 (dispositivo retrocitado), e já elevado à categoria de direito fundamental, de modo que anteriormente era considerado uma reparação de índole meramente civil. É por isso que não há polêmica quanto à aplicação da regra geral da prescrição vintenária prevista no art. 177 do CC/1916, durante a sua vigência.

Porém, não há como aplicar a previsão do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, ao dano decorrente da relação de trabalho. É que a reparação civil a que se refere o citado dispositivo deve ser interpretada em sentido estrito, quer dizer, referente a um bem, a uma coisa, a um patrimônio. Já o dano moral ou material decorrente da relação trabalhista tem índole constitucional, uma vez que diz respeito à dignidade,

à honra, à imagem, ou até mesmo à vida do ser humano, no caso o trabalhador - não se trata de um direito de natureza puramente trabalhista ou meramente civil (exclusivamente patrimonial), mas sim um direito pessoal e constitucional do trabalhador e/ou de sua família.

Assim sendo, considerando que não se trata de uma pretensão de reparação civil em sentido estrito, e que não existe previsão legal específica no nosso ordenamento jurídico para a pretensão de reparação do dano decorrente da relação trabalhista, argumentam os adeptos da quarta corrente que a solução mais razoável é aplicar, por exclusão, na vigência do Código Civil/2002, o prazo geral de dez anos previsto no art. 205 (que substituiu a regra geral prevista no antigo art. 177): “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. De fato, esta quarta corrente parece a mais razoável, a mais justa e a mais equânime de todas as correntes expostas, precipuamente sob a ótica da proteção ao trabalhador, sustentáculo do Direito do Trabalho. Contudo, tudo indica que a tendência é a de que prevaleça na doutrina e jurisprudência o entendimento majoritário defendido pela terceira corrente.

Destarte, após esta breve exposição sobre os prazos prescricionais do dano decorrente da relação trabalhista, segundo as correntes doutrinárias existentes, passa-se à análise da forma de contagem do prazo em função da regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002.

3 DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DO DANO DECORRENTE DA RELAÇÃO TRABALHISTA EM FUNÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Tal matéria também exige uma reflexão mais aprofundada, precipuamente em razão da redação do art. 2.028 do Código Civil, que não prima pela boa técnica legislativa, sendo confusa, incompleta e de difícil elucidação, pois apenas prevê a aplicação dos prazos da lei anterior quando houver a redução destes, e quando houver transcorrido mais da metade do tempo anteriormente estabelecido, não havendo qualquer menção a respeito dos casos em que, reduzido o prazo, não houver transcorrido ainda mais da metade do tempo estabelecido.

Além do mais, houve uma alteração significativa a respeito do prazo prescricional da reparação civil. É que sob a égide do CC/1916, a prescrição da pretensão à reparação civil enquadrava-se na regra geral do art. 177 (vinte anos), pois não havia previsão específica de prazo para esta hipótese, e com a vigência do CC/2002, o prazo foi reduzido em dezessete anos, estipulado atualmente em três anos, conforme a regra específica do art. 206, § 3º, V.

Assim dispõe o art. 2.028: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Vale lembrar, por oportuno, que o novo Código Civil entrou em vigor a partir de 12-01-2003. Pois bem, diante da omissão quanto aos casos em que, reduzido o prazo, não houver ainda transcorrido mais da metade do prazo previsto na lei anterior, a tendência natural é de se adotar o prazo prescricional de três anos da lei nova diretamente, com marco inicial a contar da data do fato, pois a regra é que o prazo prescricional deflagra-se a partir da ocorrência do ato que viola o direito subjetivo.

Entretanto, tal aplicação propicia situações ilógicas e absurdas, por exemplo: se um fato hipotético de reparação de dano ocorreu em 1992, implica dizer que na data de entrada em vigor do novo Código (12-01-2003) já teria decorrido mais da metade do prazo prescricional da lei anterior e, neste caso, não sofrerá os efeitos da nova prescrição, aplicando-se o prazo de vinte anos do CC/1916, podendo a ação de reparação de danos ser ajuizada até 09-01-2013. Contudo, se um fato semelhante ocorreu posteriormente, em fevereiro/1993 (ou mesmo em 2003), por exemplo, quando não teria transcorrido mais da metade do prazo da lei antiga na data de entrada em vigor do CC/2002, aplicando-se o novo prazo de três anos, a partir da data do fato, hoje já estaria prescrita a pretensão de reparação de danos, ocorrendo então uma prescrição retroativa, isto é, que teria se consumado antes mesmo da entrada em vigor do novo Código.

Portanto, não há como adotar os novos prazos previstos no CC/2002 (seja o do art. 206, § 3º, V - de três anos, seja o do art. 205 - de dez anos) a partir da data do fato, sob pena da lei nova acarretar a consumação do prazo antes da sua vigência.

Assim sendo, visando sanar disparidades e desigualdades, os prazos prescricionais reduzidos pelo CC/2002, quando não houver transcorrido mais da metade do prazo estabelecido no Código anterior, deverão ser contados a partir da vigência do novo Código (a partir de 12/01/2003), desprezando-se o tempo que já havia fluído sob a égide da lei revogada. Esta é a solução mais razoável e lógica, apta a suprir a omissão do art. 2.028 sem afrontar princípios básicos do direito, inclusive o princípio constitucional da isonomia, nem descambar para o absurdo. Por outro lado, tal interpretação atende ao fim colimado pelo legislador quando da elaboração da norma, entre os prazos pendentes mais antigos e os mais recentes.

Convém colocar que tal critério foi utilizado pelo art. 169, 2ª alínea, da Lei de Introdução ao Código Civil da Alemanha, ora transcrito da obra de Amaral (2002, p. 573): “se o prazo de prescrição, conforme o Código Civil, é mais curto do

que segundo as leis anteriores, computa-se o prazo mais curto a partir da entrada em vigor do Código Civil”.

A mesma linha é a adotada no atual Código Civil de Portugal, art. 297º, 1, dispositivo ora transcrito da obra de Diniz (2005, p. 1618):

A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar.

Aliás, essa interpretação foi a adotada pelo Conselho da Justiça Federal, consolidada em enunciado aprovado e publicado na Jornada de Direito Civil, promovida em setembro/2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, a seguir transcrito:

Enunciado 50. A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206).

Nesse mesmo diapasão entoam os renomados processualistas Nery Junior e Andrade Nery (2006, p. 1047), ao comentarem o art. 2.028 do CC/2002, ou seja, que os prazos prescricionais reduzidos pelo CC/2002 referentes aos casos em que não houver transcorrido mais da metade do prazo estabelecido no Código anterior, deverão ser contados a partir da vigência do novo Código.

É imprescindível, no tocante à matéria debatida, relembrar as regras de hermenêutica, observando o que diz Ferrara (1987, p. 150): “as omissões no texto legal, com efeito, nem sempre significam exclusão deliberada, mas pode tratar-se de silêncio involuntário, por imprecisão de linguagem.”

Vale ressaltar também o ensinamento clássico do eterno Maximiliano (1999, p. 19-113), segundo o qual o direito deve ser interpretado de forma inteligente, a fim de que a lei não albergue um absurdo.

A propósito do tema, vale citar o posicionamento do doutrinador Oliveira (2007, p. 278-279):

Se vier a prevalecer o entendimento de aplicação do prazo prescricional de três anos do Código Civil atual, deverá ser

observada, quando for o caso, a regra de transição prevista no art. 2.028.

Considerando essa hipótese da redução do prazo e as regras do direito intertemporal, pode-se adotar, didaticamente, a seguinte divisão no que se refere à prescrição das ações indenizatórias por acidente de trabalho:

Acidentes de trabalho ocorridos antes de 12 de janeiro de 1993 – Será observada a prescrição de 20 anos prevista no art. 177 do Código Civil de 1916, uma vez que na data da vigência do novo Código já havia transcorrido mais de dez anos do início da contagem do prazo prescricional (art. 2.028 de Código de 2002).

Acidentes de trabalho ocorridos entre 12 de janeiro de 1993 e 11 de janeiro de 2003 – É certo que será aplicada a prescrição do novo Código Civil (art. 2.028), mas o texto legal não estabelece a regra de contagem. Uma leitura apressada pode até sugerir que, se na data de vigência do novo Código já tivessem transcorrido mais de três anos do acidente, a prescrição já estaria consumada. Essa equivocada conclusão, além de atribuir efeito retroativo ao novo Código, ainda surpreenderia a vítima, fulminando a pretensão tão-somente pela vigência da nova regra da prescrição.

O entendimento que está prevalecendo na doutrina e jurisprudência recomenda a aplicação do novo prazo reduzido, porém com reinício de contagem a partir da vigência da lei nova.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, tem-se que os prazos prescricionais a serem adotados para a pretensão do dano moral ou patrimonial decorrente da relação de trabalho são: na vigência do Código Civil de 1916 - a prescrição de vinte anos prevista no art. 177; e na vigência do Código Civil de 2002 - a prescrição de dez anos prevista na regra geral do art. 205 (que substituiu o antigo art. 177).

Conforme dito alhures, entende-se que a adoção da prescrição decenal do art. 205 do novo Código Civil, na sua vigência, é mesmo a melhor interpretação para o pedido de reparação do dano decorrente da relação de trabalho (inclusive o resultante de acidente de trabalho), tendo em vista que foi elaborada à luz da Constituição Federal, especialmente considerando os direitos e garantias fundamentais do trabalhador, já que não se trata de um direito de natureza puramente trabalhista ou de um direito meramente civil (sob o ponto de vista patrimonial), mas sim de um direito pessoal e constitucional do trabalhador e/ou de sua família.

Já quanto ao art. 2.028 do Código Civil, a melhor interpretação é no sentido de que os prazos prescricionais reduzidos pelo CC/2002, quando não houver transcorrido mais da metade do prazo estabelecido no Código anterior, deverão ser contados a partir da vigência do novo Código (a partir de 12/01/2003), desprezando-se o tempo que já havia fluído sob a égide da lei revogada.

Sem sombra de dúvida, esta é a solução mais razoável e lógica, que, ao mesmo tempo: supre a omissão do art. 2.028; não afronta princípios básicos do direito (especificamente o princípio constitucional da isonomia); não alberga casos absurdos; e atende ao fim colimado pelo legislador quando da elaboração da norma (eliminando as desigualdades entre os prazos pendentes mais antigos e os mais recentes).

Destarte, os prazos prescricionais, bem como a forma de contagem desses prazos em função da regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002, devem ser considerados da seguinte forma:

1) para fatos ou atos ocorridos antes de 12 de janeiro de 1993 - prazo prescricional de vinte anos do art. 177 do CC/1916, contado da data do fato;

2) para fatos ou atos ocorridos a partir de 12 de janeiro de 1993 até 11 de janeiro de 2003 - prazo prescricional de dez anos do art. 255 do CC/2002, contado a partir da vigência do novo Código (a partir de 12/01/2003), desprezando-se o tempo que já havia fluído sob a égide da lei revogada; e

3) para fatos ou atos ocorridos a partir de 12 de janeiro de 2003 - prazo prescricional de dez anos do art. 255 do CC/2002, contado da data do fato.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 4 ed. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1987, p. 150.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. São Paulo: Forense, 1999, p. 19-113.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4. ed., São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTr, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **DANO MORAL E MATERIAL. Prescrição do direito de ação para pleitear indenização decorrente de acidente de trabalho.** Revista do Direito Trabalhista. Brasília-DF, Ano 12, n. 6, jun./2006.

CÓDIGO CIVIL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 57. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÓDIGO CIVIL / Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. Adendo Especial - Código Civil de 1916. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Compilação de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins. 33 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRANCA

Processo TRT - RORXOF N°00980-2005-002-22-00-6

RELATOR : DESEMBARGADOR FAUSTO LUSTOSA NETO
REVISOR : JUIZ CONVOCADO GIORGI ALAN M. ARAUJO
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE TERESINA
ADVOGADO : JOSÉ WILSON FERREIRA DE ARAÚJO JÚNIOR
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 22ª
REGIÃO
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO LUSTOSA CAMINHA
ORIGEM : 2ª VARA DO TRABALHO DE TERESINA

EMENTA:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Decorre dos art. 127 e 129 da Constituição da República e do art. 83, V, da Lei Complementar nº 75/1993 a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos, tais como o direito à dignidade humana de crianças e adolescentes que exercem atividade laborativa junto ao aterro sanitário municipal, em condições insalubres e degradantes.

