



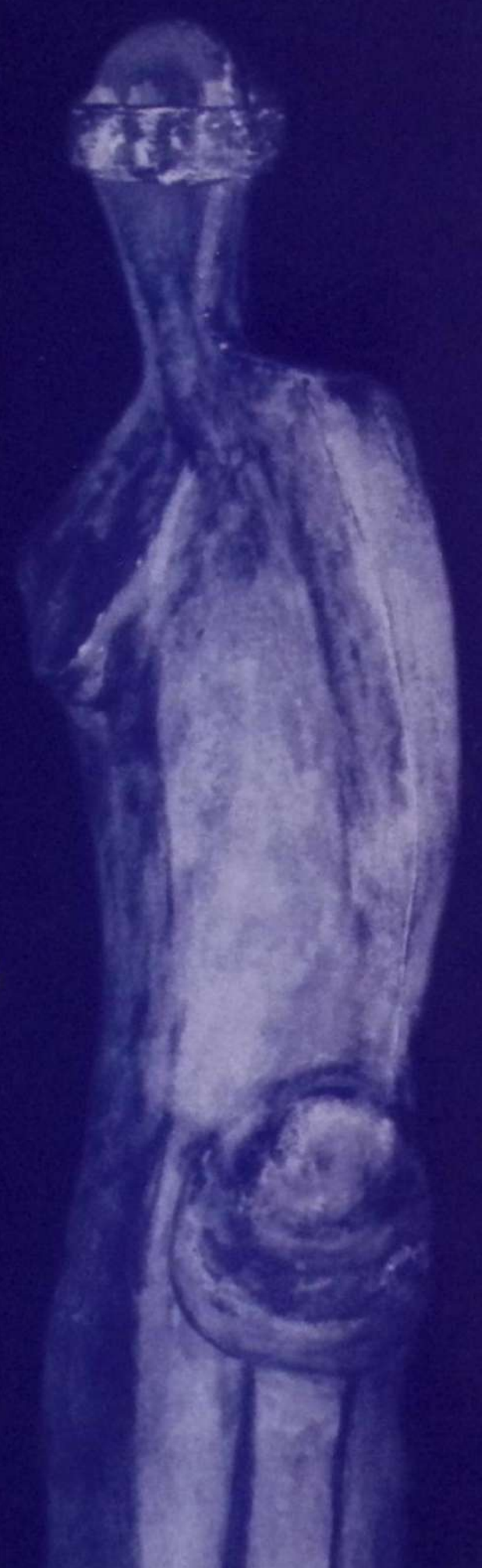
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ISSN 0100-7637

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Porto Alegre - RS - Brasil

nº 37
2009



REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 4 REGIÃO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
Av. Praia de Belas, 1100 - CEP 90110-903 - Porto Alegre

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Desembargador João Ghisleni Filho
Presidente

Desembargador Carlos Alberto Robinson
Vice-Presidente

Desembargadora Beatriz Zoratto Sanvicente
Corregedora Regional

Desembargador Juraci Galvão Júnior
Vice-Corregedor Regional

Desembargador Flavio Portinho Sirangelo
Desembargador José Felipe Ledur
Juiz Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa
Comissão da Revista e Outras Publicações

ISSN 0100-7637

Rev. TRT4ªR	Porto Alegre	a. 38	nº37	460	2009
-------------	--------------	-------	------	-----	------

HS Editora Ltda

Rua Almirante Barroso, 735, conj. 302
90220-021 - Porto Alegre - RS
Fone/Fax: (51) 3346-9222
E-mail: hscditora@hscditora.com.br

Cip-Brasil, Catalogação na fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região. v. 37
2009 - Porto Alegre, Tribunal Regional do Trabalho
v. anual

Continuação do Ementário do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região

1. Direito – Periódico. 1. Rio Grande do Sul. Tribunal Regional do Trabalho

C.D.U. 345)

Organização e Revisão: Luís Fernando Matte Pasin
Glades H. Ribeiro do Nascimento
Tamira Kiszewski Pacheco

Capa: Assessoria de Comunicação Social e Escola Judicial

Criação: Diana Schmeling Messias e Karin Kazmierczak

Imagem: Obra de arte "Justiça Social" exposta no saguão do prédio-sede do TRT da 4 Região, confeccionada pela artista plástica Maryzia Steck Martins – *in memoriam*

Fotografia: Paulo César Høehr

Editoração eletrônica: **7S Satcna**

Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região

Av. Praia de Belas, 1100
90110-903 – Porto Alegre – RS

Escola Judicial

Av. Praia de Belas, 1432, Prédio III, 2º Andar
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255-2689

E-mail: ej.formacao@trt4.jus.br
Site: www.trt4.jus.br

7S tona «da

Rua Almirante Barroso, 735, conj. 302
90220-021 -- Porto Alegre – RS

Fone/Fax: (51) 3346-9222

E-mail: hseitora@hseitora.com.br

Site: www.hseitora.com.br

APRESENTAÇÃO

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região renova, anualmente, a tradição de vir a público para apresentar, na forma da Revista impressa, um panorama da sua jurisprudência e os trabalhos científicos dos seus juízes e de juristas convidados. Nesta edição, o leitor encontrará também sentenças de juízes do primeiro grau da jurisdição, selecionadas a partir da escolha de temáticas que a Comissão da Revista e Outras Publicações entendeu atuais e relevantes.

Como é da tradição, a Revista estampa, ainda, as Súmulas e os Precedentes atualizados do Tribunal, além dos registros que marcam a continuidade e a evolução histórica da instituição.

Esta é a edição de número 37 da Revista do TRT-RS, na qual tem sequência a trajetória iniciada no distante mês de janeiro de 1967, quando o Tribunal publicou um Ementário de Jurisprudência, sob os auspícios da memorável Editora e Livraria do Globo de Porto Alegre. Naquela época, o juiz do trabalho Carlos Alberto Barata e Silva, então Presidente do TRT da 4ª Região – depois ministro e presidente do Tribunal Superior do Trabalho –, renunciou que a publicação do órgão judiciário trazia a vocação para se tomar um ponto de referência a todos que atuam na Justiça do Trabalho.

Dez anos depois disso, já em setembro de 1977, o Ementário transformou-se na Revista do TRT da 4ª Região que ainda temos hoje, trazendo a expressão da jurisprudência regional, de artigos doutrinários e dos demais registros institucionais, tudo sob a coordenação da Comissão de Revista que, na época, em 1977, era constituída pelos saudosos Pery Saraiva, Clovis Assumpção e João Antonio Pereira Leite.

Nos dias de hoje, a Comissão da Revista e Outras Publicações atua junto à Escola Judicial e é constituída por magistrados integrantes do seu Conselho Consultivo. A Revista persevera na sua vocação fundamental de ser fonte de consulta e informação ao mundo jurídico e, de resto, a todos os que atuam no mundo do trabalho.

Nesta 37ª Edição, já se verificam os resultados do processo de dedicação sistemática aos estudos e à busca de aperfeiçoamento permanente que a magistratura trabalhista gaúcha, seguindo as suas próprias tradições, vem empreendendo. Trata-se de um esforço que deve ser reconhecido e valorizado, dadas as inegáveis dificuldades de organização de tempo enfrentadas por todos aqueles que são responsáveis pelo exercício da jurisdição nos dias atuais.

Os trabalhos doutrinários deste número da Revista foram escritos por magistrados trabalhistas do RS. São artigos que abordam lemas de importância e atualidade e que incursionam, inclusive, por áreas de conhecimento já não mais circunscritas à pura dogmática jurídica. O leitor perceberá, pelos trabalhos científicos aqui apresentados,

o reconhecimento de debatermos temas como: a modernização da administração da justiça e o aproveitamento de avanços tecnológicos para fazer com que os julgadores se aproximem da sociedade jurisdicionada; a modernização do processo judiciário e a necessidade de discutirmos, sem preconceitos, novas soluções para a atendimento da prestação jurisdicional; a perspectiva econômica do papel desempenhado pelos sindicatos; a perspectiva jurídico-constitucional do papel da negociação coletiva, seus limites e possibilidades; a crescente aproximação do juslaboralismo ao direito constitucional, mediante a análise e a compreensão da doutrina dos direitos fundamentais: o exame do novo conjunto normativo do direito brasileiro sobre falência e recuperação judicial e as suas repercussões para os direitos dos trabalhadores.

Além disso, a Revista recebe, mais uma vez, tal como ocorreu na edição do ano passado, uma importante contribuição internacional, consubstanciada na decisão proferida pela *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*, da Argentina, que contém substantiva abordagem acerca dos mecanismos jurídicos de proteção em face da discriminação no trabalho. Trata-se de caso que se encontra ainda pendente de resolução final perante a Suprema Corte da República Federal da Argentina e que recebeu alentado acórdão do órgão judicial especializado de apelação, do qual a presente Revista transcreve os excertos mais relevantes, através do trabalho generoso de compilação a que se dedicou o magistrado Oscar Zas, condutor do voto-líder naquela decisão. O texto do acórdão se reveste do maior interesse por abordar, dentre inúmeras outras questões, o grave problema da constituição da prova em ações trabalhistas fundadas em discriminação, assim como a influência do direito internacional do trabalho e das decisões das cortes internacionais como fontes do direito aplicável pelo juiz nacional ao caso concreto.

Enfim, trata-se de mais uma contribuição que resulta de uma saudável aproximação com a jurisprudência e a doutrina dos nossos vizinhos do Prata, que já se iniciara na edição anterior da Revista, quando publicamos um importante estudo de autor uruguaio sobre o mesmo tema do direito antidiscriminatório.

Isso tudo reflete, na verdade, a determinada inflexão da magistratura contemporânea para uma postura de abandono do insulamento e do comportamento formalista e distanciado do mundo real com que, em certo tempo passado, a formação jurídica então predominante nos impregnou. As sentenças e os acórdãos selecionados para esta publicação juntam-se aos trabalhos doutrinários para revelar uma nova postura de uma justiça que reconhece o dever de aplicar a experiência jurídica com os olhos voltados para a complexa e multifacetada realidade do mundo atual.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Flavio Portinho Sirangelo

Diretor da Escola Judicial

Presidente da Comissão da Revista e Outras Publicações do TRT da 4 Região

TRIBUNAL PLENO

Composição a partir de 21.07.2009, observada a ordem de antiguidade.

Des. Flavio Portinho Sirangelo
Des. Fabiano de Castilhos Bertolucci
Des. Denis Marcelo de Lima Molarinho
Des. João Ghisleni Filho (Presidente)
Des. Carlos Alberto Robinson (Vice-Presidente)
Des.ª Beatriz Zoratto Sanvicente (Corregedora **Regional**)
Des. Juraci Galvão Júnior (Vice-Corregedor Regional)
Des.ª Rosane Serafini Casa Nova
Des. João Alfredo Borges Antunes de Miranda
Des.ª Dionéia Amaral Silveira
Des.ª Maria Helena Mallmann
Des.ª Ana Luiza Heineck Kruse
Des.ª Berenice Messias Corrêa
Des. Milton Carlos Varela Outra
Des.ª Maria Inês Cunha Dornelles
Des.ª Tânia Maciel de Souza
Des. Leonardo Meurer Brasil
Des.ª Cleusa Regina Halfen
Des. Ricardo Luiz Tavares Gehling
Des.ª Maria Beatriz Condessa **Ferreira**
Des.ª Vanda Krindges Marques
Des. Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo
Des.ª Ione Salin Gonçalves
Des. Ricardo Carvalho Fraga
Des. Hugo Carlos Scheuermann
Des. José Felipe Ledur
Des.ª Flávia Lorena Pacheco
Des. João Pedro Silvestrin
Des. Luiz Alberto de Vargas
Des. Beatriz Renck
Des.ª Maria Cristina Schaan Ferreira
Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa
Des.ª Carmen Izabel Centena Gonzalez
Des. Emílio Papaléo Zin
Des.ª Vânia Maria Cunha Mattos
Des.ª Denise Pacheco

ÓRGÃO ESPECIAL

Composição a partir de 15.08.2008, observada a ordem de antiguidade.

Des. João Ghisleni Filho (Presidente)
Des. Carlos Alberto Robinson (Vice-Presidente)
Des.' Beatriz Zoratto Sanvicente (Corregedora Regional)
Des. Juraci Galvão Júnior (Vice-Corregedor Regional)
Des. Flavio Pertinho Sirangelo
Des. Fabiano de Castilhos Bertolucci
Des. Denis Marcelo de Lima Molarinho
Des." Rosane Serafini Casa Nova
Des. João Alfredo Borges Antunes de Miranda
Des." Dionéia Amaral Silveira
Des." Berenice Messias Corrêa
Des. • Cleusa Regina Halfen
Des." Ione Salin Gonçalves
Des. Ricardo Carvalho Fraga
Des. Hugo Carlos Scheuermann
Des. João Pedro Silvestrin

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Composição a partir de 04.08.2008, observada a ordem de antiguidade.

Des. João Ghisleni Filho
Des. Carlos Alberto Robinson (Presidente)
Des. Fabiano de Castilhos Bertolucci
Dcs. Denis Marcelo de Lima Molarinho
Des.^o Dionéia Amaral Silveira
Dcs.^a Maria Helena Mallmann
Des.^o Berenice Messias Corrêa
Des.^o Cleusa Regina Halfen
Des. Ricardo Luiz Tavares Gehling
Des.^o Maria Beatriz Condessa Ferreira
Des.^o Flávia Lorena Pacheco
Des. João Pedro Silvestrin

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

(Mandados de Segurança, Habeas Corpus, Conflitos de Competência)

Composição a partir de 21.07.2009, observada a ordem de antiguidade.

Des." Ana Luiza Heineck Kruse (Presidente)

Dcs. Milton Carlos Varela Outra

Des. • Maria Inês Cunha Domelles

Des. • Tânia Maciel de Souza

Des. • Beatriz Renck

Des. • Maria Cristina Schaan Ferreira

Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa

Des. Carmen Izabel Centena Gonzalez

Des. Emílio Papaléo Zin

Des. • Vania Maria Cunha Mattos

Des." Denise Pacheco

2 SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

(Ações Rescisórias e Cautelares)

Composição a partir de 30.03.2009, observada a ordem de antiguidade.

Des. Flavio Portinho Sirangelo (Presidente)
Des." Rosane Serafini Casa Nova
Des. João Alfredo Borges Antunes de Miranda
Des. Leonardo Meurer Brasil
Des.' Vanda Krindges Marques
Des. Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo
Des. • Ione Salin Gonçalves
Des. Ricardo Carvalho Fraga
Des. Hugo Carlos Scheuermann
Des. José Felipe Ledur
Des. Luiz Alberto de Vargas

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

1 TURMA

A partir de 05.09.2008.

Des. Ana Luiza Heineck Kruse (Presidente)

Des. Milton Carlos Varela Dutra

Des.' Ione Salin Gonçalves

Des. José Felipe Ledur

2 TURMA

A partir de 21.07.2009.

Des. Flavio Portinho Sirangelo (Presidente)

Des.^a Maria Beatriz Condessa Ferreira

Des. • Vânia Maria Cunha Mattos

Des." Denise Pacheco

3ªTURMA

A partir de 20.07.2009.

Des. • Maria Helena Mallmann (Presidente)

Des. Ricardo Carvalho Fraga

Des. Luiz Alberto de Vargas

Juiz Francisco Rossal de Araújo (Convocado)

4ªTURMA

A partir de 17.04.2009.

Des. Fabiano de Castilhos Bertolucci (Presidente)

Des. Ricardo Luiz Tavares Gehling

Des. Hugo Carlos Scheuermann

Des. João Pedro Silvestrin

5ª TURMA

A partir de 20.07.2009.

Des.ª Berenice Messias Corrêa (Presidente)

Des.ª Tânia Maciel de Souza

Des. Leonardo Meurer Brasil

Juíza Rejane Souza Pedra (Convocada)

6ª TURMA

A partir de 06.02.2009.

Des.ª Rosane Serafini Casa Nova (Presidente)

Des.ª Beatriz Renck

Des.ª Maria Cristina Schaan Ferreira

Des. Emílio Papaléo Zin

7ª TURMA

A partir de 17.12.2007.

Des.ª Dionéia Amaral Silveira (Presidente)

Des.ª Maria Inês Cunha Domelles

Des.ª Yanda Krindges Marques

Des.ª Flávia Lorena Pacheco

8 TURMA

A partir de 20.07.2009.

Des. Denis Marcelo de Lima Molarinho (Presidente)

Des.ª Cleusa Regina Halfen

Des.ª Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo

Juíza Maria da Graça Ribeiro Centeno (Convocada)

9ª TURMA

A partir de 20.07.2009.

Des. João Alfredo Borges Antunes de Miranda (Presidente)

Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa

Des.ª Carmen Izabel Centena Gonzalez

Juiz Marçal Henri dos Santos Figueiredo (Convocado)

JUÍZES TITULARES

*Listagem de antiguidade.
Posição a partir de 13.10.2009.*

Clóvis Fernando Schuch Santos – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo*
Marçal Henri dos Santos Figueiredo – *Titular da 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Maria da Graça Ribeiro Centeno – *Titular da 14ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Rejane Souza Pedra – *Titular da 4ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo*
Wilson Carvalho Dias – *Titular da Vara do Trabalho de Alvorada*
Francisco Rossal de Araújo – *Titular da 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Maria Helena Lisot – *Titular da 10ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Iris Lima de Moraes – *Titular da 1ª Vara do Trabalho de Gramado*
Marcelo Gonçalves de Oliveira – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Passo Fundo*
Lucia Ehrenbrink – *Titular da 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Maria Madalena Telesca – *Titular da 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Gramado*
Herbert Paulo Beck – *Titular da Vara do Trabalho de Farroupilha*
Laís Helena Jaeger Nicotti – *Titular da 1ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Raul Zoratto Sanvicente – *Titular da 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
André Reverbel Fernandes – *Titular da 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
George Achutti – *Titular da 15ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Brfgida Joaquina Charão Barcelos – *Titular da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Karina Saraiva Cunha – *Titular da 28ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
João Batista de Matos Danda – *Titular da 1ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha*
João Batista Siczkowski Martins Vianna – *Titular da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Angela Rosi Almeida Chapper – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Pelotas*
Janney Camargo Bina – *Titular da 1ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo*
Gerson Antonio Pavinato – *Titular da Vara do Trabalho de Estância Velha*

Marcos Fagundes Salomão – *Titular da 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
José Cesário Figueiredo Teixeira – *Titular da 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Neuri Gabe – *Titular da Vara do Trabalho de Lajeado*
Manuel Cid Jardón – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
João Carlos Franckini – *Titular da 5ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo*
Fernando Luiz de Moura Cassal – *Titular da 3ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo*
Lenir Heinen – *Titular da 7ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Simone Maria Nunes Kunrath – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha*
Ben-Hur Silveira Claus – *Titular da Vara do Trabalho de Carazinho*
Maria Silvana Rotta Tedesco – *Titular da 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Carlos Alberto May – *Titular da 20ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Luis Carlos Pinto Gastai – *Titular da 1ª Vara do Trabalho de Pelotas*
Rosane Cavalheiro Gusmão – *Titular da 19ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Roberto Antonio Carvalho Zonta – *Titular da 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Inajá Oliveira de Borba – *Titular da 25ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Roberto Teixeira Siegmann – *Titular da 27ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Vanda Iara Maia Müller – *Titular da 24ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Luiz Fernando Bonn Henzel – *Titular da 3ª Vara do Trabalho de Canoas*
Noêmia Saltz Gensas – *Titular da 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Rosiul de Freitas Azambuja – *Titular da 3ª Vara do Trabalho de São Leopoldo*
Joe Ernando Deszuta – *Titular da 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Walther Fredolino Linck – *Titular da Vara do Trabalho de Triunfo*
Mauricio Schmidt Bastos – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Frederico Russomano – *Titular da 3ª Vara do Trabalho de Pelotas*
André Luiz da Silva Schech – *Titular da Vara do Trabalho de Três Passos*
Valéria Heinicke do Nascimento – *Titular da 8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Eny Ondina Costa da Silva – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Sapucaia do Sul*
Rosemarie Teixeira Siegmann – *Titular da 3ª Vara do Trabalho de Porto Alegre*
Sônia Maria Fraga da Silva – *Titular da Vara do Trabalho de Viamão*
Claudio Scandolara – *Titular da Vara do Trabalho de Torres*

Anita Job Lübbe – *Titular da Vara do Trabalho de Gualba*
Edson Pecis Lerrer – *Titular da 1º Vara do Trabalho de Gravata*
Cláudio Roberto Ost – *Titular da Vara do Trabalho de Santa Rosa*
José Luiz Dibe Vescovi – *Titular da 2º Vara do Trabalho de Taquara*
Carlos Henrique Selbach – *Titular da Vara do Trabalho de Cachoeira do Sul*
Luciane Cardoso Barzotto -- *Titular da Vara do Trabalho de Esteio*
Ceres Batista da Rosa Paiva – *Titular da Iª Vara do Trabalho de Canoas*
Ana Ilca Härter Saalfeld – *Titular da 4º Vara do Trabalho de Pelotas*
Horismar Carvalho Dias – *Titular da Iª Vara do Trabalho de Sapiranga*
Eduardo de Camargo – *Titular da Iª Vara do Trabalho de Taquara*
Luiz Antonio Colussi – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Canoas*
Andrea Saint Pastous Nocchi -- *Titular da 1º Vara do Trabalho de Sapucaia do Sul*
José Renato Stangler -- *Titular da Iª Vara do Trabalho de Passo Fundo*
Miriam Zancan – *Titular da Iª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves*
Paulo Luiz Schmidt -- *Titular da 2º Vara do Trabalho de Gravata*
Edson Moreira Rodrigues – *Titular da Vara do Trabalho de Santo Ângelo*
Themis Pereira de Abreu – *Titular da Vara do Trabalho de Montenegro*
Cacilda Ribeiro Isaacsson – *Titular da Vara do Trabalho de Arroio Grande*
Ary Faria Marimon Filho -- *Titular da 2º Vara do Trabalho de Bento Gonçalves*
Marcelo Papaléo de Souza – *Titular da Vara do Trabalho de Vacaria*
Ricardo Fioreze – *Titular da Vara do Trabalho de Encantado*
Rui Ferreira dos Santos – *Titular da 4ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul*
Renato Walmor Medina Guedes – *Titular da 2º Vara do Trabalho de Sapiranga*
Marcelo Silva Porto -- *Titular da 3º Vara do Trabalho de Sapiranga*
Celso Fernando Karsburg -- *Titular da Iª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul*
Alexandre Schuh Lunardi – *Titular da Vara do Trabalho de Estrela*
Luis Fettermann Bosak – *Titular da 3º Vara do Trabalho de Taquara*
Silvana Martinez de Medeiros Guglieri – *Titular da Vara do Trabalho de Osório*
Jorge Alberto Araujo -- *Titular da Vara do Trabalho de São Jerônimo*
Márcia Carvalho Barrili – *Titular da Vara do Trabalho de São Gabriel*

Paulo André de França Cordovil – *Titular da Vara do Trabalho de Lagoa Vermelha*
Artur Peixoto San Martin -- *Titular da 2º Vara do Trabalho de São Leopoldo*
Neusa Líbera Lodi – *Titular da Vara do Trabalho de Camaquã*
Gustavo Fontoura Vieira – *Titular da Iª Vara do Trabalho de Santa Maria*
Lila Paula Flores França – *Titular da 3º Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul*
Laura Antunes de Souza – *Titular da 2º Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul*
Luís Antônio Mecca – *Titular da 2º Vara do Trabalho de Erechim*
Daniel de Sousa Voltan – *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Rio Grande*
Rita de Cássia da Rocha Adão – *Titular da Vara do Trabalho de Alegrete*
Marilene Sabrosa Friedl -- *Titular da Iª Vara do Trabalho de Caxias do Sul*
Clocemar Lemes Silva – *Titular da Vara do Trabalho de São Bojã*
Bemarda Nubia Toldo – *Titular da Vara do Trabalho de Santiago*
Elisabete Santos Marques – *Titular da 3º Vara do Trabalho de Caxias do Sul*
Daniel Souza de Nonohay -- *Titular da Vara do Trabalho de Santa Vitória do Palmar*
Magáli Mascarenhas Azevedo -- *Titular da 2ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul*
André Ibanos Pereira – *Titular da 2º Vara do Trabalho de Santa Maria*
Maria Teresa Vieira da Silva – *Titular da Vara do Trabalho de Ijuí*
Adriano Santos Wilhelms – *Titular da Vara do Trabalho de Santana do Livramento*
Simone Silva Ruas – *Titular da 1º Vara do Trabalho de Rio Grande*
Rosane Marlene de Lemos – *Titular da Iº Vara do Trabalho de Bagé*
Cleiner Luiz Cardoso Palezi – *Titular da Vara do Trabalho de Rosário do Sul*
Leandro Krebs Gonçalves – *Titular da Iª Vara do Trabalho de Erechim*
Alcides Otto Flinkerbusch – *Titular da Vara do Trabalho de Palmeira das Missões*
Marcelo Caon Pereira -- *Titular da Vara do Trabalho de Cruz Alta*
Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior-- *Titular da Vara do Trabalho de Frederico Westphalen*
Patrícia Heringer – *Titular da Iª Vara do Trabalho de Uruguaiana*
Rosâne Marly Silveira Assmann – *Titular da 2º Vara do Trabalho de Bagé*
Maurício Machado Marca – *Titular da 2º Vara do Trabalho de Uruguaiana*

” JUIZES SUBSTITUTOS

Listagem de antiguidade.

Posição a partir de 14.09.2009.

Marta Kumer

Sonia Maria Pozzer

Rogério Donizete Fernandes

Fernando Formolo

Marco Aurélio Barcellos Carneiro

Luís Ernesto dos Santos Veçozzi

Volnei de Oliveira Mayer

Jarbas Marcelo Reinicke

Ivanildo Vian

Silvionei do Carmo

Flávia Cristina Padilha Vilande

Márcio Lima do Amaral

Tatyanna Barbosa Santos Kirchheim

Carla Sanvicente Vieira

Janaína Saraiva da Silva

Ingrid Loureiro Irion

Fabiane Rodrigues da Silveira

Ana Carolina Schild Crespo

Patricia Dornelles Peressutti

Adriana Freires

Simone Oliveira Paese

Valdete Souto Severo

Maristela Bertei Zanetti

Ana Julia Fazenda Nunes

Rafael da Silva Marques

Cinara Rosa Figueiró

Elson Rodrigues da Silva Junior

Glória Valério Bangel

Paulo Ernesto Dom

Eduardo Duarte Elyseu

Renato Barros Fagundes

Luciano Ricardo Cembranel

Luciana Böhlm Stahnke

Candice Von Reisswitz

Odete Carlin

Cintia Edler Bitencourt

Cristiane Bueno Marinho

Cristina Bastiani de Araújo

José Carlos Dai Ri

Rita de Cássia Azevedo de Abreu

Raquel Nenê de Azevedo

Carlos Alberto Zogbi Lontra

Julieta Pinheiro Neta

Luís Ulysses do Amaral de Pauli

Déborah Madruga Costa Lunardi

Lina Gorczewski

Patricia Iannini

André Vasconcellos **Vieira**

Fabiana Gallon

Gilberto Destro

Fernanda Probst

Rachel de Souza Carneiro

Adriana Moura Fontoura

Patrícia Helena Alves de Souza

Sérgio Giacomini

Carolina Santos Costa de Moraes

Deise Anne Herold
Luís Henrique Bisso Tatsch
Diogo Souza
Adair João Magnaguagno
Bárbara Schönhofen Garcia
Raquel Hochmann de Freitas
Marcelo Bergmann Hentschke
Rozi Engelke
Eliane Covolo Melgarejo
Giovani Martins de Oliveira
Paula Silva Rovani Weiler
Mariana Roeh Flores Arancibia
Lenara Aita Bozzetto
José Frederico Sanches Schulte
Marcele Cruz Lanot Antoniazzi
Ligia Maria Belmonte Klein
Rita Volpato Bischoff
Fabiola Schivitz Dornelles Machado
Eduardo Vianna Xavier
Carolina Hostyn Gralha
Adriana Seelig Gonçalves
Aline Doral Stefani Fagundes
Almiro Eduardo de Almeida
Paulo Cezar Herbst
Elizabeth Bacin Hermes
Maurício de Moura Peçanha
Luciana Kruse
Rafaela Duarte Costa
Daniela Elisa Pastório
Denilson da Silva Mroginski
Juliana Oliveira
Graciela Maffei
Rodrigo Trindade de Souza
Maria Cristina Santos Perez
Adriana Kunrath
Gustavo Jaques
Rubiane Solange Gassen **Assis**
Cesar Zucatti Pritsch
Max Carrion Brueckner
Laura Balbuena Valente Gabriel
Ricardo Jahn
Glória Mariana da Silva Mota
Nivaldo de Souza Junior
Rodrigo de Almeida Tonon
Fabrício Luckmann
Vinícius Daniel Petry
Aline Veiga Borges
Guilherme da Rocha Zambrano
Tiago Mallmann Sulzbach
Jefferson Luiz Gaya de Goes
Luciana Caringi Xavier
Ana Luiza Barros de Oliveira
Luís Fernando da Costa Bressan
Fabiane Martins
Edenilson Ordoque Amaral
Osvaldo Antonio da Silva Stocher
Patrícia Juliana Marchi Pereira
Luisa Rumi Steinbruch
Daniela Floss

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Procuradora Regional-Chefe

Dra. Silvana Ribeiro Martins

Procurador-Chefe Substituto

Dr. Ivan Sergio Camargo dos Santos

Procuradores Regionais do Trabalho

Dr. Jaime Antonio Cimenti

Dr. Paulo Borges da Fonseca **Seger**

Dr. Eduardo Antunes Parmeggiani

Dr. Luiz Fernando Mathias Vilar

Dr. Victor Hugo Laitano

Dr. André Luís Spies

Drn. Beatriz de Holleben Junqueira Fialho

Dr. Paulo Eduardo Pinto de Queiroz

Ora. Ana Luiza Alves Gomes

Dr. Lourenço Agostini de Andrade

Procuradores do Trabalho

Dr. Leandro Araújo

Dra. Silvana Ribeiro Martins

Dra. Zulma Hertzog Fernandes Veloz

Dr. Ricardo Wagner Garcia (*ofício Caxias do Sul*)

Ora. Maria Cristina Sanchez Gomes Ferreira

Ora. Márcia Medeiros de Farias

Dr. Alexandre Corrêa da Cruz

Ora. Aline Maria Homrich Schneider Konzotti

Ora. Adriane Amt Herbst

Dr. Marcelo Goulart

Ora. **Denise** Maria **Schellenberger**

Dr. Ivo Eugênio Marques

Dr. Viktor Byruchko Junior

Dr. Paulo Joarês Vieira

Dr. Veloir Dirceu Fürst

Dra. Marlise Souza Fontoura

Dr. Cristiano Bocorny Corrêa

Ora. Dulce Martini Torzecki

Dr. Ivan **Sergio** Camargo **dos Santos**

Dr. Evandro Paulo Brizzi (*ofício Santa Maria*)

Ora. Paula Rousseff Araújo

Ora. Rubia Vanessa Canabarro (*ofício Pelotas*)

Dra. Sheila Ferreira Delpino

Dr. Gilson Luiz Laydnerde Azevedo

Dra. Aline Zerwes Bottari Brasil

Dr. Rogério Uzun Fleischmann

Dra. Márcia de Freitas Medeiros

Dr. Luiz Alessandro Machado

Dra. Juliana Hörlle Pereira (*ofício Passo Fundo*)

Dr. Fabiano Holz Beserra (*ofício Pelotas*)

Dr. Noedi Rodrigues da Silva (*ofício Uruguaiana*)

Dra. Enéria Thomazini (*ofício Santa Cruz do Sul*)

Dr. laboray Bocchi da Silva (*ofício Santo Angelo*)

Dra. Patrícia de Mello Sanfêlice (*ofício Passo Fundo*)

Dra. Priscila Boarotto (*ofício Caxias do Sul*)

Dra. Thais Barbosa Athayde (*ofício Soma Maria*)

Dr. Rodrigo Maffêi (*ofício Santo Angelo*)

Dr. Carlos Carneiro Esteves

FOROS TRABALHISTAS DA 4ª REGIÃO

MUNICÍPIO-SEDE	JURISDIÇÃO
Alegrete	Alegrete, Manoel Viana
Alvorada	Alvorada
Arroio Grande	Arroio Grande, Cerrito, Herval, Jaguarão, Pedro Osório
Bagé	Aceguá, Bagé, Candiota, Dom Pedrito, Hulha Negra, Lavras do Sul, Pedras Altas, Pinheiro Machado (2 Varas do Trabalho e Posto de Dom Pedrito)
Bento Gonçalves	Bento Gonçalves, Boa Vista do Sul, Carlos Barbosa, Coronel Pilar, Cotiporã, Dois Lajeados, Fagundes Varela, Garibaldi, Guabiju, Guaporé, Monte Belo do Sul, Nova Araçá, Nova Bassano, Nova Prata, Paraí, Pinto Bandeira, Protásio Alves, Santa Tereza, São Jorge, São Valentin do Sul, União da Serra, Veranópolis, Vila Flores, Vista Alegre do Prata (2 Varas do Trabalho e Posto de Nova Prata)
Cachoeira do Sul	Agudo, Amaral Ferrador, Caçapava do Sul, Cachoeira do Sul, Cerro Branco, Dona Francisca, Encruzilhada do Sul, Novo Cabrais, Paraíso do Sul, Restinga Seca, Santana da Boa Vista
Cachoeirinha	Cachoeirinha (2 Varas do Trabalho)
Camaquã	Arambaré, Camaquã, Cerro Grande do Sul, Chuvisca, Cristal, Dom Feliciano, São Lourenço do Sul, Sentinela do Sul, Tapes (Posto de São Lourenço do Sul)
Canoas	Canoas, Nova Santa Rita (3 Varas do Trabalho)
Carazinho	Almirante Tamandaré do Sul, Carazinho, Chapada, Colorado, Coqueiros do Sul, Gramado dos Loureiros, Lagoa dos Três Cantos, Não-Me-Toque, Nonoai, Rio dos Índios, Santo Antônio do Planalto, Tapera, Tio Hugo, Três Palmeiras, Victor Graeff
Caxias do Sul	Antônio Prado, Caxias do Sul, Flores da Cunha, Nova Pádua, São Marcos (4 Varas do Trabalho)

Cruz Alta	Boa Vista do Cadeado, Boa Vista do Incra, Cruz Alta, Fortaleza dos Valos, Ibirubá, Jari, Pejuçara, Quinze de Novembro, Saldanha Marinho, Santa Bárbara do Sul, Tupanciretã
Encantado	Anta Gorda, Capitão, Doutor Ricardo, Encantado, Ilópolis, Muçum, Nova Bréscia, Putinga, Relvado, Roca Sales, Vespasiano Correa
Erechim	Aratiba, Áurea, Barão do Cotegipe, Barra do Rio Azul, Benjamin Constant do Sul, Campinas do Sul, Carlos Gomes, Centenário, Cruzaltense, Entre Rios do Sul, Erebangó, Erechim, Erva] Grande, Estação, Faxinalzinho, Floriano Peixoto, Gaurama, Getúlio Vargas, Ipiranga do Sul, Itatiba do Sul, Jacutinga, Marcelino Ramos, Mariano Moro, Paulo Bento, Ponte Preta, Quatro Irmãos, São Valentim, Severiano de Almeida, Três Arroios, Viadutos (2 Varas do Trabalho)
Estância Velha	Dois Irmãos, Estância Velha, vóti, Santa Maria do Herval
Esteio	Esteio
Estrela	Bom Retiro do Sul, Estrela, Colinas, Fazenda Vilanova, Imigrante, Paverama, Teutônia, Westfalia
Farroupilha	Farroupilha, Nova Roma do Sul
Frederico Westphalen	Alpestre, Ametista do Sul, Caiçara, Cristal do Sul, Dois Irmãos das Missões, Erva] Seco, Frederico Westphalen, Iraí, Jaboticaba, Nova Tiradentes, Palmitinho, Pinhal, Pinheirinho do Vale, Planalto, Rodeio Bonito, Seberi, Taquaraçu do Sul, Trindade do Sul, Vicente Outra, Vista Alegre
Gramado	Cambará do Sul, Canela, Gramado, Jaquirana, Nova Petrópolis, São Francisco de Paula (2 Varas do Trabalho)
Gravataí	Glorinha, Gravataí (2 Varas do Trabalho)
Guaíba	Barra do Ribeiro, Eldorado do Sul, Guaíba, Mariana Pimentel, Sertão Santana
Ijuí	Ajuricaba, Augusto Pestana, Bozano, Coronel Barros, Ijuí, Jóia, Nova Ramada

Lagoa Vermelha	André da Rocha, Barracão, Cacique Doble, Capão Bonito do Sul, Caseiros, Charrua, Ciríaco, David Canabarro, Ibiaçá, Ibiraiaras, Lagoa Vermelha, Maximiliano de Almeida, Muitos Capões, Machadinho, Muliterno, Paim Filho, Sananduva, Saato Expedido do Sul, São João da Urtiga, São José do Ouro, Tupanci do Sul
Lajeado	Arroio do Meio, Canudos do Vale, Coqueiro Baixo, Cruzeiro do Sul, Forquetinha, Lajeado, Marques de Souza, Progresso, Santa Clara do Sul, Sérico, Travesseiro
Montenegro	Barão, Brochier, Harmonia, Maratá, Montenegro, Pareci Novo, Poço das Antas, Salvador do Sul, São José do Sul, São Pedro da Serra, Tabai
Novo Hamburgo	Lindolfo Collor, Morro Reuter, Novo Hamburgo, Picada Café, Presidente Lucena (5 Varas do Trabalho)
Osório	Balneário Pinhal, Caraá, Cidreira, Imbé, Osório, Santo Antônio da Patrulha, Tramandaí <i>(Posto de Tramandaí)</i>
Palmeira das Missões	Barra Funda, Boa Vista das Missões, Cerro Grande, Condor, Constantina, Engenho Velho, Lajeado do Bugre, Liberato Salzano, Nova Boa Vista, Nova Barreiro, Novo Xingu, Palmeira das Missões, Panambi, Ronda Alta, Rondinha, Sagrada Família, São José das Missões, São Pedro das Missões, Sarandi
Passo Fundo	Água Santa, Camargo, Casca, Coxilha, Ernestina, Gentil, Itapuca, Marau, Mato Castelhana, Montauri, Nicolau Vergueiro, Nova Alvorada, Passo Fundo, Pontão, Santa Cecília do Sul, Santo Antônio do Palma, São Domingos do Sul, Serafina Corrêa, Sertão, Tapejara, Vanini, Vila Lângaro, Vila Maria (2 Varas do Trabalho)
Pelotas	Arroio do Padre, Canguçu, Capão do Leão, Morro Redondo, Pelotas, Piratini, Turuçu (4 Varas do Trabalho)
Porto Alegre	Porto Alegre <i>(30 Varas do Trabalho)</i>
Rio Grande	Rio Grande, São José do Norte (2 Varas do Trabalho)
Rosário do Sul	Cacequi, Rosário do Sul

Santa Cruz do Sul	Arroio do Tigre, Boqueirão do Leão, Candelária, Estrela Velha, Herveiras, Ibarama, Lagoa Bonita do Sul, Mato Leitão, Pantano Grande, Passa Sete, Passo do Sobrado, Rio Pardo, Santa Cruz do Sul, Segredo, Sinimbu, Sobradinho, Vale do Sol, Venâncio Aires, Vera Cruz <i>(3 Varas do Trabalho)</i>
Santa Maria	Dilermando de Aguiar, Faxinaí do Soturno, Formigueiro, Itaara, Ivorá, Júlio de Castilhos, Mata, Nova Palma, Pinhal Grande, Quevedos, Santa Maria, São João do Polésine, São Martinho da Serra, São Pedro do Sul, São Sepé, Silveira Martins, Toropi <i>(2 Varas do Trabalho)</i>
Santa Rosa	Alecrim, Alegria, Campina das Missões, Cândido Godoy, Doutor Maurício Cardoso, Giruá, Horizontina, Independência, Novo Machado, Porto Lucena, Porto Mauá, Porto Vera Cruz, Santa Rosa, Santo Cristo, São José do Inhacorá, Senador Salgado Filho, Três de Maio, Tucunduva, Tuparendi, Ubiretama
Santa Vitória do Palmar	Chuí, Santa Vitória do Palmar
Santana do Livramento	Quaraí, Santana do Livramento
Santiago	Bossoroca, Capão do Cipó, Itacurubi, Jaguarí, Nova Esperança do Sul, Santiago, São Francisco de Assis, São Vicente do Sul, Unistalda
Santo Ângelo	Caibaté, Catuípe, Cerro Largo, Dezesseis de Novembro, Entre Ijuís, Eugênio de Castro, Guarani das Missões, Mato Queimado, Pirapó, Porto Xavier, Rotador, Roque Gonzalez, Salvador das Missões, Santo Ângelo, São Luiz Gonzaga, São Miguel das Missões, São Nicolau, São Paulo das Missões, São Pedro do Butiá, Sete de Setembro, Vitória das Missões
São Borja	Garruchos, Itaqui, Maçambará, Santo Antônio das Missões , São Borja <i>(Posto de Itaqui)</i>
São Gabriel	Santa Margarida do Sul, São Gabriel, Vila Nova do Sul
São Jerônimo	Arroio dos Ratos, Barão do Triunfo, Butiá, Charqueadas, General Câmara, Minas do Leão, São Jerônimo, Vale Verde
São Leopoldo	Alto Feliz, Bom Princípio, Capela de Santana, Feliz, Linha Nova, Portão, São José do Hortêncio, São Leopoldo, São Sebastião do Caí, São Vendelino, Tupandi, Vale Real <i>(3 Varas do Trabalho)</i>

Sapiranga	Araricá, Campo Bom, Nova Harz, Sapiranga <i>(3 Varas do Trabalho)</i>
Sapucaia do Sul	Sapucaia do Sul <i>(2 Varas do Trabalho)</i>
Soledade	Alto Alegre, Arvorezinha, Barros Cassal, Campos Borges, Espumoso, Fontoura Xavier, Gramado Xavier, Ibirapuitã, Jacuizinho, Lagoão, Mormaço, Pouso Novo, Salto do Jacuí, São José do Herval, Selbach, Soledade, Tunas
Taquara	Igrejinha, Parobé, Riozinho, Rolante, Taquara, Três Coroas <i>(3 Varas do Trabalho)</i>
Torres	Arroio do Sal, Capão da Canoa, Dom Pedro de Alcântara, Itati, Mampituba, Maquiné, Morrinhos do Sul, Terra de Areia, Três Cachoeiras, Três Forquilhas, Torres, Xangrilá <i>(Posto de Capão da Canoa)</i>
Três Passos	Barra do Guarita, Boa Vista do Buricá, Bom Progresso, Braga, Campo Novo, Chiapetta, Coronel Bicaco, Crissiumal, Derrubadas, Esperança do Sul, Humaitá, Inhacorá, Miraguai, Nova Candelária, Redentora, Santo Augusto, São Martinho, São Valério do Sul, Sede Nova, Tenente Portela, Tiradentes do Sul, Três Passos, Vista Gaúcha
Triunfo	Triunfo, Taquari <i>(Posto de Taquari)</i>
Uruguaiana	Barra do Quaraí, Uruguaiana <i>(2 Varas do Trabalho)</i>
Vacaria	Bom Jesus, Campestre da Serra, Esmeralda, Ipê, Monte Alegre dos Campos, Pinhal da Serra, São José dos Ausentes, Vacaria
Viamão	Capivari do Sul, Mostardas, Palmares do Sul, Tavares, Viamão

Obs.: A RA n° 11/2009 criou o Posto da Justiça do Trabalho do município de Panambi, vinculado à Vara do Trabalho de Palmeira das Missões, com jurisdição sobre os municípios de Condor, Panambi, Pejuçara, Saldanha Marinho e Santa Bárbara do Sul.