TRABALHO INFANTIL. ERRADICAÇÃO. ATERRO SANITÁRIO DE TERESINA. PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE QUANTO AO ACESSO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO. FITO PEDAGÓGICO. PERTINÊNCIA.

É certo que a erradicação do trabalho do menor envolve diversos fatores, dentre eles a conscientização social, cujo alcance exige um processo longo e demorado. Contudo, na hipótese dos autos, o que se está exigindo do Município de Teresina é a erradicação do trabalho de menores apenas no aterro sanitário, cuja propriedade lhe pertence, sendo, portanto, de sua responsabilidade impedir o acesso de menores àquele local. Bastaria que o Município de Teresina dotasse o aterro sanitário de muros altos e intransponíveis, além de vigilantes permanentes e em número suficiente para evitar o acesso das crianças e adolescentes àquele local, que, dadas as condições insalubres, acarreta danos à saúde daqueles menores, além de ofender a própria dignidade humana, direito fundamental do ser humano e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º).

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e recurso ordinário interposto pelo MUNICÍPIO DE TERESINA em face da r. sentença de fls. 152/164, que julgou procedente em parte os pedidos objeto da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, condenando a municipalidade nas obrigações de fazer consistentes na eliminação, no prazo de 30 dias, do trabalho de crianças e adolescentes no aterro sanitário de Teresina, sob pena de multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), e na comprovação, no prazo de 120 dias, da implementação de programas destinados a proporcionar a inclusão social de crianças e adolescentes que sobrevivem da cata do lixo no aterro sanitário de Teresina, sob pena de multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e ainda na obrigação de pagar indenização pela lesão aos direitos difusos e coletivos no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), reversível ao Fundo Municipal da Criança e Adolescente.

Nas razões recursais de fls. 167/184, o Município de Teresina argúi preliminarmente a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar a presente demanda, alegando, em suma, que inexistente relação de trabalho entre o Município recorrente e as pessoas que freqüentam o aterro sanitário.

Suscita também em sede de preliminar a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Trabalho para promover ação civil pública em defesa de interesses estranhos à relação de trabalho, além do que tais interesses, sob a sua ótica, seriam individuais homogêneos, cuja defesa, no seu entender, não pertence ao Ministério Público.

No mérito, o município recorrente sustenta que desde 1999 vem desenvolvendo programas de erradicação do trabalho infantil junto ao aterro sanitário, tais como a parceria com Fundo das Nações Unidas para a Infância-Unicef e com a DRT, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, organização e qualificação de grupos de catadores de material reciclável, realização de campanhas educativas, dentre outras medidas. Contudo, aduz que, apesar dos esforços da municipalidade, é difícil evitar o acesso das crianças e adolescentes ao aterro sanitário, uma vez que o problema implica conscientização social da população, impossível de ser efetivada de forma imediata.

Argumenta, assim, que é impossível a resolução do problema no prazo exíguo de 30 dias como imposto na sentença recorrida.

Por fim, insurge-se contra os valores das multas arbitrados na sentença, ao fundamento de que são desarrazoados desproporcionais, sobretudo considerando a conjuntura econômico-financeira do Município de Teresina, razão pela qual requer, caso seja mantida a condenação, a redução de tais valores.

O Ministério Público do Trabalho ofereceu as contra-razões de fls. 231/236, impugnando cada uma das preliminares levantadas e, no mérito, postulando o desprovimento do apelo

Na função de *custos legis*, o Ministério Público do Trabalho manifestou-se à fl. 239, reportando-se, por medida de economia processual, às contra-razões de fls. 231/236 e recomendando seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Remessa *ex officio* cabível, nos termos do art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 779/69 e Súmula 303 do TST, ante a sucumbência de pessoa jurídica de direito público. Também satisfeita a exigência do art. 475, § 2º, do CPC, com a

modificação da Lei n.º 10.352, de 26/12/2001, porque o valor arbitrado à condenação foi superior a sessenta salários mínimos.

O recurso ordinário é cabível e tempestivo (fl. 200). As custas processuais foram dispensadas na sentença, sem necessidade de depósito recursal (Decreto-Lei n.º 779/69). A representação do recorrente está regular (advogado ocupante de cargo público – mandato tácito à fl. 140). Ante o implemento dos requisitos legais, conhece-se do apelo.

FUNDAMENTAÇÃO

A matéria veiculada no recurso ordinário guarda liame com a da remessa obrigatória, o que leva a que sejam apreciados conjuntamente.

PRELIMINARES

- Incompetência absoluta da Justiça do Trabalho

Com efeito, decorre do inciso IX do art. 114 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a competência ampla desta Justiça Especializada para, além das ações oriundas da relação de trabalho (inciso I do mesmo artigo), processar e julgar “outras convérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.” Ora, se a Lei Complementar n.º 75/93 confere ao Ministério Público do Trabalho, como ramo do Ministério Público da União, o poder-dever de propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, decorrentes das relações de trabalho (Inciso V do art. 83) e promover a ação civil pública inclusive para defender interesses individuais homogêneos indisponíveis, não haveria outro foro competente para a discussão em tela que não fosse a Justiça do Trabalho.

Como bem destacado na decisão de 1º grau, foi trazida ao exame desta Justiça Especializada a notícia de trabalho e de exploração de trabalho de crianças e adolescentes no aterro sanitário de Teresina, em condições insalubres e degradantes, por culpa do Município, que não dá ao lixo da cidade o tratamento adequado.

É sofisticado o argumento de que esta Justiça seria incompetente para examinar ação civil pública tendente à correção desses fatos por não ser o Município de Teresina o tomador dos serviços dessas crianças e adolescentes. Essa leitura do ente público está a reduzir a Justiça do Trabalho ao patamar de mero solucionador de contendas entre patrão e trabalhador, olvidando a diretriz oposta que decorre da ampliação de competência resultante da Emenda Constitucional n.º

45/2004 e desviando-se ademais do Norte da Proteção Integral devida às crianças e aos adolescentes em virtude de sua condição especial de seres humanos em desenvolvimento. Em casos assim, este ramo do Poder Judiciário da União deixa de ser a “Justiça dos que trabalham” para, provocada pelo Ministério Público, assumir o papel que a Constituição Federal também lhe outorga de mantenedora da garantia de não imposição de trabalho degradante e insalubre a crianças e adolescentes.

Ante tais fundamentos, rejeita-se a prefacial levantada.

- Ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho

Suscita o recorrente a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Trabalho para promover ação civil pública em defesa de interesses estranhos à relação de trabalho, além do que tais interesses, sob a sua ótica, seriam individuais homogêneos, cuja defesa, no seu entender, não pertence ao Ministério Público.

Sem razão.

Primeiro, deve-se dizer que a possibilidade de se defender direitos individuais homogêneos em ação civil pública decorre expressamente do art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, vazado nos seguintes termos:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Por outro lado, o fato do Município recorrente não manter vínculo de emprego com as crianças e adolescente que laboram junto ao aterro sanitário não tem o condão de afastar a legitimidade do *Parquet* Laboral para a defesa do direito à dignidade destas crianças e adolescentes.

A Constituição Federal em seu art. 127 incumbiu o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atribuindo-lhe no art. 129, como função institucional, a promoção da ACP para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente

e de outros interesses difusos e coletivos, prevendo, ainda, no inciso IX, outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade.

Neste contexto, a Lei Complementar nº 75/93 confere ao Ministério Público do Trabalho, como ramo do Ministério Público da União, o poder-dever de propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, decorrentes das relações de trabalho (Inciso V do art. 83). A questão debatida nos autos diz respeito ao trabalho e exploração de trabalho de crianças e adolescentes no aterro sanitário de Teresina em condições insalubres e degradantes. Inafastável, pois, a legitimidade do *Parquet* laboral para atuar no feito, como guardião da ordem jurídica e dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Assim, considerando a magnitude da lesão perpetrada pelo ente público municipal e o objetivo buscado na presente ação, que é garantir a dignidade às crianças e adolescentes que exercem atividade laborativa junto ao aterro sanitário desta capital, resta evidenciada a legitimidade do *Parquet* para atuar na presente demanda.

Ante tais fundamentos, rejeita-se a prefacial levantada.

MÉRITO

- Da obrigação de fazer

Quanto ao mérito, propriamente, o recorrente alega que desde 1999 vem desenvolvendo programas de erradicação do trabalho infantil junto ao aterro sanitário e que, apesar dos esforços da municipalidade, é difícil evitar o acesso das crianças e adolescentes ao local, uma vez que o problema implica conscientização social da população, impossível de ser efetivada de forma imediata, sobretudo no prazo exíguo de 30 dias imposto na sentença recorrida.

Com efeito, na instrução processual puderam ser constatadas todas as irregularidades apontadas pelo Ministério Público do Trabalho, restando evidenciada a negligência municipal em relação ao trabalho de menores junto ao aterro sanitário, cuja propriedade lhe pertence.

Basta que se examine os autos do inquérito civil público juntado ao presente feito para verificar a vasta prova documental colacionada, toda informando a presença de menores no aterro sanitário desta capital, em condições insalubres e degradantes, por culpa do Município de Teresina, que além de não dar ao lixo da cidade o tratamento adequado, não disponibiliza vigilância suficiente para evitar o acesso das crianças ao local.

É certo que a erradicação do trabalho do menor envolve diversos fatores, dentre eles a conscientização social, cujo alcance exige um processo longo e demorado. Contudo, na hipótese dos autos, o que se está exigindo do Município de Teresina é a erradicação do trabalho de menores apenas no aterro sanitário, cuja propriedade lhe pertence, sendo, portanto, de sua responsabilidade impedir o acesso de menores àquele local. Assim, não se mostra desarrazoado e tampouco exíguo o prazo de 30 dias conferido pela sentença para o cumprimento da obrigação de fazer acima referida, sobretudo considerando que há muito tempo a municipalidade vem sendo instada a eliminar o trabalho de menores junto ao aterro sanitário.

Como destacou o Ministério Público do Trabalho em sede de contra-razões, bastaria que o Município de Teresina dotasse o aterro sanitário de muros altos e intransponíveis, além de vigilantes permanentes e em número suficiente para evitar o acesso das crianças e adolescentes àquele local, que dadas as condições insalubres, acarreta danos à saúde daqueles menores, além de ofender a própria dignidade humana, direito fundamental do ser humano e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º).

Assim, mantém-se na íntegra a condenação relativa à obrigação de fazer, inclusive no que tange ao valor da multa por descumprimento, fixada em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), pois que, a par do caráter inibitório e coercitivo, tem elevada índole pedagógica, cuja finalidade é coagir a parte ao cumprimento da obrigação na forma específica, sendo de sua própria natureza a fixação em valor significativamente alto para que iniba a parte em descumprir a obrigação.

Contudo, a sentença merece reparo no que tange à segunda multa imposta, relativa à obrigação de comprovar, no prazo de 120 dias, a implementação de programas destinados a proporcionar a inclusão social de crianças e adolescente que sobrevivem da cata do lixo no aterro sanitário. É que a comprovação exigida no *decisum* somente poderá ser de fato concretizada através da atividade fiscalizatória dos órgãos competentes. Por essa razão, não se revela justo seja a municipalidade compelida a pagar multa por uma obrigação que exige para seu cumprimento o exercício conjunto da atividade fiscalizatória dos órgãos competentes. Dessa forma, dá-se provimento parcial ao apelo, para excluir da condenação a multa relativa à segunda obrigação de fazer imposta ao Município recorrente.

- Da reparação do dano coletivo

Pretende o recorrente a reforma do *decisum* também em relação ao valor da indenização pela lesão causada aos direitos difusos e coletivos arbitrada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), alegando ser desarrazoada e desproporcional.

Prima facie, cumpre destacar que o município não se insurge contra a indenização em si, mas apenas em relação ao valor arbitrado, que reputa exagerado e desproporcional.

Rememore-se que o Município recorrente foi condenado em obrigação de fazer (eliminar de forma definitiva o trabalho de crianças e adolescentes no aterro sanitário de Teresina), sob pena de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em caso de reincidência, e ao pagamento de indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) pelo dano moral coletivo perpetrado.

O novo Código Civil estatui em seu art. 934 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Todavia, tratando-se de dano moral não é possível fixar critérios objetivos de aferição do valor indenizatório. Prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias que a maneira mais adequada para se especificar o numerário a ser pago como indenização por danos morais é o arbitramento. Neste sentido, vale transcrever as lições de Caio Mário da Silva Pereira, *in verbis*:

O dano moral puro, excepcionados casos em que a lei especialmente cuidou do assunto (Lei de Imprensa...), terá a indenização levantada através de arbitramento (art. 1.553, CC). O arbitramento para aferir em pecúnia a lesão do dano moral deverá fazer âncora na razoabilidade, levando-se em conta fatores outros tais como as seqüelas psíquicas impostas à vítima bem assim a posse patrimonial do agressor. Temos na doutrina que ‘a vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. (Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições**, Ed. Forense, Rio, 1972, v. II, nº 176)

(Francisco Antônio de Oliveira, Do dano Moral, Revista Gênesis, nº 56, agosto/97)

Maurício Godinho Delgado (*in* Curso de Direito do Trabalho, 3. ed., São Paulo, LTr, 2004, p.623) leciona que “o montante indenizatório, com respeito ao dano moral (inclusive estético), é fixado pelo órgão judicante por meio de um juízo de equidade”, afirmado, ainda, que “tal juízo de equidade é o único que se harmoniza com a amplitude dos comandos constitucionais incidentes à situação em análise (art. 5º, V e X, art. 7º, XXVIII, CF/88)”.

Inexistem, pois, critérios legais para a fixação do valor para a indenização de danos morais, cuja reparação possui natureza dupla, objetivando de um lado satisfazer ou compensar o lesado, e de outro, sancionar o lesante, servindo de desestímulo a novas condutas antijurídicas. A condenação pecuniária deve ter, portanto, caráter pedagógico.

Assim, “na fixação do quantum deve preponderar o objetivo de fazer o ofensor sentir, por força da sanção (pecuniária), exemplarmente, as conseqüências da conduta danosa, considerando o prejuízo ensejado à coletividade, em bens de alta significação moral e social” (*in* Xisto Tiago de Medeiros Neto, **Dano Moral Coletivo**, São Paulo, LTr, 2004, p. 272).

Contudo, além do caráter pedagógico, não se pode olvidar que a indenização por dano moral objetiva também compensar o lesado. Tratando-se de dano moral coletivo, todavia, o valor da indenização não reverte em prol dos verdadeiros ofendidos, que na hipótese em apreço, são as crianças e adolescentes que exercem atividade alaborativa no aterro sanitário desta capital. Esse valor indenizatório destina-se ao Fundo Municipal da Criança e Adolescente, cujos critérios de aplicação dos recursos têm cunho genérico, dificilmente redundando em benefícios aos verdadeiros ofendidos.

A multa aplicada, por conseguinte, não repõe os prejuízos causados aos menores que se sujeitam às condições degradantes advindas do não tratamento do lixo. Concebe-se que na ótica dos interesses individuais homogêneos há campo para, em criação jurisprudencial, reverter-se a multa decorrente do dano aos próprios ofendidos. Porém, o presente caso ressentir-se de pedido nesse sentido.

De efeito, considerando a inexistência de parâmetros legais para fixação do valor da indenização resultante do dano coletivo, o que impõe a adoção do critério de arbitramento, tendo-se em mira, por outro lado, que o valor da indenização não reverte para os próprios ofendidos, mas para o Fundo Municipal da Criança e Adolescente, o que lhe confere caráter meramente pedagógico, e, ainda, considerando, sobretudo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dá-se parcial provimento ao recurso da municipalidade para reduzir a indenização por dano coletivo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por reputar suficiente a atender o fim pedagógico a que se destina.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e da remessa oficial e, por maioria, rejeitar as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho e, por unanimidade, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa do MPT e, no mérito, dar-lhes parcial provimento para reduzir a indenização por dano coletivo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e excluir da condenação a multa relativa à segunda obrigação de fazer imposta ao Município de Teresina. Vencido, parcialmente, o exmo. Sr. Juiz Convocado Giorgi Alan Machado Araújo (Revisor) que acolhia a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho.

Teresina(PI), 03 de abril de 2007.

Fausto Lustosa Neto
Desembargador Relator

CIENTE: Procuradoria Regional do Trabalho

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 27/2007

Ref. PA – 110/2007

Certifico que o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Segunda Região, em Sessão Administrativa, hoje realizada, apreciando o processo administrativo nº **110/2007**, RESOLVEU, por unanimidade de seus membros efetivos, **APROVAR** a proposição da Presidência desta E. Corte de criação da Comissão Permanente de Jurisprudência no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, com a seguinte composição:

Membros:

Exmo. Sr. Desembargador Francisco Meton Marques de Lima
(Presidente)

Exmo. Sr. Desembargador Fausto Lustosa Neto

Exma. Sra. Desembargadora Liana Chaib

Suplente:

Exmo. Sr. Desembargador Manoel Edilson Cardoso

Presentes os Exmos. Srs. Desembargadores Federais do Trabalho: Arnaldo Bason Paes (Presidente), Manoel Edilson Cardoso (Vice-Presidente), Wellington Jim Boavista, Laercio Domiciano, Francisco Meton Marques de Lima, Fausto Lustosa Neto, e a Exma. Sra. Evanna Soares, Procuradora do Trabalho da 22ª Região. Ausentes, justificadamente, as Exmas. Sras. Desembargadoras Enedina Maria Gomes dos Santos e Liana Chaib.

Teresina, 06 de março de 2007 (terça-feira).

CASSANDRA GOMES EVARISTO LEAL

Secretária do Tribunal Pleno

***Certifico que a R.A. nº 27/07 foi publicada no DJT nº 849, de 09.03.07.**

Rev. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 4	n. 1	p. 299	jan. / dez. 2007
------------------------	----------	------	------	--------	------------------

BRANCA

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 52/2007

Certifico que o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Segunda Região, em Sessão Administrativa, hoje realizada, apreciando o processo administrativo nº **299/2007**, RESOLVEU, por unanimidade de seus membros, **APROVAR** a proposta da Presidência deste Regional de criação da Escola Judicial e de Administração Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, nos termos do regulamento em anexo. Presentes os Exmos. Srs. Desembargadores Arnaldo Boson Paes (Presidente), Manoel Edilson Cardoso (Vice-Presidente), Wellington Jim Boavista (presente, embora em gozo de férias regulamentares), Laercio Domiciano, Francisco Meton Marques de Lima, Fausto Lustosa Neto e Liana Chaib, e o Exmo. Sr. João Batista Luzardo Soares Filho, Procurador do Trabalho da 22ª Região. Ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Desembargadora Enedina Maria Gomes dos Santos.

Teresina, 21 de maio de 2007 (segunda-feira).

CASSANDRA GOMES EVARISTO LEAL

Secretária do Tribunal Pleno

ANEXO DA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 52/2007

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO ESCOLA JUDICIAL E DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA REGULAMENTO

CAPITULO I DA SITUAÇÃO INSTITUCIONAL

Art. 1º - É criada a Escola Judicial e de Administração Judiciária do TRT da 22ª Região, com sede na cidade de Teresina.

CAPITULO II DA NATUREZA E DOS FINS

Art. 2º - A Escola Judicial e de Administração Judiciária é órgão do Tribunal, com autonomia didático-científica e administrativa-organizacional.

Parágrafo único – A Escola contará com dois núcleos distintos:

I – Núcleo de Preparação e formação de magistrados;

II – Núcleo de capacitação e desenvolvimento de servidores.

Art. 3º - A Escola tem por finalidades a preparação, a formação, o treinamento, o aperfeiçoamento, o desenvolvimento e a capacitação de magistrados e de servidores.

§ 1º - Para a consecução dessas finalidades a Escola poderá:

I – apoiar as comissões de concurso para ingresso na magistratura e para a admissão de servidores;

II – realizar cursos regulares de preparação, formação, treinamento, aperfeiçoamento, desenvolvimento e capacitação de magistrados e servidores;

III – promover atividades de ensino e pesquisa;

IV – dirigir e editar a Revista do Tribunal e trabalhos de interesse jurídico;

V – manter intercâmbio com as demais Escolas assemelhadas;

VI – promover quaisquer atividades culturais que visem ao aprimoramento das funções jurisdicionais e administrativas.

§ 2º - Todos os cursos regulares promovidos pela Escola destinados aos magistrados serão objeto de avaliação final a ser encaminhada ao Corregedor do Tribunal e à Comissão de Vitaliciamento para fins de vitaliciamento e promoção.

§ 3º - Os cursos promovidos pela Escola destinados à capacitação e ao aperfeiçoamento dos servidores serão também objeto de avaliação final a ser encaminhada à Comissão de Avaliação de Desempenho Funcional.

CAPÍTULO III DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

Art. 4º - A Escola tem a seguinte estrutura organizacional:

I – Diretoria;

II – Secretaria executiva.

Parágrafo único – A Escola contará com o apoio do Serviço de Pessoal, na forma ser definida pela Presidência do Tribunal.

Art. 5º - A Escola será dirigida por um diretor e vice-diretor, escolhidos pelo Tribunal Pleno e designados pelo Presidente, para mandato de dois anos, permitida a recondução uma única vez.

§ 1º - Os cargos de diretor e vice-diretor serão exercidos por Desembargadores do Tribunal.

§ 2º - O mandato da Diretoria deverá coincidir com a da Administração do Tribunal.

Art. 6º - Compete privativamente ao Diretor da Escola:

I – conduzir as atividades administrativas e técnico-pedagógicas;

II – elaborar plano anual de atividades com metas semestrais, submetendo-o ao Presidente do Tribunal;

III – designar, quando necessário, coordenadores para atividades atinentes à Escola;

IV – zelar pelo registro nos assentamentos funcionais dos magistrados e servidores da participação, da frequência e do aproveitamento nos cursos e eventos realizados e emitir os respectivos certificados ou declarações quando solicitados pelos interessados;

V – promover o relacionamento da Escola com instituições congêneres no Brasil e no exterior e com outras atividades educacionais e culturais;

VI – propor ao Presidente do Tribunal a celebração de convênios, contratos e parcerias com entidades públicas e privadas;

VII – indicar ao Presidente do Tribunal aquele que será designado para o cargo de secretário executivo da Escola, bem como o número de servidores a serem lotados à disposição da Escola;

VIII – buscar a obtenção junto a instituições interessadas de patrocínio e apoio financeiro a fim de auxiliar o custeio de eventos e publicações.

Art. 7º - Compete ao vice-diretor:

I – substituir o diretor em suas ausências e impedimentos;

II – exercer atribuições delegadas pelo Diretor.

Art. 8º - Competem ao secretário executivo os serviços de apoio administrativo da Escola.

CAPÍTULO IV DO CURSO DE PREPARAÇÃO INICIAL DE MAGISTRADOS

Art. 9º - Os juizes aprovados nos concursos realizados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região serão obrigatoriamente matriculados na Escola, passando a freqüentar o Curso de Preparação Inicial, com duração de até doze meses, ministrados pela Escola, para efeito de vitaliciamento.

§ 1º - A freqüência e o aproveitamento dos novos juizes substitutos no curso serão requisitos de cumprimento de seu período probatório.

§ 2º - Os juizes, durante o curso, atuarão junto às Varas da Região.

§ 3º - A Escola manterá registro sigiloso e sempre atualizado, do qual constarão todos os dados de aproveitamento e a avaliação do Juiz.