A RA n° 12/2009 criou o Posto da Justiça do Trabalho do município de Marau, vinculado ao Foro Trabalhista de Passo Fundo, com jurisdição sobre os municípios de Camargo, Casca, Gentil, Itapicica, Marau, Montauri, Nicolau Vergueiro, Nova Alvorada, Santo Antônio do Palma, São Domingos do Sul, Vanini e Serafina Corrêa.

POSTOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

MUNICÍPIO-SEDE

Capão da Canoa
(Vara do Trabalho de Torres)

Dom Pedrito
(Foro Trabalhista de Bagé)

Itaqui
(Vara do Trabalho de São Boitã)

Marau
(Foro Trabalhista de Passo Fundo)
Criado pela RA n° 12/2009

Nova Prata
(Foro Trabalhista de Bento Gonçalves)

Panambi
(Vara do Trabalho de Palmeira das Missões)
Criado pela RA n° 1112009

São Lourenço do Sul
(Vara do Trabalho de Camaquã)

Taquari
(Vara do Trabalho de Triunfo)

Tramandaí
(Vara do Trabalho de Osório)

ABRANGÊNCIA

Capão da Canoa, Maquiné, Xangrilá

Dom Pedrito

Itaqui, **Maçambará**

Camargo, Casca, Gentil, Itapuca, Marau, Montauri, Nicolau Vergueiro, Nova Alvorada, Santo Antônio do Palma, São Domingos do Sul, Vanini, Vila Maria, Serafina Corrêa

Cotiporã, Fagundes Varela, Guabiju, Nova Araçá, Nova Bassano, Nova Prata, Paraí, Protásio Alves, São Jorge, Veranópolis, Vila Flores, Vista Alegre do Prata

Condor, Panambi, Pejuçara, Saldanha Marinho, Santa Bárbara do Sul

São Lourenço do Sul

Taquari

Balneário Pinhal, Cidreira, Imbé, Tramandaí

SUMÁRIO

SUMÁRIO

Doutrina

Avanços Tecnológicos – Acesso ao Judiciário e Outros Temas <i>Maria Helena Mallmann, Luiz Alberto de Vargas, Ricardo Carvalho Fraga e Francisco Rossal de Araújo</i>	33
Contestação em Secretaria no Processo do Trabalho. Isso é Viável?! <i>Marçal Henri S. Figueiredo</i>	40
As Faces do Sindicato e seus Resultados Esperados Sobre a Economia e as Relações de Trabalho <i>Maria Silvalia Rotta Tedesco</i>	56
Repensando a Sucessão Trabalhista na Recuperação Judicial e Falência <i>Marcelo Papaléo de Souza</i>	59
Os Direitos Fundamentais à Efetividade da Atividade Jurisdicional e à Razoável Duração do Processo <i>Ricardo Fioreze</i>	2
Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho: Interpretação da Norma Constante no Art. 7º, Inciso XXVI, da Constituição Federal <i>Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior</i>	105
Direitos Fundamentais Sociais <i>Rafael da Silva Marques</i>	122
A Convivência do Processo com a Constituição <i>Raquel Hochmann de Freitas</i>	133

Acórdãos.....	147
Acórdão da <i>Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo</i> , Argentina.....	313
Sentenças.....	341
Súmulas do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.....	381
Precedentes Normativos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região....	391
Registros.....	401
índice analítico e remissivo dos acórdãos.....	447
índice analítico e remissivo das sentenças.....	459

DOCTRINA

AVANÇOS TECNOLÓGICOS – ACESSO AO JUDICIÁRIO E OUTROS TEMAS'

Maria Helena Mallmann

Desembargadora do TRT 4¹ R—RS

Luiz Alberto de Vargas

Desembargador do TRT 4^R—RS

Ricardo Carvalho Fraga

Desembargador do TRT 4¹ A – AS

Francisco Rossal de Araújo

Juiz do Trabalho – RS

1. TRANSMISSÃO PELA INTERNET DAS SESSÕES DE JULGAMENTO

Implantou-se, de forma experimental, sistema de transmissão, ao vivo, pela internet, bem como a gravação em meio eletrônico, imagem e som, das sessões do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região, inicialmente na 3 Turma. A primeira sessão foi transmitida dia 13 de maio de 2009, havendo previsão de, em breve, ficar disponível no site do TRT-RS por mais algum tempo.¹

A informatização, que, de forma avassaladora, atinge todos os aspectos da vida cotidiana, chega a uma nova fase, a da informação digital, passando a representar um novo desafio na política permanente de melhoria dos serviços públicos e, particularmente, do Poder Judiciário.

O usuário do serviço público, hoje, é um cidadão exigente que, acostumado com as imensas facilidades propiciadas pela rede eletrônica globalizada, espera que, também nas suas relações com o Judiciário, tenha acesso à informação completa, instantânea e de qualidade que a internet usualmente propicia, constituindo, hoje, o denominador comum para a criação de uma base de excelência na prestação do serviço público que deve nortear as ações que busquem o aperfeiçoamento de nossas instituições.

Não é demasiado ressaltar que, através da informação digital universalmente compartilhada, potencialmente aproximamo-nos bastante da utopia do cidadão plenamente informado sobre todos os aspectos da vida, através da criação de uma "ágora" digital, que torna ainda mais transparente e mais democrática a gestão pública.

O presente texto reflete os debates que resultaram na gravação e transmissão das sessões via internet, implementadas, experimentalmente, na 3 Turma do TRT RS, já havendo utilização também pela 5 Turma. Espelham também a manifestação de um de seus signatários no Seminário sobre Processo Eletrônico, organizado pelo TRT RS, dias 14 e 15 de maio de 2009, na PUCRS.

¹ O site do TRT RS é www.trt4.jus.br havendo um ícone no porte direito com o indicativo "sessões on line",

Particularmente no Judiciário, o amplo acesso do cidadão às informações judiciais constitui uma exigência que decorre da própria garantia constitucional de acesso do cidadão à demanda judicial.

Na linha desse inevitável processo de abertura do Judiciário à sociedade, a transmissão das sessões de nosso Tribunal ao público em geral se alinha com outras iniciativas, bastante exitosas, como a transmissão das sessões do STF e do TSE através da TV Justiça. Outros Tribunais, como o TRTs de Campinas e Paraíba já transmitem sessões pela internet.²

Os benefícios para a instituição são inúmeros e evidentes. Abrindo-se à rede mundial a transmissão das sessões do Tribunal, dar-se-á um passo decisivo para um maior conhecimento do público a respeito do trabalho aqui realizado em prol da sociedade, com o potencial de, em breve, tornar-se o melhor instrumento de divulgação, em favor de um maior reconhecimento social de nossa instituição.

A gravação das sessões em meio eletrônico, por outro lado, substituirá o já defasado sistema de gravação de som em fita magnética, garantindo-se uma maior segurança, confiabilidade e agilidade no armazenamento e verificação dos registros das sessões, sempre que necessários.

A utilização da internet ampliará consideravelmente o volume das consultas ao banco de dados do Tribunal, incrementando a velocidade na divulgação das informações jurisprudenciais, tornando as decisões do Tribunal conhecidas virtualmente em qualquer lugar do mundo, de forma quase instantânea.

O maior, mais fácil e mais rápido conhecimento da jurisprudência do Tribunal por magistrados, servidores, advogados, pesquisadores, estudantes e pela comunidade jurídica em geral será poderoso fator de impulsão da ampliação do debate jurídico, contribuindo para a elevação da consciência jurídica e, assim, para a integração e harmonia sociais.

Avançando sobre as possibilidades didáticas propiciadas pela transmissão e gravação das sessões, pode-se pensar, até mesmo, na utilização do material gravado no treinamento de servidores ou em cursos de aperfeiçoamento de magistrados, utilizando-se os inestimáveis serviços que podem ser prestados por nossa Escola Judicial. Além disso, tal material pode ser proporcionado à comunidade em geral, através de convênios com entidades educacionais.

2. OUTRAS INICIATIVAS

Na mesma perspectiva do projeto antes mencionado, existe outro encaminhamento do Supremo Tribunal Federal. Viu-se que *"Uma das propostas é a criação de um canal do YouTube para o STF e para o CNJ afim de que as pessoas possam acessar as informações veiculadas pela TV Justiça sobre as atividades que essas instituições têm desenvolvido. A intenção é que o internauta acesse, por exemplo, vídeos dos julgamentos pela Internet em qualquer hora e lugar. Com a cooperação tecnológica também se pretende viabilizar projetos do CNJ e criar ferramentas para a melhoria*

Os sítios são www.tr15.jus.br e www.tr13.jus.br.

da comunicação institucional das duas Casas, com a busca de informações a processos e integração de juizes e advogados em todo o país. "

Hoje existe, em diversos ou mesmo todos TRTs, a possibilidade de peticionamento eletrônico. No Rio Grande do Sul supera os dez por cento das petições apresentadas. Este número é significativo se considerarmos o seu rápido crescimento."

Igualmente, várias peças processuais já são disponibilizadas nos sites dos tribunais, podendo ser acessadas na rede. São as atas de audiência, muitos despachos e, mais recentemente, as sentenças. Sendo assim, independentemente, de folhear os autos em meio papel, todos podem inteirar-se, no mínimo, das principais ocorrências processuais. Nos tribunais desaparece ou diminui, sensivelmente, a diferença entre as funções do segundo e terceiro juizes a expressarem seus votos, o que reforça a necessidade de que o Relator bem conduza os debates.

De um modo, bastante resumido, pode-se acreditar que o avanço democrático foi consolidado com a descoberta de diversos meios oferecidos pelas novas tecnologias. Hoje, por exemplo, seria completamente inadmissível o retorno às antigas sessões secretas dos tribunais.

Por óbvio, quando necessário, é viável a realização de atos em segredo de justiça. Nos novos debates, tem surgido uma situação intermediária. São aquelas situações, não exatamente que exijam segredo de justiça, mas nas quais existe risco de excessiva divulgação. Lembre-se do trabalhador às vésperas de receber alvará com valor expressivo, resultado de processo nos quais se examinaram longos anos de seu maior e/ou único contrato de emprego. Nestas situações intermediárias, surgidas em número não pequeno, sempre haverá de se adequar quais ferramentas da informática serão ou não utilizadas. O Juiz do Trabalho em Campinas, Firmino Alves de Lima, chega a propor um reexame e ponderação, em cada caso, dos aprendizados sobre publicidade e respeito à intimidade privada.'

No processo eletrônico, certamente, tais dificuldades estarão diminuídas ou mesmo solucionadas, para a imensa maioria dos casos, com a previsão de diferentes "perfis", com acesso a alguns ou outros dados processuais, o que é viável, tecnicamente.

3. PROCESSO ELETRÔNICO PROPRIAMENTE DITO

As diversas iniciativas referidas nas linhas anteriores apontam para o mesmo rumo, ou seja, cada vez maior utilização da informática. Sendo assim, alguns utilizam outras expressões, tais como processo virtual ou digital. De qualquer modo, a expressão processo eletrônico é a que foi utilizada pela Lei nº 11.419, principal referência normativa no tema.

A tramitação da Lei nº 11.419 teve vários percalços, com substituição de Relator,

A notícia referida foi divulgada no sítio www.stfj.us.br na segunda-feira, 04 de Maio de 2009, sob o título "STF e CNJ firmam parceria com o Google".

' Este índice de dez por cento foi apresentado pelo Presidente do TRT RS, João Ghisleni Filho, no Seminário de maio 2009. No mesmo evento, o Juiz Cláudio Pedrassi, do TJ-SP, apontou o crescimento de 4% para 18%, em São Paulo, em apenas um semestre, no ano anterior.

Firmino Alves de Lima, "Comentários à Lei 11.419 de 2006 – que trata da informatização do processo judicial – uma visão para a Justiça do Trabalho", Revista LTr, São Paulo: março de 2007, p. 351/360.

no Congresso Nacional. Consagrou importantes experiências da Justiça Federal, notadamente no Rio Grande do Sul.⁶

Sabe-se que o Conselho Nacional de Justiça já percebeu a dificuldade de construção imediata de um sistema único para todo o Poder Judiciário. Sendo assim, passou a cuidar, primeiramente, de algumas medidas unificadoras, tais como numeração única e também as tabelas processuais, de classes, assuntos e movimentos.⁷

Esta postura do CNJ tem permitido que melhor sejam assimilados os relevantes aprendizados de diversas iniciativas. Papel incentivador pode ser representado pelo efetivo reconhecimento das "boas práticas". Dentre estas e já bem além, vale registrar as da Justiça Federal de todo o País e da Justiça Estadual, no Estado de São Paulo, que aliás já são a implantação do processo eletrônico, propriamente dito.

O Juiz Cláudio Pedrassi, do TJ-SP, bem salienta a necessidade de ambiente "amigável", com cuidados perante o usuário, inclusive, com medidas inovadoras tais como a organização de gabinetes bem estruturados aos juízes de primeiro grau.⁸

No relacionamento com o usuário servidor, sabe-se que muito mais relevante do que, eventual e bem futura, diminuição de necessidade de mão de obra, é a imperiosa necessidade de deslocamentos, para atividades hoje não totalmente avaliáveis. Ao invés de diminuição, necessariamente, acontecerá o descolamento de atividades, desde o primeiro momento.

Ainda que inexistam pesquisas, mais detalhadas, voltadas unicamente para as consequências sociais da maior utilização da informática, alguns dados já são quase visíveis. Alguma demanda reprimida tem sido percebida quando aumenta, significativamente, a facilidade de acesso à Justiça.

Na Justiça do Trabalho, além do maior uso da informática, medite-se sobre a enorme demanda reprimida, existente nas localidades em que presente forte temor quanto a listas de reclamantes. Acaso as melhorias da informática coincidam no tempo com estes outros aperfeiçoamentos sociais, de combate às "listas negras", não serão poucos os novos ajuizamentos.

Outro dado bastante desconhecido é o relativo às consequências de tais avanços tecnológicos no mercado de trabalho dos profissionais da advocacia. Num primeiro momento, é fácil imaginar que a concentração se elevará em muito, diante das enormes vantagens de estar mais e melhor estruturado. Estudos sobre o tema serão relevantes, inclusive para que se examinem possíveis consequências, do ponto de vista da democracia.

O mercado de trabalho dos profissionais da advocacia, por outro lado, poderá exigir e permitir maior criatividade, quanto à organização dos escritórios e convívio

O relato é de Firmino Alves de Lima, no texto antes mencionado, no mesmo texto já mencionado "Comentários à Lei 11.419 de 2006 – que trata da informatização do processo judicial – uma visão para a Justiça do Trabalho", Revista LTr, São Paulo: março de 2007, p. 351/360.

⁷ No âmbito da Justiça do Trabalho, no Rio Grande do Sul, os encaminhamentos quanto as tabelas unificadas tem sido coordenados pelo Juiz Maurício Schmidt Bastos.

⁸ A expressão é do Secretário Geral do CNJ, Rubens Curado, no Seminário TRT, maio de 2009.

⁹ A observação ocorreu no Seminário TRT RS, maio de 2009.

entre um e outro profissional. Igualmente, cabe indagar quem atenderá certas demandas de aparente menor gravidade, mas que assumem relevância social, pela sua repetição.

Os "quiosques" a serem organizados pelos Tribunais, com apoio da OAB, assumem papel imprescindível, acima de tudo, pelo simbolismo de se desejar combater toda e qualquer exclusão digital. Isto não impede que se saiba de sua maior validade exatamente como símbolo, apenas, e possibilidade de, no máximo, auxílio em situações emergenciais.

Em toda política de implantação, que tenha maior cuidado com os usuários, conhecidos e potenciais, estas questões deverão ser lembradas. A utilização de dois monitores, um para consulta de dados e outro para a redação, tem sido reconhecida.

Os cuidados e atenção com a saúde e imperiosidade de intervalos de descanso serão, cada vez mais, inadiáveis.¹⁰

4. OUTRAS PECULIARIEDADES DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Todo o processo eletrônico, que se está implantando no País tem algo de pioneiro. Tem sido comum, em eventos sobre o tema, lembrar a Justiça Eleitoral realizando eleições, inclusive, nas localidades mais distantes da selva amazônica, em total inovação.

Na Justiça do Trabalho, maior número de polêmicas internas surgirão, certamente. Não é, pois, exagero acreditar que estamos construindo algo também inédito, ao tratar do processo eletrônico na Justiça do Trabalho.

Neste ramo do Judiciário, no Brasil, ao contrário do que se pode pensar, o princípio da oralidade não foi adotado com a intensidade que pode parecer num primeiro olhar. Talvez, o princípio da oralidade esteja sendo praticado com algumas distorções, não se alcançando o que seriam suas verdadeiras finalidades, ao menos no atual momento histórico.

Nos demais países da América Latina, com influência da Espanha, **percebe-se**, com maior nitidez, a presença do princípio da oralidade.

A necessidade inadiável de adoção do princípio da oralidade, com toda profundidade, nos dias atuais do Direito do Trabalho, decorre de inúmeras motivações. É mais do que sabido que, na imensa maioria dos casos, a dificuldade na obtenção e produção da prova está com uma das partes, o ex-trabalhador.

Acredita-se que, em suas marchas e contramarchas, o princípio da oralidade serve, exatamente, para que o juiz esteja presente, bem direcionando os atos processuais. Em seu desenvolvimento, teve diferentes significados, mantendo esta sua finalidade primordial, de evitar um julgador desconhecedor dos fatos e sentimentos das partes.¹¹

¹⁰ A consideração do Juiz Federal Marcelo de Nardi, no Seminário TRT RS, maio de 2009, continha dados sobre novas dificuldades de saúde.

¹¹ Sobre o tema, "Princípio da Oralidade no Processo do Trabalho – uma análise comparativa dos sistemas normativos do Brasil e da Espanha", de Francisco Rossal de Araújo, Revista do TRT RS, Porto Alegre: HS Editora, 2008, p. 66-80.

As vantagens de "interoperabilidade" dos sistemas de informática, igualmente, propiciarão novos aperfeiçoamentos. Mais de um TRT já organiza seus "Núcleos de Investigação Patrimonial", conforme notícia de Rubens Curado, Juiz do Trabalho e Secretário Geral do CNJ.¹²

Para tais pesquisas são úteis os acessos aos bancos de dados públicos sobre transferência de moeda em razão de compra e venda de imóveis, propriedades de veículos, melhor uso do convênio com Banco Central sobre depósitos bancários, entre outros, e, até mesmo, sobre endereços atualizados.

Um outro juiz se quer hoje. A atuação isolada e processo a processo, elaborando seus textos como se fossem obras de arte não serve mais.

Já são possíveis e perfeitamente cabíveis as movimentações processuais "em bloco" ou "por lote". A grandiosidade dos números de repetição de casos semelhantes tem levado a isto na Justiça Federal, sendo realidade aceita por todos, sem espanto. Não poderá ser diverso na Justiça do Trabalho. Note-se que não se tratam apenas de despachos, mas, igualmente, de atos decisórios.

Na Justiça do Trabalho, tantos avanços da informática, provavelmente, trarão a eficácia que a maior utilização dos processos coletivos poderia ter trazido, muito antes. Recorde-se que a Súmula 310 do TST, quase expressamente em sentido contrário do texto constitucional, artigo oitavo, inciso terceiro, teve "vigência" por tempo não pouco dilatado.▼ Os objetivos do constituinte, ao afirmar a substituição processual, seguramente, serão alcançados, em futuro próximo, de outro modo.

Novas formas de agir e pensar se exigem de todos os profissionais do Direito. O Poder Judiciário pouco contribuirá ao limitar-se a reparar as lesões mais aparentes. Se impõe uma verdadeira tarefa de contribuir como "organizador social".

A sociedade, ao desejar maior número de atores sociais, contribuindo como organizadores sociais, acredita que alguns consensos mínimos são possíveis entre todos os profissionais do Direito. Muito mais, na esfera do Direito do Trabalho.

Neste outro quadro, vale a lembrança do "dever de colaboração", registrado no Código de Processo Civil de Portugal. Julio Bebbber recordou tal princípio ao tratar do cumprimento das sentenças. Vale a lembrança para toda atuação dos juizes, advogados, servidores e demais envolvidos, na implantação e posterior convívio com o processo eletrônico.¹⁵

Cada avanço tecnológico pouco ou nada significa se não propiciar um correspondente avanço social. No tema, do processo eletrônico, a obtenção de redução de custos é um aperfeiçoamento que não se justifica por si só, mesmo que impressionem, especialmente a todos administradores.

¹² A notícia ocorreu no Seminário **TRT**, maio de 2009.

[▼] A súmula 310 foi editada em 1993, sendo cancelada apenas em 2003.

¹⁵ A instigante expressão foi referida em Seminário sobre Competência Ampliada da JT, Belo Horizonte, abril de 2009.

[•] Medite-se os transtornos decorrentes da "juntada" de novecentos anexos eletrônicos sem a **devida** indicação, mencionada em Seminário Agetra e Amatra, abril de 2009, Ponto Alegre.

O que se deseja é:

- a) garantir e ampliar o acesso à Justiça;
- b) a maior transparência, com democracia e participação;
- c) a celeridade processual.

Os três objetivos, antes mencionados, muito mais representarão do que simples reduções de custos.

Muito mais do que implantar inovações tecnológicas, desejamos avançar na construção, coletiva, de transformações sociais.

CONTESTAÇÃO EM SECRETARIA NO PROCESSO DO TRABALHO. ISSO É VIÁVEL?!

Marçal Henri S. Figueiredo

Juiz do Trabalho na 4¹ Região desde abril de 1989

Especialista em Sociologia Jurídica e Direitos Humanos e em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário

Em épocas de crise da economia, as empresas buscam saídas para enfrentá-la e dela sair, seja despedindo empregados, ajustando turnos de trabalho, fusões com outras empresas, buscando de novos mercados e, em alguns casos, ampliando suas operações.

As crises econômicas repercutem na Justiça do Trabalho, normalmente aumentando a demanda de reclamationárias. O processo do trabalho, ao contrário das empresas e do "mercado", não dispõe de mecanismos novos ou flexíveis para enfrentar as crises de modo rápido. O processo continua com suas regras, com poucas medidas para melhorar o trâmite processual e reduzir o tempo até a solução do conflito. A celeridade processual nem sempre é alcançada. A melhoria dos sistemas de informática e mecanismos como o processo eletrônico, peticionamento eletrônico, entre outros, *traz* certa comodidade mas não altera ou reduz procedimentos.

Embora o direito processual do trabalho brasileiro seja autônomo e das suas especificidades o direito processual comum tenha se valido para modernizar-se, situação inversa não se verifica, como no estudo que se propõe para debate, relativamente ao processo de conhecimento.

Com o conviver diário de audiências, por vezes intermináveis, e outras tantas desnecessárias, constatamos que há situações em que muitos processos poderiam ser solucionados sem que, necessariamente devesse ocorrer a audiência.

Com a distribuição efetuada por meio eletrônico e a designação de pauta desde logo (conforme disponibilização de datas pelas Varas do Trabalho, onde isso é possível), o Juiz só tem conhecimento do direito a ser tutelado quando se depara com ele em audiência. É de ver, contudo, que, embora a lei seja igual para todos, há direitos mais urgentes que outros. Há, ainda, quem tenha preferência na tramitação processual. **Por** conseguinte, os processos, individualmente falando, não são iguais. Some-se a isso, aquelas situações em que as partes demandadas não estão dispostas a conciliar e, assim, a audiência serve apenas como momento adequado para que se formule a defesa.

Partindo da experiência antes comentada, de que muitos processos podem ser solucionados sem a ocorrência de audiência, é que se pensou numa alternativa razoável dentro do sistema processual, a fim de que não se realizem audiências desnecessárias para as partes e para o próprio Judiciário, evitando-se, com isto, o

custo com tal procedimento a todos os envolvidos.

Considerando o momento histórico da implantação da Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil e o rito por ela proposto ao processo, a celeridade processual ficava estampada pela realização da própria audiência, sem demora. Contudo, com o passar dos tempos e o maior volume de ações, algumas delas mais complexas, a celeridade necessária vem perdendo espaço porque não existe na CLT mecanismo de sua efetivação, a não ser pela realização da audiência e concentração de atos na mesma solenidade. Assim, se em determinada Vara a audiência for realizada em data breve, a celeridade será, a princípio, efetiva. Noutra, contudo, onde isso não ocorra, perder-se-á seu efeito. Daí a advertência de Souto Maior no sentido de que a oralidade só é defensável caso permita cumprir o seu objetivo primordial, que é solucionar com rapidez e justiça os conflitos sociais.¹

A contestação em secretaria, prevista no Código de Processo Civil, pode ser adotada na sistemática processual trabalhista, a nosso sentir, conforme a matéria objeto da *lide* e tendo em conta, também, a parte demandada (reclamada), observando o comportamento desta em face de determinadas ações, em que o juiz, pelo antecedente dos usos e costumes, observa ser ineficaz a realização de audiência, servindo esta apenas para marcar o ato formal que vai dar impulso inicial ao processo, mesmo quando não há possibilidade alguma de conciliação.

No Direito Comparado, vê-se que a apresentação da defesa, por escrito e em cartório, não é novidade.

O Código do Trabalho do Chile disciplina a contestação no seu artigo 440, que assim dispõe:

Art. 440. Admitida la demanda a tramitación, se conferirá traslado de ella al demandado para que la conteste por escrito.

El término para contestarla será de diez días fatales, el que se contará con la tabla de emplazamiento a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil. (.-)

Já na Venezuela, a contestação deve-se dar em 5 dias após a audiência preliminar para tentativa de conciliação. Assim estabelece o artigo 135:

*Concluida la audiencia preliminar sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje, el demandado deberá, dentro de los 5 (cinco) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar.(...)*¹

¹ SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. *Direito Processual do Trabalho: Efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998. Op. cit. p.31.

¹ CHILE. Código del Trabajo. Disponível em: <<http://www.todoclderecho.com/SeccionInternacional/Codigos/Chile/CODIGO%20DEL%20TRABAJO-chile.htm>>. Acesso em: 28 maio 2007 — — — VENEZUELA. *Ley orgánica procesal del trabajo*. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/ley_organica_procesal_trabajo.htm>. Acesso em: 07 jun. 2007.

O recente Código de Processo do Trabalho de Macau, Lei nº 09/2003, prevê a contestação do réu após uma audiência prévia de conciliação e com prazo de quinze dias para apresentá-la, como se menciona:

Articulados

Artigo 30."

Despacho liminar

1. Quando a acção deva prosseguir por não ter sido possível obter o acordo das partes na tentativa preliminar de conciliação, o juiz, se não for caso de indeferimento liminar da petição inicial mas nela detectar deficiências ou obscuridades, convida o autor para, querendo, a completar ou esclarecer.

2. Estando a petição em condições de ter seguimento, é ordenada a citação do réu para contestar:

3. Na citação, o réu é advertido dos efeitos da falta de contestação.

4. Tratando-se de acção proposta contra trabalhador, o réu é ainda advertido de que pode solicitar o patrocínio oficioso do Ministério Público.

Artigo 31.º

Contestação

1. O réu pode contestar no prazo de 15 dias a contar, da citação, começando o prazo a correr desde o termo da dilação quando a esta houver lugar.

2. Quando o Ministério Público assumo o patrocínio oficioso do réu, declara esse facto no processo, dentro do prazo a que se refere o número anterior, com o prazo para contestar a partir da data dessa declaração.

3. Verificadas as circunstâncias previstas nos n.os 4 e 5 do artigo 403.º do Código de Processo Civil, o prazo para a apresentação da contestação pode ser prorrogado, até /0 dias.

4. Ao Ministério Público é aplicável, quando intervenha como patrono oficioso, o /llls de impugnação e o disposto no n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Civil.

Na Argentina, na maioria das províncias, a regra geral é a apresentação de defesa escrita, ao contrário do Brasil, em que pode ser oral. Em estudo publicado na Revista LTr sobre aspectos do processo do trabalho naquele país, temos a seguinte observação:

Já na Argentina, os prazos para contestar variam bastante, de acordo com cada legislação provincial. Na maioria delas e, como regra geral, o prazo é de /0 (dez) dias contados da citação da demanda, como é o caso de Santa Fé (art. 44), Salta (art. 35), Misiones (ar. 6/), Entre Ríos (art. 62), Chubut (ar. 52), Nellquell (art. 21), Rio Negro (ar. 28), Santiago dei Estero (art. 49), além da Cidade Allilóloma de Buellos Aires (art. 68). No entanto, há algumas exceções à regra geral, como /lo caso das províncias de San Juan (an. 74) e Mendoza (ar. 45), em que o prazo para contestar a demanda é de 8 (oito) dias. Nas províncias de Santa Cruz (art. 53), Formosa (art. 35) e Catamarca (art. 68), a contestação deve ser apresentada na primeira audiência, como ocorre aqui /lo Brasil. "

¹ COSIN, Aline et. ui. Perfil do processo trabalhista argentino. *Revisã LTr*. legislação do trabalho, v. 70, nº 7, p. 850, jul. 2006.

O Código de Processo do Trabalho português trata da contestação no seu artigo 56, que esta só se dará após a inexistência de conciliação, que é tentada em audiência prévia para tanto (art. 55). Assim dispõe o artigo 56:

Frustrada a conciliação, a audiência prossegue, devendo o juiz:

- a) Ordenar a imediata notificação do réu para contestar no prazo de 10 dias;
- b) Determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações, depois de ouvidas as partes presentes;
- c) Fixar a data da audiência final, com observância do disposto no art. 155 do Código de Processo Civil"

Na Nicarágua, o procedimento processual também é previsto no Código del Trabajo, a partir do art. 266. O art. 312 dispõe que a ação deve ser contestada no prazo de quarenta e oito horas após a notificação. O demandado será notificado para contestar e para comparecer ao trâmite conciliatório previsto no artigo 310.⁷

A Ley Procesal del Trabajo de Perú estabelece que a contestação deve ser apresentada em dez dias (art. 62).⁸

No Paraguai, tanto a ação como a contestação serão verbais quando a causa tiver tramitação em única instância (artigos 98 e 99 da Ley nº 742). Quando se trata de procedimento na primeira instância, o prazo para contestação, por escrito, é de seis dias (artigos 114 e 115) e somente após a contestação, é que será designada audiência preliminar de conciliação (art. 125).⁹

No Uruguai, não existe um procedimento laboral específico e o trâmite da ação segue a estrutura prevista no Código Geral de Processo e o demandado dispõe de

* ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Código de processo do trabalho anotado*. S. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 90.

"O Decreto-Lei 480/99, que dispõe sobre o Código de Processo do Trabalho português, prevê, no art. 55, a audiência para conciliação, onde o autor expõe sucintamente os fundamentos do facto e de direito de sua pretensão e após a resposta do réu, o juiz procurará conciliar as partes, nos termos e para os feitos dos arts. 51 e 53. O an. 51 trata da tentativa de conciliação obrigatória como prescrita no Código e o an. 53 trata do auto de conciliação e sendo frustrada a conciliação (item 3 do referido artigo), deve licor consignado no respectivo auto, os fundamentos que, no entender das partes, justificam a persistência do litígio. Já o art. 59 prevê que da contestação apresentada será notificado o autor. Após isso, "findos os articulados" (argumentos do inicial e da contestação) poderá o juiz proferir despacho saneador e designar audiência preliminar (se for o caso), conforme artigos 61 e 62.

Artigo 310 dispõe que: Presentada la demanda em forma debida, la autoridad laboral, dentro de las veinticuatro horas, dictará auto admitiéndola. El auto contendrá además lugar, fecha y hora para la contestación de la demanda y para el trámite conciliatorio que se hará en la misma audiencia. Já o artigo 312 estabelece que: La demanda debe ser contestada dentro de las cuarenta y ocho horas después de notificada, más el término de la distancia, en su caso. Disponível em:

<<http://www.ilo.org/dyn/nallex/docs/WBTEXT/45784/65050/S96NIC01.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2007.

* PERU. Ley n. 26636, de 24 de junho de 1998. Ley Procesal del Trabajo. Disponível em:

<<http://html.rincondelvago.com/lcy-procesal-del-trabajo-de-peru.html>>. Acesso em: 05 jun. 2007.

" PARAGUAY. Ley n. 742. Que sanciona el Código Procesal de Trabajo. Disponível em:

<http://www.lcyes.com.py/rubros/consiliucion_codigos_convencios/codigos/procesal_laborul/indice_procesul_laboral.htm>. Acesso em 05 jun. 2007.

trinta dias corridos para apresentar sua contestação."

Embora se possa afirmar o quase desuso da contestação oral no processo do trabalho brasileiro, sua previsão consta da CLT e é referida pelos doutrinadores. Amador Paes de Almeida indica que, nos grandes centros, em decorrência do excesso de trabalho, os juízes têm admitido a defesa escrita." O mesmo é referido por Bezerra Leite quanto ao tempo de vinte minutos para o reclamado apresentar sua defesa. Refere, também que, na prática, a peça de defesa do reclamado é escrita e entregue ao juiz que, *incontinenti*, a entrega ao reclamante (ou seu representante), não havendo leitura alguma das peças processuais.^{12 13}

Diversamente do que refere Paes de Almeida, Wagner Giglio e Claudia Corrêa reconhecem que na prática não se adota mais a contestação oral, porque já se generalizou o hábito da apresentação de resposta escrita, o que simplifica e dinamiza os trabalhos.¹⁴

Partindo-se do pressuposto legal e referencial doutrinário existente no Brasil, a defesa/contestação do réu só ocorre em audiência e é nela que se procede ao saneamento do feito, a delimitação das provas, e propõe-se a conciliação entre as partes.

É de ver que, distribuída a ação, os atos que se seguem são meramente cartoriais, sem imposição de despacho inicial pelo juiz, pelo que se depreende da leitura do art. 841 da CLT." Assim, muitas vezes, somente quando da audiência é que o juiz toma conhecimento do que é postulado, como também refere Renault:

Ainda que por alguma razão a reclamada não tenha sido notificada, a audiência é aberta, mediante pregão, já que o processo, como visto, é incluído em pauta no momento da distribuição pelo setor próprio, independentemente de qualquer despacho do juiz titular da Vara, que a rigor só naquele instante toma o primeiro contato com o processo, salvo se ele continha pedido de liminar ou de tutela antecipada. "(destaque nosso)

to Conforme refere Mario Garmendia Arigón na obra *Direito Processual do Trabalho Comparado*. Manoel Carlos Toledo Filho e Vitor Solino de Moura Eça, coordenadores. Belo Horizonte: De! Rey, 2009, p. 365-86.

"ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

"LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 429.

Há referênciu, também, feita por Cleber Lúcio de Almeida, ao tempo de 20 minutos pura que o reclamado aduza sua resposta, escrito ou oral. em *Direito Processual do Trabalho*. Belo Horizonte: De! Rey, 2006. p. 534.

"GIGLIO, Wagner D.: CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 15. cd. São Paulo: Saraiva, 2005.

• O caput ar. 841 da CLT dispõe que: "Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição. ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo. para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedido. depois de 5 (cinco) dias." É de ver que ao contrário, nas ações submetidas ao rito sumaríssimo, o juiz deve, no mínimo, verificar se a ação preenche os requisitos impostos no ar. 852-B, I, antes da sua apreciação em audiência e não atendidos os requisitos legais impostos (Pedido ceno e determinado e o valor correspondente a cada um deles), deverá determinar o aditamento, antes de impor o arquivamento previsto no §1º do mesmo artigo.

"RENAULT, Luiz Oávio Linhares. Audiência trabalhista. In: BARROS. Alice Monteiro de (coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho*. 2. cd. São Paulo: LTr, 2001. p. 289.

Por conseguinte, desde a distribuição da ação até a audiência, nada ocorre em termos processuais, e o processo fica como que "dormindo", a espera de seu conhecimento pelo juiz e pela resposta da parte adversa, caso inexista conciliação.

Diante de tal fato, é relativa a afirmação de que a concentração dos atos em audiência prestigia o princípio da celeridade.⁷

Mesmo que se reconheça a concentração em audiência de atos que visam à celeridade processual, esta não existe antes daquela; e, dado o volume de ações, das audiências diárias e de outras atribuições funcionais, muitas vezes o juiz só terá conhecimento do direito pretendido na própria audiência. Por conseguinte, se houver defeito na petição inicial (constatável de ofício ou por provocação da parte adversa, sendo necessário que a autora emende a inicial), a audiência será interrompida e possivelmente adiada para que a demandada faça a devida adequação à sua defesa.

Da mesma forma, se houver arguições de exceções de incompetência quanto à matéria e quanto ao lugar, somente na audiência o juiz e a parte autora delas tomarão ciência.

Decorre dessa sistemática que a parte ré não tem prazo máximo delimitado para elaborar a sua defesa. Se a audiência for próxima, o seu tempo será breve ou não. Se a audiência for designada para trinta ou mais dias da data da distribuição, este será seu prazo para construir a sua defesa.

Se tudo ocorre no processo a partir da audiência, onde fica a celeridade processual no interregno entre a distribuição da ação e própria audiência?!

Pensando nessa questão e na resposta possível (em face das exigências quanto ao necessário gerenciamento das pautas, dos direitos postulados, da pauta preferencial de algumas partes) e ainda na orientação da Corregedoria Regional quanto aos prazos para a realização das audiências ditas iniciais e de prosseguimento é que se propõe seja facultado a parte apresentar a contestação em secretaria para determinadas ações.¹⁸

Ainda que a disposição do art. 769 da CLT¹⁹ proponha a adoção do processo civil comum somente em caso de omissão, é possível pela própria disposição da Consolidação encontrar caminhos que permitam a adoção do procedimento que se estuda, especialmente se for interpretada conforme a Constituição.

Não se propõe negar o procedimento previsto na CLT quanto à concentração de atos processuais em audiência (como a apresentação da defesa pelo réu). Tampouco se pretende a negação ao princípio da oralidade que orienta o processo trabalhista.

⁷ Ao lembrar as peculiaridades do processo do trabalho, Sérgio Pinto Martins refere-se ao princípio da concentração dos atos em audiência, o que prestigia os princípios da oralidade, da economia processual e da celeridade. Em *Direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 68.

¹⁸ Quanto a prazos de audiência, para exemplificar, pela Portaria nº 030, de 24 de fevereiro de 2006, a Corregedoria Regional, ao implantar o regime de Juiz-Auxiliar na 2ª Vara de Porto Alegre, estabeleceu como meta a ser alcançada, 30 dias para o rito ordinário, prosseguimentos do rito ordinário em 160 dias e 15 dias. ou o mais próximo possível, para audiências do rito sumaríssimo. Disponível também no site institucional <http://www.tr4.gov.br>.

¹⁹ O artigo citado dispõe que: Nos casos omissos, o direito processual comum senão fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Vimos, contudo, que há situações que não estão em perfeita sintonia com a realidade social retratada nos processos. Há feitos em que a audiência (inclusive a dita inicial) não é essencial e a sua realização visa apenas a cumprir uma formalidade legal, impulsionando a máquina judiciária desnecessariamente e gerando um custo que pode ser dispensado, como, por exemplo, o de acesso das partes ao Judiciário (acesso pessoal – questão geográfica).

Se é certo que as partes têm o direito de vir a Juízo, também é verdade que, de nada adianta ao sistema e à solução de determinados casos, a presença da parte reclamada em audiência, quando esta é cliente usual e diariamente se apresenta no Foro para defender-se das ações que lhe são dirigidas. Essa parte o juiz já conhece e com ela convive habitualmente, sabendo sua forma de agir quanto a determinados pedidos e mesmo sua postura quanto à conciliação. Se assim o é, qual a necessidade de trazer o reclamante (credor) para a audiência que não terá resultado prático algum? Para que o juiz o conheça?! Ou para que ele conheça o juiz?! Não é mais eficaz que o juiz saiba qual o direito que é buscado e o conheça?! Que diferença fará ao juiz que irá julgar determinado tipo de ação conhecer a fisionomia da parte autora?! Acreditamos que nenhuma. À parte autora interessa mais que o juiz atenda sua postulação do que exija sua presença em audiência.

Segundo Teixeira Filho:

Uma das modificações mais simples e dotada de considerável eficiência que se poderia ter introduzido consistiria no lugar de apresentação da resposta do réu, que deixaria de ser a audiência, passando a ser a secretaria do juízo. O oferecimento da resposta em audiência – traço característico e comprometedor do procedimento ordinário - constitui, hoje, um dos motivos da demora do "tempo do processo", Convém lembrar que há órgãos de primeiro grau designando audiência para um ano ou mais! Se se rompesse com o "romantismo" da resposta em audiência, e se fixasse prazo para sua apresentação em secretaria (dez dias, quinze dias), por certo estar-se-ia, só com essa providência, reduzindo, de maneira considerável, o mencionado "tempo do processo", que tantos males acarreta, principalmente ao autor.²⁰ (destaque nosso)

O argumento usado por Teixeira Filho permite o aproveitamento da sociologia jurídica como forma de adequar a formalidade legal ao que se vê necessário para imprimir a celeridade processual, pois, no dizer de Barros²¹, é a sociedade o início e o fim da existência do Direito, cabendo ao juiz, no seu mister, buscar a solução que naturalmente dormita nesse universo, se o agente legítimo, o legislador, não a apanhou ou ineficazmente o fez.

Um dos métodos de interpretação das normas jurídicas, como ensina Pinto Martins²², é o sociológico, no qual se constata a realidade e a necessidade social na

²⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O procedimento mais simples no processo do trabalho*. São Paulo: LTr. 2000. p. 68-69.

²¹ BARROS, Wellington Pacheco. *A interpretação sociológica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

²² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 24. cd. São Paulo: Atlas, 2005.

elaboração da lei e na sua aplicação. O juiz, ao aplicar a lei, deve ater-se aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC e 1º do art. 852-1 da CLT).

Transportando para o Processo do Trabalho, o que ensina o desembargador Wellington Pacheco Barros, pode-se afirmar que a contestação em secretaria é um procedimento que, no curso do tempo e da crescente complexidade das causas trabalhistas, o legislador não "apanhou" como forma de imprimir celeridade processual em benefício do trabalhador, que é titular do crédito de natureza alimentar.

Para uma melhor noção da realidade processual no âmbito da 4ª Região, em termos de prazos para designação de audiências do rito ordinário, buscamos verificar a situação de algumas unidades judiciárias, demonstrando, a partir da data da distribuição, a data para a qual foi designada a audiência que acionará sua marcha processual.

Pesquisa realizada em 2006, indica para as comarcas de Canoas e São Leopoldo, ambas com o mesmo número de Varas do Trabalho, na data de 22 de setembro de 2006, a designação de audiências para 12 e 13 de dezembro/2006 (1ª Vara de Canoas), 24 e 27 de novembro (2ª Vara de Canoas) e 25 de outubro (3ª Vara de Canoas). Os prazos entre a data da distribuição e realização da audiência inicial variaram de 34 a 83 dias. Já em São Leopoldo, considerando a mesma data, as pautas foram designadas para 05 de dezembro/2006, 7 e 11 de dezembro, e 16 de outubro/2006, respectivamente, para a 1ª, 2ª e 3ª Vara do Trabalho. O tempo de espera para a audiência, portanto, oscilou entre 25 e 81 dias.

Em Caxias do Sul, comarca com quatro Varas do Trabalho, em 22 de setembro de 2006, os processos distribuídos tiveram as audiências designadas para 19 de outubro (processo 01166-2006-001-04-00-4), 30 de outubro (processo 01166-2006-402-04-00-0), 16 de novembro (processo 01162-2006-403-04-00-9) e 06 de novembro (processo 01163-2006-404-04-00-0).

Tendo presente a pequena amostragem antes referida, ampliamos a investigação para outras localidades, inclusive fora do âmbito do Tribunal Regional do Trabalho desta Quarta Região, tendo como data-base da distribuição dos processos o dia 1º de fevereiro de 2007.