§ 4º - A Escola observará, no que couber, o estabelecido pela Escola Nacional de Formação de Magistrados do Trabalho de que trata a Emenda Constitucional nº 45, de 08-12-2004 (arts. 93 e 111-A, § 2º, I).

Art. 10 – Antes do início de cada curso, o Diretor da Escola, observado o disposto neste Regulamento, estabelecerá:

I – cronograma detalhado do curso, assegurada a carga horária mínima de aulas teórico-práticas;

II – programa do curso e a carga horária de cada disciplina;

III – critério de apuração da freqüência e a sistemática de avaliação do aproveitamento.

Art. 11 – O curso constará de:

I – aulas teórico-práticas ministradas por pessoas de reconhecida capacidade para a matéria, dentre elas juizes de primeiro e segundo graus e servidores do Tribunal Regional do Trabalho;

II – atuação jurisdicional acompanhada por orientadores;

III – conferências, painéis, visitas a órgãos e serviços auxiliares do Tribunal e outras atividades afins;

IV – programas de ensino à distância;

V – trabalhos de acompanhamento e suporte psicológico.

Art. 12 – As aulas teórico-práticas serão agrupadas em módulos ao longo do curso, tendo em vista a afinidade e a complementariedade das matérias.

Art. 13 – A Escola promoverá a realização de conferências, painéis, seminários e outras atividades de formação de que participarão os juizes, bem como poderá providenciar a sua inscrição em eventos semelhantes, realizados por outros órgãos públicos e entidades públicas e privadas, que sejam significativos para a formação profissional.

Art. 14 - Os juizes deverão participar de todas as atividades do curso, competindo ao Diretor controlar a freqüência e deliberar sobre os pedidos de licença ou afastamento.

CAPÍTULO V DA FORMAÇÃO PERMANENTE DO MAGISTRADO

Art. 15 - As atividades de formação permanente dos magistrados, a cargo da Escola Judicial, consistirão em:

- I – cursos, seminários, painéis, encontros de estudos jurídicos e outros eventos semelhantes, realizados na Capital e no Interior;
- II – cursos de aperfeiçoamento e especialização *stricto sensu* para magistrados, observadas as normas regulamentares pertinentes;
- III – remessas de revistas e livros jurídicos, códigos e outras publicações aos magistrados.
- IV – programas de ensino à distância.

§ 1º - O Diretor fará a programação anual das atividades de formação permanente da Escola Judicial, considerando-se as sugestões dos magistrados, o levantamento das dificuldades mais comuns e as alterações introduzidas na legislação e outros fatores objetivos.

§ 2º - O Diretor dará prévio conhecimento aos magistrados da programação da Escola.

§ 3º - A Escola poderá conjugar-se com outros órgãos públicos e entidades públicas ou privadas na organização de eventos comuns, bem como dar apoio institucional a atividades culturais realizadas por outros órgãos ou entidades, a fim de propiciar a participação dos magistrados.

§ 4º - A participação dos magistrados nos eventos e atividades realizados pela Escola far-se-á mediante convite ou convocação dos interessados, sendo que nesta última hipótese a presença será obrigatória.

Art. 16 – A Escola poderá promover a divulgação, na Revista do Tribunal e em outras publicações especializadas, de conferências, artigos, monografias e outros trabalhos produzidos nas atividades que realizar.

CAPÍTULO VI DA CAPACITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE SERVIDORES

Art. 17 - O Núcleo de Capacitação e Desenvolvimento de Servidores da Escola Judicial organizará atividades destinadas ao aperfeiçoamento de servidores vinculadas à atividade-fim do Tribunal, atendendo-se às mesmas especificidades dos incisos I, III e IV, do art. 11 deste Regulamento.

Art. 18 – Nas suas atividades, o Núcleo de Capacitação e Desenvolvimento de Servidores será assessorado pelo Serviço do Pessoal.

Art. 19 - Caberá ao Núcleo de Capacitação e Desenvolvimento de Servidores da Escola Judicial instituir o Programa Permanente de Capacitação de Servidores com a finalidade de:

- I – nortear o desenvolvimento e a manutenção das competências necessárias à atuação profissional dos servidores, alinhadas com o planejamento estratégico deste Tribunal;
- II – contribuir para a efetividade e qualidade nos serviços prestados ao cidadão;
- III – preparar os servidores para as mudanças de cenários internos e externos, presentes e futuros da organização;
- IV – desenvolver uma cultura na qual a responsabilidade pela capacitação seja compartilhada por todas as áreas da organização e pelo próprio servidor;
- V – valorizar os servidores por meio de uma educação continuada;
- VI – direcionar o investimento em capacitação para o alcance das metas e das estratégias da organização.

Art. 20 - Deverá constar do Programa Permanente de Capacitação de Servidores ações voltadas para:

- I – Ambientação – destinada a servidores recém-ingressos, para proporcionar a formação da cidadania corporativa, pelo compartilhamento e sensibilização para o cumprimento da missão, da visão de futuro, da prática dos valores e o fortalecimento da cultura, bem como das informações acerca das políticas e das normas do órgão, alinhando as expectativas do servidor com os valores organizacionais;
- II – Formação da Cidadania Corporativa – volta-se à sensibilização permanente das pessoas que atuam na organização, visando a compreensão e o comprometimento para o cumprimento da missão, da visão e a prática de valores institucionais;
- III – Capacitação Continuada – eventos de curta duração e de caráter contínuo desenvolvidos para fortalecer ou instalar competências necessárias para o melhor desempenho dos cargos ou das funções;
- IV – Aperfeiçoamento e Especialização – cursos de pós-graduação nos níveis de extensão, especialização, mestrado e doutorado, visando à ampliação e o aprofundamento de competências em áreas de interesse do órgão;

Parágrafo único. O Programa Permanente de Capacitação de Servidores poderá contemplar curso de formação, como etapa de concurso público, além de outros temas que venham a desenvolver os servidores dentro da organização.

Art. 21- As ações de capacitação constantes do art. 20 deverão obedecer às áreas de interesse do Poder Judiciário da União, relativas à atividade fim do TRT e poderão ser ministradas por metodologia presencial ou à distância e, sempre que possível, por meio de instrutores ou tutores internos, observada a legislação específica em vigor e as especificidades de cada órgão.

Art. 22 - Não serão computadas como horas trabalhadas as realizadas em eventos de capacitação em ações de treinamento oferecidos pelo órgão fora do horário do expediente.

CAPÍTULO VII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 23 – A Presidência do Tribunal, mediante portaria, estabelecerá o valor devido a título de gratificação de magistério, aos professores, conferencistas, e orientadores que atuarem nas atividades de preparação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores.

Art. 24 – Para efeito do art. 5º e § 1º, a Diretoria da Escola, para o exercício de 2007/2008, será designada pela Presidência do Tribunal.

Art. 25 – As atividades da Escola atinentes à área de administração judiciária no que tange ao conteúdo pedagógico, programação e estrutura executiva serão objeto de regulamentação específica.

Art. 26 – Incumbe à Diretoria da Escola a solicitação à Presidência do Tribunal do suporte administrativo, de pessoal e técnico, para a realização de suas atividades.

BRANCA

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 57/2007

TRIBUNAL PLENO

CERTIFICO E DOU FÉ que o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, em Sessão Administrativa hoje realizada, sob a Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Arnaldo Boson Paes - Presidente deste Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, presentes os Exmos. Desembargadores Manoel Edilson Cardoso - Vice-Presidente, Wellington Jim Boavista, Laercio Domiciano, Francisco Meton Marques de Lima, Fausto Lustosa Neto e Liana Chaib, bem como a Exma. Sra. Evanna Soares, Procuradora Regional do Trabalho da 22ª Região, ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Desembargadora Enedina Maria Gomes dos Santos, apreciando o Processo Administrativo nº 333/2007, RESOLVEU, por unanimidade de seus membros:

APROVAR as Súmulas propostas pela Comissão Permanente de Jurisprudência deste Tribunal (criada mediante a Resolução Administrativa nº 27/2007), com base nos precedentes constantes da Proposição das Súmulas do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, que constarão do anexo desta Resolução.

Teresina, 12 de junho de 2007 (terça-feira).

CASSANDRA GOMES EVARISTO LEAL
Secretária do Tribunal Pleno

ANEXO À RESOLUÇÃO Nº 57/2007

SÚMULAS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO

1. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO.

NATUREZA SALARIAL. O auxílio-alimentação habitualmente fornecido pelo empregador tem natureza salarial, caracterizando-se como direito adquirido do obreiro e integrando a sua remuneração para todos os efeitos legais, bem como a complementação dos seus proventos de aposentadoria pagos por caixa de previdência complementar.

2. ELETRICITÁRIO.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. BASE DE CÁLCULO. Não se aplica ao profissional que trabalha com energia elétrica o art. 193, § 1º, da CLT, mas sim o art. 1º da Lei 7.369/85, que fixa a incidência do adicional de periculosidade sobre todas as parcelas de natureza salarial.

3. APOSENTADORIA

ESPONTÂNEA. A aposentadoria espontânea não constitui causa de extinção do contrato de trabalho, conforme decisão do STF nos autos da ADI 1721, que suspendeu a eficácia do § 2º do art. 453 da CLT, acrescentado pelo art. 3º da Lei 9.528/97.

4. ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA. ADMISSÃO ANTERIOR À CF/88 SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. É válido o contrato de emprego celebrado sem prévia aprovação em concurso público na administração pública anteriormente à vigência da CF/88, sendo nulo o ato de dispensa imotivada, impondo-se, em consequência, a reintegração do empregado dispensado sem motivação e consectários legais ou o pagamento das verbas rescisórias decorrentes da dispensa sem justa causa.

5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIRETA. EMPREGADO CONCURSADO. DISPENSA IMOTIVADA. É nulo o ato de dispensa imotivada de empregado investido na administração pública direta mediante aprovação em concurso público válido, sendo devidos ao empregado dispensado sem motivação a reintegração e consectários legais ou o

pagamento das verbas rescisórias decorrentes da dispensa sem justa causa.

6. DEVIDO PROCESSO LEGAL. JUSTA CAUSA COMO MOTIVO DE DESPEDIDA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. A despedida de empregado por órgão da administração pública direta e indireta por justa causa requer a prévia apuração da falta funcional mediante processo administrativo na forma legal, em que seja assegurado ao investigado a ampla defesa e o contraditório, sob pena de nulidade do ato de dispensa.

7. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O trabalhador investido em cargo público sem observância do requisito constitucional da aprovação prévia em concurso público (art. 37, II, da CF/88) enquadra-se na regra geral do regime celetista, situação que não se altera em virtude de lei da unidade federada que institui regime estatutário no ente público. Competência da Justiça do Trabalho.

8. DÉBITO DE PEQUENO VALOR PARA FINS DE DISPENSA DE PRECATÓRIO. FIXAÇÃO POR LEI DA UNIDADE FEDERADA. É constitucional a lei estadual, distrital ou municipal que fixa o débito trabalhista de pequeno valor, para fins de dispensa de precatório perante a Fazenda dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, em limite inferior ao teto estabelecido pelo art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88.

9. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DÍVIDA DE PEQUENO VALOR PER CAPITA. Para efeito de execução direta sem precatório, considera-se o valor *per capita* de cada credor integrante do título executivo.

10. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. Quando não forem discriminadas as parcelas legais de incidência da contribuição previdenciária em acordo homologado em juízo, e no caso de parcela única, se esta não se revestir de caráter indenizatório, incidirá a

contribuição sobre o valor total acordado, conforme art. 276, § 2º, do Decreto 3.048/99.

11. MANDADO DE SEGURANÇA. INCABÍVEL EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PREVISTO EM LEI COM EFEITO SUSPENSIVO.

12. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. BENEFICIÁRIOS. O ajuizamento de ação civil pública objetivando o reconhecimento de vínculo empregatício interrompe a prescrição bienal em relação a todos os trabalhadores que se enquadrem na hipótese fático-jurídica da demanda.

13. PENHORA ON LINE. SUBSTITUIÇÃO. É lícita a substituição de penhora convencional por penhora on line no sistema BACEN JUD, conforme artigos 655 e 656 do CPC.

14. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL OU PATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar o pedido de reparação por dano moral ou patrimonial decorrente da relação de trabalho, conforme dicção do inciso VI do art. 114 da CF, acrescentado pela EC 45/2004.

15. MATÉRIA DE FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar questões relativas a penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho, conforme dicção do inciso VII do art. 114 da CF, acrescentado pela EC 45/2004.

16. ACIDENTE DE TRABALHO COM EVENTO MORTE. CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO. O cálculo da indenização por acidente de trabalho fatal observará a expectativa de vida do falecido, segundo dados oficiais, bem como a remuneração mensal na data do óbito ou, no caso de remuneração variável, a média da remuneração mensal nos últimos doze meses do contrato.

17. FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. Os juros de mora na Justiça do Trabalho são de 1% ao mês, por força da Lei nº 8.177/91, exceto quanto à Fazenda Pública, que são de 0,5% ao mês (6% ao ano), a partir da vigência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

**COMISSÃO PERMANENTE DE JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO**

FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA
Desembargador Presidente da Comissão

FAUSTO LUSTOSA NETO
Desembargador Membro

LIANA CHAIB
Desembargadora Membro

MANOEL EDILSON CARDOSO
Desembargador Suplente

RAQUEL MENDES VIANA MONTEIRO
Secretária da Comissão

***Certifico que a R.A. nº 57/2007 foi publicada nos Diários da Justiça do Trabalho da 22ª Região que circularam dias 20/06 (nº 917), 21/06 (nº 918) e 22/06/2007 (nº 919), para fins de uma maior publicidade das Súmulas do TRT da 22ª Região.**

BRANCA

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 70/2007

Ref. PA – 199/2007

Altera o Regimento Interno e Cria, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, duas Turmas de Julgamento.

Certifico e dou fé que o Egrégio TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO, em Sessão Administrativa hoje realizada, sob a Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Arnaldo Boson Paes, presentes os Exmos. Srs. Desembargadores Federais do Trabalho Manoel Edilson Cardoso (Vice-Presidente), Laercio Domiciano (Presente, embora em gozo de férias regulamentares), Francisco Meton Marques de Lima, Fausto Lustosa Neto e Liana Chaib, bem como o Exmo. Dr. João Batista Luzardo Soares Filho, Procurador do Trabalho da 22ª. Região, ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Desembargadores Wellington Jim Boavista e Enedina Maria Gomes dos Santos, e

CONSIDERANDO que em face da promulgação da EC nº 45/2005 ampliou-se a competência material trabalhista, importando o aumento da demanda processual e a complexidade das matérias a serem analisadas pelos órgãos desta Justiça Especializada, inclusive no âmbito da Segunda Instância, e justificando a adoção de medidas a fim de alcançar maior celeridade nos julgamentos e simplificar a rotina das Sessões do Tribunal;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 96, I, *a*, da CF/88, que atribui aos Tribunais a competência privativa para eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, dispondo inclusive sobre a competência e funcionamento de seus respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, desde que observadas as normas processuais e as garantias processuais das partes;

CONSIDERANDO que com o advento da EC nº 24/99 extinguiu-se a representação classista em todos os níveis de jurisdição, revogando-se tacitamente os artigos 670, § 8º, e 672, § 1º, da CLT, tornando possível o funcionamento de Turmas, organização estrutural já adotada pelo Tribunal Superior

do Trabalho, nos termos da Resolução Administrativa nº 667/99 e artigo 68 do Regimento Interno daquele Órgão Jurisdicional;

CONSIDERANDO as recomendações do Exmo. Sr. Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho contida na Ata da Correição Ordinária ocorrida no período de 25 a 28/06/2007, no sentido de alterar a redação do art. 25 do Regimento Interno, como, também, proceder à divisão do Tribunal em duas turmas de julgamento;

RESOLVEU, por unanimidade, conforme consta dos autos do Processo Administrativo nº 199/2007:

I – Criar, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, duas Turmas, compostas cada uma por quatro Desembargadores Federais do Trabalho;

II – Alterar parcialmente o Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região nos seguintes termos:

“TÍTULO I

DO TRIBUNAL

CAPÍTULO I - DA ORGANIZAÇÃO DO TRIBUNAL

Art. 1º - O Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região tem sede na cidade de Teresina e jurisdição em todo o território do Piauí.

...

Art. 8º São órgãos do Tribunal:

I- o Tribunal Pleno;

II- a Presidência;

III- a Vice-Presidência;

IV- as Turmas;

V- a Corregedoria-Regional.

Art. 8º-A - O Tribunal Pleno funcionará com a presença de, pelo menos, metade mais um de seus membros.

Art. 8º-B - As Turmas compõem-se de quatro Desembargadores Federais do Trabalho, constituídas na forma do artigo 15-A deste Regimento Interno.

...

Art. 15-A. A Primeira Turma será presidida pelo Presidente do Tribunal e a Segunda Turma, pelo Vice-Presidente.

§ 1º. Os demais Desembargadores Federais do Trabalho serão distribuídos nas Turmas de acordo com a ordem de antigüidade.

§ 2º. Por ocasião da eleição dos dirigentes do Tribunal, serão feitos os ajustes necessários nas Turmas, de modo que seja observado o disposto no *caput* deste artigo.

Art. 15-B. Cada Turma funcionará obrigatoriamente com o *quorum* mínimo de três membros, inclusive o respectivo Presidente.

§ 1º. No caso de ausência temporária do Desembargador-Presidente da Turma será ele substituído pelo Desembargador Federal do Trabalho mais antigo integrante da Turma que estiver presente à sessão.

§ 2º. É vedado o funcionamento da Turma sem a presença de, pelo menos, um de seus membros efetivos.

Art. 15-C. Nas sessões das Turmas, o Presidente tomará assento no centro da mesa principal; à sua direita ficará o representante do Ministério Público; à sua esquerda, o secretário da Turma; e os demais membros tomarão assento observando a ordem de antigüidade.

§ 1º. Nos impedimentos ou suspeição do Desembargador-Presidente da Turma atuará em seu lugar o Desembargador Federal do Trabalho mais antigo.

§ 2º. Nos casos de impedimento ou suspeição dos demais membros integrantes da Turma será convocado membro da outra Turma para participar da sessão de julgamento e, na impossibilidade deste, Juiz de Vara do Trabalho.

Art. 15-D. Não poderão ter assento na mesma Turma do Tribunal e não poderão atuar nas respectivas sessões, nos mesmos feitos, judiciais ou administrativos, magistrados que sejam cônjuges, parentes consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até 3º grau.

Art. 15-E. Nas Turmas participarão do julgamento, obrigatoriamente, três membros.

§ 1º Para que se identifique e para que se defina sobre a participação dos magistrados na sessão, observar-se-á a vinculação de Relator e Revisor.

§ 2º O terceiro magistrado participante do julgamento será obrigatoriamente o Presidente da Turma ou, sendo este relator ou revisor, o que se seguir à ordem regimental de antigüidade do revisor.

§ 3º Não havendo revisão, participarão do julgamento os dois magistrados que se seguirem à ordem regimental de antigüidade do relator.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos parágrafos anteriores também na hipótese de convocação de Juiz ou de substituição dos integrantes da Turma.

§ 5º As regras dos parágrafos anteriores deixarão de ser aplicadas quando somente três magistrados comparecerem à sessão.

...

CAPÍTULO II - DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO E DAS TURMAS

Art. 16. Compete ao Tribunal Pleno, além da matéria expressamente prevista em lei ou em outro dispositivo deste Regimento:

I - originariamente:

- a)** processar, conciliar e julgar os dissídios coletivos no âmbito de sua jurisdição, suas revisões e os pedidos de extensão das sentenças normativas, bem como apreciar e homologar os acordos realizados nos referidos dissídios;
- b)** processar e julgar os mandados de segurança contra atos e decisões, inclusive administrativas ou provenientes da Comissão de concursos para provimento de cargo de juiz substituto, do próprio Tribunal, de suas Turmas, do seu Presidente, dos seus membros e das demais autoridades sob a sua jurisdição em matéria trabalhista;
- c)** processar e julgar os *habeas corpus* contra atos dos Juízes das Varas do Trabalho e demais autoridades submetidas a sua jurisdição;
- d)** processar e julgar os *habeas data* contra atos do próprio Tribunal, suas Turmas, seu Presidente, seus membros e demais autoridades submetidas à sua jurisdição;
- e)** processar e julgar as ações rescisórias de sua competência;
- f)** processar e julgar os conflitos de competência, os incidentes, as exceções de incompetência, suspeição ou de impedimento de seus membros, dos membros das Turmas e dos juízes de primeiro grau, bem como as ações incidentais de qualquer natureza em processos sujeitos a seu julgamento;
- g)** processar e julgar os conflitos de competência ou de atribuições entre as Turmas e Varas do Trabalho,
- h)** julgar os embargos de declaração opostos a seus acórdãos;
- i)** processar e julgar a restauração dos autos de processos de sua competência originária, observada a legislação processual pertinente;
- j)** processar e julgar as matérias administrativas, as medidas cautelares, as medidas disciplinares e os processos não especificados neste Regimento;
- l)** processar e julgar a habilitação incidente em processos de sua competência;
- m)** julgar os incidentes de falsidade suscitados nos processos de sua competência;
- n)** julgar, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros efetivos, as arguições de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, em processos de sua competência originária e as que lhe forem submetidas pelas Turmas;
- o)** processar e julgar as ações anulatórias de cláusula de convenção ou acordo coletivo com abrangência territorial ou inferior à jurisdição de um Tribunal Regional;
- p)** processar e julgar os incidentes de uniformização de jurisprudência de suas Turmas;
- q)** editar, revisar e cancelar a súmula da jurisprudência do Tribunal;
- r)** apreciar pedido de autorização para o juiz residir fora da sede da jurisdição;
- s)** decidir os conflitos de competência entre as Varas do Trabalho e entre os Juízes de Direito do seu âmbito jurisdicional e entre aquelas e estes, observado o disposto na Constituição Federal.

II - em grau de recurso:

- a)** os agravos regimentais interpostos contra ato do Presidente, do Corregedor ou contra as decisões monocráticas nos processos de competência originária do Tribunal Pleno;

- b)** as questões de natureza administrativa, quando se tratar de direitos ou interesses dos magistrados;
- c)** os recursos contra atos administrativos do Presidente ou de qualquer de seus membros, quando se tratar de direitos ou interesses dos servidores;
- d)** os recursos das multas impostas pelas Turmas;
- e)** os recursos ordinários interpostos em mandados de segurança, *habeas-corpus* e *habeas-data* de competência originária das Varas do Trabalho;
- III** - determinar às Varas do Trabalho e solicitar aos Juízes de Direito investidos na jurisdição trabalhista, a realização dos atos processuais e diligências necessários ao julgamento dos feitos submetidos à sua apreciação;
- IV** - fiscalizar o cumprimento de suas próprias decisões;
- V** - declarar a nulidade dos atos praticados com infração de suas decisões;
- VI** - impor multas e demais penalidades relativas a atos de sua competência;
- VII** - eleger o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal, na forma prevista neste Regimento e observadas as disposições da Lei que dispõe sobre a Magistratura Nacional;
- VIII** - elaborar e reformar o Regimento Interno, organizar os serviços auxiliares e dispor sobre a estruturação do quadro de pessoal, observados os limites legais;
- IX** - convocar Juízes Titulares de Varas do Trabalho para substituírem membros vitalícios, quando afastados por período superior a 30 (trinta) dias, observada a Lei que rege a Magistratura Nacional;
- X** - aprovar o valor das diárias e a concessão de ajuda de custo aos Juízes e servidores, nas hipóteses previstas em lei;
- XI** - aprovar a escala anual de férias dos Juízes da Região, bem como lhes conceder licença e abonar as suas faltas;
- XII** - estabelecer o horário de funcionamento dos órgãos da Justiça do Trabalho da 22ª Região, podendo determinar a suspensão do expediente forense, sempre que necessário;
- XIII** - fixar os dias das sessões ordinárias e convocar as extraordinárias quando necessárias, a requerimento de qualquer de seus membros efetivos, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas;
- XIV** - estabelecer critérios para a realização de concurso público para provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto e de servidores do quadro de pessoal, observadas as normas pertinentes, bem como aprovar os editais, designar as comissões respectivas e homologar as listas de classificação final dos candidatos aprovados;
- XV** - aprovar o processo de aposentadoria dos Juízes e Desembargadores Federais do Trabalho efetivos do Tribunal, para encaminhamento às instâncias administrativas de direito;
- XVI** - apreciar os processos de aposentadoria dos Juízes de 1º grau, quando for o caso, e dos servidores do quadro de pessoal, autorizando o Presidente a baixar os respectivos atos de sua concessão;
- XVII** - disciplinar o processo de verificação de invalidez do magistrado, para fim de aposentadoria, observando-se o que dispõe a Lei que regula a Magistratura Nacional;