Em Porto Alegre, no dia 1º de fevereiro de 2007, a 2ª Vara estava designando audiência para 20 de março/2007; a 5ª Vara, para 27 de março/2007; a 8ª Vara, para 21 de março; a 11ª Vara, para 22 e 27 de março (processos 00108-2007-011-04-00-9 e 00110-2007-011-04-00-8); a 12ª Vara, para 23 de março; a 14ª Vara, para 11 de abril; a 18ª Vara, para 16 e 17 de abril; a 26ª Vara, para 27 de março; a 27ª Vara, para 20 de março. As demais Varas estavam designando pautas para data anterior a 20 de março e a 30ª Vara não tinha data disponível em razão de ser privativa para feitos decorrentes de acidente de trabalho.

Verifica-se, pelas datas de pauta mencionadas, que nove Varas em P. Alegre estavam designando audiências com prazo variável entre 48 e 76 dias da data da distribuição. É de considerar que a 18ª Vara é privativa para a Fazenda Pública, em feitos que, de regra, não há possibilidade de conciliação e, nessas ações, as execuções contra entes públicos dá-se por precatório.

Na mesma data, 1º de fevereiro/2007, em Passo Fundo, a **1** Vara estava designando audiências iniciais para o dia 09 de maio/2007 (processo 00157-2007-661-04-00-7) e a 2º Vara, para 17 de abril/2007 (processo 00150-2007-662-04-00-1). Nessas Varas, o prazo de espera para a realização da audiência inicial variava entre 76 e 98 dias.

Na mesma data, igualmente, a **3** Vara de Sapiranga estava designando audiência inicial para ao dia 24 de abril/2007 (processo 00094-2007-373-04-00-4), ou seja, 83 dias da data da distribuição.

Pela sistemática de trabalho na **4** Região, no procedimento ordinário, o mais comum é a realização de audiência bipartida, ou seja, uma audiência dita inicial (para tentativa de conciliação, apresentação da defesa e definição das provas a serem produzidas) e a seguinte, dita de instrução, para se colher a prova oral, com a oitiva das testemunhas e depoimento das partes, encerrando-se a fase probatória. Passo seguinte, profere-se a sentença.

Mesmo que se pense na vantagem da audiência una, considerando o prazo entre a distribuição e a designação da sessão, nada ocorre em termos de celeridade processual.

Para não ficarmos só nos exemplos do TRT da **4** Região, buscamos informações de outros Tribunais Regionais do Trabalho no País, para termos uma amostragem maior da realidade de algumas regiões.²³

No TRT da 15ª Região, com sede em Campinas, para processos distribuídos em 1º.02.2007, temos o seguinte quadro: 1ª VT de Franca, proc. 00247-2007-015-15-00-8, audiência para 3.08.2007; 3ª VT de Jundiaí, proc. 00150-2007-096-15-00-0, audiência para 8.08.2007;²⁴ 1ª VT de Campinas, proc. 00145-2007-001-15-00-0, audiência para 24.05.2007; ; 4ª VT de Campinas, proc. 00147-2007-053-15-00-8, audiência para 11.07.2007; 7ª VT de Campinas, proc. 00147-2007-094-15-00-3, audiência para 18.07.2007; 12ª VT de Campinas, proc. 00147-2007-131-15-00-9, audiência para 02.08.2007; VT de Barretos, proc. 00286-2007-011-15-00-0, audiência para 25.10.2007.

No TRT da 2ª Região, com sede em São Paulo, para processos distribuídos em 1º.02.2007, temos a seguinte realidade: 5ª VT de Santos, proc. 00164200744502004, audiência para 22.08.2007; 4ª VT de Guarulhos, proc.00178200731402001. audiência para 8.05.2007; 3ª VT de Guarulhos, proc. 00177200731302000, audiência para 1º.08.2007; 2ª VT de Guarulhos, proc. 00177200731202004, audiência para 10.10.2007; 3ª VT de São Paulo, proc. 00177200700302009, audiência para 30.07.2007; 5ª VT de São Paulo, proc. 00161200700502009, audiência para 10.07.2007; 6ª VT de São Paulo, proc. 00166200700602008, audiência para 04.07.2007; 9ª VT de São Paulo, proc. 00232200700902009, audiência para 26.09.2007; 11ª VT de São Paulo, proc. 00181200701102001, audiência para 29.08.2007; 13ª VT de São Paulo,

²³ As pesquisas mencionadas e as referidas na página seguinte, foram realizadas em 2006 e 2007, e mais ampla do que aqui demonstrado, como base para a monografia do curso de Especialização em Direito do Trabalho. Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário.

processo do rito sumaríssimo. 096 o código da Vara, para identificação do feito. O dado referido foi obtido via Internet. Disponível em: <[www.http://consulta.trt15.gov.br/consulta](http://consulta.trt15.gov.br/consulta)>. Acesso em: 22 fev. 2007.

²⁴ Audiência una, rito ordinário.

proc. 00178200701302000, audiência para 21.08.2007; 14º VT de São Paulo, proc. 00187200701402008, audiência para 17.09.2007; 19º VT de São Paulo, proc. 00171200701902007, audiência para 29.01.2008.

No âmbito do TRT da 9ª Região, com sede em Curitiba, para processos distribuídos em 01.02.2007, colhemos a seguinte amostragem: 1º VT S. José dos Pinhais, proc. 431-2007-670-9-0-1, audiência para 06.08.2007; 2º VT S. José dos Pinhais, proc. 434-2007-892-9-0-9, audiência para 18.10.2007; 2º VT de Curitiba, proc. 2655-2007-2-9-0-0, audiência para 23.05.2007; 7º VT de Curitiba, proc. 2679-2007-7-9-0-1, audiência para 31.05.2007⁷; 9º VT de Curitiba, proc. 2565-2007-9-9-0-1, audiência para 27.06.2007.

No TRT da 12ª Região, com sede em Florianópolis, para processos distribuídos em 1º.02.2007, tínhamos a seguinte realidade: 3º VT de Criciúma, proc. 00289-2007-053-12-00-1, audiência para 08.05.2007; VT de Curitiba, proc. 00087-2007-042-12-00-6, audiência para 24.05.2007; VT de Joaçaba, proc. 00147-2007-012-12-00-9, audiência para 24.05.2007; VT de Caçador, proc. 00111-2007-013-12-00-1, audiência para 08.05.2007; VT de Brusque, proc. 00139-2007-010-12-00-0, audiência para 22.05.2007.

No TRT da 1ª Região, com sede no Rio de Janeiro, para processos distribuídos em 1º.02.2007, obtivemos os seguintes dados: 5º VT de Duque de Caxias, proc. 00149-2007-205-OJ-00-6, audiência para 03.07.2007; 6º VT de Duque de Caxias, proc. 00149-2007-206-01-00-2, audiência para 14.06.2007; 1º VT de Nova Iguaçu, proc. 00141-2007-221-01-00-9, audiência para 31.05.2007; 2º VT de Nova Iguaçu, proc. 00141-2007-222-01-00-5, audiência para 06.09.2007; 1º VT de Campos, proc. 00135-2007-281-01-00-5, audiência para 29.08.2007; 2º VT de Campos, proc. 00135-2007-282-01-00-1, audiência para 14.11.2007; 1º VT de Volta Redonda, proc. 00208-2007-341-01-00-8, audiência para 20.02.2008; 2º VT de Volta Redonda, proc. 00208-2007-342-01-00-4, audiência para 05.09.2007; 45º VT do Rio de Janeiro, proc. 00133-2007-045-01-00-6, audiência para 26.09.2007; 73º VT do Rio de Janeiro, proc. 00128-2007-073-OJ-00-2, audiência para 04.09.2007.

No ano de 2009, temos uma pequena amostragem de tramitação processual. O processo 00208-2009-341-01-00-0, da 1ª VT de Volta Redonda, foi ajuizado em 11.02.2009, com data de audiência inicial marcada para 03.11.2009. 14 no TRT da 2ª Região, São Paulo, temos o seguinte exemplo: processo 00235200901902001 (19º VT), distribuído em 03.02.2009, com audiência de instrução marcada para 09.03.2010 e no processo 00232200900902000 (9º VT), distribuído em 30.01.2009, audiência uma designada para 29.10.2009²⁹.

Na 15ª Região, Campinas, no processo 01431-2009-011-15-00-1 (VT de Barretos), ajuizado em 12.05.2009, audiência "INI" marcada para 28.09.2009.^o

⁷ processo do rito sumaríssimo.

⁷ processo do rito sumaríssimo.

¹⁰ No sítio <[www.http://reporth.tririo.gov/portal/processoListar.do](http://reporth.tririo.gov/portal/processoListar.do)>, acesso em 03.09.2009.

¹⁰ Disponível em: <[www.http://tr.trtsp.jus.br/cic1](http://tr.trtsp.jus.br/cic1)>, acesso em 03.09.2009.

e Disponível em: <[www.http://consulta.trt1-jus.br/consulta](http://consulta.trt1-jus.br/consulta)>, acesso em 03.09.2009.

O que se vê pelos exemplos atuais, acima referidos, é que o tempo de espera entre a data do ajuizamento da ação e aquela designada para audiência supera 120 dias e vai até um ano e um mês. Até as datas das audiências, não existe celeridade processual em qualquer dos processos mencionados.

O que se pode constatar em vários processos é que a possibilidade de conciliação inexistente e a solução do feito dar-se-á com a sentença. A audiência para a apresentação da defesa, nesses casos, é ato meramente formal e burocrático. O saneamento do feito pode ser realizado após a distribuição da inicial e o recebimento da defesa.

Conforme Bebber, o crescente número de demandas que abarrotam os pretórios judiciais, o pequeno número de juizes, a falta de aparelhamento adequado e moderno, e uma legislação ultrapassada e corroída pela evolução do tempo constituem os maiores empecilhos à celeridade.?

Com entusiasmo, Roberto Davis aponta que embora com o passar do tempo tenha se distanciado da nossa realidade forense, a celeridade processual, longe de ser um mito, corresponde a uma premente necessidade social e se faz necessário apontar estratégias para sua efetivação.³²

Para Rodrigues Pinto", a celeridade insere-se como princípio geral do processo do trabalho, mas sob nenhum pretexto pode ser ignorada sua raiz constitucional, notadamente pela inserção feita pelo constituinte derivado mediante a EC 45/04.³⁴

Para Ivan Ferreira, a celeridade no processo não depende fundamentalmente das partes (ativa e passiva). Na condição de Juiz do Trabalho, faz a seguinte constatação:

Não podemos, porém, deixar de observar que *in concreto* é o autor da demanda que busca a celeridade quando o réu, em geral, resiste à celeridade. A regra não é maniqueísta, porém há evidente tendência a esta manifestação no dia a dia forense. Assim, quando cuidamos de processos sem conotação de classe ou segmento social, a celeridade na demanda é desejo *in abstracto* da coletividade, inclusive do legislador. O mesmo não ocorre quando o processo é eminentemente protetor, como no caso da demanda trabalhista. No processo do trabalho, grosso modo, o autor é o empregado e o réu o empregador. A atual legislação não traz nenhuma desvantagem significativa ao réu-devedor com a demora da prestação jurisdicional.³⁵

O mesmo autor, afirma que se aponta como obstáculo à celeridade processual a quantidade de processos, e que qualquer técnica processual de celeridade corre o risco de afogar-se nessa correnteza."³⁶

³² BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

³³ DAVIS, Roberto. Estratégias para alcançar a celeridade no processo do trabalho. *Gênesis: Revista de Direito do Trabalho*, n. 3, p. 35-39, dez. 1995.

³⁴ RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Processo trabalhista de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.

³⁵ Ibidem.

³⁶ FERREIRA, Ivan da Costa Alcimilo. Tornar o processo desnecessário é o caminho para aumentar a celeridade processual. *Gênesis: Revista de Direito do Trabalho*, n. 3, p. 29, dez. 1995.

³⁷ Ibidem.

A celeridade processual é princípio agora inserto na Constituição Federal e não há regramento na Consolidação das Leis do Trabalho que diga como alcançá-la. Realizar audiências é apenas uma das formas pelas quais se pode determinar a razoável duração do processo. Há feitos que não necessitam de audiência para ser solucionados, como é o caso daqueles em que a matéria é de direito ou de fato que independa de prova em audiência, como previsto no art. 330, I, do CPC.³⁷

Como refere Alonso Olea sobre as características gerais do processo do trabalho,

'Celeridad'; esta característica es asimismo básica y, por otra parte, se corresponde con la naturaleza concentrada del proceso. Los plazos y términos son muy breves, siendo todos perentorios e improrrogables (LPL, artículo 21; su prórroga ocasiona la nulidad de las actuaciones, SCT 17 diciembre 1969); las resoluciones judiciales han de notificarse el día de su fecha, o el siguiente si ello no es posible (LPL, ar:25)%

esse sentido, não é outra a observação de Souto Maior ao mencionar que não havendo provas a produzir, o procedimento será abreviado, designando-se ou preferindo julgamento, solução automática permitida por lei (art. 330 do CPC).³⁹

Como bem refere Cordeiro:

A busca por um processo rápido e efetivo não mais se resume às formulações de índole acadêmica e passa a integrar nosso ordenamento como diretriz ideológica básica e influenciadora de todos os ramos da processualística. Tratando-se, pois, de direito fundamental, a garantia da celeridade de tramitação do processo vincula a atividade jurisdicional em todos os níveis. (...) Ora, se o texto constitucional vigente impõe a busca de um processo célere e mais efetivo, por que o juiz do trabalho deve recusar a aplicação de uma norma de processo civil mais dinâmica e flexível? Admitir a inflexibilidade do conteúdo formal do art. 769 da CLT, significa, nos dias atuais, negar a própria eficácia de um direito fundamental. Essa negação, muitas vezes, pode ser justificada pela observância cega ao princípio da legalidade, consubstanciando-se na assertiva que a lei regula integralmente determinada matéria."

A contestação em secretaria pode ser adotada como técnica para atingir a celeridade processual. Segundo Rodrigues Pinto, que distingue técnica de procedimento de princípio, toda vez que nos depararmos com determinada regra alternativa, aí não estará um princípio, que é preceito fundamental do Direito, mas um instrumento de

O art. 330 do CPC dispõe que: "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: 1- quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;"

³⁷ OLEA, Manuel Alonso. *Derecho procesal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972. p. 35.

³⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Op.cit.

³⁹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da relicitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e atividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 34-35.

obtenção do resultado visado pelo Direito Processual, que é a prestação jurisdicional.

Amparando nossa proposta, é de se ressaltar a afirmação feita por Chaves:

Pode acontecer que, embora a legislação processual trabalhista regule integral e sistemicamente a matéria, a norma de direito processual civil apresente-se mais apta a promover uma prestação jurisdicional rápida e efetiva. Pela aplicação da literalidade do disposto na CLT, arts. 769 e 889, a existência de norma trabalhista expressa implicaria na impossibilidade de se transpor o normativo comum ao processo laboral. (...) Esse ramo da processualística deve ser célere, posto que é instrumental em relação a direito de caráter protecionista. A autonomia do processo do trabalho se justifica diante da possibilidade de implementar um trâmite processual mais dinâmico e efetivo que aquele previsto pelas normas de direito comum. (...) A situação em que a norma de direito processual civil se figure mais simples e efetiva do que a do processo do trabalho não foi cogitada pela doutrina tradicional. Sempre se partiu da premissa de que a normatização trabalhista, embora lacônica, seria mais acessível do que aquela contida no processo comum. Nos dias atuais, essa assertiva não é necessariamente verdadeira. O seja, é possível o confronto das normas processuais, com uma nítida vantagem para o processo comum. (...) Afigurando-se o processo civil mais apto para disciplinar os conflitos de índole laboral, abre-se a possibilidade de sua aplicação subsidiária ao processo laboral.⁴²

Nos dias atuais, comparando-se os dados estatísticos do TRT da 4ª Região, vemos um aumento da demanda em várias unidades judiciárias do Estado, comparando o mês de julho de 2008 com igual período de 2009.

Em Bento Gonçalves, o crescimento na distribuição para a 1ª Vara foi de 55,10% (98 para 152) e na 2ª Vara, 67,34% (98 para 164); em Cachoeirinha, a 1ª VT teve um acréscimo de 51,85% (81 para 123) e a 2ª VT, 63,29% (79 para 129); Carazinho, 50,84% (118 para 180); Caxias do Sul, da 1ª à 4ª Vara, 20, 51, 23, 52, 23,37 e 20,75%, respectivamente; Erechim, 1ª VT, 1005,71% (de 35 para 387) e 2ª VT, 994,28% (de 35 para 383); Estrela, 160% (de 95 para 247); Gravataí, 37,08% a 1ª VT e 34,64% a 2ª VT; Guaíba, 41,23%; Lajeado, 41,60%; Montenegro, 113,79% (de 116 para 248); Passo Fundo, 31,65% e 26,08%, 1ª e 2ª VT, respectivamente e Rio Grande, 108,33% a 1ª VT (de 108 para 225) e 121,35% a 2ª VT (de 103 para 228) 3 8

Pelo que se constata, exemplificativamente, a demanda por Justiça cresceu no período. Na mesma medida, ao contrário, não se pode ampliar o número de dias da

" RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Processo trabalhista de conhecimento*, 7. ed. Silo Paulo: LTr, 2005.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no direito processual do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. Silo Paulo: LTr, 2007. p. 56-57.

..¹ Dados obtidos na intranet do TRT, estatísticas indicadas no IMC.

•• O aumento da demanda não é específico para o mês. nas Varas citadas, havendo um crescimento no ano, considerado o período de janeiro a julho de 2008 e mesmo interregno em 2009. Alé julho/08, em Montenegro, foram distribuídas 649 novas ações e em 2009, 1023. Em Erechim, o acréscimo foi de 301 e 302 ações para 1114 e 1113, na 1ª e 2ª Vara e em Rio Grande, de 692 e 689 para 1121 e 1115, 1ª e 2ª Var, respectivamente. Em Canoas, nas 3 Varas, o crescimento foi de 955, 956 e 963 para 1299, 1297 e 1298 processos novos.

semana e horários de pauta, número de Varas, de servidores e Juízes para atender o acréscimo do número de ações. O resultado é que em algumas unidades, a data para a audiência inaugural será retardada por ausência de datas próximas disponíveis.

Em Caxias do Sul, atualmente, considerada a data de 31 de agosto de 2009, há uma unidade judiciária com pauta de audiências iniciais para 15 de janeiro de 2010. No mesmo sentido, para a mesma data, a distribuição de processos para 1ª VT de Rio Grande indica audiências para 1º.12.2009 (processo 01329-2009-121-04-00-1). Também para o início de dezembro de 2009 é a pauta da 1ª Vara de Gravataí.⁴⁵

O costume é fonte do direito processual e nesse sentido, Pinto Martins destaca que as fontes de Direito Processual classificam-se em heterônomas e autônomas. Aquelas são impostas por agente externo, tendo como exemplo a Constituição, as leis, os decretos, a sentença normativa. Já as autônomas, são as elaboradas pelos próprios interessados, tendo como exemplo os costumes, a convenção e o acordo coletivo e o contrato de trabalho.

Para Bezerra Leite, as fontes do Direito Processual do Trabalho dividem-se em formais diretas (que abrange a lei em sentido genérico e o costume) e formais indiretas (extraídas da doutrina e jurisprudência).⁴⁷ Para Almeida⁴⁸, as fontes de direito são materiais (fatores econômicos, sociológicos, políticos e filosóficos, que fazem surgir a norma de coordenação da vida social) e formais (modos pelos quais a norma é produzida). Menciona, ainda, que as fontes formais podem dividir-se em heterônomas e autônomas (normas de cuja produção participam os seus destinatários principais).

Na CLT a utilização dos usos e costumes resta permitida no artigo 8º e, mesmo que se tenha presente de que a sua utilização deve ocorrer com permissivo legal, cabe ponderar sobre a realidade processual atual. Isso porque a lei não encerra todas as hipóteses da vida social, assim como não abarca todas as saídas de ordem processual. Por conseguinte, se há um costume em determinada comunidade social/jurídica e a lei não autoriza seu uso, de nada adiantaria a previsão inserta na CLT.

A leitura que se deve fazer da disposição consolidada é que o próprio art. 8º é o permissivo legal para a utilização dos usos e costumes. Como propõe Henri Lévy-Bruhl:

Como já nos expressamos várias vezes, se o direito, longe de ser um sistema rígido, é essencialmente fluido e se transforma a todo instante, é preciso então encontrar um termo para designar essa ação dissolvente e criadora, que, a exemplo do que é a erosão para a crosta terrestre, modifica incessantemente as relações sociais. Não cometemos nenhum ato de violência contra a palavra costume, quando a empregamos nesta acepção ampla. E neste sentido amplo, o costume elabora silenciosamente o direito novo, da mesma maneira como a vida é latente nas espécies vegetais e animais. O costume é a força vital das instituições jurídicas. Tem uma esfera de

Dados obtidos junto ao Serviço de Distribuição dos Feitos.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

aplicação indefinida. Não constillti uma fome de direito entre tantas outras: mal seria exagero dizer que é a única fonte do direito."

A Justiça do Trabalho possui clientes diários e habituais. Não são eles só os reclamantes. Ao contrário, quem mais frequenta os foros trabalhistas são as empresas. Com base na atuação delas, no dia-a-dia das audiências, é que se pode extrair e constatar o seu modo de atuar. Se está predisposta à conciliação ou ao embate jurídico do direito questionado; se busca uma solução rápida do processo ou não; se cria embaraços processuais ou não.

A partir do comportamento processual das empresas clientes da nossa Justiça, pela observação do que acima se referiu, podemos aferir o aproveitamento ou não da audiência para os processos em que algumas delas figuram como parte. Se não costumam conciliar, já há aí um motivo que justifica não haver necessidade da realização da audiência inicial, sendo mais proveitoso às partes a faculdade de apresentação da contestação na secretaria da Vara do Trabalho.

Pelo quadro fático antes retratado e pela doutrina referida, assim como pelo Direito Comparado citado, é possível afirmar-se que a contestação em secretaria no processo do trabalho é viável e pode ser aplicada para determinados processos, notadamente aqueles que encerram discussão de natureza jurídica (art. 330, I, do CPC) e para aquelas situações em que os usos e costumes indicam que a parte demandada não costuma conciliar, tomando inócua a realização de audiência para tal finalidade, enquadrando-se nesta situação os entes públicos (o próprio Município, Estado ou União e pessoas jurídicas a eles vinculados).

Havendo processos que não necessitam de audiência, abre-se espaço para audiências com outras demandas. Exemplo disso foram as recentes ações sobre as diferenças de 40% do FGTS e também aquelas que envolviam a extinção, ou não, do contrato em razão da aposentadoria do empregado. Isso não impede que para determinadas demandas se faça audiência para coleta da prova oral. A contestação em secretaria representa abreviação de uma etapa do processo.

Para evitar nulidade, já que vital ao processo a existência de proposta conciliatória, ao mandar citar a parte reclamada para contestar (prazo do CPC, 15 dias, conforme artigo 297), deverá o Juiz determinar que a parte apresente proposta conciliatória. Neste sentido, no processo nº 00647-2005-731-04-00-8, temos a seguinte decisão do **4º TRT**:

NUUDADE PROCESSUAL – SUPRESSÃO DA AUDIÊNCIA INAUGURAL
- Via recurso ordinário, pretende o reclamado seja decretada a nulidade do processo, a contar do momento em que suprimida a audiência inaugural, com a conseqüente determinação de retorno dos autos à origem, afim de que seja observado o procedimento ordinário. Desacolhe-se. I casu, dada a natureza da controvérsia, o reclamado foi citado para apresentar contestação, em Secretaria, no prazo de 15 dias, sob pena de revelia (vide despacho de f. 22).

.. LÉVY-BRUHL. Henri. *Sociologia do direito*. Silo Paulo: Difusão Europia, 1964. p. 43.

Presentada a defesa fls. 25/47). foi designada a audiência inaugural para o dia 30 de maio de 2005 (vide despacho de fl. 25), ocasião em que restou realizado tal ato processual. Desde logo, diga-se que não há preceito legal dispondo sobre a necessária realização de mais de uma audiência no processo. Necessária é, isto sim, a formação de duas propostas conciliatórias, o que foi observado neste caso. Assim, não há vício processual capaz de comprometer a validade, negando-se o pleito nulificador, máxime quando se verifica que a apresentação da defesa antes da realização da audiência não gerou qualquer prejuízo aos litigantes. Apelo denegado."

Assim, a contestação em secretaria seria uma oportunidade facultada à parte, sem esquecer da possibilidade de apresentar proposta conciliatória, o que resultaria em celeridade ao processo do trabalho, sem ferir nenhum princípio inerente ao mesmo.

AS FACES DO SINDICATO E SEUS RESULTADOS ESPERADOS SOBRE A ECONOMIA E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Maria Silvana Rotta Tedesco

Juíza do Trabalho Titular da 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS

Segundo constataram Richard Freeman e James Medoff, no texto *What do unions do?* (No Brasil, *O papel dos sindicatos na sociedade moderna*), com as pesquisas e estudos desenvolvidos a partir dos anos 1970, eram escassos os dados quantitativos coletados sobre o impacto do sindicalismo nos Estados Unidos.

Não havia indicações estatísticas sobre outros resultados da ação sindical que não sobre os salários, apenas observações pessoais baseadas em casos específicos.

A preocupação dos economistas situava-se na quantificação dos efeitos econômicos dos acordos coletivos, sendo desenvolvidos estudos sobre as diferenças nos salários pagos à mão-de-obra organizada em sindicatos e à não-organizada.

Nesse contexto, sobressaíam somente os efeitos adversos do trabalho sindicalizado, sobrelevando reclamações de administradores das empresas a respeito das operações inflexíveis e de rupturas no trabalho devido à ação do sindicato, enquanto outros cientistas sociais qualificavam as instituições sindicais como insensíveis, não democráticas, propensas à corrupção e até associadas a ações criminosas.

Disso resultou que a literatura especializada expressava uma visão, **em geral**, negativa dos sindicatos, a qual se tomou dominante a partir dos anos 1960.

Esta visão constitui a chamada face monopolista do sindicato, cujo impacto econômico é o de elevar os salários de seus associados à custa da mão-de-obra não sindicalizada e do eficiente funcionamento da economia.

A face monopolista associa-se, portanto, ao poder do sindicato de elevar salários acima dos níveis ditos competitivos, sendo visto como algo socialmente danoso porque se pode esperar que induzam tanto à ineficiência produtiva como à desigualdade salarial, comparativamente com o setor não-sindicalizado.

O resultado esperado é o da redução da produção nacional e distorção da distribuição da renda, pois gera aumento da perda do emprego no setor organizado com o conseqüente enchimento do setor não sindicalizado pelos trabalhadores dispensados. Além disso, segundo a visão monopolista, revela-se mais provável que os sindicatos se constituam e sobrevivam em segmentos onde as empresas dominem um determinado mercado ou funcionem num mercado não-competitivo, pois, do contrário, as empresas que apresentem organização sindical terão custos de produção

superiores aos das outras. Isso faz com que o poder monopolista do sindicato esteja estreitamente relacionado com o poder de mercado do setor.

Freeman e Medoff iniciaram a análise dos efeitos não-salariais dos sindicatos para confronto com a análise dos efeitos salariais.

Para eles, os sindicatos são tidos como a principal instituição dos trabalhadores nas sociedades capitalistas modernas, representando um veículo para a voz coletiva, o que constitui a outra face que a literatura econômica considera que o sindicato possui.

É chamada a face de voz coletiva/reação institucional, mostrando que os sindicatos acarretam efeitos econômicos benéficos e se constituem numa fonte de poder para o trabalhador resultando num maior respeito aos seus direitos.

De acordo com esta visão, positiva, a atuação sindical impacta a economia e as relações de trabalho de forma diferente do que ocorre com a face monopolista, interferindo na administração da empresa e na produtividade para melhorá-las. Isso porque a face de voz coletiva está associada à representação dos trabalhadores organizados dentro da empresa. Ou seja, por meio dos sindicatos institui-se um mecanismo que permite aos trabalhadores trilharem um caminho para conquista de melhores salários e também de benefícios no emprego, mediante a negociação coletiva.

A face de voz coletiva do sindicato atua na luta pela preservação do emprego, protegendo o trabalhador de uma ação de retaliação por parte do empregador que ocorreria caso os interesses fossem defendidos individualmente.

O mecanismo de negociação coletiva dota os trabalhadores de um meio de comunicação com os patrões, o que é necessário para haver voz efetiva no local de trabalho, buscando discutir condições de trabalho que precisam ser mudadas em contraposição ao mecanismo de mercado de entrada-e-saída, no qual o trabalhador descontente simplesmente largaria o emprego em busca de outro que lhe fosse mais adequado.

No estudo empírico realizado por Freeman e Medoff foram analisados os dados distintivos entre estabelecimentos onde havia e onde não havia sindicalização e entre trabalhadores sindicalizados e trabalhadores não sindicalizados, sendo entrevistados representantes da administração das empresas, líderes sindicais e especialistas em relações trabalhistas.

Salientou-se as diferenças de como as faces de monopólio e de voz coletiva afetam o nível e a composição da produção nacional (eficiência), a distribuição de renda e o grau de igualdade econômica e liberdade política, instaurando importante debate sobre qual é a face dominante.

No plano da eficiência econômica, o estudo mostrou que a atuação sindical tem impacto salarial monopolista, com efeito salarial maior para os trabalhadores menos instruídos, mais jovens e com menor tempo de serviço, revelando-se maior nos segmentos empresariais com maior organização sindical (nos anos 1970 verificou-se ganho salarial superior entre os trabalhadores sindicalizados em relação aos não-sindicalizados). Com isso, induzem à contratação de menos trabalhadores e à queda da produtividade.

De outro lado, porém, os sindicatos, como expressão da face de voz coletiva, influenciaram a redução do índice de autodemissões, implicando custos mais baixos

de contratação e treinamento e menor ruptura nos grupos de trabalho, e possibilitaram uma melhoria do conjunto de políticas de pessoal e do padrão de remuneração, o que acabou por impactar de forma positiva a produtividade.

No plano da distribuição de renda, os sindicatos, de um lado, contribuíram para aumentar a desigualdade entre sindicalizados e não-sindicalizados, mas, de outro, elevaram a renda dos trabalhadores menos instruídos em relação aos mais instruídos, com o estabelecimento de taxa-padrão, reduzindo a diferença entre estes grupos.

Além dos aumentos salariais os sindicatos obtiveram ganhos gerais no pacote de remuneração, com instituição de benefícios adicionais, como os seguros de vida e de saúde e pensões de aposentadoria, e criaram normas de limitação da atuação dos patrões no campo das promoções e demissões, protegendo os trabalhadores de decisões arbitrárias, e alteraram a distribuição de poder entre trabalhadores mais novos e mais antigos.

Em suma, os efeitos que aumentaram a desigualdade (face monopolista) foram neutralizados e até superados pelos que a reduziram, sobressaindo-se, neste aspecto, a face da voz coletiva em favor da igualdade na distribuição de renda.

No plano da organização social, segundo a visão monopolista, os sindicatos fazem discriminação ao distribuírem posições, lutam por seus próprios interesses na arena política e alimentam elementos corruptos e não-democráticos.

O que o estudo ora em comento revelou é que, na maioria, os sindicatos eram altamente democráticos, com os seus membros tendo acesso ao mecanismo de tomada de decisões, e a corrupção concentrava-se em poucas indústrias.

A par deste aspecto os sindicatos de mostraram como importante voz para grupos mais fracos e mais vulneráveis da sociedade, representando seus interesses políticos.

A conclusão geral resultante é a de que a face de voz/reação do sindicato dominou a face monopolista, no período examinado pelos autores do texto, pois, em geral, o sindicalismo melhorou o sistema social e econômico.

Além de obterem ganhos salariais para seus membros, os sindicatos alteraram quase todos os outros aspectos mensuráveis do funcionamento das empresas, desde a rotatividade da mão-de-obra até a lucratividade e a composição dos planos de benefícios, nada obstante tenham apresentado efeitos monopolistas negativos.

Considerando-se que o sindicato tem a missão de compatibilizar os interesses que afetam toda a força de trabalho (condições de segurança dos locais de trabalho, procedimentos quanto a reclamações de trabalhadores, planos de aposentadoria, diretrizes sobre demissões, ajuste salarial cíclico e promocional) com a necessidade de sobrevivência das empresas num cenário competitivo, exsurge a importância da afirmação da face de voz coletiva, mecanismo que faz dele uma fonte de poder para o trabalhador resultando num maior respeito aos seus direitos.

Pode-se argumentar, hoje, na esfera econômica, que os sindicatos, em geral, reduzem a desigualdade salarial, aumentam a democracia industrial e elevam a produtividade e, na arena política, se mostram como importante voz para grupos mais fracos e mais vulneráveis da sociedade.

REPENSANDO A SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

Marcelo Papaléo de Souza

Juiz do Trabalho na 4ª Região

Mestre em Direito pela PUCRS

Especialista em Economia e Trabalho pela UNICAMP

Doutorando em Direito pela PUCSP

Professor em Curso de Pós-Graduação

1. INTRODUÇÃO

O regime jurídico de insolvência, representado pela Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência-LRF), suscita muitas dúvidas que não são de simples solução. Tal legislação é complexa, envolve a interação de várias áreas do Direito, senão todas, implicando procedimentos e instrumentos para encaminhamento das soluções.

A questão da análise das consequências da Lei nº 11.101/05, em relação ao trabalhador, é de suma importância, pois conduz ao aplicador do Direito a tentativa da compatibilização dos institutos diversos, do Direito do Trabalho, com eminente preocupação com os trabalhadores, e do Direito Comercial, preponderantemente preocupado com os credores e, na nova legislação, com a manutenção da empresa economicamente viável.

O ponto mais questionado da legislação concursal, em relação aos trabalhadores, envolve a situação da sucessão da responsabilidade do devedor, em face das disposições contidas na CLT. Essa situação mereceu análise por vários doutrinadores, sendo apresentados vários fundamentos contrários e favoráveis. A matéria foi analisada por nós em várias oportunidades', sendo que merece uma abordagem atualizada diante das repercussões que estamos observando na prática.

A pretensão que temos é de conduzir os leitores à reflexão necessária da matéria, sem o exaurimento das dúvidas e discussões, pois a diversidade conduz sempre a situações novas e à evolução do próprio estudo.

2. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA EMPRESA

Estabelece os arts. 47 da LRF que: "a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função

¹ Para aprofundar ver SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A lei de recuperação e falência e as suas consequências no Direito e no Processo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2009.

social e o estímulo à atividade econômica". No artigo 75, da mesma Lei, está referido: "a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa".

Observamos, nesses dispositivos legais, a pretensão do legislador da manutenção da atividade, mesmo no caso da falência. Na LRF, em vários artigos, há previsão da manutenção da atividade ou a continuidade da empresa.

Temos de fazer a primeira ressalva de que não há como confundir manutenção da empresa com manutenção da pessoa jurídica ou da pessoa física que é o empresário. Para tanto, há de se fazer uma breve explanação.

O Direito Comercial, no Brasil, tratava dos atos do comércio, conforme preceituado no Código Comercial de 1850, disciplinando que comerciante era quem praticava a mercancia (art. 4º), definidos no Regulamento nº 737, de 1851, como prática profissional do comércio (relacionada no art. 19 do mesmo Regulamento). As regras adotadas pela legislação nacional estavam baseadas no Código de Direito Comercial francês, de 1807 (conhecido como Código Napoleônico), que influenciou várias legislações comerciais dos outros países, tais como a Espanha (1829) e Portugal (1833). Asseveram Marcelo Bertoldi e Maria Ribeiro¹ que o código francês, fundamentado nos ideais da Revolução Francesa, não admitia a existência de privilégios de classes, caracterizando de forma objetiva toda a matéria, deixando de lado a idéia de que a legislação comercial se destinava a reger as relações de uma classe de pessoas – os comerciantes –, e passando, isto sim, a regular a atividade de qualquer indivíduo que viesse a praticar determinados atos, havidos como de comércio, independentemente de quem os praticasse. Dessa forma, não interessava a verificação da qualidade da pessoa, mas sim, se os atos por ela praticados fossem considerados como atos de comércio. Denominou-se tal situação de teoria dos atos de comércio, como forma para delimitar a matéria do Direito Comercial, diferenciando-a dos outros ramos do Direito, em especial do Direito Civil.

Refere Fabio Ullhoa Coelho¹ que, na Itália, em 1942, surge um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares, alargando-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades da prestação de serviços e as ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de *teoria da empresa*, deixando o Direito Comercial de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia), passando a disciplinar *uma forma específica* de produzir ou circular bens ou serviços.

Quanto ao conceito de empresa, ressalta Rubens Requião¹ que as lições de Asquini tiveram muita importância para o tema, pois percebeu esse jurista que as dificuldades

BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 26.

COELHO, Fábio Ullhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*, 20. cd., São Paulo: Ed. Saraiva, 2008. p. 8.

¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 198, vol. I, pp. 52-53.

com que se deparavam os comercialistas decorriam da complexidade do fenômeno *empresa*, cujo conceito unitário não lhes era possível obter. E observou o mesmo que, "apresentando o fenômeno econômico da empresa, perante o Direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que o mesmo caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário". É um fenômeno *poliédrico*. Assim, segundo Asquini, vislumbra-se a empresa sob quatro diferentes perfis: a) o perfil *subjetivo*, que vê a empresa como o empresário; b) o perfil *funcional*, que vê a empresa como atividade empreendedora; c) o perfil *patrimonial* ou *objetivo*, que vê a empresa como estabelecimento; d) o perfil *corporativo*, que vê a empresa como instituição. Complementa Requião⁵ que "é preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma *abstração*. A muitos tal afirmação parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível. Brunetti, professor italiano de alto conceito, chegou à conclusão da abstratividade da empresa, observando que 'a empresa, se do lado político-econômico é uma realidade, do jurídico é un *'astrazione*, porque, reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens componentes da *azienda*, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma *entidade abstrata*, devendo-se na verdade ligar à pessoa do titular, isto é, ao empresário'. Vimos que uma constante da doutrina a respeito da conceituação da empresa é situá-la como o *exercício de uma atividade*. É da ação intencional (*elemento abstrato*) do empresário em exercitar a atividade econômica que surge a empresa. Dalmartello põe muito claro o tema, ressaltando que a empresa é caracterizada pelo *exercício* da organização. Se todos os seus elementos estiverem organizados, mas não se efetivar o *exercício dessa organização*, não se pode falar em empresa".

Dessa forma, adotamos o conceito de empresa, sob o enfoque funcional, definindo-a como organização econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços". Para Fábio Ulhoa Coelho⁷, conceitua-se empresa como sendo "atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)". Aduz o referido autor que, no Direito brasileiro, "empresa" deve forçosamente ser definida como atividade, uma vez que há conceitos legais próprios para empresário (CC, art. 966) e para o estabelecimento (CC, ar. 1.142).

Zdem, ibidem, pp. 56-57.

• Tal conceito é adotado por Amador Paes de Almeida (*Manual das Sociedades Comercias – Direito de Empresa* 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 23).

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. pp. 1 e 2. É conveniente referir a nota de rodapé da obra citado (p. 10) nos seguintes termos: "Somente se emprega de modo tecnicamente adequado o conceito de 'empresa' quando tiver o sentido de 'empreendimento'. Se alguém reputa 'muito arriscada a empresa', está certa a forma de expressar: o empreendimento em questão enfrenta consideráveis riscos de insucesso. na avaliação desta pessoa. Como ela se está referindo à atividade, é adequado falar em 'empresa'. Outro exemplo: no princípio da preservação da empresa, constituído pelo moderno Direito Comercial. o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho. de consumidor em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltada à arrecadação e outros".

Assim, deve ficar bem claro que, quando falamos em princípio da conservação da empresa, não estamos referindo a conservação da pessoa física ou jurídica, mas sim, da atividade.

3. A SUCESSÃO DA RESPONSABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR PELO ADQUIRENTE DO PATRIMÔNIO

A matéria relacionada à sucessão da responsabilidade das obrigações do devedor, em face de aquisição do patrimônio desse por terceiro⁸, é um dos pontos mais polêmicos em relação à repercussão ao direito dos trabalhadores, pois há nítida contrariedade com o previsto na CLT.

A regra geral prevista na CLT estabelece que alterações intraempresariais ou interempresariais não afetam os direitos do trabalhador (arts. 10 e 448 da CLT). A previsão da LRF é no sentido oposto, pois prevê que, no caso da alienação do patrimônio do devedor em recuperação, não existirá a sucessão das obrigações do devedor (art. 60, parágrafo único), bem como na falência (art. 141, II), havendo, nesta última, expressa referência a respeito das obrigações trabalhistas.

A análise dessas antinomias é algo a ser perseguido com a referência, em que pese de forma sucinta, de algumas teses contrárias e favoráveis à sucessão da responsabilidade, bem como uma visão geral do instituto da sucessão trabalhista.

3.1 Sucessão Trabalhista

A sucessão da responsabilidade dos débitos trabalhistas pode ser analisada sob vários aspectos, cujas matérias estão inter-relacionadas. Quando tratamos de sucessão de responsabilidade no Direito do Trabalho, sucessão de empregadores, primeiro temos de definir o que é "empregador" na legislação trabalhista e as suas consequências.

Refere o art. 2º da CLT que o "empregador" é a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. No parágrafo 1º do mesmo artigo, temos equiparados ao empregador, para os efeitos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos que admitam trabalhadores como empregados.

Constatamos, de início, que o legislador não atribui aos detentores do Direito e obrigações – pessoa física ou jurídica – a consideração de empregador, mas sim, a empresa, que é objeto de Direito e não sujeito. Tal situação decorre de uma escolha legislativa intencional e não simples equívoco de técnica jurídica, pois visa à despersonalização do empregador, não relacionando o contrato de trabalho à pessoa física ou jurídica (*intuitu personae*), mas sim, à atividade (empresa).

Analisando a sucessão de empregadores, temos de utilizar as lições de Evaristo Morais Filho⁹ que afirma que a empresa, em Direito do Trabalho brasileiro, é a

⁸A própria LRF, no ar. 141, § 1º, estabelccc que ocorrerá sucessão da responsabilidade se o adquirente for: I- sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; II - parente, em linha reta ou colateral até 4 (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou do sócio da sociedade falida; III -- identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

MORAES FILHO, Evaristo. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1960, 1. cd., vol. II, p. 31.

organização do trabalho alheio, sob o regime de subordinação hierárquica, tendo em vista a produção de determinado bem econômico. Daí, o espírito de lucro e a menção do risco. A maior ou menor complexidade da organização não desnatura, sejam quais forem o volume e a importância do conjunto de coisas e pessoas, de bens materiais ou imateriais, necessários à sua consecução, ao pleno êxito dos seus propósitos. O que importa sempre é esta diferenciação social mínima, entre direção e execução, com o objetivo de produzir para o mercado. Por isso, distinguimo-la do trabalho doméstico e da prestação de serviço no âmbito do profissional liberal e de instituições pias e beneficentes.

A conceituação da empresa como atividade organizada é hoje referida no Código Civil pela dedução do conceito de empresário (art. 966 do CC). Como já ressaltado anteriormente, invocando as lições de Asquini¹⁸, o fenômeno econômico da empresa não é unitário, mas sim, poliédrico, variando sob o enfoque adotado: a) o perfil *subjetivo* - a empresa como o empresário; b) o perfil *funcional* - a empresa como atividade empreendedora; c) o perfil *patrimonial* ou *objetivo* - a empresa como estabelecimento; d) o perfil *corporativo* - a empresa como instituição.

Mesmo não aceitando tecnicamente ser a empresa sujeito de Direito, constatamos que a previsão da CLT conduz à proteção do trabalhador em face das alterações interempresariais, conforme previsão do art. 448 da CLT. Na legislação nacional, desde 1935 (Lei nº 62, de 5 de junho), adotamos o princípio da continuidade ou permanência do estabelecimento, a despeito das alterações jurídicas por que passe. Bem refere Evaristo Moraes Filho¹⁹ que "o empregador é a pessoa natural ou jurídica para quem presta serviços outra pessoa natural, sob sua dependência, de maneira contínua e mediante salário. É bem verdade que o art. 2º da nossa Consolidação das Leis do Trabalho dispõe: 'Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva'. Temos a impressão que a lei pátria assim o consignou, adotando sem o saber a teoria personalista da empresa, como que para significar que os contratos de trabalho, uma vez celebrados, prendem-se diretamente ao organismo empresário, e não mais à pessoa física ou jurídica do seu empregador". Complementa o referido autor que "a finalidade do Direito do Trabalho, longe de alterar a dogmática clássica do Direito Comercial, tinha em vista a proteção do trabalho, fazendo-o durar, subjetivamente considerado, enquanto permanesse ainda a organização objetiva do estabelecimento"²⁰,

Outra situação importante é que o contrato de trabalho tem entre as suas características a de ser um contrato permanente, ou seja, não se esgota com uma determinada prestação. A vinculação entre os participantes da relação de emprego, em que pese serem fixadas as condições do trabalho no início da prestação de serviços, sofre alterações no decorrer do tempo. Contudo, a alteração do contrato não pode ser por iniciativa de uma das partes, salvo quando benéfica à parte trabalhadora. Deve, via de regra, decorrer de ajuste mútuo e não causar prejuízos aos direitos do empregado. Registra-se, ainda, que as alterações do contrato de trabalho podem

¹⁸APD REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, vol. I, pp. 52-53.

¹⁹*Idem, Ibidem*, p. 154.

²⁰*Idem, Ibidem*, p. 204.

ocorrer independentemente da vontade das partes, como acontece quando da alteração da legislação, decorrente de instrumento normativo, entre outros exemplos.

No Direito privado, a regra geral é que as partes podem estipular novos ajustes aos contratos, ocorrendo a novação, criando novas obrigações, em substituição ao que anteriormente tinham ajustado¹⁴. No Direito do Trabalho, tal regra não se aplica na forma referida, pois os contratantes são tidos como desiguais, sendo a vontade das partes subordinada às normas legais que visam à proteção do trabalhador. Contudo, a regra da imutabilidade das obrigações sofre algumas exceções. No ordenamento jurídico, o empregador tem a possibilidade de dar ordens e instruções relativas ao trabalho, as quais devem ser obedecidas pelo empregado. Claro que o poder de direção não conduz a uma possibilidade ilimitada, sem qualquer parâmetro, pois devem ser observados os limites das condições ajustadas, decorrentes das necessidades da empresa, e não causar prejuízos aos interesses do trabalhador.

Afirma *Délio Maranhão*¹⁴ que o contrato de trabalho é o instrumento jurídico mediante o qual o empregador obtém o comando de um dos fatores elementares da produção: o trabalho. Mas, como o trabalho não pode dissociar-se da própria pessoa do trabalhador, dele resulta o estado de subordinação em que este se coloca em relação ao outro contratante. Sendo o Direito do Trabalho a moldura jurídica desta realidade econômica, a ela terá de se adaptar o princípio da força obrigatória dos contratos. E, desse modo, considerado o estado de subordinação do empregado, *reforça* aquele princípio e anula as alterações do contrato, ainda que, em virtude de acordo, desde que prejudiciais ao contratante econômica e socialmente inferiorizado, ao mesmo tempo que, atendendo à necessidade que tem o empregador de manejar o trabalho, como fator de produção, no exercício da atividade econômica, *abranda-o*, admitindo o *jus variandi*. Sofre, portanto, o princípio da força obrigatória dos contratos, no Direito do Trabalho, o influxo de duas tendências opostas, que se equilibram, visando uma a proteger o empregado, dando-lhe maiores garantias quanto à imutabilidade do pactuado, e outra a tomar tal princípio mais flexível, adaptando-o à realidade econômica e à função social do contrato de trabalho. Não constitui, pois, o *jus variandi*, a rigor, uma *exceção* ao princípio da força obrigatória do contrato de trabalho, mas simples *adaptação* do mesmo princípio a essa realidade econômica. A regra é, sempre, a inalterabilidade unilateral do contrato.

Uma importante consequência do princípio da continuidade do contrato é que, decorrente de cada novo ajuste, não há necessidade de novo contrato, ou seja, aumento de salários, alteração de horário de trabalho ou mudança de local de trabalho não acarretam a obrigatoriedade de um novo contrato. Assim, as modificações no transcurso do tempo não resultam na sua extinção, isto é, não influenciam na sua vigência, prosseguindo normalmente o contrato. Outra circunstância importantíssima do princípio da continuidade do contrato de trabalho está relacionada às alterações subjetivas deste. As alterações do contrato podem ser objetivas, relacionadas ao próprio contrato e às

¹⁴ Para aprofundar o assunto, ver GRILLO, Humberto. *Alteração do contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, e DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, vol. I, p. 530-531.

suas condições, v.g., alteração de salário, funções, horário, entre outras, e subjetivas, relacionadas com as pessoas (protagonistas do contrato).

A alteração subjetiva, contudo, só é permitida em relação ao empregador, pois não há como ser aceita em face do trabalhador, haja vista que, quanto a este, é *intuitu personae*, não se aceitando a substituição. Assegura Plá Rodriguez " que o fato de o contrato de trabalho ser *intuitu personae* com referência ao trabalhador deriva do caráter personalíssimo da prestação do trabalhador, que converte este em infungível, isto é, não substituível por outro. Deve-se levar em conta que a obrigação principal que o trabalhador contrai, como consequência da celebração do contrato, é a de colocar sua energia pessoal a serviço do empregador. Por conseguinte, este não lhe pode ser indiferente à pessoa cujas energias são colocadas a sua disposição, dado que a quantidade, a qualidade e a modalidade dessa energia podem variar de uma pessoa para outra.

Via de regra, a alteração do empregador não resulta na rescisão do contrato de trabalho". A continuidade do contrato, em que pese a alteração do empregador, apresenta várias justificativas, tais como: a) o empregado vincula-se mais com as garantias que a empresa lhe oferece do que com as condições pessoais do empresário; ademais, em grandes empresas, na maioria das vezes, o empregado nem conhece os seus sócios, não ocasionando alterações ao seu contrato de emprego qualquer modificação da alteração societária da empresa; b) o empregador é a pessoa jurídica que não se confunde com a figura de seus sócios, pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, alterações na estrutura interna da empresa não acarretam *per se* o fim do contrato de trabalho existente.

O fundamento para concluir pela transferência da responsabilidade é a lei. O art. 448 da CLT dispõe que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Mesmo existindo a transferência de um estabelecimento, há a sucessão das obrigações do empregador com relação aos trabalhadores para que continuem trabalhando no estabelecimento vendido.

Hipóteses de sucessão também aparecem decorrentes da incorporação, fusão e da cisão. A primeira hipótese ocorre quando uma sociedade é absorvida por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações; a segunda decorre do fato de duas sociedades se unirem, formando uma terceira, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações; e a terceira, quando uma sociedade se divide, transferindo parcelas do seu patrimônio a outras sociedades, que se tomam suas sucessoras. A hipótese da cisão merece melhor análise, pois pode levar à extinção da sociedade cindida. Quando a sociedade é extinta em face da cisão, indubitavelmente se caracteriza a hipótese da sucessão, mas, no segundo caso, ela só se configurará para efeitos trabalhistas, se a parcela do patrimônio transferido corresponder a um estabelecimento.

Assim, para que fique caracterizada a sucessão de empregadores, dois requisitos devem ser observados: 1) que um estabelecimento, como unidade econômico-jurídica, passe para um outro titular; 2) que a prestação de serviços pelos empregadores não sofra

Princípios de direito do trabalho.

" *Idem, ibidem*, ...

solução de continuidade. Estas são as conclusões a que se pode chegar, analisando o disposto no art. 448 da CLT. *Mauricio Godinho Delgado*" refere que a nova vertente interpretativa do instituto sucessório trabalhista insiste em que o requisito essencial à figura é tão-só a garantia de que *qualquer mudança intra ou interempresarial não venha afetar os* contratos de trabalho – independentemente de ter ocorrido a continuidade da prestação laborativa. Isso significa, segundo o autor, que qualquer mudança intra ou interempresarial, que possa afetar os contratos empregatícios, seria hábil a provocar a incidência dos arts. 10 e 448 da CLT. O que se tem de ressaltar é a afetação de modo significativo das garantias do trabalhador em face das modificações intra ou interempresarial para efeito da consideração da sucessão de empregadores.

Concluindo, caso seja aceita a tese de que a sucessão da responsabilidade é independente da continuidade da prestação de serviços, ou seja, haja a solução de continuidade entre o devedor e o novo adquirente, teremos uma obrigação que se equivale a *propter rem*. Utilizamos a expressão "se equivale", pois não estamos tratando de situações de igualdade, mas, assemelhadas. Melhor explicando, as obrigações *propter rem, ob rem ou* reipersecutórias são mistas, pois se inserem entre os direitos reais e os direitos obrigacionais, contendo características de ambos. Trata-se de obrigações que não decorrem da vontade privada, mas, em face da titularidade, de um direito real, sendo impostas a quem for titular deste. Via de regra, os direitos reais não impõem obrigações positivas a terceiros, tão-somente um dever negativo, e as obrigações surgem de negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais, cujo fundamento é a manifestação da vontade, o que não ocorre nas obrigações *propter rem*. A obrigação do adquirente, no caso de uma unidade produtiva (empresa ou estabelecimento) não decorre de direito real, mas, no caso de aceitarmos a transferência daquela mesmo havendo solução de continuidade, teríamos uma situação que se assemelha a *propter rem*, sendo que a obrigação acompanharia os bens transferidos.

Apresentamos outros argumentos que justificam a sucessão dos débitos trabalhistas, invocando os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado. O referido autor" ressalta que "a formação do contrato leva ao estabelecimento de diversificado número de cláusulas contratuais aplicáveis às partes. É verdade que a maioria dessas cláusulas consiste em mera incorporação de preceitos normativos obrigatórios oriundos da normatividade heterônoma estatal ou autônoma negociada, como característica do Direito do Trabalho (conteúdo imperativo mínimo do contrato). Mas, há também, em contrapartida, uma larga dimensão de cláusula que se estabelece a partir do simples exercício da vontade privada, em especial do empregador". Continua o doutrinador" "a sucessão trabalhista é figura regulada pelos arts. 10 e 448 da CLT. Consiste no instituto juslaborativo em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos". (...) "Nota-se, também, por outro lado, que a relativa imprecisão e generalidade dos dois preceitos celetistas têm permitido à jurisprudência realizar um contínuo e ágil processo de

↗ DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000, p. 29.

" *idem*, *ibidem*, p. 17.

¹⁰ *idem*, *ibidem*, p. 20.

adequação do sentido das normas sobre sucessão às mutações sofridas pela realidade concreta, preservando os objetivos teleológicos do Direito do Trabalho. Efetivamente vejam-se a generalidade e a imprecisão dos dois artigos da CLT: ali se fala em qualquer alteração; fala-se em mudança na propriedade ou estrutura jurídica; fala-se, ainda, que qualquer dessas alterações ou mudanças não afetará os contratos de trabalho; utilizam-se, por fim, expressões extremamente genéricas como qualquer e, principalmente, afetar os contratos (...""", (...)"A sucessão trabalhista resulta da convergência de três princípios informadores do Direito do Trabalho: em primeiro plano, o princípio da intangibilidade objetiva do contrato empregatício e o princípio da despersonalização da figura do empregador. Em segundo plano, considera-se a presença do segundo requisito do instituto sucessório, o princípio da continuidade do contrato de trabalho"?

A não-vinculação da sucessão trabalhista à continuidade da prestação de trabalho pelo empregado também é ressaltada pelo autor, quando tratar das "Situações-tipo Novas de Sucessão": "Essas situações novas, que se tomaram comuns no final do século XX, em decorrência da profunda reestruturação do mercado empresarial brasileiro (em especial mercado financeiro, de privatizações e outros segmentos), conduziram a jurisprudência a reler os dois preceitos celetistas, encontrando neles um tipo legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e jurisprudência dominantes. Para essa nova interpretação, o sentido e objetivos do instituto sucessório trabalhista residem na garantia de que qualquer mudança intra ou interempresarial não poderá afetar os contratos de trabalho (arts. 10 e 448 da CLT). O ponto central do instituto passa a ser qualquer mudança intra ou interempresarial. Verificada tal mudança, operar-se-ia a sucessão trabalhista – independentemente da continuidade efetiva da prestação laborativa. À luz dessa vertente interpretativa, também configura situação própria à sucessão de empregadores a alienação ou transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho, ou seja, a mudança na empresa que afete a garantia original dos contratos de emprego provoca a incidência dos artigos 10 e 448 da CLT. Isso significa que a separação de bens, obrigações e relações jurídicas de um complexo empresarial, com o fito de transferir parte relevante dos ativos saudáveis para outro titular (direitos, obrigações e relações jurídicas), preservando-se o restante de bens, obrigações e relações jurídicas no antigo complexo – agora significativamente empobrecido – afeta, sim, de modo significativo, os contratos de trabalho, produzindo a sucessão trabalhista com respeito ao novo titular (arts. 10 e 448 da CLT)".

Portanto, além do objetivo dos referidos artigos da CLT (arts. 10 e 448) da continuidade do contrato de trabalho e manutenção do próprio emprego, visa-se, também, à garantia do trabalhador de receber os seus débitos, pois, considerando que a responsabilidade do devedor é patrimonial (real), a parte transferida ficará como garantia de satisfação dos eventuais direitos não-cumpridos por parte do empregador (antigo e o novo-sucessor). Essa conclusão é, também, apresentada por José Martins

"Adem, ibidem, p. 21.

" Idem, ibidem, p. 31.

" DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed., São Paulo: LTr, 2006, pp. 409-410.

Catharino" que, quando analisa a empresa como sujeito de direito, refere que "a aludida equiparação funda-se no fato de que, em última instância, são os bens do devedor que garantem efetivamente as obrigações por si contratadas, seja o crédito trabalhista ou tributário. No caso da empresa, sua universalidade de bens, pouco importando até a mudança na sua titularidade (CLT, arts. 10 e 448)".

3.2 Fundamentos Contrários e Favoráveis da Sucessão da Responsabilidade"

Como referido no início do presente estudo, a matéria relacionada à sucessão da responsabilidade do devedor para o adquirente é complexa e contraditória. Várias teses são favoráveis e outras contrárias a essa sucessão, invocando diversos fundamentos que, de forma sucinta, serão relacionados.

Sem ter a pretensão de esgotar todas as teses favoráveis à transferência da responsabilidade dos débitos trabalhistas ao adquirente do patrimônio²⁵ do devedor, referimos apenas algumas: a) Diferença entre o previsto no art. 60, parágrafo único e art. 141, II da LRF e suas consequências ao trabalhador, em que se sustenta que as redações são diferentes e conduzem a interpretações distintas; b) Tramitação legislativa, sendo invocadas as conclusões da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, matéria relatada pelo Senador Fernando Bezerra²⁶, que rejeitou a Emenda nº 12; c) Princípios da Proteção do Direito do Trabalho, aplicação da norma mais favorável, sendo o art. 448 da CLT mais favorável ao trabalhador, devendo prevalecer em relação ao previsto na LRF; d) Princípio do não-retrocesso social na perspectiva de que ao Estado não cabe somente garantir a implementação (concretização) dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, mas também assegurar sua estabilidade, em face do princípio da segurança jurídica.

As teses contrárias à sucessão da responsabilidade do adquirente do patrimônio do devedor são as seguintes: a) Previsão do art. 141, li da LRF, no sentido de que um dos pressupostos para a falência é a insolvência, presumida ou confessada, ou seja, insuficiência do patrimônio em relação às dívidas assumidas, sendo que não iriam existir interessados em adquirir um patrimônio cujas dívidas o excedem; b) Maximização do ativo, pois, partindo da inexistência da sucessão dos ônus, haverá a maximização do ativo, ou seja, será alcançado valor superior, favorecendo não somente o devedor, mas também os credores, haja vista a possibilidade de satisfação dos débitos; c) Participação obrigatória do Ministério Público, que pode impugnar modalidade de liquidação do ativo determinada pelo juiz (art. 143 da LRF). A própria LRF, no art. 142, menciona a nulidade da alienação por qualquer de suas modalidades previstas em lei, quando verificada a ausência de intimação pessoal do *Parquet*; d) Hasta pública, pois a alienação do patrimônio do devedor dá-se da seguinte forma: "I – leilão, por lances orais; II – propostas fechadas; III – pregão".

" CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2. ed. Silo Paulo: Ed. Saraiva, 1981, vol. I, p. 108.

" para aprofundar ver SOUZA, Marcelo Papaléo. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no Direito e no Processo do Trabalho*. 3. cd. São Paulo: Ed. LTr, 2009.

" Entendeu-se patrimônio como unidade produtiva - a própria empresa ou estabelecimento.

" Parecer nº 560 de 2004. Referido integralmente na obra de MAUAD, Marcelo José Ladeiru. *Os direitos dos trabalhadores na lei de recuperação e de falência de empresas*. São Paulo: Ed. LTr, 2007, pp. 247-262.

4. REPENSANDO A SUCESSÃO TRABALHISTA

Observadas todas essas considerações a respeito das teses favoráveis e contrárias à sucessão da responsabilidade do devedor ao adquirente do patrimônio da empresa em recuperação judicial ou falida, apresentamos algumas reflexões.

A preocupação maior para o Juiz do Trabalho é a satisfação do crédito do trabalhador de forma célere, ainda que em parte, não importando o fato de a empresa devedora estar em recuperação judicial ou ser falida. A procura da celeridade é obrigação legal prevista na CLT (art. 765) e rege todo o processo trabalhista, tanto na fase de conhecimento quanto na execução. Mencionamos que a satisfação do crédito trabalhista representa a implementação ou concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (art. 7º), que é obrigação do Estado, haja vista diretamente vinculada à dignidade do trabalhador – sua subsistência.

Invocamos os ensinamentos apresentados por Mário De Conto" no sentido de que o Estado Democrático de Direito "visa a proteger tanto o interesse individual quanto o coletivo, atenta-se para a dupla face dos Direitos Fundamentais, considerados como Direitos de Defesa e como Direitos a Prestação" (...) "O Brasil reclama a atuação do Estado, caracterizada por séculos de ineficiência na efetivação dos Direitos Fundamentais, pelos pactos com as elites em detrimento dos interesses da população e pelas promessas não cumpridas. Não seria crível que a Constituição caísse em descrédito justamente pela conduta omissiva dos Poderes Estatais. Nesse sentido, só é possível defender a idéia de uma Constituição Dirigente se o texto constitucional for visto não como um mero discurso, um ideário, ou um protocolo de intenção do Estado, mas como condição de possibilidade para a transformação da realidade e a busca, em efetivo, de uma sociedade mais justa". (...) "a mudança de paradigma proporcionada pelo Estado Democrático de Direito impõe ao Estado, em todas as suas esferas de poder, o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, através do duplo viés do Princípio da Proporcionalidade (garantismo negativo e positivo). Tais premissas vinculam toda a atividade estatal, diminuindo consideravelmente a liberdade de conformação legislativa e dirigindo a atividade do Executivo, que deve pautar-se por políticas públicas que visem transformar o *status quo*. À Jurisdição Constitucional, nessa fase do constitucionalismo moderno, cabe realizar um papel de controle da administração e de realização dos Direitos Fundamentais Sociais. uma vez que os paradoxos resultantes do abismo entre as promessas da modernidade e a realidade social acabem por desaguar no Poder Judiciário".

Acreditamos que, nos casos de recuperação judicial, caso fosse respeitado o disposto na própria Lei nº 11.101/05, art. 54 (prazo de 30 (trinta) dias e 1 (um) ano para pagamento dos débitos trabalhistas), não haveria tanta insurgência e o desenvolvimento de tantas teses favoráveis à sucessão, pois nos parece razoável, no caso específico, o pagamento do crédito trabalhista no período referido na lei. Ademais, o prazo de um ano é razoável também em face da dificuldade do trâmite da execução trabalhista que, via de regra, demora esse período.

" PE CONTO, Mário. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir de pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 78, 81 e 107.

Contudo, outra situação que observamos é que muitas empresas utilizam o processo de recuperação somente para postergar sua falência, pois, na audiência ou nos autos, não informam a respeito dos créditos trabalhistas e nem apresentam plano para pagamento de tais créditos. Portanto, constatamos que a contrariedade do Juiz do Trabalho em relação à recuperação judicial e à falência é em decorrência da falta da celeridade necessária à satisfação do crédito de natureza alimentar e do descompromisso dos devedores com o pagamento dos trabalhadores. Fazemos essa referência, pois, nos casos de recuperação na forma prevista na lei, ou seja, observados os requisitos legais (principalmente o art. 54 – pagamento em um ano do débito trabalhista), pouco tem sido objeto de manifestação e insurgência nos juízos trabalhistas, havendo, nesses casos, sim, a conjunção dos esforços de todos no sentido da continuidade da empresa, ou preservação da atividade, ressaltados no art. 47 da LRF.

O caso emblemático nacional é o que envolve a empresa aérea **VARIG S.A.**, empresa que tinha quase oitenta anos de atividade (fundada em 07.05.1927), uma das mais conhecidas e respeitadas internacionalmente, antes da sua recuperação judicial. A situação da VARIG S.A é diferenciada e fica evidenciada que não foram respeitadas várias regras da Lei nº 11.101/05, principalmente relacionados aos trabalhadores. Nesse caso específico, o pagamento dos créditos dos trabalhadores estava previsto para o prazo de 10 (dez) anos²⁸ e não, um ano, como determinado no art. 54 da LRF. Era fácil de constatar os esforços do juízo da recuperação e dos trabalhadores no sentido da aprovação do plano, mesmo que desvantajoso para esses últimos, haja vista a perspectiva de retomada das atividades da empresa que ajudaram a construir. Contudo, tais esperanças não se concretizaram. Essa situação tem conduzido a vários julgados que, de forma genérica, têm estabelecido a sucessão da responsabilidade no caso de recuperação judicial²⁹.

²⁸ Pela proposta aprovada na Assembléa Geral de 17.06.2006, foi aprovada a emissão de Debêntures para a Classe I, valor de face – R\$ 50 milhões, vencimento 10 anos, juros RS 4,2 milhões, total nominal R\$ 92 milhões, conversível em 5% do capital votante do arrematante.

²⁹ Citamos, pela argumentação, o voto vencido do Desembargador Jair Pontes de Almeida, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no processo A.I 8.184/2007, nos seguintes termos:(...) Com efeito, ao contrário do que afirma o D. Juízo, em sua decisão, o item 47 do Plano de Recuperação Judicial não somente é condição resolutiva deste, como também, da própria adjudicação da unidade produtiva. Observe-se que a alienação se fez três dias depois da elaboração de alterações no Plano de Recuperação, consolidando-o na data de 17 de julho de 2006. No seu capítulo X, sob a epígrafe de 'Condições para Eficácia', ficou estabelecido expressamente que: '47 – Para atribuir eficácia ao presente Plano de Recuperação Judicial, deverá ser celebrado Acordo Coletivo de Trabalho disciplinando os desligamentos dos funcionários das Companhias e tratando do regime de liquidação dos créditos concursais e extraconcursais derivados da legislação do trabalho e de acidentes de trabalho, inclusive as verbas rescisórias, exclusivamente através dos meios de pagamento previstos no presente Plano de Recuperação Judicial. 48. Scrição, ainda, condições precedentes à eficácia do presente Plano de Recuperação Judicial: a. O acordo entre as Companhias e o arrematante quanto à solução para transferência ou desligamento dos funcionários das Companhias no exterior. e b. Aprovação do presente Plano de Recuperação Judicial pelos órgãos societários das Companhias'. No item 49, afinal, restou firmado que: '49 – Poderá ser realizada a alienação judicial anteriormente à verificação das condições previstas neste Capítulo, ficando a efetiva adjudicação do objeto suspensa até a implementação das mesmas'. Assim, têm inteira razão os Agravantes, na afirmação de que '...se o PRJ foi integralmente homologado por sentença, para os fins e efeitos do art. 59 da LRE, não é lícito, nem S partes, tampouco ao juízo *a quo*, modificar unilateralmente o plano de recuperação judicial aprovado pelos credores, ignorando cláusulas e condições expressamente previstas, destacando-se, por oportuno, que esse órgão tem o dever de zelar pelo

Indagamos: a situação da sucessão deve ser estendida a todas as empresas em recuperação, mesmo que tenha sido previsto o pagamento no prazo do art. 54 (um ano)?

Essa preocupação não é só nossa, tendo a jurisprudência já a referido". O que ressaltamos é que não podemos analisar a nova regulamentação com os "olhos no passado", ou voltados para o passado³¹. Por vários anos, a legislação revogada era tachada de ultrapassada e de não atender mais as exigências atuais da sociedade, pois não oferecia mecanismos eficientes para a superação de crises momentâneas de empresas viáveis, e somente apresentava dois caminhos – a falência e a concordata. Quanto à concordata, que era uma espécie de recuperação judicial, sofria críticas porque estabelecia critérios fixos de pagamento e abrangia somente os créditos quirografários. Assim, ou o devedor comerciante amoldava-se à hipótese legal, pagamentos fixos, ou era decretada a sua falência. Na prática, várias obrigações dos processos de concordata não foram cumpridas integralmente e, mesmo assim, não requerida a falência, pois, nessa situação, os credores sabiam que estaria dificultada a recuperação de seu crédito. Em uma análise bem simples, poderíamos concluir que a maioria dos credores preferiria receber seus créditos, ainda que de forma parcelada (mesmo que diferente da forma prevista na lei), mas de uma empresa em atividade, do que de uma empresa falida.

Fazemos sempre a referência de que a recuperação judicial somente se aplica a empresas viáveis, pois empresas que não preencham esse requisito importantíssimo devem falir, pois a sua continuidade no mercado só trará prejuízos aos credores e à sociedade.

Outro questionamento que se apresenta: é razoável concluir que a previsão de pagamento no período superior ao previsto no art. 54 não é eficaz aos trabalhadores, prosseguindo a execução no juízo trabalhista?

Para responder à indagação, apresentamos a análise da possibilidade da desconsideração do prazo previsto no art. 54 da LRF; a novação prevista na Lei;

cumprimento do plano e não distorcer seus mandamentos'. Verifica-se, assim, que a decisão violou, em verdade, as disposições processuais relativas à coisa julgada e sua imutabilidade, dilacerando, em primeiro lugar, o próprio Plano de Recuperação Judicial, fazendo leira morta das disposições antes reproduzidas".

Ressaltamos *pare* do entendimento apresentado no Ac. 1359-2007-020-04-00-1 RO, do TRT da 4 Região, que em voto vencido do Desembargador Flavio Pertinho Sirangelo foi sustentado: "a lei nova, de caráter especial, produz o efeito de abrandar, no campo específico do ordenamento a que ela se propõe regular (falência e recuperação judicial), as cláusulas gerais e abrangentes da sucessão trabalhista da CLT, sem revogá-las, obviamente, até mesmo porque, como regras gerais e universais que são aplicam-se a múltiplas situações do mundo do trabalho, mas passam a sofrer restrição por reger especial posterior – no caso, a nova lei de falência e recuperação judicial", que possui sentido social reconhecido e justificação plena na fracassada experiência de décadas do regime de simples quebra, que vigorava na lei de falência anterior".

Referimos que não podemos ser ingênuos diante da realidade fática que encontramos quando analisamos os processos de recuperação, haja vista que na maioria das vezes resta caracterizada a má-fé do devedor, com o objetivo somente de postergar a sua falência, acarretando maiores prejuízos aos credores. Assim, não devemos ampliar o entendimento de que todas as recuperações são fraudulentas, mas, também, não podemos desconsiderar essa situação na análise do processo. Citamos decisão no TJSP: "Apelação. Recuperação Judicial. Decisão que indefere o processamento (...) quando há elementos robustos de práticas de graves irregularidades, inclusive com instauração de inquérito policial por apuração de infrações penais de grande potencial de lesividade. A recuperação judicial é instituto criado para ensejar a preservação de empresas dirigidas sob os princípios da boa-fé e da moral. Sentença de indeferimento mantida. Apelo desprovido" (Ap. n. 501.317.4/4-00, Rel. Des. Pereira Calças, J. 28.05.2008).

a autonomia da vontade dos credores trabalhistas participantes da Assembléia Geral, e a competência da Justiça do Trabalho.

Segundo o previsto na Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/05 – LRF), a deliberação para aprovação do plano apresentado pelo devedor, caso haja impugnação pelos credores (art. 55), será realizada na assembléia geral de credores (art. 56). Na assembléia geral, que será constituída por três classes: I -- titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III -- titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinado (art. 41), terá de haver a aprovação de todas as classes, na forma do art. 45. Poderá, ainda, o juiz, mesmo não tendo sido aprovado por todas as classes na assembléia, conceder a recuperação judicial na forma do art. 58, § 1º. Com a aprovação do plano, segundo a LRF, ocorrerá a novação dos créditos submetidos (anteriores ao pedido), sendo que, no caso da convocação da recuperação em falência, serão reconstituídos os direitos e as garantias dos credores nas condições originalmente contratadas (art. 61, parágrafo 2º). Essas situações são importantes aos credores trabalhistas e serão analisadas separadamente.

Inicialmente, referimos a autonomia da vontade em relação à disponibilidade do direito do trabalhador e à participação dos credores trabalhistas na assembléia geral.

A análise da matéria a respeito da autonomia da vontade do trabalhador foi realizada por Evaristo de Moraes, Filho³² que, fazendo uma abordagem histórica do período de vigência do Código Civil francês de 1804, expõe as idéias de J. Péritch: "compara-se a vida privada dos particulares a círculos nos quais eles podem livremente mover-se indo do centro à periferia e desta ao centro. Estes círculos tocam-se somente sem se interceptarem, porque de outro modo um particular seria, mais ou menos, impedido em sua liberdade de movimento, isto é, não seria mestre em seu círculo. É o que se chama a *autonomia* em matéria de direitos privados". O art. 1.134 do Código Civil francês dispunha que o contrato era a-lei entre as partes, ninguém se obrigando, senão em consequência de sua própria vontade e autônoma vontade, sem coação de nenhum poder que lhe fosse estranho. Esta autonomia da vontade só sofria duas limitações, a ordem pública e os bons costumes. A estrutura estabelecida no código francês refletia a ideologia do Estado Liberal e serviu de modelo para vários outros, inclusive, o nosso de 1916. A CLT, implementada no período de vigência do Código Civil revogado, inseriu o princípio da autonomia da vontade nos arts. 9 e 444. Evaristo de Moraes Filho menciona que, observado o mínimo fixado pelo Estado, uma vez respeitadas as normas de ordem pública e as demais fontes normativas da legislação trabalhista, nada impede que empregados e empregadores celebrem entre si livres cláusulas contratuais, sem qualquer nulidade. Persiste, ainda no Direito do Trabalho, o princípio da autonomia da vontade, a despeito das inúmeras limitações impostas pelo Estado, de caráter imperativo, categórico e cogente".

MORAES FILHO, Evaristo. *Estudos de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1971, p. 202 e seguintes.

³²Idem, *ibidem*, p. 203.

³³Idem, *ibidem*, pp. 208-209.

Em complemento, referimos a doutrina de Arnaldo Süssekind que ressalta que "o Estado moderno, que deve regular a ordem econômica e social de maneira que sejam respeitados os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho como condição da dignidade da pessoa humana, inclui nos próprios textos constitucionais os preceitos mínimos de proteção ao trabalho, sublinhando, com essa atitude, a preponderância dos preceitos de ordem pública atinentes ao Direito do Trabalho. Nas relações de trabalho, ao lado do conteúdo contratual, que é livremente preenchido pelo ajuste expresso ou tácito entre as partes interessadas, prevalece, assim, o *conteúdo institucional* ditado pelas normas jurídicas de caráter imperativo (leis, convenções coletivas, sentenças normativas etc.)"³⁵. O referido autor argumenta, ainda, que "as regras imperativas do Direito do Trabalho, sejam as de caráter impositivo ou proibitivo, têm aplicação automática às relações de trabalho que se iniciam ou estejam em curso, independentemente da vontade das partes e ainda contra essa vontade, desde que não violem condições contratuais mais favoráveis ao trabalhador"³⁶,

Ressaltamos o referido por Mauricio Godinho Delgado no sentido de "que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa realiza, no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho"³⁷.

Portanto, de nada adiantaria o Estado estabelecer normas de proteção ao empregado, parte mais fraca do ajuste, caso fosse aceita a disponibilidade das mesmas, em face da suposta autonomia da vontade dos contratantes, através da renúncia ou transação.

Há diferença entre renúncia e transação, sendo que, na transação, há bilateralidade e, ao menos subjetivamente, *a res dubia*, com concessões recíprocas, tendo o propósito de pôr termo à controvérsia ou relação jurídica. Já a renúncia é ato unilateral, sofrendo severas limitações quando se trata da matéria trabalhista, haja vista as normas serem cogentes ou imperativas. Importa, também, ao Direito do Trabalho, o momento em que é realizada a renúncia, pois, caso ocorra antes e no curso do contrato de trabalho, não há que se discutir, sendo considerada nula (art. 9º da CLT) mas, após o término do contrato de trabalho, por vezes (poucas), é admitida, conforme entendimento dominante no TST – Súmula nº 276 (v.g.).

Em relação à transação, como bem refere Evaristo de Moraes Filho, tem como característica básica o acordo, bilateral, judicial ou extrajudicial, versando sobre coisas incertas e futuras, havendo concessões recíprocas. O que devemos ressaltar é que não há certeza sobre o que se disputa – *res dubia*. No Direito do Trabalho, a transação extrajudicial sempre é analisada com desconfiança e precaução, haja vista a possibilidade da fraude aos direitos dos trabalhadores (na LRF, o legislador afastou a

³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo, **MARANHÃO, Dlíio, VIANA. Segadas TEIXEIRA** FILHO, João Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2000, vol. I, p. 205.

³⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 206.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002, p. 212.

possibilidade da recuperação extrajudicial para os créditos trabalhistas – art. 161, §1º). Com relação à transação judicial (conciliação), que é um pouco diferente da realizada entre as partes, pois há presença de um terceiro que representa o Estado (Juiz), é tida como válida e incentivada pelas regras contidas na CLT (arts. 831 e 764).

Na situação específica da recuperação judicial, na proposta submetida aos credores, poderá o devedor propor situações novas em relação aos trabalhadores, como renúncia e transação de direitos. Como referido anteriormente, acreditamos ser possível a transação entre as partes, mas não a renúncia. As verbas que não se configurem duvidosas – *res dubia* – (v.g. salários atrasados, férias, 13º salário, verbas rescisórias, etc.) não poderão sofrer renúncia por parte do trabalhador, sob pena de contrariar as normas de proteção mínima a ele. No entanto, em se tratando de parcelas trabalhistas em que haja discussão a respeito (v.g. horas-extras, adicionais, etc.), poderão ser transacionadas. Nessa situação, além da possibilidade da participação do sindicato, no sentido de assessorar os trabalhadores a respeito do processo de recuperação³¹, entendemos importante o acompanhamento do Ministério Público do Trabalho, que fiscalizará a aplicação da lei. Com relação à participação do sindicato na assembléia geral dos credores, conforme previsão do art. 37, parágrafo 5º da LRF, fazemos a ressalva de que esse não pode renunciar os direitos dos trabalhadores, salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal (art. 7º, VI e XIII - redução salarial, compensação de horário e redução de jornada). Nas demais situações, não poderá o sindicato renunciar ou transacionar os direitos dos trabalhadores, apenas assisti-los. O Direito material pertence aos trabalhadores, não cabendo a um terceiro (no caso o sindicato) aceitar acordo que os diminua ou os restrinja (salvo nas hipóteses expressamente mencionadas na CF).

Quanto à novação prevista na LRF, ressalta Fabio Ulhoa Coelho que "as novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso. Caso verifique a convolação da recuperação judicial em falência, os credores retomam, com todos os seus direitos ao *status quo ante*"³⁹. Prossegue o autor que "a efetiva recuperação da empresa é condição resolutiva tácita de toda novação, alteração ou renegociação viabilizada pela aprovação do plano de recuperação"⁴⁰. Referimos, ainda, os fundamentos apresentados pelo Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, em decisão no Tribunal de Justiça de São Paulo: "... entendo que a novação prevista na Lei nº 11.101/2005 fica subordinada à condição resolutiva, mercê do que, descumprida qualquer obrigação prevista no plano (inadimplido o plano), a novação se resolve, com a conseqüente resolução da extinção da obrigação primitiva, surgindo obrigação nova, exatamente igual à anteriormente extinta, mas nova"⁴¹,

³¹ Entendemos que deverá o administrador judicial e o juiz competente instigar o sindicato e o Ministério Público do Trabalho a uma participação efetiva, com a realização de assembléia com os trabalhistas para avaliação e análise do plano, para que se possam esclarecer as matérias aos credores trabalhistas.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 169.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 174.

⁴¹ A.I. 580.551.4(0.0)

Com relação à novação da dívida trabalhista, nos exatos termos da Lei nº 11.101/05, o que ocorrerá é a dilação do prazo para pagamento, ou seja, a quitação das verbas trabalhistas deverá ocorrer no prazo de 30 (trinta) dias – art. 54, parágrafo único – e 01 (um) ano – art. 54 –, contados do deferimento do processamento da recuperação. Não se vislumbra válida a novação relacionada a qualquer outra estipulação, específica aos trabalhadores, que não seja a disposta na lei, salvo as hipóteses de transação de parecias duvidosas, conforme referido anteriormente. Portanto, a invocação da legalidade da transferência do patrimônio do devedor, sem a sucessão trabalhista, com fundamento na novação (art. 59 da LRF), somente será aceita se observado o disposto no art. 54, em relação aos trabalhadores. Não podem os trabalhadores submeter-se aos "ônus" (v.g. ter suspensas suas execuções; habilitar-se no juízo próprio; etc.) sem ter o "bônus", ou seja, situação diferenciada para o seu crédito (art. 54 da LRF -- pagamento no prazo máximo de um ano).

No que se refere à validade da estipulação do pagamento dos débitos trabalhistas em prazo superior ao determinado na LRF, bem como suas conseqüências, há que se apresentar um estudo mais aprofundado.

Bem refere Marcos Bernardes de Mello¹⁰ quando ensina que: "a) a existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais; b) o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos". Continua o autor, analisando o plano da existência¹¹: "Ao sofrer a incidência de *nonna* jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. (...) No plano da existência não se cogita a invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência". Quanto ao plano da validade, ressalta que "somente têm passagem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, por serem os únicos sujeitos à apreciação da validade" e, 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"¹²,

O plano da existência é o plano do ser, somente referindo a existência do fato jurídico. Já no plano da validade, o fato jurídico pode ser considerado válido, nulo ou anulável. Relata Bernardes de Mello que "a natureza imputacional das normas jurídicas põe o direito no plano do dever-ser, num *plano de validez*, no plano do ser, *da causalidade natural*, como vimos. Por isso, diferentemente do que acontece com as leis da causalidade natural, em que os fenômenos nelas *descritos* não podem se

- O art. 54 da LRF estabelece: "O plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial." Parágrafo único: "O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial".

¹⁰MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99.

¹¹*Ibidem*, *ibidem*, p. 99.

¹²*Ibidem*, *ibidem*, p. 104.

realizar de modo diferente do previsto, sob pena de serem consideradas *falsas*, as leis (normas) jurídicas podem sofrer violações sem que isso afete a sua *validade* (no sentido da vigência). Como consequência dessa possibilidade, o Direito necessita preservar a integridade de suas normas, o que faz repelindo, por meio de sanções, as condutas que as infringem, as contrariam. Essas sanções variam em intensidade na ordem direta da gravidade da violação.(...) Essa atribuição de validade, no entanto, implica a necessidade de que os requisitos prescritos para o modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam. Se as normas sobre conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o ato jurídico são desatendidos, o Direito o repele, negando-lhe a validade jurídica, do que decorre tomá-lo inútil para as finalidades práticas pretendidas pelos que o realizam. (...) A invalidade, seja nulidade ou anulabilidade, tem, portanto, caráter de sanção com a qual se punem condutas que violam certas normas jurídicas, porque lhe é próprio o mesmo fundamento lógico comum às demais sanções: repelir as infrações às normas, assegurando a integridade da vigência do sistema jurídico"⁷⁷,

A condição primeira da validade do negócio jurídico é não ser contrário à norma cogente, impositiva ou proibitiva (art. 166 do Código Civil). No referido artigo, há menção da nulidade do negócio jurídico quando: I) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV) não revestir a forma prescrita em lei; V) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem qualquer cominação. Portanto, a validade do negócio jurídico⁴⁷ requer a observância do art. 104 (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado e determinável; forma prescrita ou não defesa em lei); do art. 122, primeira parte (moralidade do objeto); do art. 166, VI (compatibilidade com a norma jurídica cogente), bem como inexistência dos vícios referidos no art. 171, todos do Código Civil.

Analisado o disposto no art. 54 da LRF ("O plano de recuperação não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação" – grifo nosso), observamos que a determinação legal é explícita, não necessitando de qualquer outra interpretação que não o atendimento da mesma. Facilmente, pois, podemos concluir que a inobservância da regra referida é inválida, haja vista ser norma cogente. Assim, o desrespeito à norma cogente implicará a invalidade, desde que ela própria não preveja outra espécie de sanção (art. 166 do Código Civil).

Uma referência apresentada por Marcos Bernardes de Mello é que "os atos que importam infrações das normas a que o Direito imputa sanção da invalidade não têm a mesma natureza nem' o mesmo significado. Há deles (a) que afetam a própria

⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 6-7

⁴⁷ Marcos Bernardes de Mello (op. cit. p. 20) ressalta que os pressupostos de validade podem ser classificados em três categorias: a) sujeito; b) objeto; c) forma da exteriorização da vontade.

ordem pública, porque implicam violação de normas jurídicas cogentes (ato com objeto ilícito ou impossível, por exemplo); outros (b) que prejudicam diretamente pessoas em seus interesses particulares, privados, mas que, pelas suas conseqüências ilícitas, não podem ser admitidos no mundo jurídico como se fossem perfeitos. (...) No Direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *inutilidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras conseqüências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produziu sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo"³,

Referimos a opinião de Sergio Campinho"⁴, no sentido de: "É condição de validade do plano, estando a questão afeta ao controle judicial de sua legalidade, o respeito ao limite temporal, estabelecido no artigo 54, para que se paguem os créditos de natureza trabalhista. Dispõe o mencionado preceito que não poderá ser contemplado 'prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho até a data do pedido de recuperação judicial'. Não é permitido, ainda, prever prazo superior a trinta dias para a quitação, até o limite de cinco salários-mínimos por empregado, dos créditos com natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial". José da Silva Pacheco"⁵ menciona que: "Em nenhuma hipótese, poderá o plano de recuperação judicial prever: a) prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos trabalhistas ou derivados de acidente de trabalho, vencidos até a data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial; b) prazo superior a trinta dias para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, dentro do limite de cinco salários-mínimos a cada um desses trabalhadores. O legislador preferiu usar a forma negativa para enunciar a regra. Dela resulta, afirmativamente, que os empregados da empresa devedora, que tenham créditos vencidos até a data do pedido de recuperação, devem ser pagos no prazo máximo de um ano. Relativamente ao crédito trabalhista de natureza salarial, vencido no trimestre anterior ao pedido de recuperação, o pagamento deve ser feito dentro do prazo de trinta dias, observados o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador". Já Luiz Início Vigil Neto"⁶ argumenta que "em relação às condições de validade, prevista no art. 54, 'caput' e parágrafo único. a transgressão do enunciado traz maiores conseqüências no plano jurídico. O enunciado dos dispositivos do artigo 54 tem outra configuração. Parte da afirmação de que o devedor *não poderá* propor a cláusula, e se a propuser, o juiz não poderá aceitá-la,

³ *Idem*, *ibidem*, pp. 60-61.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 161.