XVIII - aprovar o regulamento de sua Secretaria e Serviços Auxiliares, bem como o Regimento Interno da Corregedoria-Regional, integrando ambos este Regimento;

XIX - determinar a remessa às autoridades do poder público, para os fins de direito, das cópias autenticadas de peças de autos ou de papéis que conhecer, quando neles, ou por intermédio deles, tiver notícia de fato que constitua crime em que caiba ação pública e representar junto às mesmas autoridades, sempre que se fizer necessário, para resguardar a dignidade e a honorabilidade da Instituição;

XX - aprovar a lista de antigüidade dos Juizes da Região, organizada anualmente pelo Serviço de Pessoal, bem como decidir sobre as reclamações oferecidas pelos interessados, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir de sua publicação no órgão oficial, observado o disposto no art. 9º deste Regimento;

XXI - decidir sobre os pedidos de averbação de tempo de serviço, para efeitos legais, quer de Juizes, quer de servidores;

XXII - aplicar aos servidores do seu quadro de pessoal as penalidades disciplinares de sua competência exclusiva;

XXIII - promover e decidir sobre a matéria contida no Título II, Capítulo I, Seção I e Título III, Capítulo I, II e III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional;

XXIV - mandar riscar, de ofício ou a requerimento do interessado, expressões injuriosas contra Juizes da Região, empregadas pelas partes ou seus procuradores, nos processos sob sua apreciação;

XXV - determinar que sejam riscadas dos escritos nos autos, a requerimento do interessado, expressões injuriosas dirigidas pelo Juiz à parte ou seus procuradores;

XXVI - indicar o Juiz do Trabalho Substituto e o Juiz Titular de Vara Trabalho que devam ser promovidos pelo critério de antigüidade, na forma prescrita na Lei que dispõe sobre a Magistratura Nacional;

XXVII - deliberar sobre os pedidos de remoção e permuta de Juizes, observada, nesta última hipótese, a conveniência do serviço;

XXVIII - autorizar, quando julgar conveniente, a redistribuição entre servidores da mesma categoria funcional ou equivalente, para outros órgãos do Poder Judiciário Federal, desde que manifestada, reciprocamente, por escrito, a intenção de o fazerem;

XXIX – aprovar a proposta orçamentária da Justiça do Trabalho da 22ª Região;

XXX – conceder aos servidores do quadro de pessoal as licenças previstas em Lei e que não sejam da competência expressa do Presidente;

XXXI – decidir sobre a conversão do julgamento em diligência dos processos em pauta;

XXXII – organizar, pelo voto de seus membros efetivos, a lista para promoção por merecimento dos Juizes Titulares de Varas do Trabalho e Juizes Substitutos, mediante a aferição do desempenho, por critérios objetivos estabelecidos previamente em resolução administrativa;

XXXIII – advertir ou censurar, por deliberação da maioria dos seus membros vitalícios, os Juizes de primeiro grau, por faltas cometidas no cumprimento de seus deveres, assegurando-lhes defesa;

XXXIV – deliberar sobre a concessão de afastamento aos Juízes e Desembargadores Federais do Trabalho efetivos, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens, para frequência a curso ou estudos de aperfeiçoamento, pelo prazo máximo de 02 (dois) anos, na forma que vier a estabelecer em resolução administrativa;

XXXV – adotar providências no sentido de promover a agilização das execuções de sentenças dos processos de competência das Varas do Trabalho.

XXXVI – exercer, em geral, e no interesse da Justiça do Trabalho, as demais atribuições decorrentes de sua atividade jurisdicional e estabelecer a competência dos seus órgãos.

Art. 17. Compete às Turmas, além da matéria expressamente prevista em lei:

I – julgar:

a) os recursos ordinários previstos no art. 895, alínea “a” e § 1º, da CLT, e as remessas *ex officio*, com exceção das matérias de competência do Tribunal Pleno;

b) os agravos de petição e de instrumento, estes de decisões denegatórias de sua competência;

c) os recursos adesivos; e

d) embargos de declaração opostos aos seus acórdãos;

II – processar e julgar:

a) as habilitações incidentes e arguições de falsidade nos processos pendentes de sua decisão;

b) medidas cautelares nos autos dos processos de sua competência; e

c) restauração de autos quando se tratar de processo de sua competência.

III – fiscalizar o cumprimento de suas decisões;

IV – declarar as nulidades decorrentes de atos praticados com infração de suas decisões;

V – impor multas e demais penalidades relativas a atos de sua competência jurisdicional;

VI – promover, por proposta de qualquer de seus membros, a remessa de processos ao Tribunal Pleno, quando se tratar de matéria da competência deste;

VII – dar ciência às autoridades competentes de fato que possa configurar crime de ação pública, verificado nos papéis e autos sujeitos a seu exame;

VIII – dar ciência à Corregedoria-Regional de atos considerados atentatórios à boa ordem processual;

IX – determinar às Varas do Trabalho e aos Juízes a realização dos atos processuais e diligências necessárias ao julgamento dos feitos sob sua apreciação;

X – requisitar às autoridades competentes as diligências necessárias ao esclarecimento dos feitos sob apreciação, representando contra aquelas que não atenderem a tais requisições;

XI – deliberar acerca das ausências de seus membros às sessões;

XII – resolver as questões de ordem que lhes forem submetidas;

XIII – exercer, em geral, no interesse da Justiça do Trabalho, as demais atribuições que decorram de sua jurisdição.

Art. 17-A. Compete aos Presidentes de Turmas:

I – Aprovar as pautas de julgamento elaboradas pela Secretaria;

II - dirigir, ordenar e presidir as sessões da Turma, propondo e submetendo as questões a julgamento;

III - proferir voto, apurar os emitidos e proclamar as decisões;

IV - relatar e revisar os processos que lhe forem distribuídos;

V – encaminhar à Secretaria do Tribunal Pleno os processos que devam ser redistribuídos, nos casos de afastamento e vaga de magistrado, bem como nos casos de impedimento ou suspeição;

VI – assinar a ata da sessão e despachar expedientes em geral, orientando e fiscalizando as tarefas administrativas da Turma, vinculadas às atribuições judiciárias respectivas;

VII - supervisionar os trabalhos da Secretaria referentes à Turma;

VIII - convocar as sessões extraordinárias da Turma, designando dia e hora;

IX – designar o magistrado que deva redigir o acórdão;

X – determinar a baixa dos autos à instância inferior, quando for o caso;

XI - manter a ordem e o decoro nas sessões, ordenando a retirada dos que as perturbarem e demais providências legais cabíveis;

XII - requisitar às autoridades competentes a força necessária sempre que, nas sessões, houver perturbação da ordem ou fundado temor de sua ocorrência;

XIII - convocar Juiz para integrar o órgão que preside, a fim de compor *quorum*;

XIV - apresentar, em época própria, o relatório dos trabalhos realizados pela Turma no decurso do ano anterior ou sempre que lhe for solicitado pelo Presidente do Tribunal;

XV - cumprir e fazer cumprir as disposições deste Regimento;

Parágrafo único - O exercício do encargo de presidente de Turma não exclui o Desembargador Federal do Trabalho da participação na distribuição de processos como relator ou revisor, exceto em relação ao Presidente do Tribunal.

CAPÍTULO III

DA PRESIDÊNCIA

Art. 18 - ...

LVI – Poderá o Presidente do Tribunal, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público do Trabalho, nas ações de competência originária das Varas do Trabalho movidas contra o Poder Público ou seus agentes, em caso de manifesto interesse público, ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender, em decisão fundamentada, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, antecipação de tutela e liminar em ação cautelar, bem como suspender a execução de sentença proferida em processo de ação cautelar inominada e em ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

TÍTULO II

DA ORDEM DOS SERVIÇOS NO TRIBUNAL

CAPÍTULO I - DO CADASTRAMENTO E DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS

Art. 24 ...

I- De competência do Tribunal Pleno:

- a) Dissídio Coletivo;
- b) Pedido de Extensão de Decisões proferidas em dissídios coletivos;
- c) Pedido de Revisão de Sentenças Normativas;
- d) Homologação de Acordo em dissídios coletivos;
- e) Mandado de Segurança;
- f) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança;
- g) “Habeas-Corpus”;
- h) Recurso Ordinário em “Habeas-Corpus”;
- i) “Habeas-Data”;
- j) Recurso Ordinário em “Habeas-Data”;
- l) Ação Rescisória;
- m) Ação Cautelar;
- n) Ação Anulatória;
- o) Conflito de Competência;
- p) Exceção de Incompetência, de Suspeição ou de Impedimento;
- q) Arguição de Inconstitucionalidade;
- r) Pedido de Restauração de Autos;
- s) Incidente de Falsidade;
- t) Incidente de Uniformização de Jurisprudência;

- u) Agravo Regimental;
- v) Embargos de Declaração;
- x) Habilitação Incidente;

II- De competência das Turmas:

- a) Recurso Ordinário;
- b) Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo;
- c) Agravo de Petição;
- d) Agravo de Petição em Procedimento Sumaríssimo;
- e) Agravo de Instrumento/Recurso Ordinário;
- f) Agravo de Instrumento/Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo;
- g) Agravo de Instrumento/Agravo de Petição;
- h) Agravo de Instrumento/Agravo de Petição em Procedimento Sumaríssimo;
- i) Embargos de Declaração;
- j) Ação Cautelar;
- l) Pedido de Restauração de Autos;
- m) Incidente de Falsidade;
- n) Habilitação Incidente.
- o) Remessa *ex officio* quando não for matéria da competência do Tribunal Pleno.

III - De competência do Presidente do Tribunal:

- a) Pedido de Suspensão de Segurança;
- b) Pedido de Revisão de Valor da Alçada.

IV- Administrativos:

- a) Aplicação de Penalidades;
- b) Matéria Administrativa;
- c) Recurso Administrativo.

Parágrafo Único. Não concorrerão à distribuição os membros do Tribunal que estiverem impedidos, nos termos da lei e deste Regimento, bem como o Presidente.

Art. 25 – Os processos serão protocolados no Serviço de Cadastramento Processual e, após registrados e autuados, serão remetidos ao Ministério Público do Trabalho, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do recebimento, somente os autos de intervenção obrigatória do *Parquet*.

...

Art. 32 - ...

...

VIII – devolver, no prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento no Gabinete, os feitos que lhe foram distribuídos, neles apondo o seu “visto”;

...

Art. 34 - As pautas das sessões de julgamento do Tribunal Pleno serão organizadas pela Secretaria, com a aprovação do Presidente do Tribunal, e as das Turmas, pela Secretaria, devidamente aprovadas pelos seus Presidentes, devendo ser publicadas no órgão oficial e disponibilizadas em meio eletrônico com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

§1º - A pauta de julgamento será organizada observando-se a ordem cronológica de entrada dos autos na Secretaria do Tribunal Pleno e das Turmas e, tanto quanto possível, a igualdade numérica entre os processos em que o Juiz funcione como Relator e Revisor.

...

Art. 35 - ...

§1º- A Secretaria do Tribunal Pleno e das Turmas remeterá a pauta de julgamento publicada aos Gabinetes dos Desembargadores Federais do Trabalho e à Procuradoria Regional do Trabalho, com a antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

...

Art 36. O Tribunal Pleno e as Turmas reunir-se-ão em sessões ordinárias e extraordinárias, cuja pauta será publicada no órgão oficial com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, salvo disposição expressa em contrário.

§ 1º As sessões ordinárias do Tribunal Pleno serão realizadas às quartas-feiras, sempre com início às 8 (oito) horas; as da Primeira Turma, às segundas-feiras e as da Segunda Turma, às terças-feiras, observado o mesmo horário e sem necessidade de convocação formal de seus membros.

§ 2º As sessões extraordinárias serão realizadas, quando necessárias, mediante convocação do Presidente do Tribunal ou da Turma, ou da maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal ou da Turma, publicada no órgão oficial, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, delas intimando-se a Procuradoria Regional do Trabalho, com igual antecedência.

§ 3º Em casos especiais, poderá ser designado outro local para a realização das sessões, afixando-se edital, na sede do Tribunal, com a antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 4º O Tribunal, a requerimento de qualquer dos Desembargadores Federais do Trabalho e pelo voto da maioria dos presentes, poderá transformar as sessões judiciais em administrativas.

§ 5º As decisões do Tribunal em matéria administrativa serão publicadas através de resolução, assinada pelo Secretário do Tribunal Pleno, observando-se:

- a) deverão estar registrados nas resoluções os nomes dos Desembargadores Federais do Trabalho vitalícios e efetivos, eventualmente ausentes da sessão;
- b) de igual forma, ficará consignado na resolução o nome dos Desembargadores Federais do Trabalho vitalícios e efetivos, vencidos no todo ou em parte, na decisão proclamada;

§ 6º Havendo acúmulo de processos pendentes de julgamento, poderá o Tribunal Pleno ou Turma marcar o prosseguimento da sessão para o subsequente dia livre, ficando as partes intimadas mediante comunicação na sessão.

§ 7º Nas sessões extraordinárias, o Tribunal Pleno ou Turma somente deliberarão sobre a matéria objeto da convocação.

§ 8º Serão solenes as sessões destinadas à Posse do Presidente e do Vice-Presidente, ou de Desembargador do Tribunal.

§ 9º O cerimonial das sessões solenes será regulado por ato do Presidente do Tribunal.

...

Art. 39 - As sessões do Tribunal e das Turmas serão públicas, salvo se o interesse público exigir o contrário, quando será limitada a presença, em determinados atos, às das partes e seus advogados, ou somente destes, e ainda, nas hipóteses previstas no art. 38 e §§ 1º e 2º, deste Regimento.

...

Art. 42 - Nas sessões do Tribunal e das Turmas, os trabalhos obedecerão a seguinte ordem:

...

Art. 44 - A inscrição de advogado, para sustentação oral, será requerida ao Presidente do Tribunal ou da Turma, a partir da publicação da pauta no órgão oficial e até 15 (quinze) minutos antes da hora designada para o início da sessão.

...

Art. 49 - ...

§1º - Na hipótese de vista regimental, o julgamento será suspenso, devendo o Desembargador Federal do Trabalho requerente restituir os autos à Secretaria do Tribunal Pleno ou da Turma, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data do seu recebimento no Gabinete, reiniciando-se o julgamento na sessão seguinte à devolução dos autos.

...

Art. 50 - Salvo matéria administrativa, unificação de jurisprudência, edição, alteração ou revogação de Súmula, e argüição de inconstitucionalidade, o Presidente do Tribunal Pleno somente votará no caso de empate, podendo pedir vista dos autos, se não se julgar habilitado a votar.

Parágrafo único: Tratando-se de matéria administrativa, o Presidente do Tribunal votará em primeiro lugar e, em caso de empate, terá voto de qualidade, salvo em matéria recursal.

...

Art. 51 - ...

Parágrafo único. No julgamento de recursos contra decisão ou despacho do Presidente do Tribunal ou do Corregedor-Regional, ocorrendo empate, prevalecerá a decisão ou o despacho recorrido.

Art. 52 - Findo o julgamento, o Presidente do Tribunal ou da Turma proclamará a decisão, designando para redigir o acórdão o Relator ou, vencido este, o Revisor. Vencidos ambos, a redação ficará a cargo do Juiz que primeiro tiver votado e cuja tese seja a vencedora.

...

Art. 53 - As atas do Tribunal serão lavradas pelo Secretário do Tribunal Pleno ou da Turma e nelas se resumirá, com clareza, tudo quanto ocorrido na sessão, devendo conter:

...

Art. 55. Findos os trabalhos da sessão, o Secretário certificará nos autos a decisão e os nomes dos Desembargadores Federais do Trabalho e do representante do Ministério Público que tomaram parte no respectivo julgamento, bem como o dos advogados que fizeram sustentação oral, consignando os votos vencedores e os vencidos, o nome do Desembargador Federal do Trabalho que não participou do julgamento, bem como a designação do redator do acórdão, na hipótese de não prevalecer o voto do relator do feito.

...

TÍTULO III

...

CAPÍTULO II

DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Art. 65 - O incidente de uniformização de jurisprudência poderá ser suscitado por qualquer dos magistrados votantes na sessão, nas seguintes hipóteses:

I- nos julgamentos em que o Tribunal Pleno funcionar com a participação de seis ou mais de seus membros titulares e estiver sendo proferida a decisão divergente de outra anterior do mesmo Tribunal, tomada esta com qualquer composição; e

II- quando houver divergência entre julgados dos órgãos do Tribunal com relação ao julgamento de determinada matéria.

§ 1º. A parte pode, a qualquer tempo, antes da proclamação do julgamento em sessão, suscitar o incidente, observado o contraditório, cuja admissibilidade será votada a começar pelo relator.

§ 2º. Reconhecida a divergência no Tribunal Pleno ou na Turma, o Desembargador Federal do Trabalho que suscitar o incidente será o seu relator, ficando o processo suspenso até a deliberação do Tribunal Pleno.

§ 3º O relator do incidente demonstrará nos autos, com seu voto, a divergência e distribuirá cópia a todos os Desembargadores Federais do Trabalho, inclusive aos que, embora de licença ou férias, estejam em condições de participar do julgamento.

§ 4º Ouvido o Ministério Público do Trabalho, o incidente será julgado pelos membros efetivos do Tribunal, observados o *quorum* legal e o rito regimental, sem revisor, nem sustentação oral, votando o Presidente da sessão.

Art. 66 – Reconhecida a divergência, o incidente será processado na forma dos artigos 477 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Art. 67 - As Súmulas serão adotadas pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal, registradas sob numeração seqüencial e em ordem alfabética, levadas à publicação no órgão oficial e passarão a integrar a Súmula da Jurisprudência do Tribunal.

§ 1º - A tese prevalente, obtida por voto da maioria simples, valerá apenas para o caso em julgamento.

§ 2º - Havendo empate, prevalecerá no processo que originou o incidente a decisão proferida na forma do rito regimental.

§ 3º - Na hipótese do parágrafo anterior, não se editará Súmula, tampouco existirá impedimento para uniformização da jurisprudência em julgamento ulterior no qual se verifique idêntica divergência.

§ 4º - As Súmulas poderão ser revistas mediante proposta votada pela maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal.

§ 5º - Acolhida a proposta, será sorteado Relator no mesmo dia, de acordo com as normas regimentais.

§ 6º - A proposta de revisão de Súmula será apreciada pelo Tribunal Pleno na primeira sessão ordinária que se seguir.

...

TÍTULO IV

...

CAPÍTULO II DO AGRAVO REGIMENTAL

Art. 136 – Exceto quando competir recurso previsto em lei, cabe agravo regimental para o Tribunal Pleno, no prazo de 08 (oito) dias, contados da publicação no órgão oficial:

I - da decisão que indeferir petição inicial de ação rescisória, mandado de segurança, ação cautelar, ação anulatória, “habeas-data” ou dissídio coletivo;

II – da decisão que conceder ou denegar pedido de antecipação de tutela ou medida liminar nas ações de competência originária do Tribunal;

...

VII -Da decisão a que se refere o inciso LVI do art. 18 deste Regimento, se concessiva da suspensão.

Art. 137 - É facultada a sustentação oral, por ocasião do julgamento, no caso de agravo regimental de despacho que indeferir a petição inicial nas hipóteses previstas no item I e no item III, do artigo 136.”

III – Havendo necessidade, após instaladas as Turmas, serão convocadas sessões extraordinárias do Tribunal Pleno para julgamento dos feitos em que o Revisor não pertencer à mesma Turma do Relator.

IV - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

V - Revogam-se as disposições em contrário.

VI - Publique-se. Registre-se.

Teresina, Sala de Sessões, 01 de agosto de 2007 (quarta-feira).

CASSANDRA GOMES EVARISTO LEAL
Secretária do Tribunal Pleno

***Certifico que a R.A. nº 70/2007 foi publicada no DJT nº 953, de 09.08.07.**

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR ARNALDO BOSON PAES (Biênio 2006-2008)

Discurso proferido em 07.12.2006, no Palácio San Michel, em Teresina, pelo Desembargador Federal Arnaldo Boson Paes, por ocasião da solenidade de sua posse como Presidente do TRT/PI.

Senhoras e Senhores

Dois sentimentos se confundem neste momento – a **honra** e a **responsabilidade** de assumir a Presidência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, no Estado do Piauí.

São dois sentimentos que se confundem, neste momento solene, e desencadeiam **emoções diferentes**.

Como há um cunho natural de pessoalidade no ato, desejo externar que para mim não há honraria maior do que a de assumir a Presidência do Tribunal, e, ainda por cima, perante tão distinta assistência.

Aqui se reúne, fraternalmente, uma grande parte de mim mesmo. De minha vida pessoal, familiar, profissional.

Com uns dividi, no passado, sonhos dos quais nunca desisti. Com outros, no presente, multiplico esforços no desempenho das responsabilidades próprias da magistratura. E, no futuro, que já começa aqui e agora, terei de envidar esforços, com muitos dos que estão aqui presentes, para levar a bom termo o mandato que hoje principia.

Há, pois, entre mim e esta assistência, que não se reuniu por acaso, uma natural empatia, uma troca de sentimentos nobres, ditados pelo compromisso institucional, com vistas ao êxito nas elevadas funções de Presidente do TRT.

E é isso o que me estimulará no cumprimento das árduas tarefas que me são impostas pelo novo desafio.

Como Rui Barbosa, posso dizer que sou “*um espírito confiante no direito, educado na luta pelo direito, empenhado na construção do direito*”. Mas, ainda

assim, as funções de Presidente Tribunal são absolutamente novas para mim, quer pelo seu caráter administrativo, quer pelo seu caráter político-institucional.

Assim, trago para o exercício delas o que sou e o que tenho – a minha formação jurídica, a minha experiência de magistrado, a minha fé no Direito. Mas devo reconhecer, por mais que isso conte, é imenso o desafio que envolve assumir essa nova missão.

Daí, a humildade com que recebo essa **honoraria**, que me eleva ao mais alto cargo de direção de um tribunal federal, o que é envaidecedor, mas que, como um galardão cunhado em ouro maciço, pesa sobre os meus ombros, como a advertir a grave responsabilidade de exercê-lo, sobretudo, nesta quadra de mudanças do Poder Judiciário.

Isso me leva a considerar, em minhas reflexões pessoais, o quanto devo estar aberto à contribuição institucional dos mais diversos setores da sociedade, a fim de que o mandato de Presidente seja benéfico à própria instituição a que servimos com devotamento – o **Poder Judiciário**.

Escreve Bolívar Lamounier que “*um país que não fala de instituições, não constrói instituições*”. De outro modo, será tanto mais verdade, **quem não administra para as instituições, não constrói instituições**, que se colocam muito acima dos sentimentos pessoais de seus dirigentes.