⁴ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. cd. São Paulo: Ed. Forense, 2007. p. 156.

⁵ VIGIL NETO, Luiz. Inácio. *Teoria filimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 168.

pois fere norma cogente, de interesse público, mesmo que os interessados estiverem dispostos a com ela concordar".

Portanto, o desrespeito ao prazo previsto no art. 54 da LRF representa invalidade da respectiva estipulação, pois contraria norma cogente (art. 166, podendo ser combinado com os arts. 122 e 187, todos do Código Civil), ou seja, pratica ato contrário ao texto específico da norma (nulidade textual, expressa ou cominada). Tal situação não acarreta a nulidade de todo o plano da recuperação judicial, mas somente dessa estipulação (art. 184 do Código Civil). A nulidade de que estamos tratando pode ser alegada de ofício pelo juiz, pois trata-se de nulidade de *pleno iure*, ou seja, envolve o descumprimento de regra de interesse público (direitos fundamentais dos trabalhadores).

Em face de tal conclusão, invalidade do estipulado para pagamento do crédito trabalhista, que consequências há para os envolvidos?

No juízo da recuperação, verificado pelo Juiz, pelo Ministério Público (art. 52, V da LRF), ou pelos credores, compete a esses a invocação da nulidade, podendo ser na Assembleia Geral de Credores (alteração do plano – art. 56, parágrafo 3º da LRF) para a observância da regra não respeitada pelo devedor. Contudo, já tendo sido aprovado o plano, caberá aos credores trabalhistas invocar a nulidade da cláusula (no juízo da recuperação – art. 59, parágrafo 2º da LRF). Poderá, ainda, ser analisada a eficácia de tal previsão no juízo trabalhista, mas, para tanto, teremos de envolver a questão da competência.

Há uma grande discussão referente à competência do juízo para verificação das consequências da recuperação judicial em face dos trabalhadores.

Como já referido, a jurisdição consiste no poder de atuar o Direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e, dessa forma, resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei. Sendo ato de soberania, a jurisdição é una e indivisível, ou seja, o exercício da jurisdição entre os órgãos do Poder Judiciário sempre é o mesmo, sob o enfoque dos objetivos da mesma. No entanto, por motivos de ordem prática, encarregaram-se determinados órgãos estatais do seu exercício de acordo com a competência definida na Constituição Federal. A competência especial é exercida por órgãos que visam à solução de conflitos de determinada natureza (ramos específicos do Direito material), tais como trabalhistas, militar e eleitoral (arts. 111 e seguintes, 118 e seguintes e 122 e seguintes da Constituição). Os demais conflitos são solucionados, por exclusão, pela denominada jurisdição comum ou ordinária. Ressalta-se, ainda, que o critério adotado é o da natureza da *lide* a ser apreciada.

A competência significa a quantidade de exercício de jurisdição atribuída a cada órgão ou grupo de órgãos, conforme a lição de Liebman⁵³. A norma legal determina

" Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102) ressalta: „Somente as normas jurídicas proibitivas ou imperativas de resultado, ou seja, aquelas normas jurídicas que têm por específico escopo impedir que certo objeto seja alcançado ou impor um determinado fim, é que podem ser fraudadas. Desde que o resultado (= fim), positivo ou negativo, visado pela lei, seja identificável, é possível falar-se em norma jurídica fraudável".

A *ma* CINTRA. GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria...* (p. 229).

os limites dos órgãos jurisdicionais, excluindo os demais da apreciação da *lide*. A competência está distribuída *ex ratione materiae*, *ex ratione personae* e *ex ratione loci*.

A competência da Justiça do Trabalho está disciplinada na Constituição Federal, artigo II4, c estabelece a apreciação dos conflitos decorrentes da relação de trabalho. Com a alteração do art. 114 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8.12.2004, ficou mais ressaltado que nem todo o conflito da competência da Justiça do Trabalho decorre necessariamente do contrato de emprego, tendo competência para os litígios resultantes do contrato de emprego, ou seja, entre empregados e empregadores, da relação de trabalho, das greves; dos conflitos intersindicais, dos relativos às penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização e dos referentes às contribuições previdenciárias, em face das sentenças que proferir.

A análise da matéria relacionada aos trabalhadores, envolvendo o disposto no arts. 10 e 448 da CLT, tratando da sucessão da responsabilidade do devedor (em recuperação ou falido) é da Justiça do Trabalho. A competência é relacionada à matéria envolvida (prevista no art. 114 da Constituição Federal), ou seja, litígio do trabalhador com o seu empregador (atual ou antigo) e os adquirentes do patrimônio desse, mesmo que a transferência ocorrida tenha sido em decorrência da recuperação judicial ou falência. Fazemos, contudo, uma ressalva, pois entendemos que não cabe ao Juiz do Trabalho inviabilizar todas as recuperações judiciais existentes. Deverá ser observado o parâmetro legal, ou seja, art. 54 da LRF e, no caso da observância desse, aguardar o cumprimento do ajustado no plano aprovado. No entanto, observado o desrespeito à norma legal (cogente – art. 54 da LRF), cabe ao Juiz do Trabalho analisar as consequências da alienação do patrimônio do devedor em face da contrariedade das regras dos arts. 10 e 448 da CLT com os arts. 60 e 141 da LRF. Essa situação é assemelhada à enfrentada no caso da não-aprovação do plano no prazo de 180 dias, na forma do art. 6º, § 5º da LRF, em que a consequência está prevista na própria lei -- a continuidade da execução trabalhista. Melhor explicando, o que se analisa é que, mesmo com a aprovação do plano, há cláusula nula em razão da estipulação do prazo superior ao permitido na lei (art. 54 da LRF). Sendo a cláusula nula, não gera efeitos aos trabalhadores, prosseguindo as execuções no juízo laboral.

Socorremo-nos, novamente, aos ensinamentos de Marcos Bernardes de Mello⁵⁴, quando refere que nem sempre o ato jurídico nulo não produz efeitos, que "Afora essas excepcionais situações, o ato jurídico nulo é sempre ineficaz. A 'eficácia' que ele apresenta é apenas aparente. Passa-se no mundo dos fatos, não no mundo do Direito. (...) Ato jurídico nulo não produz eficácia jurídica, salvo em casos especiais (...). Como direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções são consequências de fato jurídico perfeito, em havendo nulidade não se produz tais efeitos. Por isso, o cumprimento pelos figurantes de obrigações, sabendo nulo o ato, se dá no mundo fático e não no mundo jurídico, porque nesse nenhum efeito existe. A confirmação de obrigações nessas espécies é confirmação de dado inexistente".

" MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 231 e 232.

Portanto, mesmo com a aprovação do plano, diante de uma cláusula nula, pois existe violação expressa de previsão legal, não se configura conflito de competência entre os juízos da recuperação e o trabalhista, pois tal cláusula não tem eficácia (jurídica) em relação aos trabalhadores. Assim, existindo cláusula nula, essa não deve ser observada, sendo que o efeito é como se não houvesse previsão em relação ao pagamento aos trabalhadores, prosseguindo a execução normalmente (art. 6º, § 5º da LRF). A cláusula nula não produz efeitos da novação da obrigação.

Ressaltamos, novamente, que, na hipótese da inobservância do disposto no art. 54 da LRF, com relação aos prazos para pagamento dos créditos trabalhistas, não há qualquer conflito de atribuição com o juízo da recuperação em relação aos juízos do trabalho, pois a cláusula do plano é tida como ineficaz (efeito decorrente da nulidade da cláusula que desrespeita a previsão legal – art. 54 – "O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho (...)").

5. CONCLUSÃO

Diante dos argumentos apresentados no presente estudo, verificamos que as dúvidas não são de fácil solução, remetendo ao intérprete a necessária integração de disposições contidas em regramentos distintos para melhor alcançar os objetivos pretendidos na Constituição Federal com a implementação dos Direitos Fundamentais.

Dessa forma, concluindo, adotamos as seguintes posições: 1) a observância das regras contidas na Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/05), em relação ao trabalhador, deve ser integral; 2) os valores devidos aos trabalhadores devem ser quitados na forma do art. 54 da LRF, ou seja, no prazo de 30 (trinta) dias e 1 (um) ano; 3) o Juiz do Trabalho deverá observar o cumprimento do art. 54 da LRF; 4) caso o devedor não informe ao juízo trabalhista a relação dos créditos trabalhistas no plano, prossegue a execução, ultrapassado o prazo de 6 (seis) meses, na forma do art. 6º, § 5º da LRF; 5) no caso do desrespeito à regra do art. 54 da LRF de cláusula contida no plano aprovado, essa é tida como nula, não produzindo efeito, ou seja, há os mesmos efeitos da não-previsão de cláusula relativa aos trabalhadores, prosseguindo a execução no juízo trabalhista (art. 6º, § 5º da LRF); 6) existindo cláusula nula, é da competência da Justiça do Trabalho a apreciação, em razão da matéria envolvida – a responsabilidade do adquirente do patrimônio do devedor (art. 448 da CLT); 7) não há sucessão da responsabilidade no caso da falência, haja vista já caracterizada a insuficiência do patrimônio do devedor.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais -- Direito de Empresa*. 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.
- BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 3 cd. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2. cd. São Paulo: Ed. Saraiva, 1981, vol. 1.

- CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 16. ed. Malheiros, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito e Empresa*. 20. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- _____. *Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DE CONTO, Mário. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir de pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2006.
- GRILLO, Humberto. *Alteração do contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 130.
- MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os direitos dos trabalhadores na lei de recuperação e de falência de empresas*. São Paulo: Ed. LTr, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. cd. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Estudos de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1971.
- _____. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1960, 1. ed., vol. II.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. cd. São Paulo: Ed. Forense, 2007.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas e TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2000, vol. I.
- VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, vol. 1.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- SOUZA, Marcelo Papaléo. *A lei de recuperação e falência e as suas consequências no Direito e no Processo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2009.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EFETIVIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Ricardo Fioreze

Juiz do Trabalho – RS

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Direitos fundamentais
3. Atividade jurisdicional sob a perspectiva dos direitos fundamentais
4. Direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional
5. Direito fundamental à razoável duração do processo
6. Conclusões
7. Referências

1. INTRODUÇÃO

A capacidade de solucionar conflitos não só mediante a oferta de resultados úteis como também em tempo hábil define o desejo da sociedade moderna em relação ao Poder Judiciário.

O desejo de efetividade e tempestividade da atividade jurisdicional, além de decorrência natural de uma sociedade cada vez mais exigente e consciente dos direitos que lhe são reconhecidos, é de tal envergadura que, em âmbito interno, acabou elevado a patamar constitucional. Em plano geral, a efetividade e a tempestividade da atividade jurisdicional são impostas pela necessidade de obediência ao princípio da eficiência (Constituição da República, art. 37, *caput*) e, em plano especial, aos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (Constituição da República, art. 5º, inc. XXXV) e da razoável duração do processo (Constituição da República, art. 5º, inc. LXXVIII).

A Constituição da República, ao estabelecer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV) e "a todos, no âmbito judicial [...], são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, inc. LXXVIII), adota o sistema judicial como idôneo à proteção de todos os direitos e arrola o acesso a esse sistema e, bem assim, os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz entre os direitos fundamentais.

E, ao assim fazê-lo, a Constituição pátria confirma a indissociável vinculação existente entre a proteção dos direitos, a atividade jurisdicional e o processo, e, paralelamente, comanda que o exercício da atividade jurisdicional e a utilização do processo se orientem segundo as diretrizes traçadas pelos direitos fundamentais, segundo as perspectivas reveladas pelos direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais correspondem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. São, na conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal). bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material. tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).'

A considerar o seu conteúdo, os direitos fundamentais expressam os valores tidos como principais da cultura de uma determinada nação e buscam significar a própria dignidade da pessoa humana. Correspondem ao conjunto de direitos capazes de assegurar condições mínimas de existência humana digna, que não podem ser objeto de intervenção do Estado e, paralelamente, demandam prestações positivas em face do Estado.'

Ao mesmo tempo em que se enquadram como direitos subjetivos, os direitos fundamentais expressam os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática de determinado Estado. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais cumprem o papel de legitimação do poder estatal.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.⁴

Em uma síntese conceitual, os direitos fundamentais são normas jurídicas legitimadoras da ordem constitucional e de sublevação de direitos subjetivos, cujo escopo maior é a preservação da dignidade humana.'

'SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39, p. 246, jan.-jun. 2001.

' TORRES. Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29, 1989.

• MENDES. Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n° 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/leccivil/03/revista/Rev_I4/direitos_fund.htm>. Acesso em: 10 nov. 2008.

'LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 46.

Da perspectiva objetivo-valorativa resultam, como desdobramentos, a eficácia dirigente que os direitos fundamentais desencadeiam em relação aos órgãos estatais, por conterem uma ordem dirigida ao Estado para que atue permanentemente visando à sua concretização," e a função outorgada aos direitos fundamentais, de estabelecer parâmetros para a criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento, e, como consequência, para a aplicação e a interpretação de normas procedimentais e para a formatação do direito organizacional e procedimental que auxiliem na efetivação da proteção aos próprios direitos fundamentais, de modo a evitar riscos de uma redução de significado do seu conteúdo material.'

Ainda, à noção de direitos fundamentais é intrínseca a característica da fundamentalidade, revelada pela especial dignidade e proteção de que eles são merecedores, num sentido formal e num sentido material.

Os direitos fundamentais formais são as posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Formal, por estarem nela inscritos.' A fundamentalidade formal, portanto, resulta da mera circunstância de determinados direitos serem eleitos pelo Poder Constituinte como direitos fundamentais e, nessa condição, inscritos na Constituição. No ordenamento pátrio, a Constituição vigente enuncia, em seu Título II, um extenso catálogo de disposições definidoras de direitos e garantias fundamentais, sistematizado em cinco capítulos: I– Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II -- Dos Direitos Sociais; III – Da Nacionalidade; IV– Dos Direitos Políticos; e V– Dos Partidos Políticos. Os direitos fundamentais encontrados nesse catálogo, por estarem assim expressos, identificam-se como direitos fundamentais formais. ' 1

A fundamentalidade material, por sua vez, emerge da circunstância de os direitos fundamentais serem elemento constitutivo da Constituição material, por conterem decisões fundamentais sobre a estrutura básica de organização do Estado e da sociedade. O contorno material dos direitos fundamentais resulta da essência do seu conteúdo substancial normativo e, para identificar a sua materialidade, é indispensável investigar qual o conteúdo normativo necessário para caracterizar um direito como fundamental, " de modo que não necessariamente do sentido formal atribuído aos direitos fundamentais resulta um sentido material.¹¹

Em tema de classificação, é da tradição do direito constitucional pátrio a distinção entre os direitos e as garantias constitucionais: as garantias exibem um papel instrumental em relação aos direitos, pois servem como meios de efetivação dos direitos por elas protegidos e, paralelamente, legitimam as ações estatais voltadas à defesa dos direitos fundamentais. Tal distinção foi assumida pelo texto constitucional pátrio, já que o seu Título II faz referência a "Direitos e Garantias Fundamentais", a confirmar não

*SARLET. *O. cit.* p. 161.

' SARLET. *Op. cit.* p. 164-165.

' SARLET. *O. cit.* p. 86.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 9, t. IV.

"" ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 77.

" Em sentido contrário, Jorge Miranda sustenta que todos os direitos fundamentais em sentido formal também se constituem em direitos fundamentais em sentido material (op. cit., p. 9, t. IV).

só a existência das duas categorias como um mesmo grau de importância jurídica conferida a ambas.

A despeito da distinção existente entre as duas categorias, reconhece-se às garantias fundamentais a condição de típicos direitos subjetivos, porque são vinculadas umbilicalmente aos direitos fundamentais e porque asseguram aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais. Daí a adoção da expressão direitos-garantia, pois, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal voltada à proteção de outros direitos, podem, simultaneamente, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas.¹²

Ainda em âmbito classificatório, formulações pautadas por critério funcional, amparadas nas diversas funções que os direitos fundamentais desempenham na ordem jurídica, tendo em conta a dupla perspectiva que lhes é própria – subjetiva e objetiva –, identificam dois grandes grupos de direitos fundamentais: direitos de defesa e direitos a prestações (ou prestações).¹³

No primeiro grupo se encontram os direitos contra ingerências do Estado nas esferas de liberdade pessoal e propriedade do indivíduo. Visam a limitar o poder estatal, a assegurar uma esfera de liberdade ao indivíduo e a outorgar ao indivíduo um direito subjetivo que permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou mesmo a eliminar agressões em sua esfera de autonomia pessoal."

Os direitos fundamentais a prestações guardam proximidade com os direitos de segunda dimensão e, assim, importam na adoção de postura ativa por parte do Estado, direcionada a disponibilizar aos indivíduos prestações que viabilizem o efetivo exercício dos direitos, e se dividem em dois subgrupos: direitos a prestações em sentido amplo, os quais englobam os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento; e direitos a prestações em sentido estrito, que consistem em direitos a prestações materiais (fáticas) sociais."

O direito de proteção, que decorre da perspectiva objetiva própria aos direitos fundamentais, sinaliza a noção de que ao Estado incumbe, também, garantir os direitos fundamentais contra agressões promovidas por terceiros. Nele se incluem deveres, por parte do Estado, de proibição, que consiste no dever de proibir determinadas condutas; segurança, que consiste no dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros, mediante medidas diversas; e evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante medidas de proteção ou prevenção."

Já os direitos à organização e ao procedimento buscam designar os direitos fundamentais que dependem, para a sua realização, de providências estatais tendentes à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), e

" SARLET. *O. cit.* p. 198-199.

"SARLET. *O. cit.* p. 185-186.

" SARLET. *O. cit.* p. 185-186.

"SARLET. *On. Zt.*, p. 184-185.

" MENDES. *O. cit.*

providências outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias. Embora seja difícil a identificação do seu objeto, estes direitos podem ser considerados direitos à emissão de determinadas normas procedimentais e, também, direitos à determinada interpretação e aplicação de normas sobre procedimento," e incluem, entre outras, as garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa).¹⁸

A propósito da eficácia das normas que dispõem sobre direitos fundamentais, a Constituição da República estabelece que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, § 1º), com o que lhes "confere dignidade e proteção especiais".¹⁹ A abrangência dessa norma, embora possa oferecer dúvida quando se cogita da totalidade dos direitos fundamentais," é indiscutível quando se trata dos direitos individuais e coletivos arrolados no mesmo art. 5º da Constituição da República.

Vinculada ao mesmo tema, a definição do sentido e alcance da norma contida no § 1º do art. 5º da Constituição da República atrai a necessária consideração das diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais. A partir dos dois grandes grupos em que os direitos fundamentais podem ser classificados segundo as funções que exercem, não há qualquer dificuldade em admitir eficácia imediata aos direitos de defesa, cujo exercício pressupõe a não-intervenção do Estado. O mesmo tratamento, contudo, revela-se espinhoso quando envolve direitos a prestações, cujo exercício pressupõe ativa participação do Estado tendente a concretizá-los, mas, a despeito dessa dificuldade, é fora de dúvida que a norma impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais e **exibe** caráter dirigente e vinculante, porque, além de assegurar a força vinculante desses direitos, objetivando tomá-los diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, investe esses Poderes na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos, e, segundo alguns, com prevalência para o Poder Judiciário, a quem incumbe não apenas o poder-dever de assegurar a sua plena eficácia como também remover lacunas oriundas da falta de concretização, utilizando-se, para tanto, do norte indicado pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.²¹

" SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo – algumas notas sobre II assim designada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 230.

" MENDES. *Op. cit.*

" MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71-72.

* Em relação a algumas normas delinidoras de direitos sociais, os quais se enquadram entre os direitos fundamentais, a própria Constituição prevê que a sua aplicabilidade depende de legislação ulterior, bastando citar, a título exemplificativo, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado, cuja eficácia depende de lei complementar (an. 7, inc. I). Entretanto, há quem defenda, como Eros Roberto Grau, que mesmo as normas programáticas conduzem ao surgimento de direitos subjetivos individuais, independentemente de intervenção legislativa, em razão de sua imediata aplicabilidade (A *ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. cd. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 322-325).

" SARLET. *O. cit.* p. 268.

[...] já não se discute mais na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio – mesmo daquelas consideradas meramente programáticas – como diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora.²²

No mínimo, se trata de norma de cunho principiológico, espécie de mandado de otimização ou maximização, que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais²³ e projeta presunção favorável à aplicabilidade imediata das suas normas definidoras, de modo que possível negativa de sua aplicação, por força da ausência de ato concretizador, submete-se à necessária fundamentação e justificação.²⁴ Comparativamente a outras normas jurídicas, as que instituem direitos fundamentais são merecedoras de maior aplicabilidade e idôneas a produzir mais efeitos.

Entre as cargas eficaciais próprias a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo que dependentes de atuação do legislador, a doutrina majoritária destaca que nos direitos fundamentais prestacionais se incluem princípios, diretrizes e fins que condicionam a atuação dos órgãos estatais e, de modo mais específico, a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização das normas que os contemplam e das demais normas jurídicas."

3. ATIVIDADE JURISDICIONAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre os sistemas adotados com a finalidade de conferir proteção aos direitos fundamentais, o mais clássico corresponde ao judicial, o qual, em síntese, consiste em um conjunto de órgãos perante os quais aqueles cujo direito fundamental tenha sido violado ou esteja ameaçado de violação podem postular a adoção de providências visando à correspondente reparação ou prevenção.²⁶

A tais órgãos é atribuído o exercício da atividade jurisdicional, cuja possibilidade de provocação igualmente se insere entre os direitos e garantias fundamentais e é viabilizada por uma série de instrumentos (processuais), aos quais igualmente se reconhece a condição de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a Constituição da República, ao arrolar, entre os direitos e garantias fundamentais, os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inc. XXXV) e, ao mesmo tempo,

" OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 I Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado. 2006, v. 1, t. 2, p. 254.

" SARLET. *Op. cit.*, p. 270.

SARLET. *O. cit.*, p. 271.

" SARLET. *Op. cit.*, p. 296-298.

" Em realidade, o acesso ao sistema judicial, como sistema de assegurar proteção a direitos, normalmente não distingue entre direitos fundamentais e direitos de outra natureza.

assegura, por exemplo: que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (inc. LIV); "aos litigantes, em processo judicial [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (inc. LV); que "são que inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (inc. LVI); a utilização de *habeas-corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (inc. LXVIII), de mandado de segurança "para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (inc. LXIX) e de mandado de injunção "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (inc. LXXI); e "a todos, no âmbito judicial [...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (inc. LXXVIII).

A Constituição pátria não só adota o sistema judicial como hábil à proteção dos direitos fundamentais – além, obviamente, de todos os demais direitos –, como inclui o próprio acesso ao sistema e os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz no catálogo dos direitos fundamentais, e, ao assim dispor, confirma a vinculação existente entre a proteção dos direitos fundamentais, a atividade jurisdicional e o processo, instrumento do qual se vale o Estado para empreender essa atividade.

Por força do sistema de proteção adotado e – em significativa medida – disciplinado pela Constituição pátria, os direitos fundamentais incidem verticalmente sobre os órgãos jurisdicionais de duas maneiras distintas: por uma, a proteção aos direitos fundamentais passa a compreender o próprio objeto da sua atividade; e, por outra, os direitos fundamentais consistentes em instrumentos capazes de viabilizar a proteção judicial dos demais direitos (direitos fundamentais processuais) passam a conformar o próprio modo de exercício da sua atividade.

Para além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais processuais incidem sobre o juiz, vinculando o seu modo de atuação, a maneira como deve proceder para viabilizar a efetiva proteção dos direitos.²⁷ Não são direitos que exigem do juiz atuação voltada a protegê-los, e sim exercício da função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos.²⁸ E, porque também se incluem entre os direitos fundamentais, são merecedores de interpretação idêntica à conferida aos demais direitos fundamentais, especialmente aquela voltada a outorgar-lhes a máxima eficácia.

Sendo certo, ademais, que ao juiz se atribui um dever de proteção dos direitos fundamentais, a consideração da sua dimensão organizatória e procedimental pressupõe também promover uma adequada interpretação e formatação do processo, dos procedimentos e das técnicas processuais de tutela dos direitos,²⁹ objetivando,

" MARINONI. *Op. cit.*, p. 210.

" MARINONI. *O. cit.*, p. 210-211.

" SARLET. *Op. cit.*, p. 233.

sempre, ganhos em termos de eficiência e eficácia da atividade empreendida. Para que possam desempenhar a sua função na realidade social, os direitos fundamentais necessitam "não só de normalização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas".³⁰

Nesse ambiente, ganham importância dois entre os direitos fundamentais processuais: o da efetividade da atividade jurisdicional e o da razoável duração do processo.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A Constituição da República, adotando o sistema judicial como hábil à proteção de todos os direitos – inclusive os direitos fundamentais – e arrolando o acesso a esse sistema e, bem assim, os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz entre os direitos fundamentais, estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV).

O preceito abriga o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e expressa o direito de acesso à Justiça, ao permitir ao cidadão, em contrapartida ao monopólio da atividade jurisdicional que o Estado reserva para si, provocar o seu exercício com a finalidade de proteger direitos ou interesses, de natureza substancial ou meramente processual, quando violados ou ameaçados de violação. Na observação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se"?

Mediante o exercício do direito de ação é provocado o exercício da atividade jurisdicional. O direito de ação, então, assegura a reivindicação de tutela a todos os direitos ou interesses lesados ou ameaçados de lesão, em especial aos direitos fundamentais.

O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação.

O direito de acesso à Justiça é, assim, o direito de assegurar o respeito e a realização dos demais direitos quando, por qualquer razão, eles não sejam respeitados ou realizados espontaneamente. Com esses contornos, o direito de acesso à Justiça pode ser considerado o direito mais importante, pois dele depende a viabilização dos demais direitos.³³

³⁰ OLIVEIRA, O. *cit.*, p. 259.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20.

³² MARINONI, Op. cit., p. 208.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 244.

O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles.

[...] é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas sim à proteção de todos os direitos [...]"

A partir da lição da doutrina constitucional pátria, que, distinguindo entre direitos e garantias fundamentais, confere, às últimas, papel instrumental em relação aos primeiros, porque servem como mecanismos de efetivação dos direitos por elas protegidos e, mais, legitimam ações estatais tendentes à defesa dos direitos fundamentais, pode-se enquadrar o acesso à Justiça como autêntico direito-garantia fundamental.

Como ocorreu com os direitos fundamentais, o significado inicial do direito de acesso à Justiça sofreu profunda evolução, retratada nesses termos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

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

(...)

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista de direitos, refletida nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho

particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."

Ainda no aspecto, os mesmos autores alertam:

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia. e ademais, aprender através de outras culturas. O "acesso" não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica."

O direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão, portanto, não somente a possibilidade de provocação dos órgãos jurisdicionais, mediante o exercício do direito de ação, mas também, ainda em um primeiro momento, a exigibilidade da resposta correspondente, mediante processamento e julgamento da ação. Ele assegura ao cidadão, em um primeiro momento, (i) levar a conhecimento do órgão jurisdicional competente a situação que conforma a lesão ou ameaça de lesão a direito; (ii) ver formalizada e processada essa iniciativa; (iii) acompanhar e participar desse processamento; e, ainda, (iv) obter um pronunciamento acerca da situação levada a conhecimento do órgão jurisdicional. Enfim, o direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão, em um momento inicial, livre trânsito perante o órgão jurisdicional, compreensivo de ingresso, percurso e saída do sistema judicial.

Contudo, o direito de acesso à Justiça não se satisfaz com o mero trânsito formal perante os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Na observação de Kazuo Watanabe, "A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes", já que "Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".³⁷

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 9-10.

" CAPPELLETTI. *O. cit.* p. 13.

³⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

Ao direito de acesso à Justiça se reconhecem, atualmente, contornos bem mais amplos. Além da possibilidade de provocar o órgão jurisdicional e exigir a resposta correspondente, o direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão, primordialmente, o direito à participação adequada no desenvolvimento do processo – como decorrência do direito ao contraditório, outorgado tanto ao autor quanto ao réu – e, especialmente, a efetividade da resposta jurisdicional, por meio de atividade capaz de produzir resultados práticos equivalentes àqueles verificáveis em razão de respeito ou adimplemento espontâneo dos direitos. O direito de acesso à Justiça, "erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos 'formais', isto é, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real",³⁸ quer significar

[...] uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, de notável função de cobrir as falhas existentes no sistema de instrumentos processuais organizados pelo legislador ordinário.³⁹

O direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, e esta não se restringe à mera resposta jurisdicional, ou seja, a simples ditado do juiz que dá razão a uma das partes. Tutela jurisdicional adequada é a proteção que permite às partes participarem de maneira adequada do processo – levando ao juiz o conhecimento das suas razões – e ao autor a utilização das técnicas processuais que outorguem à ação efetividade para a proteção do seu direito." A resposta jurisdicional somente apresenta importância se o direito material envolvido no litígio, além de reconhecido pelo Estado-juiz, for realizado. Por extensão, o direito à resposta jurisdicional deve ser entendido como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito."

Portanto, a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (ar. 5º, XXXV, da CF) significa, de uma só vez, que: (i) o autor tem o direito de *firmar* lesão ou ameaça a direito; (ii) o autor tem o direito de ver essa *firmacão apreciada* pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo

" WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revisão dos Tribunais*, São Paulo, n. 814, p. 63-70, ago. 2003.

" WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 27.

" MARINONI. *Op. cit.*, p. 214.

* MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

art. 267, VI, do Código de Processo Civil; (iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; (iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou for exercitada; (v) o autor tem o direito de *influir* sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; (vi) o autor tem o direito à *sentença e ao meio executivo* capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; (vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e (viii) o autor tem o direito ao *procedimento* adequado à situação de direito substancial carente de proteção."

Mais do que o direito de acesso à Justiça, na disposição contida no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República reside o direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional, o qual, para Cândido Rangel Dinamarco – embora aludindo ao processo –, revela quatro facetas fundamentais – admissão em juízo; modo-de-ser do processo; critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); e efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões) –⁴³ e "significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade".⁴⁴

A efetividade da atividade jurisdicional expressa a idéia da máxima coincidência possível cogitada por Giuseppe Chiovenda, a significar que "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir".⁴⁵

Nu lição de José Carlos Barbosa Moreira, "em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o *gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento*", além do que "cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias".⁴⁶

A efetividade da atividade jurisdicional é atingida quando a tutela jurisdicional prestada se mostra adequada, ou seja, na definição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, "quando, para determinado caso concreto, há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta, que é peculiar ou não a uma situação de direito material".⁴⁷ Somente se pode pensar em atividade jurisdicional efetiva quando capaz de produzir resultado dotado de utilidade em relação à situação fática concreta levada a conhecimento do órgão jurisdicional.

▼ MARINONI. *On. cit.*, p. 224.

" DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 334-335.

" DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 331.

" CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Boockseller, 1998, p. 67, v. I.

" MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Suraivau, 1984, p. 27-28.

" MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50.

Atividade jurisdicional despida de utilidade deixa de ser meio de proteção e concretização de direitos, para se tomar fim em si mesma.

A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A Iulela específica dos direitos, execução em espécie, obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (v.g., mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do direito processual moderno é também no sentido de conferir *maior utilidade aos provimentos* jurisdicionais."

5. DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A Constituição da República, ao prever, entre os direitos fundamentais, mecanismos disciplinadores do funcionamento pronto e eficaz do sistema judicial, estabelece que "a todos, no âmbito judicial [...], são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, inc. LXXVIII).

O preceito abriga o princípio da razoável duração do processo e expressa o direito de obtenção, a partir do exercício do direito de acesso à Justiça, de uma resposta jurisdicional que, além de efetiva, se mostre tempestiva.

Embora tenha sido introduzido no texto constitucional pela Emenda 45/2004, o desejo de tempestividade da atividade jurisdicional já integrava o ordenamento jurídico pátrio, seja por força de disposições infraconstitucionais – a título exemplificativo: Código de Processo Civil, art. 125: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] II- velar pela rápida solução do litígio"; e Consolidação das Leis do Trabalho, art. 765: "Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas" –, seja em razão da promulgação e incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica –, que, em seu art. 8, n° 1, prevê que "Toda a pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza". Ademais, o princípio já se encontrava implicitamente abrigado no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, norma que, como visto, contém o princípio da inafastabilidade da jurisdição e expressa o direito à efetividade da atividade jurisdicional.

Também não representa novidade a preocupação da doutrina contemporânea em incluir o tema que envolve o tempo de tramitação do processo na primeira ordem

" DINAMARCO. *On. cit.*, p. 393.

"O Brasil é signatário dessa Convenção. Por meio do Decreto 27, de 26.05.1992, o Congresso Nacional aprovou o seu texto. Em 25.09.1992, o Brasil depositou a Carta de Adesão à convenção. E, com a posterior publicação do Decreto n° 678, de 09.11.1992, a convenção foi promulgada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

dos problemas relacionados ao exercício da atividade jurisdicional. Na observação de Cândido Rangel Dinamarco,

no direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. Fala-se no binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea [...]. Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional ■

A recente explicitação do princípio no texto constitucional confirma essa tendência e aponta a necessidade de tratamento particular a um dos principais problemas verificados no exercício da atividade jurisdicional, qual seja, a sua crônica morosidade, capaz, por si só, de frustrar totalmente o exercício do direito de acesso à Justiça.

Os reformadores estiveram conscientes de que a maior debilidade do Poder Judiciário brasileiro em sua realidade atual reside em sua inaptidão a oferecer uma *justiça em tempo razoável*, sendo sumamente injusta e antidemocrática a outorga de decisões tardas, depois de angustiosas esperas e quando, em muitos casos, sua utilidade já se encontra reduzida ou mesmo neutralizada por inteiro. De nada tem valido a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor neste país desde 1978, incorporada que foi à ordem jurídica brasileira em 1992 (Dec. nº 678, de 6.11.1992); e foi talvez por isso que agora a Constituição quis, ela própria, reiterar essa promessa mal cumprida, fazendo-o em primeiro lugar ao estabelecer que 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação' (ar. 5º, LXXVIII, red. EC nº 45, de 8.12.2004).⁹

Além disso, é notória a finalidade de substituição do modelo que caracterizou o processo no Estado Liberal, em que o apreço pela garantia de liberdade do cidadão, homenageando excessivamente a segurança, impunha regras procedimentais rígidas e revelava total despreocupação com o tempo de sua tramitação.⁵²

É bastante usual, ainda, a alusão à *segurança jurídica* que se obtém mediante os pronunciamentos jurisdicionais, a saber, a segurança quanto à existência, inexistência ou modo de ser das relações jurídicas. É inegável o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição. Sucede, porém, que segurança, ou certeza jurídica, é em si mesma fator de pacificação: a experiência mostra que as pessoas mais sofrem

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. Silo Paulo: Malheiros, 2001, p. 140.

51 DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 302.

52 MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041348DO_PROCESSO_CIVIL_CLASSICO.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2009.

as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável.”

A norma, no que exhibe de conteúdo programático, orienta, sem dúvida, a necessidade de reformulação da estrutura judicial e processual brasileira.

Não há como negar que o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem. Dessa forma é eliminada a crença na neutralidade do tempo do processo. Mas, a partir do momento em que o tempo do processo passa a ser admitido como ônus, surge a consequência lógica de que ele não pode ser suportado pelo autor, pois isso seria o mesmo do que aceitar que o direito de ação constitui um ônus que recai sobre aquele que procura o Poder Judiciário.”

A considerar as classificações mencionadas em item anterior, o direito fundamental à razoável duração do processo apresenta dupla dimensão:

Na dimensão subjetiva, é certo afirmar que a garantia da tutela jurisdicional tempestiva concede a todo e qualquer jurisdicionado o direito de ver seu processo se desenvolver em tempo razoável, assegurado, ainda, os meios necessários para que tal desiderato seja alcançado. [...]

Já na dimensão objetiva, tem-se que a garantia do processo sem dilações indevidas não é uma mera declaração de intenções dirigida ao Judiciário, mas sim uma autêntica norma programática, cujo mandamento deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado. Ao Poder Legislativo, é exigida uma especial atenção ao elemento temporal, no momento de elaborar a legislação processual aplicável. Ao Poder Executivo, a tarefa de articular a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados. E, finalmente, ao Poder Judiciário incumbe utilizar, de forma eficiente, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais.”

Mesmo que não traduza inovação concreta, a explicitação da norma no texto constitucional reforça o desejo de celeridade da atividade jurisdicional, e a sua natureza, como qualquer norma instituidora de direito fundamental – que, como visto, é dotada de eficácia imediata (Constituição da República, art. 5º, § 1º) –, ostenta conteúdo pedagógico, impondo aos operadores jurídicos, no mínimo, conferir-lhe atenção redobrada e, quiçá, interpretação mais crítica. Como adverte Luiz Guilherme Marinoni, é necessário que:

” DINAMARCO. *O. cit.*, p. 196.

” MARINONI. *Op. cit.*

” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento ontocpadíssimo do *lide*. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo du Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 154-155.

ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando retoricamente que a justiça atrasada é uma injustiça. se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão."

Segundo a dimensão objetiva, o direito fundamental à razoável duração do processo exerce função ordenadora do sistema judicial, orientando o seu desenvolvimento a partir de técnicas que conduzam à celeridade da atividade jurisdicional. Na esteira dessa função, os operadores jurídicos e, de modo particular, o juiz, a partir de uma interpretação que confira à norma maior eficácia e utilidade, devem adotar nova postura diante do problema da morosidade da atividade jurisdicional.

Ao incidir sobre o Poder Judiciário, o direito fundamental à duração razoável do processo o obriga a organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e a adotar as técnicas processuais idealizadas para permitir a tempestividade da tutela jurisdicional, e a evitar a prática de atos omissivos ou comissivos que retardem de maneira injustificada a tramitação do processo.⁵⁷ Impõe aos Tribunais, de modo especial, atuação mais incisiva diante de eventuais membros desidiosos." Enfim, obriga o Poder Judiciário a instituir meios capazes de tomar mais célere a tramitação do processo e deles – e, também, dos meios já disponíveis – fazer uso mais eficiente.

Não mais convence o argumento de que o invencível acúmulo de serviço ou a deficiência estrutural do Poder Judiciário não permite o tempestivo exercício da atividade jurisdicional. Ainda que não possa ser imputado somente ao juiz, não se concebe que o problema da morosidade seja agravado pela persistência de postura de indiferença diante das expectativas atuais da sociedade. É dever do juiz, assim, organizar a sua forma de trabalho, distribuindo de modo mais adequado o tempo e utilizando de maneira mais eficiente os recursos, harmonizado-a com o anseio de rápida entrega da prestação jurisdicional.

É certo, por outro lado, que a norma em questão, seja porque se vale de conceitos vagos, seja porque não há parâmetros seguros que permitam quantificar o tempo de tramitação do processo que seja razoável nem precisar os meios que possam ser utilizados para alcançar a sua almejada celeridade, oferece dificuldade em definir o seu alcance.⁵⁹ Todavia, essa dificuldade, igualmente, não pode servir de argumento para que a aplicação da norma seja relegada a segundo plano.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

⁵⁸ MARINONI. *O. cit.*, p. 210-211.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

A própria Emenda Constitucional 45/2004 se encaminha a instituir alguns meios aptos a garantir a celeridade da tramitação do processo. Nesse sentido, o art. 93 da Constituição da República passou a prever que: a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais

O exame do dispositivo revela, para logo, o emprego de um conceito jurídico indeterminado (*razoável duração do processo*) o que poderia autorizar, 'prima facie', a conclusão de que não seria auto-aplicável, por depender de explicitação posterior.

Entretanto, a técnica adotada tem por escopo, justamente, permitir interpretação flexível pelo juiz, ajustada à natureza e circunstâncias de cada processo. Não é o caso, por isso, de se esperar por eventual relação ou tabela de prazos considerados razoáveis pelo legislador ordinário."

Ao revés, a norma deve ser interpretada como norma aberta, que outorga ao juiz o poder de conformar a atividade jurisdicional, em termos de tempo e meios a serem utilizados no seu exercício, segundo as circunstâncias do caso concreto. Ao não especificar os meios, a norma invoca "a criatividade dos operadores, para que estabeleçam instrumentos hábeis a conferir presteza à burocracia dos fluxos processuais"

O grau de abertura propiciado pela norma encontra justificativa na necessidade de conferir ao juiz poderes para, caso a caso, identificar e utilizar os meios aptos ao tratamento das mais variadas situações concretas levadas ao seu conhecimento. A aplicação da norma, então, deve considerar os anseios do direito material subjacente ao processo e, também, orientar-se, sempre, pelo direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional.

Além disso, em contextos em que as circunstâncias do caso concreto não dispensam a utilização de meios não previstos em lei, a norma autoriza o juiz a suprir omissões que obstam a concretização do direito fundamental à tempestividade da atividade jurisdicional. Conforme lembra Luiz Guilherme Marinoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao incidir sobre o juiz, opera sobre "a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição".⁶²

Diante da dificuldade com que se depara o legislador, de prever todas as circunstâncias do caso concreto, notadamente numa época em que as necessidades do direito substancial se modificam rapidamente, é natural atribuir ao juiz o poder de identificar os meios aptos à efetiva e tempestiva tutela dos direitos, sob pena de vedar-lhe a concessão de tutela em certas situações concretas que reclamam a utilização de meios não tipificados em lei. Alinhado a essa tendência, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sugere:

de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juizes em plantão permanente (inc. XII); o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (inc. XIII); os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório (inc. XIV); e a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição (inc. XV).

⁶⁰ LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário, acesso à Justiça e efetividade do processo. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 481.

⁶¹ NALINI, José Renato. A reforma do Judiciário e a formação dos juizes. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 354.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

O estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo."

Afora esse aspecto, a norma deseja, num primeiro momento, que a atividade jurisdicional evite as dilatações que retardam injustificadamente a entrega da prestação jurisdicional, as chamadas etapas mortas do processo. Conforme José Rogério Cruz e Tucci, o prazo razoável do processo consiste na "ausência de dilatações indevidas", as quais compreendem os "atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilatações dependem da vontade das partes ou de seus mandatários"."

Para a Corte Européia de Direitos Humanos, três parâmetros devem orientar a verificação de ocorrência, em situações concretas, de dilatações indevidas na duração do processo: (i) a complexidade do caso, cuja avaliação não prescinde da consideração do princípio da ampla defesa; (ii) o comportamento das partes, tendo em conta, especialmente, a possível prática de atos caracterizadores de litigância de má-fé; e (iii) a atuação do órgão jurisdicional.

O tempo de duração do processo tido por razoável é o que resulta da soma dos períodos indispensáveis ao atendimento de prazos, pelas partes, à prolação de decisões, pelo juiz, e ao cumprimento de decisões e demais tarefas inerentes ao processamento dos feitos, pelos auxiliares do juiz. É o aqui denominado tempo necessário de duração do processo.

É notório, no entanto, que o tempo de duração do processo não se deve somente a esses períodos, mas também (i) aos períodos em que a sua tramitação é paralisada pelo simples fato de não ser praticado de imediato o ato necessário à sua continuidade, no aguardo da adoção da providência subsequente – como a certificação do decurso de prazos e a confecção de expedientes necessários ao cumprimento de decisões; (ii) aos períodos em que, embora a sua tramitação não seja paralisada, é necessário aguardar que o ato por último praticado produza os efeitos concretos esperados – como o interregno entre a designação da audiência e a sua realização, e o lapso entre o encaminhamento da intimação para publicação e a sua efetiva publicação; e (iii) aos períodos em que, embora a sua tramitação não seja paralisada, aparentando situação de normalidade, em realidade são consumidos com

• OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Efetividade e processo de conhecimento*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=534>. Acesso em: 04 jan. 2009.

• CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 67.

• [OFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

a promoção de diligências inúteis, como a produção de provas desnecessárias, o excesso de contraditório, a desnecessária conclusão dos autos ao juiz e a prática de pequenos atos prescindíveis a certas rotinas, não raro fundamentadas em praxes viciosas e injustificáveis, perpetuadas por mero apego à tradição.

Que adianta fixar a lei processual um prazo de três ou cinco dias para determinado ato da parte, se, na prática a secretaria do juiz gastará um mês ou dois (e até mais) para promover a respectiva publicação no diário oficial? Que adianta a lei prever o prazo de noventa dias para encerramento do feito de rito sumário se a audiência só vem a ser designada para seis meses após o aforamento da causa, e se interposto o recurso de apelação, só nos atos burocráticos que antecedem a distribuição ao relator serão consumidos vários meses ou até anos?

O retardamento dos processos, impede reconhecer, quase nunca decorre das diligências e prazos determinados pela lei, mas, em regra, é o resultado justamente do desrespeito ao sistema legal pelos agentes da Justiça. [...]

O que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as etapas mortas, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. O processo demora é pela inércia e não pela exigência legal de longas diligências. (original grifado)

É sobre essas três últimas espécies, reveladoras das chamadas etapas mortas do processo, que, iluminado pela norma em questão, o juiz deve, num primeiro momento, concentrar esforços no sentido de identificá-las e evitá-las ou, no mínimo, reduzir a sua incidência. E, entre elas, a mais nociva, sem desmerecer a gravidade das outras, indubitavelmente corresponde à última, porque a sua ocorrência causa duplo prejuízo à atividade jurisdicional: primeiro, porque, tal como as outras, prolonga injustificadamente a duração do processo ao qual se refere o ato praticado desnecessariamente; e segundo, porque a prática desnecessária do ato importa em dispêndio de recursos que poderiam ser aproveitados para a prática de outro ato realmente indispensável, normalmente relacionado a processo distinto.

Num segundo momento, a norma deseja, ainda, que o juiz maximize a tramitação do processo também no que diz com os atos indispensáveis, envidando esforços para que sejam praticados em atenção aos respectivos prazos e a níveis satisfatórios de eficiência e eficácia, tomando mínimo, igualmente, o tempo necessário de duração do processo.

6. CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais são direitos titularizados pelo ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, e, paralelamente à condição de direitos subjetivos, expressam os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática de determinado Estado.

Os direitos fundamentais podem ser visualizados tanto como direitos subjetivos individuais, ou seja, direitos de defesa, que impõem ao Poder Público respeito ao núcleo

■ EODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v.6, n36, p. 19-37, jul/ag0. 2005.

de liberdade constitucionalmente assegurado, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade, consagrando direitos a prestações de ordem positiva e gerando para o Estado um dever de proteção do cidadão. E entre os desdobramentos inerentes a essa perspectiva objetiva se reconhece a função atribuída aos direitos fundamentais, de estabelecer parâmetros que disponham sobre procedimento administrativo ou judicial e criação de órgãos incumbidos de tutela e promoção dos direitos.

É intrínseca à noção de direitos fundamentais a característica da fundamentalidade, tanto em sentido formal, como resultado de serem assim inscritos na Constituição, como material, por conterem decisões fundamentais sobre a estrutura básica de organização do Estado e da sociedade.

Conforme as funções que desempenham, os direitos fundamentais se classificam em direitos de defesa, consistentes em direitos contra ingerências do Estado nas esferas de liberdade pessoal e propriedade dos indivíduos, e direitos a prestações, consistentes em direitos a uma atuação ativa do Estado, voltada a disponibilizar aos indivíduos prestações que viabilizem o efetivo exercício dos direitos.

A Constituição da República, ao estabelecer que as suas normas sobre direitos fundamentais se aplicam imediatamente, abrange, indubitavelmente, os direitos individuais e coletivos arrolados no art. 5º do seu texto. Essa eficácia, quanto aos direitos de defesa, é imediata e, quanto aos direitos a prestações, no mínimo vincula os Poderes públicos, obrigando-os a respeitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, simultaneamente, tudo fazer para concretizá-los.

O reconhecimento da existência de direitos fundamentais não prescinde da instituição e implementação de sistemas aptos a assegurar o seu respeito e a sua realização no plano fático. Entre os sistemas adotados com a essa finalidade, o mais clássico corresponde ao judicial, acolhido pela Constituição pátria, que, ao mesmo tempo, inclui o acesso ao sistema e os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz entre os próprios direitos fundamentais que cataloga.

O exercício da atividade jurisdicional e a utilização do processo devem orientar-se segundo as diretrizes traçadas pelos direitos fundamentais. Assim, a proteção aos direitos fundamentais compreende o objeto da atividade do juiz, enquanto, entre os próprios direitos fundamentais, os de natureza processual, consistentes em instrumentos capazes de viabilizar aquela proteção – e, também, a todos os demais direitos –, passam a conformar o modo de exercício da atividade do juiz.

A Constituição da República, ao estabelecer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV), abriga o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e expressa o direito de acesso à Justiça, o qual assegura ao cidadão levar a conhecimento do órgão jurisdicional competente a situação que conforma a lesão ou ameaça de lesão a direito; ver formalizada e processada essa iniciativa; acompanhar e participar desse processamento; e obter um pronunciamento acerca dessa situação. E, além disso, na mesma disposição reside o direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional, o qual assegura o direito à obtenção de um pronunciamento capaz de produzir resultado útil em relação à situação fática concreta levada a conhecimento do órgão jurisdicional.

Ao estabelecer que "a todos, no âmbito judicial [...], são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, inc. LXXVIII), a Constituição da República abriga o princípio da razoável duração do processo e expressa o direito à obtenção de uma resposta jurisdicional, além de efetiva, tempestiva. A norma outorga ao juiz o poder de conformar a atividade jurisdicional, em termos de tempo e meios a serem utilizados no seu exercício, segundo as circunstâncias do caso concreto, e deseja, num primeiro momento, que a atividade do juiz se concentre sobre as dilatações que retardam injustificadamente a entrega da prestação jurisdicional, evitando as chamadas etapas mortas do processo, e, num segundo momento, que o juiz maximize a tramitação do processo também no que diz com os atos processuais indispensáveis, tomando mínimo o tempo necessário de duração do processo.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilatações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

— *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilatações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ore/em econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávilla. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário, acesso à Justiça e efetividade do processo. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

— — —. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041348DO_PROCESSO_CIVIL_CLASSICO.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2009.

— — —. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

— — —. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

— — —. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v.2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 10 nov. 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NALINI, José Renato. A reforma do Judiciário e a formação dos juizes. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*: 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=534>. Acesso em: 04 jan. 2009.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURJS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, t. 2.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, jan. 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39, jan.-jun. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Direitos fundamentais e processo – algumas notas sobre a assim designada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 6, n. 36, jul.-ago. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos **fundamentais**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 814, ago. 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

_____. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cíndido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO: INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTANTE NO ART. 7^o, INCISO XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior

Juiz do Trabalho do TRT da 4^a Região Titular da Vara de Frederico Westphalen
Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNISC-RS
Mestrando em Direito pela PUC-RS
Professor de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho

SUMÁRIO

1. Resumo.
2. *Abstract*.
3. Introdução.
4. As origens do Direito do Trabalho.
5. Breve histórico das convenções e acordos coletivos.
6. A extensão e os limites das normas coletivas.
7. Análise da norma contida no artigo 7^o, inciso XXVI, da Constituição Federal.
8. Conclusão.
9. Referências.

1. RESUMO

A Constituição Federal de 1988 não alterou os limites impostos na legislação infraconstitucional para celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho. Estes limites continuam delineados nos arts. 9^o e 444, ambos da CLT, que proíbem a celebração de normas coletivas que visam a redução dos direitos mínimos consagrados aos trabalhadores, exceto nos casos expressamente autorizados por lei. Este entendimento também decorre do que dispõem os basilares princípios do Direito do Trabalho. A norma contida no artigo 7^o, inciso XXVI, da Constituição de 1988, tem o condão de reconhecer, no plano constitucional, os acordos e as convenções coletivas de trabalho no sentido de se buscar melhores condições de trabalho, consoante está disposto na cabeça do referido artigo 7^o, sobretudo porque estamos diante de um direito fundamental.

Palavras-chave: convenção e acordo coletivo. Direito social fundamental.

2. ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 didn't alter the limits of the infraconstitutional legislation for conclusion of agreements and collective conventions of work. These limits are in Articles 9th and 444, both of the Brazilian Labor Law, which prohibit the conclusion of law collectives for reduction of minimum rights established for

employees, except as specifically authorized by law. This understanding is consequent of the basic principles of the Labor Law. The rule contained in Article 7th, section XXVI of the Constitution of 1988, has capacity to recognize in the constitutional plan, the deals and conventions of collective work in order to seek better working conditions, is prepared according to the caput of the Article 7th, especially because we are facing a fundamental right.

Keywords: deals and collective deals. Fundamental social right.

3. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa, ainda que de maneira insipiente, analisar a problemática da extensão e dos limites atribuídos às partes na negociação coletiva, com vistas ao estabelecimento de um contrato coletivo de trabalho (acordo ou convenção coletiva de trabalho). A controvérsia a respeito do tema é antiga e ganhou relevância a partir da Constituição Federal de 1988, com a edição do inciso XXVI do artigo 7º, quando passou a ser reconhecido pelo constituinte originário o instituto do acordo e da convenção coletiva de trabalho.

Esta análise constitucional será feita em consonância com o sistema constitucional como um todo, considerando-se os valores, objetivos e princípios fundamentais contidos no texto fundamental. Necessariamente será feita uma abordagem a respeito da localização do artigo 7º da Constituição Federal no seu capítulo II, sendo assim considerado um direito social fundamental. Com isto, o estudo dos princípios fundamentais estabelecidos no texto constitucional, bem como uma análise a respeito do instituto dos direitos fundamentais é imprescindível, para bem compreensão do instituto em foco.

Desse modo, pretendemos examinar a extensão da referida norma constitucional, **bem** como o regramento infraconstitucional a respeito da matéria. Inicialmente, para bem compreensão do tema, faz-se mister o estudo das origens, dos objetivos e das características do Direito do Trabalho, inclusive com uma abordagem histórica deste ramo do Direito, a fim de posteriormente se ingressar na análise dos contratos coletivos de trabalho.

Os princípios do Direito do Trabalho serão inseridos no contexto, tendo em vista a controvérsia acerca da sua aplicação direta ou não na interpretação dos contratos coletivos de trabalho celebrados. Por fim, teremos que trazer a posição da jurisprudência sobre o tema, sobretudo das cortes superiores. Ao fim e ao cabo, pretende este ensaio trazer uma posição objetiva sobre o tema, não tanto sobre os efeitos e a validade das normas coletivas estabelecidas, mas principalmente sobre o papel a ser desempenhado pelas partes – no caso principalmente as categorias profissionais e econômicas, na negociação coletiva, a fim de se entender quais são os objetivos estabelecidos em lei para os acordos e convenções coletivas de trabalho celebrados.

4. AS ORIGENS DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho surgiu na Europa, provavelmente em França ou na Inglaterra, no século XIX, como mecanismo de solução de conflitos de trabalhadores e patrões, a respeito das condições de trabalho.¹ Os trabalhadores se deram conta que

¹ Cf. DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 86 e 106.

somente conseguiriam soluções melhores de trabalho quando agrupados, de forma coletiva, pois sozinhos e isolados não tinham força suficiente para alcançarem as suas reivindicações. Esse processo dá origem a chamada autonomia coletiva, que mais adiante veremos ser o processo de criação da própria lei. Agrupados os trabalhadores passam a conseguir soluções nunca antes alcançadas, surgindo os contratos coletivos de trabalho. Mário de La Cueva sustenta que a história do Direito do Trabalho retrata a luta do homem por liberdade, pela dignidade pessoal e social e pela conquista de um mínimo de bem-estar que dignifique a vida da pessoa humana, facilite e fomente o desenvolvimento da razão e da consciência. Informa que o Direito do Trabalho nasceu juntamente com o Direito Agrário, como um grito de rebeldia do homem que sofria injustiça no campo, nas minas, nas fábricas e nas oficinas. Nasceu como um direito novo, criador de novos ideais e novos valores. Sustenta que o Direito Mexicano do Trabalho já se inspirava nas três velhas idéias de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Essa idéia de igualdade vem a ser a essência da Democracia, tendo o Direito do Trabalho como fulcro a busca da igualdade social e jurídica do trabalhador e do empresário.³ Estas premissas tem como fundamento os próprios postulados da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade, bem como uma concepção de justiça distributiva, com o tratamento desigual dos desiguais.

Então, o Direito do Trabalho origina-se a partir da pressão exercida pela própria classe trabalhadora junto ao Estado, não surgindo através de uma ação isolada ou independente do Estado ou da classe patronal com intuito de trazer avanços nas precárias condições de trabalho da época." Esse processo mostrou-se até mesmo sangrento e traumático, com duros combates de classe, na luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho.⁵ Surge o Direito do Trabalho com o propósito de nivelar desigualdades, podendo ser caracterizado ou sintetizado com o adequado e completo entendimento de quatro idéias, trazidas nessas elocuições: compensação, igualdade, hipossuficiente e vulnerabilidade.⁶ A propósito, Jorge Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia sustentam que somente com a Constituição de Weimar, em 1919, que passa a existir um Direito do Trabalho protetor dos trabalhadores. ao estabelecer limitação de jornada de trabalho e ao criar uma justiça laboral especializada, por exemplo. Sustentam que o surgimento do Direito Social está diretamente ligado à

fato social que propicia o nascimento do Direito do Trabalho é de natureza coletiva e somente após que se constata o surgimento do Direito individual do Trabalho, com normas protetivas dos trabalhadores como resposta aos duros combates sociais e aos abusos e a violência cometidas contra a classe trabalhadora. O Direito do Trabalho rompe com vários dogmas clássicos do Direito Civil, como os primados da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e, especialmente, de ser o Estado a única fonte do Direito. Cf. CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 21-30.

Princípios do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sulina, 1965, p. 21, 45, 59-60.

Cf. SÜSSEKIND; MARANHÃO, VIANNA, TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 2000, p. 157.

A respeito, são interessantes os motivos elencados por Evaristo de Moraes Filho para o surgimento do Direito do Trabalho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 66 ss.

O professor catedrático de Direito do Trabalho na Universidade *Castilla-La Mancha*, Antonio Baylos, em sua obra *Direito do Trabalho: modelo para armar*, p. 69, ensina que o Direito do Trabalho é concebido como um direito especial dos trabalhadores subordinados, fruto da ação do Estado e da tutela da própria classe operária, que surge para corrigir e remediar a real desigualdade socioeconômica e jurídica.

idéia de transformação do Estado Liberal em Estado Social, com o desenvolvimento de políticas de bem-estar social.⁷

Evaristo de Moraes Filho chama a atenção para o caráter tuitivo do Direito do Trabalho, com um sentido nitidamente intervencionista, vindo a romper com os cânones clássicos da Revolução Francesa, que conferiu liberdade total de contratação, o que acarretou na exploração do fraco pelo forte. O Estado deixa de ter papel negativo, absenteísta, ausente, para se transformar em Estado positivo, no sentido de equilibrar os sujeitos. Retira-se a autonomia da vontade das partes contratantes, passando as normas criadas pelo Estado a terem efeito cogente e irrenunciável. Nasce com o propósito de estabelecer mecanismos de compensação na relação empregado empregador, visando igualar essas partes que se encontram no plano material em situações de desigualdade, em razão da posição de vulnerabilidade do trabalhador na defesa do seu emprego e de melhores condições de trabalho, o que se configura por ser este hipossuficiente.⁹ Esse foi espírito criador dessa ciência no século XIX. Cezarino Jr. sustentava que as normas de Direito Social possuem a peculiaridade de se diferenciarem de todas as demais normas jurídicas por buscarem a proteção dos economicamente fracos, chamados de hipossuficientes.¹⁰ Obviamente que se falássemos no surgimento do Direito do Trabalho no século XXI, certamente teríamos a inclusão de outras premissas naquelas antes referidas. Atualmente, não se exige apenas melhores condições de trabalho e de salários, mas, sobretudo condições dignas de trabalho, em cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais traçados ao Estado Social e Democrático brasileiro, elencados no Título I da Constituição Federal, em especial observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, que vem a ser o centro axiológico da teoria concretizadora dos direitos fundamentais.¹¹ A propósito, em 1957, Cezarino Jr. já sustentava que o espírito da legislação do trabalho se orienta no sentido da solidariedade social, da justiça social e da dignidade do homem¹², cujos princípios e valores vieram a ser consagrados posteriormente pelo Estado brasileiro, de forma expressa no preâmbulo e no Título I da Constituição Federal de 1988.

5. BREVE HISTÓRICO DAS CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS

A partir da coalizão dos trabalhadores na busca por melhores condições de trabalho é que nasce este novo ramo do Direito, impulsionado pela consciência de classe.⁷ Russomano refere que o contrato coletivo de trabalho é produto de costumes

⁷O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho. v. I teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 14-18, passim.

⁸*Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 54-55.

⁹ Os significados não são os mesmos. Enquanto por vulnerável se entende aquela pessoa que está em posição de inferioridade em relação ao outro, podendo-se falar até mesmo nos trabalhadores detentores de altos salários em relação ao seu empregador porque também necessitam do emprego, por hipossuficiente entende-se aquela pessoa que é economicamente muito humilde, pobre, não auto-suficiente. Cf. MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

¹⁰ *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1957, p. 88.

¹¹ CE, DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 75/76.

¹² *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1957, p. 101.

Cesarino Jr., A.F. *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1957, p. 267, enfatiza que as normas regulamentando as convenções coletivas nasceram fora da lei. Inicialmente, o Estado se defendeu

exigidos pelas necessidades coletivas, tendo as partes que buscar solução para os conflitos estabelecidos entre empregados e empregadores, notadamente com o advento da economia industrial, em razão do Estado naquele momento não interferir em tais conflitos. Naquele momento histórico, as relações entre empregados e empregadores operavam de maneira inorgânica, anárquica e instável. As partes buscavam a solução dos conflitos através dos contratos coletivos, criando o costume em razão das vantagens advindas desses acordos celebrados entre empregados e empregadores. Esta tradição consuetudinária dos contratos coletivos foi consagrada inicialmente naqueles países que viveram a explosão industrial, destacando-se a Inglaterra. Anos após, este instituto veio a ser reconhecido pelo direito escrito dos principais países europeus, como Alemanha, França e Itália. Na América, só após 1930 que o instituto passou a ser reconhecido, o que ocorreu, por exemplo, no México, Colômbia, Uruguai e Brasil. Explica Russomano uma particularidade desse fenômeno no Brasil. Enquanto na Europa e nos Estados Unidos o contrato coletivo surgiu diretamente dos costumes locais, a partir da ação direta de empregados e empregadores nesse sentido, sendo posteriormente transportado pelo legislador para os códigos, no Brasil – e em diversos países latinoamericanos – o fenômeno foi inverso; isto é, o contrato coletivo não foi resultado do costume, do seu uso pelo povo e pelos sindicatos, sendo produto artificial da lei. em razão do reconhecimento da sua utilidade pelo legislador.'

As normas no Direito do Trabalho originam-se da atuação do Estado, onde se verifica a autonomia estatal, nos contratos coletivos¹⁵, quando se constata a autonomia coletiva, e no poder normativo, que são as sentenças normativas. É um exemplo de pluralismo jurídico, quando se verifica ser regido por diversas ordens.¹⁶ Délio Maranhão, trazendo o direito comparado para ilustrar, refere que foi a França o primeiro país a reger em lei especial a convenção coletiva, em 1919, estabelecendo o efeito automático das suas normas sobre os contratos individuais, prevendo, inclusive, a extensão dos seus efeitos a todos os integrantes da categoria, sindicalizados ou não, através de ato ministerial." Segundo Russomano, a origem da convenção coletiva está na Inglaterra, nos últimos anos da primeira metade do século XIX, porque foi lá que surgiu a grande indústria, tendo muitos anos depois aparecido este instituto nas leis dos países mais desenvolvidos da Europa, como Alemanha, França e Itália.¹⁸

Portanto, inicialmente, as condições de trabalho foram fixadas pelo legislador e pelas cláusulas constantes nos contratos de trabalho celebrados. Em um segundo

contra este direito não estatal, passando após a reconhecê-lo, com o surgimento de regras imperativas, que regulamentavam este fenômeno.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Pequeno Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. p. 93-99.

" Cesarino Jr., A.F. *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1957, p. 267 informa que inicialmente eram três as denominações, utilizadas como sinônimos: convenções coletivas de trabalho, contratos coletivos de trabalho e contratos de tarifas. A primeira delas usada pela legislação brasileira e pelo Brasil, com o Decreto nº 21.761/32.

" Cf. CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 21-51, passim.

" *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 336.

" RUSOMANO, Mozart Victor. *Estudos de Direito do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1964. p. 255-56.

momento, surgem os contratos coletivos de trabalho, como resultado das negociações entre as partes interessadas. Este fenômeno é constatado até mesmo antes do reconhecimento das organizações sindicais. Orlando Gomes e Elson Gottschalk trazem como exemplo a greve geral ocorrida na Bahia, em 1919, que resultou em um convênio coletivo de condições de trabalho entre um comitê central de greve, pois não havia sindicatos na época, e vários empregadores. Referem que os tipógrafos foram os primeiros a celebrar contratos coletivos sobre condições de trabalho em todo o mundo. Por essas razões que as primeiras legislações aceitavam a celebração de convênios entre um ou vários empregadores e seus empregados. O Decreto nº 21.761/32 autorizava a celebração desses convênios entre empregadores e seus empregados e entre sindicatos ou quaisquer agrupamentos de empregados. A Constituição Federal de 1937 autorizava a celebração desses acordos entre entidades sindicais. O fenômeno cresce no mundo inteiro. Os Estados Unidos, em 1963, passam a ter mais de 140.000 Contratos Coletivos celebrados.¹⁹ Na Rússia cada fábrica tem seu contrato coletivo. Na Alemanha, Inglaterra, França, Itália e Suécia são celebrados centenas de milhares de Contratos Coletivos, envolvendo milhões de trabalhadores. No Brasil, o Decreto-Lei nº 229/67 passa a facultar a celebração de acordos coletivos entre uma ou mais empresas. Em 1951, em Genebra, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, edita a Recomendação nº 91, a respeito das negociações coletivas de trabalho, trazendo os objetivos e as diretrizes básicas e iniciais a esse respeito.”

Por essas razões que o Direito Coletivo do Trabalho²¹ fascinou os estudiosos do Direito, sendo tratado na época como novo fenômeno jurídico, considerado por muitos como algo revolucionário²², na medida em que a negociação coletiva impactou a doutrina, ao constatar o estabelecimento de novas fontes do Direito, para solução dos conflitos existentes.²³ É interessante a observação feita por Antonio Lamarca, na década de 70, de que rareiam as convenções coletivas de trabalho no Brasil por uma série de razões, dentre elas as exageradas formalidades, o sindicalismo incipiente, a abundância de regulamentação estatal e porque os empregadores não estão dispostos a conceder além do que a lei dá.²⁴ Atualmente a celebração de convenções coletivas cresce no país e no mundo porque os paradigmas se alteraram, na medida em que grande parte dos contratos coletivos de trabalho se desvirtuaram das suas idéias originais lembradas

? Importante registrar, conforme lembra Maurício Godinho **Delgado**, que a normatização jurídica nos sistemas inglês e norte-americano decorre fundamentalmente da criação de normas através dos acordos e convenções coletivas de trabalho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 101.

" CK. GOMES. Orlando; GOTTSCHALK. Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 572-78.

¹¹ Segadas Viana entende que não há razão para distinguirmos as expressões contrato coletivo e convenção coletiva, acrescentando que o legislador francês usou-as como sinônimas, no artigo 31 do Código de Trabalho. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 2, 2000, p. 1169.

" De acordo com Russomano, a convenção coletiva é tão-revolucionária em relação as normas antigas sobre contratos, quanto revolucionária é a sentença normativa dentre as noções clássicas da sentença. *Estudos de Direito do Trabalho*. 2. cd. Rio de Janeiro: José Konfino, 1964, p. 262.

" CE. CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999 e CE. GOMES. Oriundo; GOTTSCHALK. Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 571.

" LAMARCA, Antônio. *Curso expositivo de Direito do Trabalho: introdução e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 301.

por Lamarca, especialmente de que o objeto dessas normas é conceder além do que já está previsto em lei, vindo na verdade a restringir e reduzir direitos mínimos através desse instrumento.

6. A EXTENSÃO E OS LIMITES DAS NORMAS COLETIVAS

As normas trabalhistas tem origem com a autocomposição dos conflitos coletivos, tendo estes operado como fonte material de criação das respectivas normas criadas posteriormente para solução do embate, na busca da paz e do progresso social. Este fenômeno social é relativamente recente, decorrendo inicialmente da atuação coletiva dos trabalhadores, que depois passaram a se reunir através de sindicatos. Este instrumento tem como escopo buscar melhores condições de trabalho e de salário. Nos Estados Unidos, por exemplo, as convenções coletivas de trabalho, de longa data, são utilizadas nesse sentido, representando a principal arma do proletariado para garantia de seus direitos, conforme leciona Russomano.⁷

Mauricio Godinho Delgado define Direito Coletivo do Trabalho "como o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam as relações laborais de empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas associações." A norma coletiva cria direitos em tese, com efeito *erga omnes* para os integrantes das respectivas categorias profissional e econômica que celebraram tais acordos ou convenções. As normas coletivas estipulam regras a respeito das condições de trabalho e de salário do empregado. Norma coletiva é gênero, sendo espécies as cláusulas constantes nas convenções coletivas e nos acordos coletivos de trabalho. O artigo 611 da CLT conceitua convenção coletiva de trabalho como sendo o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho. O parágrafo primeiro do mesmo artigo 611 da CLT também traz a definição de acordo coletivo, que vem a ser aquele celebrado entre os sindicatos representativos de categorias profissionais com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, com intuito de estipularem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Mário de La Cueva estabelece que a função do contrato coletivo é o de superar o direito legal ou convencional que esteja vigorando, constituindo-se como um fator importante de alcance de democratização nas relações entre trabalhadores e empresários e constituindo-se como um princípio mais efetivo para a realização de uma justiça social.⁸ Para se estabelecer uma análise adequada da extensão e dos limites das normas coletivas, teremos que revisitar as diretrizes já expostas, ainda que de maneira incipiente, a respeito do Direito do Trabalho, na medida em que o Direito Coletivo do Trabalho está inserido nessas diretrizes, pois tem os mesmos objetivos traçados ao Direito

⁷ *Estudos de Direito do Trabalho*. 2. cd. Rio de Janeiro: José Konfino, 1964, p. 258.

⁸ *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 51.

⁹ *Princípios do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1965, p. 148-49.

Individual do Trabalho." Não se trata de um ramo autônomo do Direito, desmembrado do Direito Individual do Trabalho, que possua objetivos ou limites próprios, dissociados daqueles estabelecidos ao direito material individual. Maurício Godinho Delgado estatui a posição predominante da doutrina, de que o Direito Coletivo do Trabalho não é um ramo autônomo em relação ao Direito Individual, embora reconheça que o debate a este respeito permanece.²

Em um primeiro momento, com base nessas diretrizes e amparado apenas na legislação infraconstitucional procuraremos estabelecer o conteúdo e os limites das normas coletivas. Posteriormente, será feita a mesma análise sob o prisma constitucional, a partir do estudo da norma disposta no artigo 7, inciso XXVI, da Constituição Federal.

O Direito do Trabalho é composto, via de regra, por normas de ordem pública", cogentes e irrenunciáveis, portanto irreversíveis, indisponíveis e inegociáveis. João de Lima Teixeira Filho arrazoa que há um conjunto mínimo de direitos que são irrenunciáveis, acrescentando que ao Estado incumbe lançar o núcleo duro de garantias mínimas para os trabalhadores (conteúdo), assegurando mecanismos de veiculação e de defesa dos seus interesses. Diz que o interesse público encontra-se resguardado com a cláusula de irrenunciabilidade (também previsto no artigo 8º da CLT) e com a cominação de nulidade dos atos que contra ele atentem, trazidos nos artigos 9º e 444 da CLT.³¹ Já as normas de direito privado são dispositivas. As normas trabalhistas compostas pelas características acima referidas compõem um núcleo mínimo do contrato de trabalho, onde não há espaço para a autonomia da vontade restringir os direitos mínimos estabelecidos em lei,³² não cabendo às partes a negociação, a transação ou a renúncia desses direitos mínimos estabelecidos em lei em favor daquela parte que está em situação de vulnerabilidade em relação à outra.³³ É o Estado, intervindo nas relações capital-trabalho, estabelecendo um contrato mínimo de trabalho a ser observado, criando mecanismos de compensação, visando buscar uma igualdade material entre a parte hipossuficiente e o empregador. É claro que as características e os contornos traçados abarcam as normas trabalhistas em regra geral. Todavia, excepcionalmente existem normas que admitem a restrição do seu núcleo mínimo assegurado ao trabalhador através do acordo ou da convenção coletiva de trabalho, por expressa disposição contida na própria norma a este respeito. Desse modo, quando o legislador autorizou a flexibilização desse direito, em princípio, poderemos

" Maurício Godinho Delgado, assim como grande parte da doutrina, classificam o Direito Material do Trabalho em Direito Individual do Trabalho e em Direito Coletivo do Trabalho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 64.

²⁹ *Curso de Direito do Trabalho*, o. Silo Paulo: LTr, 2004, p. 1295.

CE. SÜSSEKIND, *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 2000, p. 205-07, o Direito do Trabalho se constitui em grande parte de preceitos de ordem pública, que visam empregar o trabalhador como ser humano e a concretização dos princípios da justiça social, mediante limitação da autonomia da vontade.

CE. TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 2000, p. 1159 e 1161.

³⁰ Obviamente que as partes poderão contrair além dos direitos mínimos estabelecidos em lei, incidindo, neste particular, o princípio da autonomia da vontade, no sentido de ampliarem o contrato mínimo legal.

" Assim também sustentam Orlando Gomes e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 636.

ter presente a redução desse espectro de proteção ao trabalhador” os exemplos excepcionais mais notórios a respeito são os de redução dos salários e de compensação da jornada de trabalho, trazidos nos incisos VI e XIII, respectivamente, do artigo 7º da Constituição Federal¹.

A legislação trabalhista possui normas expressas, que retratam as características e os elementos ora trazidos, estabelecendo os devidos contornos para a validação de uma norma coletiva, oriunda de uma negociação coletiva de trabalho. Inicialmente, é no plano internacional que temos a principal diretriz a ser seguida, estabelecida pela Organização Internacional do Trabalho, que vem a ser a sua Recomendação nº 91, que traz a definição dos contratos coletivos como sendo: "todo acordo escrito relativo às condições de trabalho ou emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por um lado, e, por outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, na falta delas, por representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por eles, de acordo com a legislação do respectivo país."³⁶ A referida recomendação traça claramente limites objetivos aos acordos e convenções coletivas de trabalho celebrados, dispondo que deverão ser celebrados de acordo com a legislação do respectivo país. Não poderão, portanto, trazer normas contrárias aquelas já estabelecidas na legislação nacional, devendo atuar no vazio da lei, para criar normas e condições de trabalho mais benéficas ou para ampliar esses benefícios, mas nunca para limitá-las. Essas conclusões são extraídas a partir do que dispõem os basilares arts. 9º e 444, ambos da CLT.

O elementar e necessário artigo 9º da CLT dispõe que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação, indo ao encontro da Recomendação nº 91 da OIT, que exige que os acordos coletivos celebrados estejam em consonância com a legislação do respectivo país. Desse modo, é inviável se pensar na celebração de normas coletivas que venham a restringir os direitos mínimos assegurados pelo Estado aos trabalhadores. O igualmente importante artigo 444 da CLT é expresso em dispor que "as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Essas normas nos levam a conclusão que não há espaço

., Claro que aqui estamos analisando genericamente a possibilidade de restrição desse direito por meio de acordo ou convenção coletiva quando a norma geradora desse direito ussim autoriza expressamente, sem entrarmos neste momento na análise de constitucionalidade dessas restrições, sobretudo em razão do que dispõe os princípios da proibição de retrocesso e da progressividade social. Esses princípios serão analisados no item seguinte. sem, contudo, ser feita uma análise individual das hipóteses previstas excepcionalmente em lei autorizadoras de negociação coletiva, por exigir um estudo mais amplo, de cada um desses casos.

Todavia, importante ressaltar que existem limites impostos pela própria lei para esta celebração. Por exemplo, o citado inciso XIII dispõe que a compensação poderá ser estabelecida na semana de trabalho, dentro das quarenta e quatro horas semanais, apesar de reconhecermos que a jurisprudência majoritária admite que a compensação extrapole este limites, sendo o exemplo mais notório o conhecido banco de horas.

¹ Cf. BANDINI, Renato Luiz de Avelar. Reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho – art. 7º. inc. XXVI. da Constituição Federal de 1988, In: VILLATORE. Marco Antônio César. HASSON. Roland (org.), Direito Constitucional do Trabalho – vinte anos depois – Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008, p. 410.

para a autonomia da vontade das partes com respeito à restrição, limitação ou supressão dos direitos mínimos dispostos em lei, na medida em que tais direitos são indisponíveis e irrenunciáveis pelo trabalhador. Enquanto tais normas continuarem em vigor, não haverá espaço para a prevalência do negociado em relação ao legislado no tocante a tais espécies de direitos.³⁷

As normas coletivas restritivas dos direitos mínimos previstos em lei devem ser automaticamente afastadas por serem *contra legem*, devendo prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador. As regras imperativas concernentes ao Direito do Trabalho são de índole impositiva ou proibitiva, que devem ser observadas tal como foram estatuídas. Esta conclusão decorre da simples aplicação das normas existentes em nosso sistema jurídico, especialmente com a conjugação dos artigos 9º e 444 ambos da CLT. Orlando Gomes e Elson Gotschalk são taxativos ao dizerem que "O princípio da liberdade contratual na estipulação do conteúdo da convenção coletiva está limitado pela regra prevista nos arts. 9º e 444 da CLT (disposições contrárias às disposições de proteção ao trabalho), pelas disposições contrárias à ordem pública, à moral (Código Civil) e à liberdade sindical."³⁹

Aliás, outro dispositivo da própria CLT ensina também este caminho a trilhar, que é o artigo 623 ao dispor que: "será nula de pleno direito disposição de convenção ou acordo, que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços." O parágrafo único da mesma norma traz o dever da declaração de nulidade da norma, até mesmo de ofício pelo juiz, em processo submetido ao seu julgamento. Essa também é a orientação contida na Lei complementar nº 75/93, que dispõe sobre a organização e as atribuições do Ministério Público, contida no artigo 83, inciso IV, ora transcrito: "Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: ... IV – propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores;"

O raciocínio ora esposado também tem como fundamento o princípio da proteção.⁴⁰ A síntese desse princípio é reduzida na idéia de compensação. Existindo duas normas que regulam a mesma situação fática, uma delas constante na lei, sendo a outra uma norma coletiva, terá prevalência aquela que for mais favorável ao trabalhador. Finalmente, e não com menos relevo argumentativo, o princípio da irrenunciabilidade mostra-se também como sendo uma barreira intransponível à celebração de normas coletivas que venham a restringir as normas de tutela do trabalhador, previstas em

³⁷ CE. SÜSSEKIND, *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 2000, p. 205-06, acrescentando que nada impede que as partes celebrem condições mais favoráveis do que as resultantes dos preceitos imperativos.

³⁸ CE. SÜSSEKIND, *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 2000, p. 205-206.

³⁹ *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 585.

⁴⁰ Nesse sentido também SÜSSEKIND, *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 2000, p. 205, ao dispor que o referido princípio é um dos característicos fundamentais do Direito do Trabalho, estabelecendo uma base legal cogente para o contrato de trabalho.

nosso sistema jurídico laboral. Este princípio assegura como sendo irrenunciáveis esses direitos, retratando a premissa de indisponibilidade, justamente porque deles não dispõe o trabalhador à luz dos artigos 9 e 468 ambos da CLT. Süsskind ensina que são irrenunciáveis os direitos conferidos aos trabalhadores pela lei, salvo se a renúncia for admitida por norma constitucional ou legal ou se não acarretar uma desvantagem ao trabalhador ou prejuízo à coletividade." A orientação jurisprudencial nº 31 da seção de dissídios coletivos do TST retrata fielmente essa doutrina, ao estabelecer que não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes. Apesar da orientação versar especificamente sobre acordo celebrado em discussão atinente a estabilidade do acidentado, vêm estabelecer de forma clara os contornos admitidos em uma negociação coletiva, proibindo a celebração de normas coletivas menos benéficas ao trabalhador do que a própria lei.

7. ANÁLISE DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 7º, INCISO XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A partir das premissas já estabelecidas anteriormente, é necessária a análise da norma contida no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que dispõe o seguinte: "art. 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;". Obviamente que esse exame diz respeito a análise conjunta, global do artigo 7º da Constituição Federal, jamais de forma isolada do seu inciso XXVI, já que este faz parte da norma diretriz constante no citado artigo. Isto é, o exame dos valores, dos objetivos e das diretrizes traçadas na norma, de tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro."

Inicialmente, temos que analisar a natureza e espécie de norma contida no artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal. Este dispositivo está inserido no Título II da Constituição Federal, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, sendo reconhecidamente como um direito fundamental, especificamente um direito fundamental social dos trabalhadores. Os direitos fundamentais estão em um plano privilegiado superior em relação às demais normas constitucionais, sobretudo a partir do reconhecimento dado pela Constituição de 1988, sendo considerados cláusulas pétreas, assumindo local de destaque na Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais. Os direitos fundamentais são considerados atualmente como um dos principais instrumentos de realização das diretrizes traçadas ao Estado brasileiro, na implementação de um Estado Social e Democrático de Direito, sendo que a maioria destes direitos tem como fulcro a busca da dignidade da pessoa humana. Desse modo, os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, tanto sob o aspecto formal como também material." Destarte, desde já podemos afirmar que

" CE. SÜSSEKIND, *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 2000, p. 216-17.

– Nesse sentido, são os ensinamentos de Juarez Freitas, que prega uma interpretação sistemática, sobretudo conforme a Constituição Federal. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. cd. São Paulo: Malheiros, 2002.

" Assim é a posição predominante da doutrina, inclusive internacional. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. cd., Lisboa, Almedina, 2003. ALEXY, Robert, *Teoria de los*

interpretar o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, de forma a possibilitar a celebração de contratos coletivos amplos e contrários ao posto nas normas infraconstitucionais é colidir com o próprio sistema existente em nossa Constituição – dos princípios e valores estabelecidos em seu texto, sobretudo com a teoria dos direitos fundamentais em sua integralidade.

Em uma segunda análise temos que buscar o enquadramento desta norma no seu ramo específico do Direito e depois os objetivos do respectivo ramo em que está enquadrada. Este exame soa talvez desnecessário, mas é importante situarmos o alcance da norma e os seus respectivos objetivos, a fim de que não tenhamos confusões ou equívocos futuros com uma interpretação distorcida do seu sentido. Ou seja, a referida norma constitucional versa sobre o reconhecimento dos contratos coletivos de trabalho, que estão, por sua vez, inseridos no campo do Direito do Trabalho que trata especificamente do Direito Coletivo do Trabalho. Desse modo, passada esta primeira conclusão – que estamos diante de uma norma atinente ao Direito Coletivo do Trabalho, temos que buscar os objetivos estabelecidos ao Direito Coletivo. Na lição de Mário de La Cueva: "O Direito Coletivo constitui a primeira parte do que denominamos a envoltura protetora do direito individual do trabalho e da Seguridade Social."¹¹ Destarte, a segunda conclusão que chegamos, sobretudo através do contido no item anterior, é que o artigo 7º, inciso XXVI, da CF, ao reconhecer as normas coletivas em nível constitucional, tem como objetivo proteger as normas contidas no direito individual do trabalho e também buscar melhorar as condições de trabalho e de salário dos trabalhadores. Esta é a essência do instituto do Direito Coletivo do Trabalho, no mundo inteiro, desde a sua origem. Sússekind, citando Kant, sublinha que o Direito, quando concebido sem consideração aos princípios que o fundamentam, assemelha-se a uma cabeça sem cérebro."¹²

Para ilustrar com o direito comparado, as premissas são as mesmas na Argentina, por exemplo. "A vontade das partes constitui fonte normativa do contrato de trabalho na medida em que com ele não se altere a denominada ordem pública laboral, vale dizer, os acordos que não impliquem renúncias aos benefícios mínimos previstos para o trabalhador derivados da lei do contrato de trabalho, leis complementares e contratos coletivos de trabalho. Neste último caso, as cláusulas violadoras dos mínimos legais ou convencionais permanecem automaticamente substituídas pelas disposições mínimas contidas na lei ou contrato coletivo aplicável (art. 13 da LCT). S6 se revestem do caráter de fonte normativa aqueles acordos individuais, derivados da vontade das partes, que estabeleçam condições mais favoráveis para o trabalhador."¹³ Estevão Mallet traz a experiência norte-americana a respeito, que também caminha no mesmo sentido, afirmando que "por mais desenvolvido que sejam os procedimentos de negociação

Derechos Fundamentales, Madrid, 2002. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – *Direitos Fundamentais*, 2. cd., 1998. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*.

Panorama do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sulina, 1965, p. 14L.

¹¹ SÚSSEKIND, Arnaldo. Os princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Mona Peixoto; MARTINS, Melchfades Rodrigues; VIDOTTI, Tircio José: (org.) *Fundamentos do Direito do Trabalho*, São Paulo. LTr: 2000, p. 220.

¹² MANSUETI, Hugo Roberto, O Direito do Trabalho na sociedade argentina, In: FREDIANI, Yone; SILVA, Jane Granzoto Torres da (org.), *O Direito do Trabalho na sociedade contemporânea*, 2001, p. 40.

coletiva e fortes os sindicatos, ainda assim restam matérias inevitavelmente excluídas da disponibilidade das partes. Mesmo no regime norte-americano de relações de trabalho, em que tanto se deixa à negociação coletiva, não se ocupando a legislação, em regra, do conteúdo dos ajustes estabelecidos, reconhece-se a existência de assuntos postos ao abrigo da vontade dos agentes econômicos. Não haverá de ser de outro modo no direito brasileiro. Imaginar que, em algum momento, isso possa mudar, ficando toda e qualquer matéria sujeita à negociação coletiva é inaceitável."''

A este respeito, Russomano informa que nos Estados Unidos os contratos coletivos constituem um valioso instrumento para a classe trabalhador, acrescentando que "através deles, sobretudo, os empregados procuram ressaltar e conquistar seus direitos. Acrescenta com extrema propriedade que: "em síntese, portanto, se alguma consequência se pode pretender extrair – relativamente ao assunto desta dissertação – através de um paralelo entre as condições próprias dos Estados Unidos da América do Norte e as condições próprias dos Estados Unidos do Brasil, no que diz respeito a tais convênios, essa consequência é a seguinte: toda e qualquer recomendação em favor do uso prático dos contratos coletivos de trabalho necessita ser antecedida por uma recomendação preliminar, no sentido de que se fortaleça o sindicalismo de que dispomos." Conclui afirmando que é sobre sindicalismo verdadeiro, atuante e forte que repousa o êxito cotidiano, no sistema dos contratos coletivos de trabalho. "No Brasil, ao contrário, encontramos-nos com um sindicalismo fictício, inerte e ineficiente. É precisamente, sobre esse sindicalismo, que existe mais na lei do que na vida, que repousa o fracasso diuturno de nossas tentativas de aplicação dos contratos coletivos." As brilhantes considerações e conclusões do professor Russomano não merecem quaisquer complementações, na medida em que o panorama atual não se alterou significativamente da época em que apresentados tais argumentos. E essa conclusão é do próprio professor Russomano, que em janeiro de 2009 sustentou o seguinte: "A representatividade sindical, como disse, está tão definhada que, segundo as estatísticas, nem chega a 20% o número de trabalhadores sindicalizados no Brasil."''

Süssekind informa que em quase todos os países a negociação coletiva vem sendo prejudicada pelo enfraquecimento dos sindicatos, resultante da crise gerada pela globalização da economia com o endurecimento das leis de mercado, o que ampliou consideravelmente o desemprego e reduziu significativamente o número de trabalhadores filiados aos correspondentes sindicatos. Acrescenta que no Brasil a necessidade do intervencionismo estatal na legislação trabalhista decorre do fato do país estar desigualmente desenvolvido, tendo sindicatos expressivos preponderantemente apenas em alguns pontos do território, apenas onde estão localizadas as indústrias de porte. Por ser um país com dimensões continentais entende que tais desigualdades justificam o intervencionismo estatal na legislação, em razão do enfraquecimento

'' MALLET, Estevão. A negociação coletiva nos Estados Unidos da América. In: VIDOTTI, Tircio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (org.), *Direito Coletivo do Trabalho em uma sociedade pós-industrial*, 2003, p. 404.

'' RUSSOMANO, Mozart Victor. *Pequeno Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956, p. 112-113.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Entrevista dada para a *Revista ANAMATRA* n°56. Janeiro de 2009, p. 69.

sindical em vários pontos deste país. Justifica que até mesmo em países com poderosas organizações sindicais, como Alemanha, França, Itália, Suécia e Espanha, a legislação trabalhista continua intervencionista, sendo os direitos trabalhistas ampliados pelas convenções coletivas."

Resta visto, portanto, que a norma contida no artigo 7º, inciso **XXVI** não pode ser examinada em separado, extraíndo-a do seu contexto científico-jurídico, por se tratar de um direito que visa alcançar aos trabalhadores a melhoria das suas condições sociais. Desse modo, de acordo com uma interpretação sistemática do referido inciso não há como se chegar a conclusão que tal dispositivo venha a possibilitar a diminuição dos direitos mínimos dos trabalhadores, com a conseqüente diminuição da sua condição social. Interpretação nesse sentido, além de ser *contra legem* é contrária a todas as premissas e pressupostos básicos e essenciais construídos nos princípios e regras do Direito do Trabalho, especificamente do Direito Coletivo do Trabalho. Além disso, tal interpretação vem colidir frontalmente com o que dispõe o próprio *caput* da norma em apreço, na medida em que o inciso **XXVI** não pode ser analisado e interpretado de forma isolada do que está contido no referido *caput* do artigo 7º da Constituição Federal. Por fim, tal interpretação também é contrária a todo o sistema constitucional posto em nossa Constituição. A partir do momento em que a Constituição Federal estabelece o Brasil como sendo um Estado social e democrático de Direito" e, sobretudo, traça os princípios fundamentais do país que necessitam ser implementados, ganhando relevo neste aspecto os princípios da dignidade da pessoa humana, do reconhecimento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, constantes nos artigos 1º e 3º da CF, passa a ser dever do Estado implementar estes fundamentos. Nesse sentido, com base nas premissas estabelecidas não haveria nenhum espaço para que o inciso **XXVI** do artigo 7º da Constituição fosse visto como uma brecha para diminuição dos direitos sociais, que foram formalmente reconhecidos pelo próprio constituinte como direitos fundamentais materiais e formais.

Conforme José Eduardo de Resende Chaves Júnior, o constituinte inseriu no *caput* do artigo 7º da Constituição uma cláusula aberta de recepção de direitos sociais, através da locução: "além de outros direitos que visem à sua melhoria da condição social". Acrescenta que tal dispositivo vai além da simples consagração do princípio da proteção, tratando-se da consagração do princípio da emancipação social do trabalhador, que tem como objetivo cobrar da sociedade uma postura pró-ativa. promocional, com intuito de diminuir as desigualdades existentes. Sustenta que a idéia contemporânea do Direito Coletivo tem como desafio privilegiar a emancipação social do trabalhador.⁵²

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2. cd., RENOVAR: 2001, p. 424-25.

Esta conclusão é extraída principalmente a partir do próprio preâmbulo da Constituição e dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Direito Coletivo do Trabalho: uma aproximação pós-estruturalista*, In: VIDOTTI, Túrcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Mona Peixoto (org.). *Direito Coletivo do Trabalho em uma sociedade pós-industrial*. São Paulo: LTr. 2003. p. 130-31. (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 328-329.

Por fim, é a própria Constituição Federal, no § 2º do artigo 114, que exige sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, quando verificada a negociação coletiva como mecanismo de solução do conflito existente entre empregados e empregadores. A norma constitucional deixa evidente a indisponibilidade das normas mínimas legais de proteção do trabalho, mostrando mais uma vez a característica da irrenunciabilidade desses direitos. Do mesmo modo é a interpretação já dada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme trecho da ementa ora transcrito: "Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite." (STF, 1 T., RE nº 234.186/SP, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 05.06.2001).⁹⁷

Portanto, vimos que as cortes superiores já se posicionaram a respeito do tema, no sentido da impossibilidade da restrição de direitos mínimos previstos em lei em favor dos trabalhadores através de norma coletiva, devendo esta servir exclusivamente para majorar o contrato mínimo legal estabelecido em nosso ordenamento.s.i

8. CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 busca estabelecer um marco divisório na história do Brasil, traçando como objetivo supremo a construção de um país justo e digno, com avanços sociais. Estes objetivos, que não são fruto da construção puramente doutrinária, mas estão expressos na Carta Constitucional, especialmente no Preâmbulo e no capítulo que elenca os princípios fundamentais, não podem, jamais, ser esquecidos.

O Direito do Trabalho sempre ocupou no cenário jurídico brasileiro idéias de vanguarda, orgulhando a todos nós que operamos neste campo e lutamos pela sua realização, servindo de modelo, em inúmeros aspectos, para diversos outros ramos do Direito. Com estas premissas é possível, lógico e razoável se concluir que as normas coletivas de trabalho devem ser vistas como valiosos instrumentos de melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores, bem como de majoração dos direitos mínimos estabelecidos no texto de lei.

Não há espaço para se possibilitar uma diminuição de direitos mínimos a partir da interpretação do texto constitucional. Aliás, com uma atenta leitura dos basilares artigos 9º e 444 da CTL também não se mostra viável qualquer exame nesse caminho, porquanto os direitos mínimos devem ser mantidos e assegurados.

Esses direitos devem ser assegurados, a fim de que se mantenha a estrutura originária do Direito do Trabalho, que busca estabelecer condições que coloquem as partes contratuais – trabalhadores e patrões, em planos iguais, para contratação e execução do contrato de trabalho. Esses objetivos e limites estabelecidos aos contratos coletivos de trabalho são estabelecidos também no plano internacional, sobretudo nas

⁹⁷ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 23 abril 2009.

⁹⁸ Apesar dos pronunciamentos do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, a jurisprudência continua oscilante a respeito da matéria, sendo constatada, por diversas oportunidades, a restrição desses direitos mínimos através da negociação coletiva, o que se constata, inclusive, em outras decisões do próprio TST.

normas postas pela Organização Internacional do Trabalho. O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho já retrataram, de forma clara e explícita, esse entendimento.

9. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- BANDINI, Renato Luiz de Avelar. Reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho – art. 7º, inc. XXVI, da Constituição Federal de 1988, In: VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland (org.). *Direito Constitucional do Trabalho – vinte anos depois – Constituição Federal de 1988*, Curitiba: Juruf, 2008.
- BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para armar*. São Paulo: LTr, 1999.
- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CESARINO Jr., A.F. *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1957.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Direito Coletivo do Trabalho: uma aproximação pós-estruturalista, In: VIDOTTI, Tarcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (org.), *Direito Coletivo do Trabalho em uma sociedade pós-industrial*, São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LA CUEVA, Mário de. *Panorama do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1965.
- LAMARCA, António. *Curso expositivo de Direito do Trabalho: introdução e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- LEDUR, José Felipe. *A realiação do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *O que é direito social?* In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho. v. 1: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- MANSUETI, Hugo Roberto, O Direito do Trabalho na sociedade argentina, In: FREDIANI, Yone; SILVA, Jane Granzoto Torres da (org.), *O Direito do Trabalho na sociedade contemporânea*, 2001.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luís Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.
- MALLET, Estevão. A negociação coletiva nos Estados Unidos da América, In: VIDOTTI, Tarcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (org.), *Direito Coletivo do Trabalho em uma sociedade pós-industrial*, 2003.
- MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo de; *Introdução ao Direito do Trabalho*. Silo Paulo: LTr, 2000.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. *Convenção n° 151*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Pequeno Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

———. *Estudos de Direito do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1964.

———. *Revista ANAMATRA* 11^o 56. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Altitllições de direito do trabalho*. 19. ed., São Paulo: LTr, 2000. v. 1.

———. *Altitllições de Direito do Trabalho*. 19. ed., São Paulo: LTr, 2000. v. 2.

———. *Direito Constitucional do Trabalho*, 2. ed., RENOVAR: 2001.

———. Os princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988, In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tércio José; (org.), *Fundamentos do Direito do Trabalho*, Silo Paulo: LTr, 2000.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stfjus.br/>>. Acesso em: 23 abril 2009.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS'

Rafael da Silva Marques

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região

INTRODUÇÃO

Inicialmente começa-se dizendo o que é direito subjetivo. Para tanto, utiliza-se o que diz Karl Engisch. Para ele o direito subjetivo é o poder ou a legitimação conferida pelo direito. O direito subjetivo é mais do que simples permissão. É, na verdade, uma esfera de poder, de modo a ser-lhe possível, dentro dela, acautelar os seus próprios interesses. É, portanto, o direito subjetivo um poder que é concedido ao indivíduo pela ordem jurídica, um meio para a satisfação de interesses humanos.'

Já quanto aos direitos fundamentais, interessante trazer-se a discussão a visão de Mauricio Godinho Delgado. Ele aduz que "*direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade*". Para o autor estes direitos não traziam qualquer efeito inovador dentro da história, pois que já existiram, no passado, experimentos sócio-políticos de grande participação das elites na vida econômica, política e social da sociedade, como é o caso de Atenas.'

Somente adquiriu real relevância o conceito de direitos fundamentais no momento em que incorporou à sua matriz os vastos segmentos sócio-econômicos destituídos de riqueza e que, pela primeira vez na história, "*passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade*"

Já Gomes Canotilho assevera que as normas de direitos fundamentais são todos os "*preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (cf. CRP, arts. 24 e ss)*". Para ele, a importância das normas de direitos fundamentais vem do fato de elas, direta ou indiretamente, "*assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos*", isso para o exercício, acrescenta-se, de sua total cidadania e liberdade.

Embora sejam utilizadas como sinônimas, há como distinguir as expressões direitos fundamentais e direitos do homem. Os direitos do homem são aqueles válidos para

• Não será objeto deste estudo a questão do Estado Social e II estabilização do Estado Liberal.

'ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa, Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 9. ed.. 2004, p. 41/43.

- GODINHO DELGADO, Mauricio, "Direitos fundamentais na relação de trabalho". Em *LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo. LTr, Ano 70, junho/2006, p. 657.

'GODINHO DELGADO, Mauricio. "Direitos fundamentais na relação de trabalho", cit., p. 657.

GOMES CANOTILHO, J. J.. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Lisboa, Almedina, 7. ed.. 2003, p. 1170.

todos os povos em todos os tempos em uma dimensão jusnaturalista-universalista; direitos fundamentais são os direitos do homem, garantidos jurídico-institucionalmente e limitados em tempo e espaço. Os primeiros teriam origem na própria condição humana, por isso invioláveis e os fundamentais seriam os vigentes conforme a ordem jurídica.

Os direitos fundamentais podem ser os formalmente constitucionais, constantes do corpo da constituição e assim especificados, os materialmente constitucionais que, embora não estejam formalmente na Constituição, considerando a matéria de que tratam, assim são considerados. Há, ainda, os direitos fundamentais dispersos pelo corpo da Carta, chamados também de "*direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo*"?

Modernamente apresenta a doutrina a classificação dos direitos fundamentais em de primeira, segunda e terceira dimensões, baseando-se em uma ordem histórica e cronológica e que passaram a ser reconhecidos constitucionalmente. Celso Lafêr⁶ acrescenta os direitos de quarta dimensão, dizendo que estes e os de terceira dimensão transcendem a esfera individual, recaindo a grupos primários e grandes formações sociais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão buscam proteger os indivíduos frente ao Estado. Sua origem vem do pensamento liberal e individualista burguês, caracterizado como um direito de defesa, que determina a não-intervenção do Estado. São eles o direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade formal, liberdade de expressão coletiva, direitos de participação política entre outros. Paulo Bonavides os denomina como direitos civis e políticos.⁷

Os direitos de segunda dimensão exigem do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. ao contrário dos direitos de primeira dimensão, que se caracterizam pela conduta negativa do ente público.⁸

Estes direitos são os econômicos, sociais e culturais, que fazem com que os cidadãos tenham direito a prestações sociais por parte do ente estatal, como educação, saúde, trabalho, Previdência Social, entre outros, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Englobam, ainda, o direito à greve, sindicalização, salário mínimo, as chamadas "*liberdades sociais*". Sua função, portanto, é prestacional.

Os direitos de terceira dimensão são também conhecidos como direitos de fraternidade e de solidariedade. Não se referem a uma pessoa individualmente como os acima expostos. destinando-se à proteção de grupos de pessoas assim como os direitos de titularidade coletiva ou difusa.

⁶ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 393/405.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Em discurso de posse do Ministro Celso Melo como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

⁷ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, So Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

REIS, Jorge Renato dos, "*A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado*", Em *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*, Tomo 4, Organizadores Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 996.

⁸ REIS. Jorge Renato dos, *ibidem*.

Inserem-se entre estes direitos, o da autodeterminação dos povos, à qualidade de vida, em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, exigindo esforços e responsabilidades em escala universal para sua concretização."

Os direitos de quarta dimensão são aqueles relacionados à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo. Aceitar e garantir todas as formas de manifestação social e tolerar a diferença, garantindo com que ela possa, plenamente, apresentar-se como tal, é uma das funções dos direitos fundamentais de quarta dimensão.

É importante destacar que há quem defenda que não há razão de haver a divisão dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações. É que não existem diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos fundamentais, o que determina a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre os direitos sociais e de liberdades e garantias, aplicando-se de forma imediata todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais.▼

A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem. sendo eles prestações positivas proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, constantes de normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados e que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. Ligam-se, portanto, ao direito de igualdade. *"Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao conferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade".*"

Gomes Canotilho, quando fala da constituição social, assevera que ela servirá para designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social, formalmente constantes da Constituição. A Constituição social não se reduz a um conceito extraconstitucional, é, sim, um amplo conceito que envolve os princípios fundamentais daquilo que se chama de direito social."

Os direitos sociais apelam para uma democracia econômica e social em um duplo sentido. Em primeiro lugar são direitos de todos e de todas as pessoas residentes no país (Canotilho refere-se a Portugal), sendo eles, segurança social, saúde, habitação, ambiente e qualidade de vida; em segundo lugar pressupõem um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas ou sociais, não podem desfrutar destes direitos. Canotilho coloca um terceiro sentido, o da democracia econômica e social, no campo dos direitos sociais: *"a tendencial igualdade dos cidadãos no que respeita às prestações sociais".*¹⁴

" REIS, Jorge Renato dos, "A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado", cit., p. 997/998.

¹¹ SCHÁFER, Jairo Gilberto, "A indivisibilidade dos direitos fundamentais e a efetividade dos direitos sociais". Em *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Sandra Regina Mantini Vial (coordenadora), Mônia Clarissa Hennig Leal, Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, Porto Alegre: Evangraf, 2005, p. 123.

▼SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo; Malheiros, 17. ed., 2000, p. 289/290.

▼GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 347/348.

▼ (GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 348.

Os direitos sociais estão elencados no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988¹⁵, na Parte I, Título III, Capítulo II da Constituição portuguesa de 1976¹⁶ e no Título I, Capítulo III da Constituição espanhola de 1978¹⁷.

No caso do Brasil, inicialmente, os direitos sociais estavam localizados junto à ordem social. Com a Constituição de 1988, isso passou a ser diferente, existindo o capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e da ordem social (título VIII). Isso, contudo, não quer dizer que a separação seja radical. O artigo 6º da Constituição brasileira de 1988 diz que são direitos sociais "a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". A forma a que se refere este artigo é trazida no título da ordem social que tem como "base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".¹⁸¹⁹

Os direitos econômicos e sociais, de segunda geração, não são de fácil diferenciação, pois há quem entenda que os direitos dos trabalhadores são espécies de direitos econômicos, já que o trabalho é um dos componentes da produção. A Carta, contudo, coloca os direitos dos trabalhadores como direitos sociais e o trabalho como base da ordem social."

O certo é que, antes de tudo, são eles direitos fundamentais do homem e consistem em prestações positivas" proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, constantes em normas constitucionais, que possibilitem melhoria na condição de vida e maior conforto e dignidade aos mais necessitados, tendendo a haver igualdade entre os desiguais."

Alexy aduz que os direitos de defesa do cidadão frente ao Estado são direitos negativos (omissivos) por parte do mesmo Estado. Sua contrapartida são, segundo ele, os direitos a ações positivas do Estado, chamados direitos sociais, como por exemplo os direitos à assistência social, trabalho, educação, entre outros.²³

Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que o cidadão tem direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes, podendo ele Estado dispor destes recursos. Contudo, não há como se aceitar que estes direitos estejam sujeitos tão somente

u Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

" Direitos e deveres sociais.

¹⁷DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.

" Artigo 193 da Constituição brasileira de 1988.

" SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 288.

" SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 289.

-1 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Lisboa: Almedina, 2005, p. 182, para quem os direitos sociais são "direitos a prestações (como direitos a prestações de facto positivo)", em contrapartida a direitos de defesa, também conhecidos no constitucionalismo português como "direitos, liberdades e garantias". Aqui, no mesmo sentido. WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 4. cd., 2004, p. 205.

-" SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 289.

" ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 419/420.

à possibilidade de recursos disponíveis, sendo que o que pretende a norma fundamental é a implementação gradual destes direitos, observada a reserva do possível. Não é o que ocorre com os direitos e garantias individuais (liberdades e garantias) onde não há a necessidade de atuação por parte do Estado (abstenção) ou quando a atuação diga respeito a atividades tradicionais como, por exemplo, a segurança e justiça.²⁴

Certo é que o bem-estar social é uma das finalidades do Estado, não podendo, ao contrário da justiça e segurança, ser monopólio dele, "*sob pena de asfixia da liberdade social, admitindo-se, por isso, graus diversos de intervenção que devem ser objecto de decisão política dos órgãos democraticamente eleitos, sujeita ao escrutínio popular*".²⁵

Lembra Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos fundamentais sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação pelas desigualdades sociais, "*o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada*". Ademais, estes direitos buscam uma igualdade real para todos, atingível somente quando se elimina as desigualdades, e não por meio de uma igualdade desprovida de liberdade. podendo firmar-se neste contexto que, em certa medida, "*a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais*".²⁶ Note-se que os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade não estão em posição antagônica, pois que ambos são direitos fundamentais e se baseiam no fundamento da dignidade da pessoa humana que se concretiza proporcionalmente ao aumento da liberdade e da diminuição dos privilégios para todos.'

Como se vê, não há democracia sem a concretização dos direitos sociais e sem a busca incessante de uma igualdade material, com redução significativa das desigualdades sociais e regionais, escola pública organizada e satisfatória, acesso amplo à cultura e aos direitos de proteção ao trabalho.

Neste instante, necessárias algumas considerações sobre os direitos **sociais na Espanha** e, após, no âmbito das relações laborais.

DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

Os direitos fundamentais, na Constituição espanhola de 1978, fazem-se presentes no Título I da Carta, artigos 10 a 55. Integram tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais. O sistema de garantias, contudo, privilegia os direitos relacionados e umbilicalmente ligados à liberdade em detrimento daqueles que mantêm relação com a igualdade."

" VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cil., p. 190/191.

" VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 192.

" WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 214.

" WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 215.

" COSTA, Marli M. M. da e BELLOSO MARTIN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008, p. 197.

Marli Marlene da Costa e Nuria Beloso Martín justificam que esta quebra de unidade parece uma consciência da diferença entre o "que se considera liberdade individual, enquanto esfera de interesse privado, cujo desfrute se acredita garantido por meio da mera autolimitação estatal, e o que se entende como direito social, enquanto esfera do interesse coletivo, que requer, para o seu exercício e tutela, a criação dos correspondentes serviços por parte dos poderes públicos".²⁹

Contudo, o que deve ser ressaltado é que a questão não está fechada dentro da doutrina espanhola. Há polêmica sobre o tema de os direitos sociais serem ou não fundamentais. Para as autoras os direitos do Capítulo III da Constituição espanhola de 1978 têm todos os requisitos para serem considerados fundamentais. São eles direitos humanos positivados na Constituição e que gozam de garantias jurídicas, ainda que diversas daqueles relacionados com a liberdade.³⁰

As autoras prosseguem e asseveram que:

"Os argumentos que podem esgrimir-se a favor da tese dos direitos sociais como fundamentais na Constituição, podem se deduzir de sua própria inserção no Título I que trata "Dos Direitos e Deveres Fundamentais". É a própria Constituição que define todos os direitos e deveres contidos no Título I como fundamentais e alude a isso, literalmente, quando enuncia o Capítulo IV do citado Título como "garantias das liberdades e Direitos Fundamentais", apresentando ali os diversos instrumentos de proteção dos direitos mostrados nos distintos capítulos e seções do Título".³¹

Note-se que uma interpretação restritiva acabaria desembocando no resultado de manter unicamente parte dos direitos e liberdades do Título I entre os fundamentais, ficando os demais na condição de acessórios. É por esta razão que as autoras aduzem que a diferença entre os meios de tutela não implica negar a condição de direitos fundamentais a todo aquele rol de direitos do Título I da Constituição espanhola de 1978, mas implica no reconhecimento realista por parte do constituinte dos "diferentes pressupostos econômico-sociais e técnico-jurídicos que concorrem na respectiva implantação das liberdades individuais"?

De outro lado, ousa-se, neste item, a dizer que os direitos fundamentais sociais estão relacionados ao direito ao desenvolvimento.

Sobre o direito ao desenvolvimento, Peces-Barba assevera que ele se apresenta no âmbito da Comunidade internacional, numa dialética entre países ricos e pobres. Mais adiante, ensina que este direito se decompõe no direito que assegura a cada homem uma vida digna com casa, seguridade social, saúde, educação, entre outros.

" COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 198.

COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

" COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

" COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, cit., p. 199.

É, para o autor, um direito coletivo dos povos e nações e contém aqueles direitos individuais de que depende uma vida digna. *"La dignidad como raíz de la moralidad, y la independencia o la autonomía como su meta, serían compatibles con la pretensión moral del derecho al desarrollo, como derecho de los grupos, de los pueblos y de las naciones, solo como expresión de las pretensiones de los individuos que los componen"*.³³

Para melhor justificar seu posicionamento, Peces-Barba mostra que, no âmbito interno, o artigo 2º da Constituição espanhola reconhece e garante a solidariedade entre regiões e que o artigo 138.1 do mesmo diploma jurídico desenvolve o tema ao garantir a realização efetiva do princípio da solidariedade, buscando o estabelecimento de um equilíbrio econômico adequado e justo entre as diversas partes do território espanhol. Acrescenta, ainda, que no artigo 40, a Constituição sinaliza que os poderes públicos promoverão condições favoráveis para o progresso econômico e social e para uma distribuição de renda regional e pessoal mais igual, sendo este o espírito que o autor chama de princípio do desenvolvimento.³⁴

Acrescente-se aos fundamentos supra o que ensina Teresa Vicente Giménez para quem:

"El avance histórico de los derechos humanos descansa hoy en el reconocimiento, la efectividad y la exigibilidad de los derechos sociales, del mismo modo que ocurrió en otro momento histórico con los derechos civiles y, más tarde con los derechos políticos, que consiguieron una base jurídica suficiente para realizar los derechos humanos, enunciados entonces como punto de partida. En la actualidad, el proceso de de realización histórica de los derechos sociales requiere de la adopción de medidas en el plano interno y en el plano internacional, porque la mejora de las condiciones de vida de la humanidad, de las gentes y de los pueblos, **exige** una acción conjunta y solidaria".³⁵

Daí, reforçado pelo que está dito por Marli Marlene da Costa e Nuria Belloso Martín, há como se entender que os direitos sociais têm caráter fundamental. E isso se justifica pelo fato de alçarem o ser humano a uma condição digna de vida e existência, com a redução das desigualdades existentes, a fim de promover o bem-estar de todos, para o progresso conjunto da coletividade.

De outra face, é interessante que se diga que a interpretação dos direitos fundamentais vincula-se a uma teoria dos direitos fundamentais e esta a uma teoria da Constituição e ambas a uma concepção de Estado, da Constituição e da cidadania, tendo por base uma ideologia sem a qual os conceitos antes traçados ficam sem qualquer sentido. Daí surge a massa teórica que faz a legitimidade da Constituição e

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Colección Cursos. Madrid; Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, I reimpresión; 1999, p. 188/189.

³⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., p. 190/191.
³⁵ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia; Publicaciones Universidad de Valencia, 2006, p. 102.

dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores de ordem democrática do Estado de Direito, onde "*jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição*"

Assim, fugindo de uma hermenêutica tradicional, a concretização dos direitos fundamentais deve dar-se levando em conta o conteúdo da norma fundamental, seu alcance e interesse da sociedade e de quem busca a proteção, tendo em mente o intérprete tratar-se de norma com natureza de princípio, e que deve **ser sempre** ampliada em benefício da coletividade que, ao final, é quem ela protege.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS

Os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais se diferenciam dos direitos sociais em geral. Os primeiros são uma categoria específica destes e se diferem dos demais que dizem respeito a toda a coletividade, já que são restritos aos trabalhadores (empregados), tendo como destinatários os empregadores. Note-se que os direitos sociais prestacionais encontram-se vinculados às tarefas exercidas pelo Estado Social, que busca a melhor forma de distribuir e redistribuir a renda.³⁷

Os direitos dos trabalhadores, conforme a Constituição brasileira de 1988, são de duas ordens fundamentalmente: direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho, artigo 7º da Constituição de 1988, como por exemplo "*gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos um terço a mais do que o salário normal (inciso XVII)*"; e direitos coletivos dos trabalhadores, artigos 8º a 11º, exercidos coletivamente ou no interesse de uma coletividade, tais como o direito à associação sindical, greve, entre outros.³⁸

Vieira Andrade coloca os direitos dos trabalhadores como de mesma categoria aos direitos, liberdades e garantias, embora estejam sujeitos a um regime constitucional diverso (direitos sociais). São negativos, portanto direitos à abstenção. Ressalta o autor, mais adiante, que vários direitos sociais, e inclui-se aqui especialmente os dos trabalhadores, acabam por apresentar uma determinação intensa de conteúdo, hipótese em que seu regime substancial (embora não o orgânico) aproxima-se por força do princípio da constitucionalidade, do regime de aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias. Conclui ele que há direitos sociais, portanto, e neste se encaixam bem os dos trabalhadores, que têm natureza de direitos negativos, liberdades e garantias.³⁹

Note-se que as considerações acima fazem com que se possa concluir que é dispensável qualquer norma que regulamente os direitos sociais dos trabalhadores, como por exemplo a do inciso XXI do artigo 7 da Constituição brasileira", entre outras.

BONAVIDES. Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 581.

³⁷ WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 214/222.

³⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 291.

³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 385/386.

Ar. 7 (...); XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

E não haveria de ser diferente, pois se assim não fosse, chegar-se-ia ao absurdo de concluir-se que os direitos de primeira dimensão teriam que, também, para ser efetivamente exercidos, fomentados por lei ou políticas públicas. Uma coisa é o direito a prestações. Outra são os direitos sociais negativos como os dos trabalhadores, que prescindem de qualquer norma ou política pública para se fazerem valer, frente ao tomador do trabalho ou empregador."

Interessante, ainda, destacar que o problema dos direitos sociais, onde se inclui os dos trabalhadores, não é apenas colocá-los nas Constituições, mas sim evitar que virem meros enunciados teóricos, sem reflexos na vida prática dos titulares, apenas promessas de incerto cumprimento, consoante lembra Calamandrei."

Não menos importante para os direitos dos trabalhadores é o fato de as normas de direitos fundamentais em sentido material, aquelas que, apesar de estarem fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais, em virtude de seu grau de importância e conteúdo, podem ser equiparadas, formalmente aos direitos fundamentais." Isso faz com que os artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho" tenham, também, materialmente, natureza de direitos fundamentais. É que consideram, respectivamente, como nulos de pleno direito os atos que visem a fraudar, impedir ou desvirtuar a aplicação dos preceitos constantes da Consolidação e que são lícitas apenas as alterações nos contratos individuais de emprego por mútuo consentimento e desde que não acarretem prejuízo ao trabalhador. São, portanto, normas materialmente constitucionais, relacionadas ao que dispõe o artigo 7º, cabeça, da CF/88 e ao princípio da proteção.

Ainda, merece referência o que diz Luno sobre os direitos dos trabalhadores no âmbito da Constituição espanhola. Para ele:

"La Constitución española de 1978 reconoce una serie de derechos sociales, de marcada significación laboral, cada uno de los cuales corresponde a una fase característica del movimiento sindicalista

(...)

e) Se consagra el derecho y el deber al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares del trabajador (art. 35.1). En consonancia con tal reconocimiento, los poderes públicos se comprometen a fomentar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1).

" Sobre isso recomenda-se a leitura de Karl Engisch, que aduz que as normas jurídicas são imperativos, divididos em imperativos hipotéticos, bons conselhos de como proceder e categóricos, ou seja, que diz o que se deve fazer e a forma de proceder em determinado caso, uma conduta necessária por si mesma, sem referência a outro fim possível. ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 48/49.

" SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema gerencial ao sistema unitário - uma proposta de compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 51.

"SCHÄFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais (...)*, cit., p. 36.

"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.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos no empregado, sob pena de nulidade de cláusula infringente desta garantia.

f) Se garantiza el mantenimiento de un régimen público de seguridad social (art. 41); la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, y otros".⁴⁵

Por fim, pelo versado até aqui, não há como concordar com Bulos⁴⁶, para quem os direitos contidos no artigo 7º da Constituição são taxativos, pois que a norma constitucional, na cabeça do artigo preceitua "*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*"; não se podendo restringir a apenas trinta e quatro incisos e um parágrafo único os direitos fundamentais dos trabalhadores, sem a possibilidade e qualquer ampliação que vise à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

CONCLUSÃO

Conclui-se este breve trabalho apontando o que segue:

1. os direitos sociais são, em verdade, direitos fundamentais sociais em razão de representarem eles normas de direitos humanos e que têm por objetivo a melhoria da condição social da população e a redução das desigualdades sociais e regionais, tanto no Brasil quanto na Espanha;

2. os direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais sociais, de aplicação imediata, isso frente a nova ordem constitucional que consagra os direitos fundamentais e a regra-princípio da dignidade humana como alicerces do Estado Democrático de Direito; e

3. os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, constantes do artigo 7º da Constituição brasileira de 1988, não são "numerus clausus", isso por força do que preceitua a cabeça do artigo referido neste item.

Com estas considerações, espera-se ter contribuído para o debate acerca dos direitos fundamentais em especial dos fundamentais-sociais.

FONTES

ALEXYY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Marli M. M. Da e BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado, Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 9. ed., 2004.

GODINHO DELGADO, Mauricio, "Direitos fundamentais na relação de trabalho". *LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, Ano 70, junho/2006.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Lisboa: Almedina, 7. cd., 2003.

LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Em discurso de posse do Ministro Celso Melo como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

♦ PEREZ LUNO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, **Temas clave de la Constitución española**, Madrid: Ed. Tecnos, 9. cd., 2007, p. 195.

† LAMMÉGO BULOS, Uadi, *Constituição federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2005, p. 427.

- LAMMÊGO BULOS, Uadi, *Constituição federal anotada*, São Paulo: Saraiva. 6. ed., 2005.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Colección Cursos. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, **I** reimpressão; 1999.
- PEREZ LUNO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Temas clave de la Constitución española, Madrid: Ed. Tecnos, 9. ed., 2007.
- REIS, Jorge Renato dos, "A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado", Em *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*, Tomo 4, Organizadores Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- SCHAFER. Jairo Gilberto; "A indivisibilidade dos direitos fundamentais e a efetividade dos direitos sociais". Em *Anais do I Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Sandra Regina Martini Vial (coordenadora), Mônia Clarissa Hennig Leal, Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, Porto Alegre: Evangraf, 2005.
- SCHAFER, Jairo Gilberto, *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 17. ed., 2000.
- VICENTE GIMÉNEZ. Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia: Publicaciones Universidad de Valencia, 2006.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Lisboa: Almedina. 2005.
- WOLFGANG SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 4. ed., 2004.

A CONVIVÊNCIA DO PROCESSO COM A CONSTITUIÇÃO

Raquel Hochmann de Freitas

Juíza do Trabalho Substituta

Pós-graduanda em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUCRS

1. O PROCESSO SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No final do século XIX, o processo começa a existir como ciência autônoma, separada do direito material, distanciando-se, igualmente, da realidade social e, por via de consequência, de sua principal finalidade, qual seja, a realização do direito material. No dizer de Daniel Francisco Mitidiero:

O método de que se servia o processualismo era o científico ou autonomista, através do qual os estudiosos se lançaram à tarefa de expulsar da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica. (...). O direito, então, tendia à norma estatal, passível de uma única interpretação "verdadeira" (a tarefa do juiz, então, cingia-se a descobrir a "vontade concreta da lei", na célebre expressão de Giuseppe Chiovenda), assumindo foros de clareza, certeza e previsibilidade (...). Nesse quadrante, o processo civil acabou relegado a um expediente de índole técnica, de todo infenso a valores em seu trato cotidiano.¹

Enquanto ciência pura e desvinculada do direito material, valorizando a igualdade formal em detrimento da substancial, o processo deixa de servir à concreção da finalidade social que o acompanha, pensando o Direito sob uma perspectiva meramente individual. A necessidade de reformulação da cultura do processo envolveu a compreensão da ciência processual a partir do jurisdicionado e de sua realidade social, cessando, de tal modo, a preocupação apenas em tomo da dogmática.

A nova e sempre dinâmica realidade social, bem como o surgimento de direitos outros que não os meramente individuais, além do nascimento de novas categorias de litígios (envolvendo a tutela de direitos coletivos), culminaram no fenômeno da constitucionalização do direito processual, o qual passou também a permear a própria Constituição; em outras palavras, ao mesmo tempo em que a Constituição deve conferir proteção às normas processuais, positivando-as (a exemplo da coisa julgada, da ampla defesa e do contraditório), também o processo deve emprestar força normativa à Constituição (a exemplo do que ocorre com as ações constitucionais, como a ADIN).

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

O processo, então, passa a ser o ponto de encontro dos direitos fundamentais, deixando de ser visto como mera garantia e passando a ser reconhecido como efetiva realização dos direitos fundamentais, sob a ótica da Constituição e, porque não dizer, visto como um direito fundamental (ao processo justo, por exemplo, a teor do art. 5º, LIV da Carta Magna, ou mesmo o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, à luz do art. 5º, XXIV da CF/88).

Nesse contexto, importante diferenciar, ainda que de forma singela, *direitos de garantias* fundamentais. Os direitos fundamentais², em linhas gerais, são aqueles que concedem direitos, permitindo exigir do Estado uma conduta positiva, uma prestação, num conceito verdadeiramente dinâmico. Já as garantias fundamentais consubstanciam mecanismos que visam a assegurar direitos, numa idéia estática que se esgota num verdadeiro "não-agir" do Estado. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Direitos fundamentais são (...) todos aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, forma, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

A mudança da ótica pela qual é visto o processo (de garantia para direito) traz em si a relevante mudança cultural que enxerga no processo não mais algo estático, mas sim algo dinâmico, em consonância com as alterações sociais e com a própria dinâmica da vida social.

Nesse contexto, os princípios (enquanto estado de coisas a alcançar) deixam de lado sua feição de base para a norma jurídica e passam pelo processo de judicialização,

² Impende destacar que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão. Segundo Fredie Didier Junior, seriam as seguintes: ..a) subjetiva: de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; b) objetiva: traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que deve presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, para todos os atores jurídicos". In *Curso de Direito Processual Civil*, 9. ed., Bahia: Jus PODIVM, 2008, vol. 1, p. 28.

Para o professor Luz Guilherme Marinoni, "Não é admissível confundir as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais com as suas eficácias horizontal e vertical. A dimensão objetiva é contraposta à dimensão subjetiva e tem por fim explicar que as normas de direitos fundamentais – além de poderem ser referidas a um direito subjetivo – também constituem decisões valorativas de ordem subjetiva. Por isso, é correto falar nas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais quando consideradas as relações entre o Poder Público e os particulares (eficácia vertical) ou as relações entre particulares (eficácia horizontal)". In *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 169.

Classificam-se, ainda, os direitos fundamentais, em: a) direitos de primeira geração ou dimensão, que são os direitos civis e políticos, como a liberdade, igualdade, vida, propriedade. Tais direitos exigem do Estado uma abstenção de conduta; b) direitos de segunda geração ou dimensão, tais como os direitos sociais, culturais e econômicos, os quais exigem do Estado uma conduta, uma prestação positiva, a exemplo da educação, saúde; c) direitos de terceira geração ou dimensão, que são aqueles de titularidade difusa ou coletiva, como meio ambiente, consumidores etc. MORAES, Voltaire de Lima. *Ação Civil Pública – Alcance e Limites da Atividade Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75-94.

*SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 85.

passando a ser entendidos, eles próprios, como normas. No dizer de Luís Roberto Barroso:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o 'status' de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras."

Feitas tais considerações, tem-se que não há mais como pensar o Direito, e em especial o processo, sem de alguma forma relacioná-lo com os ditames constitucionais, que não somente lhe servem de suporte como permitem a concretização e efetivação das normas constitucionais, a teor do preconizado pelo art. 5º, LXXVIII, da CF/88. Nesse sentido, preleciona Paulo Hamilton Siqueira Jr. que:

A norma constitucional guarda íntima relação com o direito processual. Essa relação vislumbra-se tendo em vista os vários pontos de contato entre os dois institutos. O primeiro aspecto encontra-se na feição publicista do direito processual, que acentua sua relação com o texto constitucional. Nessa esteira, o processo é o grande realizador dos princípios elencados na Carta Magna. É o direito processual que traz realidade, concretude e efetividade aos preceitos constitucionais. Assim, como consequência direta, verifica-se uma relação entre o regime constitucional e a disciplina do processo adotado. O direito processual, como parte do direito público, está preordenado a atuar e proteger o interesse público fundamental. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal são realizados dentro do processo. Visto dessa forma, o processo não disciplina somente a aplicação do direito material, mas é também o instrumento de garantia da liberdade do cidadão em face do Estado, consagrado pelo denominado Estado de Direito. Por intermédio do processo, o Estado protege o cidadão contra possíveis abusos praticados pelos detentores do poder político."

Cassio Scarpinella Bueno, igualmente, refere que:

A Constituição Federal é o necessário ponto de partida para qualquer reflexão sobre o direito processual civil. (...). O plano *constitucional* delimita, impõe, molda, contamina o *modo de ser* do processo. O plano *infraconstitucional* do processo, assim é caracterizado, conformado, pelo que a Constituição *impõe* acerca da forma de exercício do poder estatal no plano *jurisdicional*. (...). Assim, além de o processo ter de "ser" conforme ao modelo constitucional do processo, ele deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à realização concreto de valores e situações jurídicas que são a ele exteriores,

* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327.

* Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover ensina "que todo o direito processual, ponho, como rumo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional. GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* Paulo Hamilton Siqueira Jr. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 35.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35-36.

passando, necessariamente, pelos valores que a própria Constituição **exige** que, pelo processo, sejam devidamente realizados.'

Dentre as garantias constitucionais processuais inculpidas na Constituição pátria, **cm** especial no seu art. 5º, podemos citar a publicidade, a isonomia, o contraditório, o acesso à justiça, a coisa julgada, a ampla defesa, entre outras, apresentando-se tais garantias de forma expressa ou implícita, e constituindo o próprio direito, razão pela qual somente são utilizadas no processo para este e em função deste.

2. SOBRE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

Considerando, entretanto, a amplitude da matéria e a limitação do presente trabalho, passo a analisar o instituto da coisa julgada, o qual encontra previsão constitucional no artigo 5º, inciso **XXXVI**, dada a relevância de que se reveste e a relativização que vem sofrendo, bem como possíveis consequências daí decorrentes.

Primeiramente, contudo, releva notar que nenhum princípio ou direito fundamental é absoluto, admitindo relativização a partir do caso concreto. Isso porque, diante de um aparente conflito de princípios, é o caso concreto que vai fornecer a resposta, determinando aquele que incidirá de forma preponderante⁹. Exemplifico: o art. 5º da Carta Magna prevê, em seu inciso X, a proteção à intimidade; em seu inciso XI, a proteção da privacidade, o que também se desprende pelo inciso XII, denotando a preocupação do legislador originário com a *privacidade*. Entretanto, o inciso IV estabelece evidente proteção à liberdade de pensamento, assim como o inciso IX protege a atividade intelectual e a liberdade de expressão, decorrendo daí a proteção da *publicidade*. Em tese, e num primeiro momento, tais princípios parecem conflitar (privacidade x publicidade) e somente no caso concreto será possível dizer qual deles preponderará, observando-se os postulados da necessidade, adequação e razoabilidade''

⁹ SCARPINELLA, **Bueno** Cassio. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42-45.

• O estudo da coisa julgada inicia através dos elementos identificadores das "ações", as quais são os dados objetivos de que dispõe o jurista para identificar se uma demanda é idêntica à outra, pois representam os componentes que individualizam as "ações". Tais componentes são: partes, pedido e causa de pedir". I Sérgio Gilberto Porto. *Classificação de ações, sentenças e coisa julgada*. Disponível em <<http://www.advocaciaintegrada.com.br/irtigos.php>>. Acesso em 02 de maio de 2008.

" Robert Alexy ensina que "Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento". O critério para solução do conflito, segundo Alexy, é o da 'ponderação', aplicando-se ao caso concreto o princípio da proporcionalidade ('Verhältnismäßigkeitsgrundsatz'). *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. In *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-40. Tradução para uso interno: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto.

" Importante repisar que a possibilidade de relativização das garantias constitucionais passa, necessariamente, pela ponderação de valores e pela análise da Teoria da Proporcionalidade. Refira-se que a razoabilidade tem origem no direito norte-americano, sendo utilizada para aferir o princípio da igualdade, permitindo a correta concretização de tal princípio. No Direito norte-americano, o princípio da igualdade é extraído de forma autônoma, fora do devido processo legal. Já a Teoria da Proporcionalidade tem origem no Direito alemão, tendo por escopo afastar leis consideradas injustas. Nesse sentido, BARROSO, Luís Robeno. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372-3.

O STF no distingue os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a exemplo do acórdão proferido no AI- AgR- AgR 649194/RJ, Segunda Turma, Relator Min. Eros Grau, julgado em 26 de fevereiro de 2008. DJ de 28 de março de 2008.

(proporcionalidade *stricto sensu*). De salientar que nem o direito à vida é absoluto, já que a Constituição admite a pena de morte em caso de guerra (ar. 5, inciso XLVII, "a")⁹. Os princípios não podem ser aplicados através de fórmula matemática e, em que pesem apresentem uma determinada orientação, não fazem referência direta ao caso a ser resolvido.