À frente do TRT do Piauí, quero contribuir para a construção do Poder Judiciário, que deve exercer a função de garante do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Como instituição, o Poder Judiciário não é uma obra acabada. Constituem prova disso as constantes reformas a que vem sendo submetido, nos últimos anos, não somente na sua estrutura orgânica, como, também, na legislação processual, disciplinadora de suas atividades jurisdicionais.

Mais do que isso, o Poder Judiciário, **como projeto democrático**, em perene processo de aperfeiçoamento, comporta sempre a contribuição de quantos dirigem seus órgãos, no âmbito de suas respectivas Justiças.

A questão que se põe é como podemos operacionalizar, à frente do TRT do Piauí, a construção do Poder Judiciário como projeto democrático brasileiro.

Não há passe de mágica. Não há milagres. Não há uma ação extraordinária nesse sentido. Onde for ouvido, **falarei de instituições para construir instituições**.

Isso parecerá sem fruto. Mas lutarei com palavras, lembrando DRUMOND DE ANDRADE:

- ”Lutar com palavras
- Parece sem frutos
- Não tem carne nem sangue
- Entretanto, luto.”.

Num tempo de reforma do Poder Judiciário, é preciso que se ponha em relevo a sua importância política na democracia, como o fez Rui Barbosa, ao longo de sua vida dedicada ao direito, e que o apresentava, com palavras ainda hoje atuais, como o **eixo da democracia**, pois, na verdade, “*falseando ele ao seu mister, todo o sistema cairá em paralisia, desordem e subversão.*”:

Bolívar Lamounier, num clássico ensaio sobre **Rui Barbosa e a Construção Institucional da Democracia Brasileira**, demonstra, acima de qualquer suspeita, a atualidade do pensamento político desse grande brasileiro, no ponto relativo “*a posição institucional do Judiciário na nova organização constitucional do poder.*”.

Na releitura do respeitado ensaísta político, Rui Barbosa, em matéria de **construção institucional** do Poder Judiciário, tinha em mente construir um Judiciário altivo “*com força suficiente para se contrapor ao Executivo e ao Legislativo, sempre que necessário, a fim de conter-lhes os desmandos*”, sem que essa independência implicasse num “*governo de Juizes*”:

-”Neste sentido, o que Rui tinha em mente quando defendia a independência do Judiciário não era um governo de juizes, e sim a idéia de um Judiciário com força suficiente para se contrapor ao Executivo e ao Legislativo sempre que necessário, a fim de conter-lhes os desmandos.”.

É nesse projeto de Rui, com os acréscimos ditados pelas novas circunstâncias históricas, que haveremos de inspirar as nossas idéias, palavras e ações, voltadas, no âmbito do TRT da 22ª Região, para a **construção institucional** de um Poder Judiciário autônomo no concerto dos poderes constitucionais.

Nesse quadro, sobressai o debate sobre a função do Poder Judiciário de exercer o controle jurídico dos demais poderes.

Assim como o Poder Judiciário contribui, como “*eixo da democracia*”, para o desenvolvimento político do País, haverá também de exercer função relevante e de grande alcance social no papel político de efetivar, em nome da sociedade, o controle sobre os demais órgãos do aparelho do Estado.

No desempenho dessa atividade controladora, é irrecusável que o Poder Judiciário faz escolhas, assume posições, manifesta convicções. Por isso é que, controlando as opções políticas realizadas pelo Parlamento ou pela Administração, também exerce poder político.

O exercício da função política não encerra partidarização do Judiciário. Significa que, como Poder do Estado, cabe-lhe realizar os princípios e valores constitucionais, fazendo juízo crítico da lei para, adequando-a às exigências sociais e históricas, realizar os valores da democracia e construir uma sociedade fundada no espírito de liberdade, justiça e solidariedade.

Portanto, o Poder Judiciário, ao cumprir função política, não pode deixar de estar “politizado”. Nesse sentido, adverte Eugenio Raúl Zaffaroni que

-”Não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque seja governo. O sistema de *checks and balances* entre os poderes (...) nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos.”

Exercendo o Judiciário poder político, impõe-se o reconhecimento de um papel mais ativista, prospectivo e transformador do juiz. Este e, por extensão, o Judiciário, não podem se tornar agentes de injustiças só porque as leis são injustas. Assim, o juiz acabaria por alienar-se na função de operário do direito, sem ao menos ter a consciência disso. O juiz deve ter a responsabilidade pelos resultados de suas decisões, conhecendo as conseqüências que provoca na sociedade.

Essa é a idéia defendida pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, do Superior Tribunal de Justiça, ao sustentar que

-”O juiz precisa tomar consciência de seu papel político; integrante de Poder. Impõe-se-lhe visão crítica. A lei é meio. O fim é o Direito. O Direito não é neutro. Fato e norma estão envolvidos pelo valor. Traduzem significado. Indicam direção. O juiz é agente de transformação social.”

Controlando as opções políticas dos demais Poderes, constitui função essencial do Judiciário fazer o controle jurídico sobre as políticas públicas, competindo-lhe no Estado Constitucional e Democrático de Direito garantir o **desenvolvimento**

nacional, que constitui um dos objetivos fundamentais da República brasileira, consagrados expressamente pela Constituição Federal.

Nesse caminho, o Poder Judiciário, como instituição, deverá colocar na pauta dos debates o **controle judicial das políticas públicas**. Desse mister não poderá fugir o Poder Judiciário, pois, o **desenvolvimento social**, como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito, constitui-se também em escopo de sua atuação, como parcela política do poder estatal.

Isso deverá modificar profundamente o perfil dos juízes que, para a apreciação das controvérsias relativas ao desenvolvimento, deverão ter o domínio também das ciências políticas, econômicas e sociológicas.

“Desgraçado de um país em que os juízes forem apenas juristas”, dizia Aliomar Baleeiro, no seu discurso de posse, na Presidência do C. STF, em 1971.

As novas funções do Poder Judiciário, como instituição, estarão a exigir dos nossos juízes bem mais que a simples operacionalização do direito, mas o conhecimento da economia, da política e da sociologia, para que possam exercer, com efetividade, o controle jurisdicional das políticas do desenvolvimento do Estado brasileiro.

Haverá de se perguntar se tudo isso será feito em apenas dois (2) anos.

Em matéria de administração, há os que prometem fazer 50 anos em 5, ou 20 anos em dois (2), porque nesse setor de atividade o tempo não é medido cronologicamente, mas **politicamente**, isto é, pelo esforço que se faz para consecução dos objetivos traçados.

De minha parte, multiplicarei os esforços, mas estou ciente de que **farei em 2 anos apenas o que se faz em dois anos**, um pouco mais, ou um pouco menos, mas em tudo que fizer, estarei fazendo com determinação, idealismo e espírito público.

Para esses dois anos, existem três idéias básicas: informatização, transparência e efetividade. E o que pode parecer uma retórica repetição de propósitos, para nós representa um significado mais amplo e um conteúdo mais abrangente, porque, além de sua essência, informatização, transparência e efetividade devem reproduzir a consciência e a esperança que sempre tivemos nesses 16 anos de magistratura.

Informatização para modernizar as ações de informática, incorporando a Justiça do Trabalho do Piauí no Sistema Integrado de Gestão da Informação desenvolvido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. O objetivo é maximizar

os recursos da tecnologia da informação, caminhando em direção à implantação de uma justiça sem papel, através da adoção do processo virtual.

Transparência para assegurar uma constante aproximação entre o Tribunal Regional do Trabalho e os jurisdicionados, tornando esta Justiça Especializada cada dia mais forte, ágil, confiante e íntegra. Para tanto, trilharemos e defenderemos sempre a noção de ética, a comunicação direta com os usuários e um processo contínuo de formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores, através da criação da Escola Judicial e de Administração Judiciária, investindo intensamente na qualificação e capacitação nas áreas de gestão pública e administração judiciária.

Efetividade para buscar incessantemente o cumprimento das decisões judiciais, desenvolvendo ações de interação total entre o Tribunal, os juízes de primeira instância e os servidores, buscando mecanismos para que nossas decisões possam ser cumpridas de forma célere e satisfativa. Será necessário que estejamos todos conscientes e dispostos a fazer com que as decisões proferidas saiam do papel, ganhem vida e possam ter efetividade e resultado prático para quem depositou na Justiça do Trabalho, muitas vezes, suas últimas esperanças.

Desse conjunto de idéias, as diretrizes podem ser sintetizadas em prioridade para o jurisdicionado, transparência na gestão, uso intensivo da tecnologia da informação, capacitação gerencial dos magistrados e servidores, ética, compromisso com a instituição e busca permanente da excelência.

Para viabilizarmos essas idéias, esperamos a colaboração dos demais integrantes desta Corte, de todos os juízes e servidores do Tribunal, sem os quais qualquer determinação de nossa parte não será suficiente para a viabilização desses projetos.

Sei que é hora de encerrar essas reflexões, tecidas entre as honrarias envaidecedoras do cargo e as graves responsabilidades de suas funções, que àquelas contrapõem a humildade com que o encargo deve ser exercido.

Mas, ainda assim, penso ter ombros fortes para suportar o peso desse galardão, ainda que um simples iniciado nas funções, dizendo para mim, como Drumond de Andrade, outra vez:

*-”Teus ombros suportam o mundo.
-”E ele não pesa mais do que a mão de uma criança.”.*

Ao finalizar as minhas palavras, quero agradecer.

Agradecer a Deus, pela ocasião de servir, cuja missão desejo cumprir com a força do amor que constrói, da amizade que impulsiona e da consideração que amplia o horizonte de oportunidades.

Agradecer às autoridades e aos integrantes das carreiras jurídicas que nos honram com suas presenças e garantem a grandiosidade desta solenidade.

Aos meus eminentes pares, pela confiança.

À Desembargadora Liana Chaib, de quem recebo um Tribunal à altura de suas funções institucionais, que o conduziu com serenidade, humildade, responsabilidade e coragem.

Ao Desembargador Edílson Cardoso, que dividirá comigo as responsabilidades pela direção do TRT. A nossa amizade já remonta mais de quinze anos e seu apoio será essencial à consecução dos nossos objetivos.

Ao Desembargador Fausto Lustosa, exemplo de ponderação, que proferiu belíssima oração em tributo à amizade.

Aos excelentes servidores do TRT, devo dizer-lhes que vocês são parte dos meus ideais, porque com vocês eu também aqui cheguei e em vocês eu continuamente deposito toda a minha força para juntos construirmos um TRT melhor.

Aos meus pais, que, quando não tinham nada, me ofereceram tudo, agradeço a eles porque na sabedoria da sua simplicidade me conduziram com retidão e ética. A eles, a minha gratidão eterna.

À Fátima, minha mulher, pelo amor, solidariedade, compreensão e encorajamento, sobretudo pela história comum, construída a cada dia.

Aos meus filhos Arnaldo Jr. e Taís, que dividem comigo tristezas e aflições e multiplicam alegrias e esperanças.

Aos meus irmãos, pela compreensão, estímulo, atenção e amizade constante.

Aos meus familiares e amigos de Campo Alegre de Lourdes, na Bahia, que me viram nascer e vibram com meu crescimento pessoal e profissional.

Ao Deputado Federal Jorge Khoury e ao Deputado Estadual Pedro Alcântara, eminentes parlamentares baianos, agradeço pela infinita alegria de suas presenças.

Às pessoas do povo, que aqui se encontram, e que devem ser ouvidas com paciência e brandura, de modo a encontrar no Presidente do Tribunal fácil e cordial acolhimento, sentindo-se, assim, animadas a lhe requererem a sua justiça.

A todos cumprimentamos e abraçamos, fraternalmente, animados que aqui estivemos pelos mesmos sentimentos de progresso e justiça.

Minhas senhoras e meus senhores,

Despeço-me de todos com o sentimento de um homem que está guiado pelos seus melhores sonhos de justiça, paz e progresso como um cavaleiro andante determinado a concretizá-los. Sonhos que não são apenas meus, pois, como símbolos coletivos, são sonhos de todos os homens de boa vontade e que se expressam na realização de uma melhor justiça para todos.

Obrigado!