Dito isso, passo à análise da garantia processual fundamental à coisa julgada. Tal instituto jurídico tem por escopo a garantia da segurança jurídica nas relações em sociedade ou, em outras palavras, a garantia da estabilidade das decisões (e, em decorrência, das próprias relações sociais), evitando, inclusive, que as sucessivas e eventuais mudanças ocorram em prejuízo do Estado Democrático de Direito.

Refira-se, por oportuno, que a coisa julgada também está atrelada à motivação das decisões judiciais, na forma do art. 93, IX, da CF/88 (motivação esta que ocorre quando o julgador contextualiza, valoriza e disciplina a relação jurídica daquele momento em diante, decidindo acerca da lide), em observância ao princípio do devido processo legal e como garantia deste, entendido, assim, como o devido processo que distribui o direito na ordem jurídica do Estado Democrático, ou seja, como devido processo constitucional.

No que tange à definição da coisa julgada, Fredie Didier Júnior assevera que:

A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário. A coisa julgada não é instrumento de justiça. frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia de segurança, no impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida."¹⁰

Prossegue referido doutrinador no sentido de que, apesar do *status* constitucional de que se reveste tal instituto, quem delimita o alcance da imutabilidade buscada é o

Questão não menos interessante diz respeito às denominadas "ações afirmativas", a exemplo da reserva de cotas, que buscam afirmar o princípio da igualdade. Em que pesem as celeumas daí advindas, em especial quando adquirem conotação de política pública ou governamental, é sempre bom ter em mente que tais ações somente serão legítimas enquanto razoáveis. Assim, o conteúdo da igualdade, do que se depreende a partir do ar. 3º da Constituição Federal, implica um fazer, fazer cste que pode se dar dentro das ações afirmativas.

¹¹ "Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5, § 2, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incituição ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica", STF, HC n° 82.424/RS. Primeira Turma, Relator Min. Moreira Alves, DJ 19.03.2004.

¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Bahia: Jus PODIVM, 2008, vol. 2, p. 552.

legislador ordinário, a quem compete, mediante juízo de ponderação, atribuir ou não a certas decisões o caráter de imutáveis, ou mesmo exigir pressupostos para tanto."

Sinala José Maria Rosa Tesheiner que:

Coisa julgada é a imutabilidade (e, conseqüentemente, a indiscutibilidade) do conteúdo de uma sentença. Não de seus efeitos. (...). Distinguem-se coisa julgada formal e coisa julgada material. A sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, transita formalmente em julgado. A coisa julgada formal importa em imutabilidade restrita ao processo em que a sentença foi proferida. A sentença de que não se interpôs o recurso cabível transita formalmente em julgado e não mais pode ser modificada, no mesmo processo, pela simples razão de que este se extinguiu. (...). Coisa julgada material é algo mais. É imutabilidade do conteúdo da sentença no mesmo ou em outro processo. Imutabilidade que se impõe a quem quer que seja: autoridade judicial, administrativa ou mesmo legislativa."

É evidente que o sistema admite, em determinadas circunstâncias, a possibilidade de revisão da coisa julgada", a exemplo da ação rescisória, nas hipóteses do art. 485 do CPC, ou da *querella nullitatis*, na forma do art. 741, I, do CPC. Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

u Do mesmo modo, esclarece o professor Fredic Didier Junior que a coisa julgada pode ser material ou formal. Formal é quando a imutabilidade da decisão judicial ocorre dentro do processo em que proferida a decisão e da qual não mais cabe recurso, seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo sem a interposição de recurso. A material, por sua vez, diz respeito à impossibilidade de rediscussão da decisão judicial tanto no processo em que produzida, quanto em processo diverso, tornando-se, assim, inalterável. *Op. cit.*, p. 553.

Para Ovidio Baptista da Silva, "Somente a sentença – e nem todas elas – poderá oferecer este tipo de estabilidade protetora daquilo que o juiz haja declarado como sendo a 'lei do caso concreto', de tal modo que isto se torne um preceito imodificável para as futuras relações jurídicas que se estabelecerem entre as partes perante as quais a sentença haja sido proferida (...). Que significa e como se consegue uma estabilidade, desta espécie? Em primeiro lugar, temos de fazer uma distinção prévia. Pode haver um certo grau de estabilidade de que as partes podem desfrutar, quando, num dado processo, se tenham esgotados todos os recursos admissíveis, por meio dos quais se poderia impugnar a sentença *na íntima profetida*, sem contudo evitarem-se impugnações e controvérsias subsequentes, *quando postas como objeto de processos diferentes*. A esta estabilidade relativa, através da qual, uma vez proferida a sentença e exauridos os possíveis recursos contra ela admissíveis, não mais se poderá modificá-la *na mesma relação processual*, dá-se o nome de coisa julgada formal, por muitos definida como preclusão máxima, na medida em que encerra o respectivo processo e as possibilidades que as partes teriam, a partir daí, de reabri-lo para novas discussões. ou para os pedidos de modificação daquilo que fora decidido (...). Não há coisa julgada material, sem a prévia formação da coisa julgada formal. de modo que somente as sentenças contra as quais não caibam mais recursos poderão produzir coisa julgada material". In *Curso de Processo Civil*. 3. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, Vol. I, p. 412-413.

* TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 177.

Licbman assevera que a essência da coisa julgada consiste "na imutabilidade da sentença, do seu conteúdo e dos seus efeitos, o que faz dela um ato do poder público portador da manifestação duradoura da disciplina que a ordem jurídica reconhece como aplicável à relação sobre a qual se tiver decidido". Enrico Tullio Liebman Apud Cândido Rangel Dinamarco in *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em <https://rtdcagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_II_1cvereiro_2001/0502relativizilCnndido.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2008.

Na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a lei não a prejudicará (art. 5o. inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam oluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o legislador carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os juízes são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as partes já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.¹⁶

Prossegue o renomado jurista esclarecendo que:

Com esses contornos, a coisa julgada é mais que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional, segundo Liebman, ou ao *direito processual material*, para quem acata a existência desse plano bifronte do ordenamento jurídico. Resolve-se em uma situação de estabilidade, definida pela lei, instituída mediante o processo, garantida constitucionalmente e destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas. Na lei processual, a concreta ocorrência da coisa julgada é condicionada ao advento da irrecorribilidade da sentença (art. 467) e, uma vez que ela ocorra, o juiz é proibido de pronunciar-se novamente sobre a mesma demanda, seja no mesmo processo ou em outro (arts. 267, inc. V, 467, 468, 471, 474 etc.). De modo expresso, dois remédios apenas predispõe a lei para a infringência a sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada, a saber, (a) a *ação rescisória* e, em uma única hipótese (b) os *embargos à execução*. Aquela, como é notório, é admissível no campo estrito dos fundamentos tipificados em lei (incisos do art. 485); os embargos do executado só são meio hábil a desfazer os efeitos da sentença, quando fundados na falta ou nulidade de citação do demandado no processo de conhecimento, havendo ele ficado *revel* (art. 741, inc. I)."

Sob tal aspecto, aponta, ainda, que fora dos mencionados casos, eventual revisão de sentenças transitadas em julgado encontra abertura no disposto no art. 463, I, do CPC, nas hipóteses de *inexatidões materiais* ou *erros de cálculo*. Contudo, e como regra geral, os tribunais têm firmado entendimento no sentido de que tais inexatidões ou erros somente seriam oponíveis quando tratar-se de "meros equívocos no modo de expressar as intenções do julgador, não se admitindo a revisão das sentenças se o juiz houver adotado conscientemente um *critério* ou chegado intencionalmente a um resultado aritmético, especialmente quando sobre o tema tiver havido discussão *entre as partes*"."

Entretanto, a maior problemática surge nas hipóteses hoje admitidas como relativização da coisa julgada, seja a considerada injusta, seja a considerada inconstitucional. Em tais hipóteses, inocontraria a chamada coisa julgada *material*, e a

" PINAMARCO, Cíndido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em <https://rcdeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_1_fevereiro_2001/0502relativizCandido.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2008.

" *Idem*.

" *Idem*.

decisão poderia então ser revista a qualquer tempo. Nesse sentido, refere Fredie Didier Júnior que:

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. Em outras palavras, mais do que se garantir ao cidadão o acesso à justiça, deve lhe ser assegurada uma solução definitiva, imutável para sua quizila. Não se pode negar que a indiscutibilidade da coisa julgada pode perenizar, em alguns casos, situações indesejadas – com decisões injustas, ilegais, desafinadas com a realidade fática. E foi para abrandar esses riscos que se trouxe previsão de hipóteses em que se poderia desconstituí-la. Com isso, buscou harmonizar a garantia da segurança e estabilidade das situações jurídicas com a legalidade, justiça e coerência das decisões jurisdicionais.¹

A coisa julgada inconstitucional dá-se quando ocorre o trânsito em Julgado de uma decisão que, posteriormente, se torna ofensiva à Constituição Federal.²

No caso da coisa julgada injusta, a aferição desta se dá a partir da ponderação e diante de eventual desproporcionalidade. A hipótese mais aventada diz respeito às ações de investigação de paternidade, quando o exame de DNA põe por terra o reconhecimento da paternidade em sentença já trânsita em julgado."

Segundo Cândido Rangel Dinamarca, a relatividade da coisa julgada pode ser vista como valor inerente à ordem constitucional-processual. Refere o renomado jurista que "Na doutrina brasileira, insere-se expressivamente nesse contexto a advertência de Pontes de Miranda(...), de que *se levou longe demais a noção de coisa julgada*".³ Já para o professor Luiz Guilherme Marinoni, "O que importa, nesse momento, é indagar se é possível e conveniente, diante de certas circunstâncias, dispensar a ação

¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed., Bahia: Jus PODIVM, 2008, vol. 2, p. 584.

² O STF entendeu, através da Súmula 343, que não caberia ação rescisória quando baseada u dccisiiio numa queslilo conlrovenidu: "Nilo cube ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". Segundo o STF, portanto, o mais importante seria a correta interpretação da Constituição, em detrimento da segurança jurídica, não podendo preponderar, assim, a inconstitucionalidade. Caberia, de tal sorte, ação rescisória cujo prazo iniciaria não a partir do trãnsito em julgado e sim a partir da decisão do STF,

³ Nesse sentido, entende o professor Marinoni aplicável à espécie o ar. 485, VII, do CPC, no sentido de o exame de DNA, antes inexistente, ser comparado ao que a norma chama de "documento novo" para o fim de propositura da ação rescisória. Salienta, ainda, que o problema estaria no prazo para o ujuizamento da referida ação. Enlretun|0, entende que o lapso temporal para tanto não pode ser contudo u punir do trãnsito em julgado da decisão a ser impugnada, já que referido meio (eminentemente técnico) somente passou a existir em momento posterior uo trãnsito em julgado. Conclui, assim, pela necessidade de inlervenção legislativa, uma vez que o laudo médico, no caso, não era imaginado quando o ar. 485 do CPC passou a reger u ação rescisória. *Op. cit.*, p. 674-5.

⁴ É igualmente central a esse sistema de equilíbrio a fórmula proposta, em Portugal, pelo constitucionalista Jorge Miranda no propor que "assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto da Constituição". Jorge Miranda *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. In *Re|ativizar a coisa julgada material*. Disponível em <https://rcdcagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/rcvisl.i/Ano_II_fev|erciro_2001/0502rclaliviz:iCundido.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2008.

Idem.

rescisória para abrir oportunidade para a revisão de sentenças transitadas em julgado", o que implicaria na aceitação da relativização da coisa julgada." Destaca, ainda, que:

Em favor da "relativização" da coisa julgada, argumenta-se a partir de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. No exame desse último, sublinha-se que o processo, quando visto em sua dimensão instrumental, somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de Justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade, afirma-se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença totalmente alheia ao direito positivo. Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que a coisa julgada, *por ser apenas um dos valores* protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico. Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho."

Conquanto se dividam as opiniões acerca dos benefícios e malefícios advindos da relativização da coisa julgada material, o certo é que nem sempre, e não somente pelo critério da ponderação, é possível chegar-se à solução mais justa sem ferir a segurança jurídica. Certo é que a garantia do Estado Democrático de Direito também está na estabilidade das decisões, inclusive para evitar que eventuais conceitos de justiça e desproporcionalidade fiquem ao arbítrio de governos desavisados ou mal-intencionados, para os quais relativizar significa adequar tão-somente aos seus interesses, e não ao que pretendeu o legislador originário proteger com a Constituição. Nesse sentido, prossegue o professor Marinoni, afirmando que:

A coisa julgada material é atributo indispensável no Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento. (...) Ou seja, *ele não adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente*. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser *descolocada*. (...) O que aconteceu, *diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema*, foi a expressa definição das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetivou-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas."

" MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 663.

" *Idem*.

"" *Idem*, p. 663-664.

Não nos pode refugir, igualmente, as conseqüências que podem advir do abalo na credibilidade das decisões judiciais, ocasionando o descrédito do próprio Poder Judiciário, hipótese nefasta à manutenção da ordem jurídica e à sociedade. A convivência harmônica entre Constituição e Processo também passa pela compreensão do sistema jurídico como um todo.

CONCLUSÃO

Importante não perder de vista que a segurança jurídica sempre é buscada onde inexistente estabilidade social. Assim, se a coisa julgada é uma garantia constitucional (e um direito fundamental) à segurança das relações e à paz social, é possível que tais valores, por si só, justifiquem sua não-relativização. Esta, aliás, parece ter sido a preferência dada pelo legislador originário.

Talvez fosse pertinente questionar se as disposições processuais acerca das hipóteses em que admissível a rescisão da coisa julgada atentam ou não contra a ordem jurídica e os interesses sociais, e, em caso afirmativo, se uma atualização legislativa não supriria, ao menos, algumas lacunas, em face da dinâmica social, permitindo assim a preservação da coisa julgada como garantia fundamental também à segurança jurídica. Não se ignora, é certo, que os efeitos da sentença podem ser modificados quando o direito objeto de litígio é disponível, já que a imutabilidade está agregada ao conteúdo da sentença, e não aos efeitos, conforme os ensinamentos de José Maria Rosa Tesheiner."

Contudo, e considerando o *iter* processual, e as hipóteses taxativamente enumeradas no art. 485 do CPC, bem como os limites subjetivos do instituto em comento, na forma do art. 472 do CPC, é sempre bom ter em mente os limites em que toda e qualquer flexibilização é possível (ou desejada), para que não seja atingida a garantia do devido processo legal e, em última análise, a existência, validade e eficácia das próprias garantias constitucionais e, porque não dizer, da própria essência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed., Bahia: Jus PODIVM. 2008. vol. I.
- :BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed., Bahia: Jus PODIVM. 2008, vol. 2.
- DINAMARCO Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em <https://redegau.agu.gov.br/UnidadcsAGU/CEAGU/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷ Referência à nota de rodapé nº 14.

- ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. S. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MORAES, Voltaire de Lima. *Ação Civil Pública – Alcance e Limites da Atividade Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Classificação de ações, sentenças e coisa julgada*. Disponível em < <http://www.advocaciaintegrada.com.br/artigos.php> >. Acesso em 02 de maio de 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.
- SCARPINELLA, Bueno Cassio. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. Ovidio. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ACÓRDÃOS

Ac. 03538-2008-000-04-00-0 MS

MANDADO DE SEGURANÇA. GARANTIA DE EMPREGO. CLÁUSULA NORMATIVA E DE CONTEÚDO PESSOAL ULTRATIVIDADE. ILEGALIDADE DO ATO DITO COATOR. CONFIGURAÇÃO. A proteção contra a despedida arbitrária prevista em cláusula de dissídio coletivo relativamente ao empregado acometido de doença grave se incorpora ao contrato de trabalho pela força ultrativa da cláusula de natureza individualmente normativa e de caráter e conteúdo pessoal. Presentes a plausibilidade do direito e a prova inequívoca exigidos pelo art. 273 do CPC, somadas ao fim dado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, é efetivo o direito do trabalhador de se ver reintegrado ao emprego em decisão antecipatória dos efeitos da tutela.

[...]

ISTO POSTO:

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante pretende a "**concessão de liminar de imediato, determinando a reintegração da Impetrante no emprego, quer sob o fundamento de que a supressão da cláusula de estabilidade para quem acometido de moléstia grave, trata-se de alteração contratual lesiva, e portanto nula a teor do previsto no art. 468 da CLT; quer pelo fundamento de seu grave estado de saúde, portadora de moléstia gravíssima no momento da despedida (câncer), ao abrigo de atestado médico no momento da despedida, havendo portanto a suspensão do contrato de trabalho, e sofrendo a Impetrante riscos irreparáveis à sua saúde, que se encontra agora, impedida de usufruir dos benefícios do auxílio-saúde.**" (fl. 18), requerendo, a final, que seja tomada definitiva a liminar deferida.

Tal como já referido na decisão em que deferida a liminar, o MM. Juízo a quo, em enfrentamento da questão litigiosa, considerando polêmica a matéria acerca de se agregar ao contrato cláusula de acordo coletivo, prevista por longo período, ou a comunicação da condição de saúde ao empregador no período da garantia, concluiu inexistente o direito à reintegração imediata, em sede de antecipação dos efeitos da tutela.

Segundo se infere da petição inicial, a impetrante pretende a concessão da segurança sob dois fundamentos, tendo a liminar sido deferida apenas levando em conta o segundo – reintegração no emprego em face da suspensão do contrato de trabalho devido à doença de que acometida a impetrante por ocasião da despedida.

Em uma primeira leitura do processo e em uma primeira formação de convicção, entendi, no caso presente, que não havia fundamento legal para a reintegração pedida pela impetrante por qualquer dos dois fundamentos deduzidos na petição inicial: estabilidade prevista em norma coletiva extinta; causa impeditiva da despedida consubstanciada na presença de enfermidade incapacitante para o trabalho, e que, então, se erigia como causa de nulidade da despedida perpetrada pelo litisconsorte.

Assim concluindo. entendi em denegar a segurança, com cassação da liminar concedida por Sua Excelência o Juiz Fernando Luiz de Moura Cassal que me substituíra na oportunidade.

Este caso, contudo, perturbou-me desde o primeiro exame do processo, como também a situação nele litigiosa me perturbou, no passado, lá pelos idos de 1998, quando, convocado ao Tribunal na cadeira vaga em decorrência da aposentadoria do MM. Juiz Antônio Salgado Martins, apreciei recurso de sentença proferida pela Ex.^{ma} Juíza – hoje Desembargadora integrante deste Tribunal, e desta SDI – Carmen Gonzalez, em que Sua Excelência, em posição de vanguarda que a caracteriza, deferiu à trabalhadora então demandante a reintegração fundada na impossibilidade de despedida imotivada de trabalhador acometido de doença grave – se a memória não me trai (não logrei localizar o acórdão: naquele tempo não dispúnhamos dos recursos informatizados e tecnológicos de que dispomos atualmente), tratava-se de trabalhadora também acometida de câncer, tendo Sua Excelência entendido que a circunstância lhe era asseguradora do emprego, fundada, principalmente, no princípio fundamental que norteia o direito pátrio, o da dignidade da pessoa humana.

Naquela oportunidade, em que pese – tenho nítida lembrança – tenha registrado efetivo louvor à decisão e à coragem e sensibilidade social da nobre Julgadora, acolhi o recurso da demandada, entendendo, comodamente, escorado no direito positivo vigente, inexistente causa que desse sustentáculo à estabilidade reconhecida na sentença.

Não tomei conta, ou, quiçá, não quis tomar conta da singularidade do litígio e do direito litigado que ali pulsava e, ancorado na lei vigente, julguei o recurso desfavoravelmente à trabalhadora.

Hoje, contudo, não mais me permito aquela "covardia" ou – até para não ser tão severo comigo mesmo –, aquela "falta de ousadia" para a construção do direito, cuja jurisprudência é a fonte primeira da solidificação do direito que brota da produção social e que por ela – jurisprudência – tem seu caminho pavimentado à positivação em lei.

No presente caso, é incontroversa a doença de que acometida a impetrante (neoplasia maligna – câncer de mama), por conta de cuja doença sofreu cirurgia (mastectomia – extração radical das duas mamas), de conhecimento inequívoco do litisconsorte, e vem se submetendo a tratamento desde longa data – 2003 –, seja pelo câncer mesmo, ainda presente, seja por outras implicações patológicas, inclusive de feição psicológica.

Dissentem as partes quanto à validade da despedida praticada em 07.08.2008. A impetrante, como já dito, invoca sua estabilidade fundamentada, primeiro, em estabilidade que de 2000 a 2006 foi prevista em norma coletiva nos seguintes termos – disposição normativa que vigeu até 30.04.2007 ("**17 – ESTABILIDADE NO EMPREGO. Será garantida estabilidade no emprego nas seguintes situações: (...) e) EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA – a entidade empregadora garantirá estabilidade no emprego aos empregados portadores de câncer e AIDS.**" – n.º 162) em face da qual defende a sua vigência pelo princípio da ultratividade interna da norma coletiva. Ao depois, na presença de enfermidade impeditiva da despedida sem justa causa.

O litisconsorte, defendendo inexistente a estabilidade, que sustenta extinta, não renovada a contar da convenção coletiva de 2007, tendo a impetrante sido despedida em 07.08.2008. Sustenta a não-incorporação nos contratos de trabalho dos direitos gerados em sede coletiva para além da sua vigência restrita. Também resiste à pretensão fundado na inexistência de doença da impetrante incapacitante para o trabalho no dia da despedida, defendendo que a impetrante inclusive trabalhou naquele dia até o final do expediente.

Ou seja, o que define o litígio, ao menos nesta etapa da antecipação de tutela – negada à impetrante em primeiro grau –, é definir se tem ou não a norma coletiva força integrativa dos contratos de trabalho independentemente da continuidade de sua vigência, ante o princípio – invocado pela impetrante – da ultratividade interna da norma coletiva, também denominado na doutrina como princípio da "vantagem individual adquirida".

A doutrina, ao que aqui interessa, dicotomiza a natureza das cláusulas integrantes da norma coletiva – independente de se tratar de acordo ou convenção coletivos ou de sentença normativa – classificando-as em "cláusulas obrigacionais" e "cláusulas normativas". Define como "obrigacionais" aquelas que geram direitos e obrigações aos sindicatos convenientes ou ao sindicato profissional e a empresa acordante (acordo coletivo), ou seja, às partes respectivas; e como "normativas" aquelas que têm aplicação geral a todos os trabalhadores e empregadores integrantes das respectivas categorias profissional e econômica, e que se erigem a esses em caráter e conteúdo personalíssimo.

Arnaldo Süssekind, no seu Curso de Direito do Trabalho (São Paulo, LTr, 2004, p. 602) ensina que **"as convenções e os acordos coletivos de trabalho contêm, sem dúvida, cláusulas que configuram sua normatividade abstrata, ao lado de outras de índole contratual, que estipulam obrigações concretas para as partes. As cláusulas normativas constituem o principal objetivo da negociação coletiva e o núcleo essencial do diploma que a formaliza: corresponde a fontes formais do direito. As cláusulas obrigacionais, melhor denominadas "cláusulas contratuais", concernem a obrigações assumidas diretamente pelas partes convenientes ou acordantes (...)"**.

É pacífico na jurisprudência que as cláusulas obrigacionais não se incorporam ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, as quais se extinguem com o termo final da sua vigência preestabelecida.

Divide-se a doutrina, contudo, em duas correntes, quanto às cláusulas ditas normativas (na sua interpretação restrita às vantagens de caráter personalíssimo), uma entendendo que, concedidas as vantagens repetidamente aos empregados, estas integram o contrato de trabalho não mais podendo ser extirpadas sem atropelo à norma protetiva do art. 468 da CLT, enquanto a outra, refutando a ultratividade da norma coletiva, entende que ditas cláusulas são válidas e exigíveis somente enquanto vigente a convenção ou o acordo em que assentadas, fundada, principalmente, na súmula 277 do TST: "as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos". A analogia é cabível e defendida na doutrina e na jurisprudência em face de convenção ou acordo coletivos.

Eu me filio à primeira corrente, valendo-me, também analogicamente, da orientação jurisprudencial 41 da SDI2 do TST, segundo a qual "preenchidos todos os pressupostos para aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste". E o faço ancorado no inciso III do art. 1º da Constituição da República, que estabelece como princípio fundamental da República Brasileira "a dignidade da pessoa humana". Se para o acidentado no trabalho ou portador de doença adquirida no trabalho se assegura a ultratividade da norma coletiva que o protege e beneficia. é imperativo de justiça que também para aqueles portadores de doenças crônicas, graves, terminais, etc., esta mesma ultratividade seja efetiva.

Tratando da ultratividade da norma coletiva de trabalho, em artigo redigido sob este exato título, os advogados paulistas Thiago Chohfi, Ugo Lourenço Moreira Santos e Romeu Gonçalves Bicalho, publicado no site www.conpedi.org (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) fazem uma leitura perspicaz do § 2º do art. 114 da Constituição da República após a emenda 45, afirmando que "(...) A norma constitucional autoriza, agora mais do que nunca, a ultratividade da norma coletiva sempre que inexistente nova norma ou quando essa não preservar o mínimo já conquistado (...)". Comparando os textos do referido § 2º, assim redigido até a indigitada Emenda Constitucional: "recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho", destacam, dentre outros aspectos da alteração imprimida, a parte final do dispositivo, no qual inscrito, ao invés de "respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho", "respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente", com maior destaque a este último comando, "bem como as convencionadas anteriormente". Interpretando a alteração fundamental, afirmam: "como é possível identificar acima, o texto constitucional determina que sejam respeitadas as disposições "convencionadas anteriormente". Observe-se que a redação anterior não determinava que as disposições convencionais anteriores fossem respeitadas, mas tão somente que as disposições convencionais mínimas de proteção ao trabalho fossem respeitadas. Porém, agora, o texto constitucional expressamente dispõe que devem ser respeitadas, além das disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, as disposições "convencionadas anteriormente", e desfêcham dizendo; "para que não fiquemos apenas numa aparente interpretação gramatical, cabe destacar que a finalidade da norma constitucional não é outra senão a de proteger o trabalhador. Afinal, tanto a limitação da vigência da norma coletiva, estabelecida na CLT, quanto a preservação do mínimo já convencionado anteriormente, têm como objetivo a proteção do trabalhador", e acrescentam que o TRT da Bahia editou a súmula 02 agasalhando expressamente a tese da ultratividade da norma coletiva, in *verbis*: "ULTRATIVIDADE DE NORMAS COLETIVAS. As cláusulas normativas, ou seja, aquelas relativas às condições de trabalho, constantes dos instrumentos

decorrentes de autocomposição (acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho) gozam de efeito ultra-ativo, em face do quanto dispõe o art. 114, § 2, da Constituição Federal de 1988, incorporando-se aos contratos individuais de trabalho, até que venham a ser modificadas ou excluídas por outro instrumento da mesma natureza."

Por este prisma, sabido que a impetrante – como referido, é incontroverso – está acometida de doença grave, concluindo que a estabilidade prevista na cláusula 17 da convenção coletiva até 2006 incorporou-se ao seu contrato de trabalho pela força ultrativa da cláusula de natureza indubitadamente normativa e de caráter e conteúdo pessoal, já se pode concluir presentes a plausibilidade do direito e a prova inequívoca exigidos pelo art. 273 do CPC, e, portanto, efetivo o direito da impetrante de se ver reintegrada ao emprego.

Ainda que tanto não bastasse, impõe-se considerar a singularidade do caso presente, agora vista sob o enfoque da discriminação e da dignidade da pessoa humana. É assente nos autos a turbulência do relacionamento das partes, que reinava e se fazia presente desde muito tempo. Prova disso é a própria alegada anotação da CTPS somente em 2004, quando afirmado ter havido trabalho subordinado continuado desde 1999, quando da efetiva admissão. Tenho, entretanto, que esta turbulência não justifica o ato patronal e não afasta a faceta discriminatória que se desenha no ato de despedida, notadamente pela absoluta ausência de alegação de insuficiência ou falta de qualidade no trabalho profissional prestado (a impetrante era advogada empregada que prestava serviço aos professores representados pelo litisconsorte).

A despedida, praticada sem justa causa, apanhou a impetrante enferma, incontroversamente portadora de neoplasia maligna que a própria lei previdenciária trata com prioridade e importância diferenciadas, dispensando, por exemplo, carência de filiação, e, por isso, sem dúvida, para mim, foi discriminatória e relegou a impetrante ao completo desabrigo – há controvérsia sobre a impossibilidade causada pelo litisconsorte de obtenção de auxílio-doença previdenciário – em momento da vida em que o emprego (sentir-se ativo, útil socialmente) e o salário são por assim dizer mais vitais do que já o é a sua própria natureza.

Este ato, como o interpreto e avalio, fere a mais mezinha noção do conceito de "dignidade da pessoa humana", princípio fundamental insculpido na Constituição da República tendo o homem, como ser social, o seu único foco, e cresce de gravidade quando se tenha presente que praticado por um sindicato de trabalhadores, o qual, pelos mais elementares princípios filosóficos, sociológicos e jurídicos, deve dispensar aos seus próprios empregados, no mínimo, igual tratamento e direitos que busca em Juízo e fora dele aos seus representados.

Assim, sem esgotamento do tema (até porque não fiz sequer referência às Leis de proteção contra a discriminação, principalmente a Lei nº 9.029/95 e a Convenção nº 111 da OIT, dentre outros diplomas que merecem consideração), invocando a orientação jurisprudencial 41 da SDI2 do TST, aplicada analogicamente e atrelada ao princípio fundamental de proteção à dignidade da pessoa humana, vejo por demais evidentes a plausibilidade do direito defendido pela impetrante na ação de origem, bem assim presentes cada um dos requisitos arrolados, e já referidos, do art. 273 do CPC.

São inúmeras as decisões dos Tribunais pátrios neste sentido, e a petição inicial traz à colação respeitável decisão do E. TST, na qual o Eminentíssimo Ministro João Oreste Dalazen, em acórdão da sua ilustre lavra, transcreve excerto de decisão proferida pelo Eg. TRT17 no processo 00318-2000-008-17-00-7, o qual, por seu conteúdo e pela similaridade dos casos, merece ser lido e transcrito:

"É certo que o empregador tem o direito de rescindir o contrato de trabalho de seus empregados. E a base desse direito potestativo é o direito de propriedade, já que os meios de produção a ele pertencem. Só que o direito não é absoluto. A Carta Magna, ao mesmo tempo em que garante o direito à propriedade (artigo 5º, XXII, da CF), também deixa claro que ela deverá atender à sua função social (artigo 5º, XXIII, da CF).

E não há como vislumbrar essa observância dos fins sociais, se o direito é utilizado de forma discriminatória, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

E foi exatamente isso que ocorreu, no caso em tela: discriminação. E esse ato repugnante é bastante comum, nas relações empregatícias, tanto em se tratando de dispensa quanto de admissão, não obstante os preceitos constitucionais ausivos à igualdade de todos (artigo 5º, caput), à proibição de tratamento diferenciado em função de sexo, da cor, do estado civil (artigo 7º, XXXI), e os dispositivos da lei infraconstitucional ordinária nº 9.029/95, referentes à proibição de exigência de atestados de gravidez e de esterilização de mulheres, para efeitos de admissão ou de permanência no emprego.

Além das discriminações citadas, expressamente vedadas, são bem frequentes também as exercidas contra pessoas doentes, inclusive as que sofrem por doenças adquiridas em função da atividade profissional que desempenham. E a discriminação a empregados doentes mais se acentua quando o obreiro é portador de um mal incurável, tal como câncer (caso da reclamante) ou a AIDS.

(...)

E é por isso que entendo que o reclamado, ao dispensar a reclamante devido à diminuição da capacidade laborativa ocasionada pelo câncer, não deu ao seu direito potestativo a finalidade social que deveria ser respeitada, cometendo verdadeiro abuso de direito.

(...)

E no caso em tela, não há dúvida de que o abuso do direito de rescindir causou dano moral à empregada. Qualquer pessoa é capaz de perceber o medo, a ansiedade e, muitas vezes, a depressão que atinge os doentes de câncer. É fácil compreender o motivo desses sentimentos. É comum fravar o comprometimento da imagem que esses doentes têm de si mesmos, em decorrência de perda dos cabelos, em função dos tratamentos necessários ao combate da doença, e de cirurgias deformantes, como no caso dos autos, em que a reclamante perdeu um dos seios, em função da mastectomia realizada. Os doentes também precisam se adaptar à perda física e de habilidades, e percebem o declínio de sua mobilidade ocupacional, vendo-se como trabalhadores menos desejáveis, o que também é fonte de preocupação.

Além disso, há, mesmo dentre os que já se submeteram a um tratamento, o constante medo de recidiva da doença, o que muitas vezes se concretiza, como aliás ocorreu com a reclamante, cujas dores que sentia, à época em que foi dispensada, já retratava o quadro de reincidência do câncer na mesma região operada, como posteriormente ficou provado. (fl. 12).

E não bastassem esses temores e preocupações, muitas vezes, vêem-se os doentes de câncer discriminados em seus locais de trabalho, como aconteceu com a autora, conforme já relatado acima. (fls. 87/89). "

Como registrado, entendo que estão, efetivamente, presentes as condicionantes próprias a autorizar a antecipação dos efeitos da tutela pedida, estando presente a prova inequívoca dos fatos arrolados, que produz ao juiz um convencimento em tomo da verossimilhança das alegações da parte.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, neste caso, por todo o fundamentado, dispensa mais discurso, sendo certo, de resto, que a antecipação dos efeitos da tutela para reintegração de empregado detentor de estabilidade provisória decorrente de lei ou norma coletiva não fere, *a priori*, direito líquido e certo do empregador, já assentado o entendimento na orientação jurisprudencial 142 da SDI2 do TST (aqui aplicada analogicamente e a contrario sensu): "**MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA. Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei n° 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.**"

Por fim, e com relação à alegada segunda despedida que consta noticiada nos autos, entendo ser o fato irrelevante para o deslinde da controvérsia que se está a examinar. Além disso, é mera notícia afirmativa da parte em petição nos autos, não havendo nenhum documento que comprove ou caracterize o alegado ato patronal de despedida por causa outra que não tenha sido aquela que legitimou e que deu azo ao presente mandado de segurança. Portanto, não a reconheço e ainda que ela exista ou tenha existido, nada mais é do que ato continuativo daquele e portanto a presente decisão não perde e não muda a essência do julgado.

Concedo a segurança, mantendo a liminar deferida para que se mantenha reintegrada no emprego, como se encontra, a impetrante, até final julgamento da ação originária.

[...]

Ac. 03538-2008-000-04-00-0 MS

Milton Varela Outra– Desembargador-Relator

Julg.: 20.03.2009 – 1 Seção de Dissídios Individuais

Publ. DOE-RS: 17.04.2009

Ac. 00288-2009-000-04-00-7 MS

MANDADO DE SEGURANÇA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXECUÇÃO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Na linha da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 11.101/05, fiel ao princípio da par condicio creditorum, determina a sujeição dos créditos trabalhistas, quando líquidos, à devida habilitação perante o Juízo Universal. Uma vez deferida a recuperação judicial, a execução dos créditos, inclusive os de natureza trabalhista, deve ser processada no juízo falimentar. Segurança concedida em parte, para cassar a ordem de bloqueio de créditos da impetrante e determinar a liberação de eventuais valores remanescentes.

VISTOS e relatados estes autos de MANDADO DE SEGURANÇA, em que é imperante S.A. (VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE) -- EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e impetrado ATO DA JUIZA-TITULAR DA 17 VARA DO TRABALHO DE PORTO ALEGRE.

S.A. (Viação Aérea Rio Grandense) -- Em Recuperação Judicial impetra mandado de segurança com o objetivo de sustar os efeitos da ordem de penhora *oll fine*, bem como que seja determinada a habilitação do crédito junto ao Administrador Judicial (1 Vara Empresarial do Rio de Janeiro) – obstada a penhora de bens da impetrante, que estão indisponíveis em face da recuperação judicial, inclusive depósitos bancários. Entende que os trabalhadores devem aguardar o pagamento de seus créditos na forma prevista no plano de recuperação, cuja redação final e detalhamento foram aprovados em Assembléia Geral de Credores, que contou com a participação do sindicato da categoria profissional.

A liminar é deferida em parte, consoante razões de fls. 376 e 376, verso:

"Insurge-se a impetrante contra decisão judicial que determina bloqueio de valores pelo sistema Bacen-Jud e assim, converte em penhora a quantia bloqueada (fl. 349).

"Conforme admite a própria impetrante, na inicial, o pedido de Recuperação Judicial foi apresentado perante a 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, em junho de 2005 (antiga 8ª Vara Empresarial, sob n. 2005.001.072887-7), e em maio de 2006, foi realizada outra Assembléia Geral de Credores, em que deliberadas algumas alterações do plano inicialmente apresentado. Diante desta informação, é sustentável a orientação segundo a qual o prosseguimento da execução está assegurado pelos §§4º e 5º do citado artigo 6º da Lei n. 11.101/05.

"No que tange à natureza da execução trabalhista, impõe-se observar que é definitiva, diante do trânsito em julgado certificado à fl. 212.

"Tendo em vista o relato da inicial, no sentido de que os valores objeto dos bloqueios já efetivados foram liberados ao exequente, aspecto demonstrado pelos alvarás de fls. 3267/336, expedidos em novembro de 2008, cumpre deferir em parte a liminar, apenas para obstar qualquer liberação de numerário, até decisão final pela 1ª SDI deste Tribunal, com o fim de assegurar o resultado lútil do presellte mandado de segurança, na forma do artigo 7º II, da Lei n. 1.533/51 (...)"

A autoridade apontada como coatora presta informações à fl. 380.

O litisconsorte passivo necessário manifesta-se às fls. 386/390.

O Ministério Público do Trabalho opina pela denegação da segurança (parecer de fls. 396/397).

É o relatório.

ISTO POSTO:

PRELIMINARMENTE:

EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Cumprido refutar a arguição do litisconsorte passivo necessário, de não-cabimento do mandado de segurança na espécie.

É verdade que a decisão comporta análise pela via do agravo de petição. Ocorre que a só interposição do recurso cabível não tem o condão de afastar os efeitos lesivos imediatos, decorrentes do ato tido como ilegal e/ou abusivo.

A jurisprudência, nesses casos, tem admitido o manejo do remédio extremo, para abreviar os efeitos lesivos imediatos, decorrentes do ato inquinado de ilegal e abusivo.

No segundo aspecto, a brandida legalidade da ordem de penhora em conta-corrente, em execução definitiva, confunde-se com o mérito propriamente dito, e como tal será objeto de análise.

MÉRITO:

A certidão de nº. 212 informa o trânsito em julgado, em 31.10.2007, da sentença proferida nos autos do processo subjacente ao presente *mandamus*.

Em 13.06.08, naqueles autos da execução, é determinada a penhora de dinheiro da impetrante, mediante o bloqueio das contas bancárias, na forma do artigo 53 da Consolidação dos Proventos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (nº. 257).

Em face da petição do exequente, são refeitos os cálculos relativos ao débito remanescente. com nova pesquisa junto ao Banco Central, e tentativa de bloqueio de ativos financeiros da impetrante, então executada. Segundo o despacho de fl. 349, somente no caso de resultado negativo da diligência, é que deveria ser expedida certidão para habilitação de créditos junto ao processo de recuperação judicial, em trâmite na 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Nos termos do relato da inicial, em junho de 2005 foi apresentado pedido de recuperação judicial, que tramita perante a 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, sob o n. 2005.001.072887-7. Ainda conforme a inicial, em 19.12.2005, foi aprovado o Plano de Recuperação pelos credores, reunidos em Assembléia Geral, na forma da Lei n. 11.101/05. Em outra Assembléia Geral de Credores, realizada em 09.05.06, foram procedidas algumas alterações do plano inicialmente apresentado. com deliberação pela venda de unidades operacionais da impetrante, com leilão realizado em 08.06.06. Somente em nova Assembléia Geral de Credores, realizada em 17.07.2006, é que foi aprovado o plano de recuperação judicial.

Cumprido destacar, inicialmente, que, embora o petitório de fl. 22 faça referência ao último dia 23 de fevereiro, como a data em que aprovado o Plano de Recuperação Judicial, tanto a inicial, em seus fundamentos, quanto os documentos que a acompanham demonstram que a data, de fato, corresponde ao dia 17.07.2006.

Quanto ao mérito propriamente dito, importa referir que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, pronunciou-se a respeito da questão, de modo favorável à tese defendida pela impetrante. Trata-se de matéria analisada pelo Plenário, por força da repercussão geral, assim reconhecida, e que desproveu recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Estadual Comum, que reputara ser da **I** Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro a competência para julgar ação proposta pelo Sindicato Nacional dos Aeronautas-SNA e associações de comissários, mecânicos de vôo e pilotos das empresas Varig e Nordeste Linhas Aéreas.

A 1ª SDI deste Tribunal vinha manifestando entendimento no sentido de que, uma vez ultrapassado o prazo de 180 dias, de que tratam os §§ 4º e 5º, do artigo 6º, da Lei n. 11.101/05, as execuções individuais retomavam ou iniciavam seu curso, independentemente da aprovação do plano de recuperação judicial, proposto perante o Juízo Comum. A interpretação até então adotada, decorria do entendimento de que a nova lei buscou conferir celeridade ao processo de recuperação da empresa, estabelecendo prazos curtos, que pudessem permitir o adimplemento, no menor tempo possível, daqueles créditos considerados privilegiados, como é o caso dos créditos trabalhistas.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a revisão desta orientação.

É certo que, tanto no regime anterior (Decreto-lei n. 7.661/45, artigos 7º, §§ 2º e 3º, e 23) quanto no atual (Lei n. 11.101/05), uma vez decretada a falência – e agora deferida a recuperação judicial –, a execução de todos os créditos, inclusive os de natureza trabalhista, deve ser processada no juízo falimentar. Tais regras consagram o princípio da universalidade do juízo falimentar, que exerce uma *vis attractiva* sobre todas as ações de interesse da massa.

O voto do Relator, na mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, explicita que a regra da individualidade na execução dos créditos poderia ensejar a obtenção de vantagem indevida por certos credores em prejuízo dos demais, razão pela qual deve ser observada a regra do concurso de credores, de modo a permitir a concretização do princípio da *par condicio creditorum*, observados, por certo, os privilégios e preferências dos créditos.

As ações que demandam quantia ilíquida, as trabalhistas e as de natureza fiscal, terão prosseguimento nos juízos especializados até a consolidação dos créditos, na forma do artigo 6º, §§ 1º, 2º e 7º, da Lei n. 11.101/05. A Justiça do Trabalho, portanto, conserva apenas a jurisdição cognitiva sobre os créditos nestas condições. Uma vez liquidados os valores, a execução fica a cargo da Justiça Comum, a partir do momento em que instaurado o processo de recuperação judicial.

Releva destacar os fundamentos do Exmo. Desembargador Milton Varela Outra, em excelente voto, aprovado por unanimidade pela C. **I** Turma deste Regional, no aspecto, que vinha adotando orientação nessa mesma linha:

"(...) a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito perdura até a fase de atos de alienação de bens, sendo do Juízo em que se processa a recuperação judicial apenas a prática da execução do título executivo judicial, conformedo pela sentença condenatória, se e quando venha a transitar

em julgado, oportunidade em que o credor, de posse de competente título executivo judicial, deverá se habilitar no concurso de credores lá formado, a fim de obter a satisfação do seu crédito" (proc. 00203-2008-023-04-00-3 (RO) publicado em 28.05.09).

É justamente este o fundamento adotado pelo Relator, no Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ari Parglender, nos autos do Conflito de Competência n. 61.272-RJ, que culminou com o pronunciamento da Suprema Corte do País. É explícita, na decisão, a preocupação de evitar, por parte de órgãos integrantes desta Justiça Especializada, a tomada de decisões que pudessem vir a colocar em risco, por meio de sentenças, concessões de liminares ou antecipações de tutela, o patrimônio da empresa que se encontra em recuperação judicial, acarretando, de forma inevitável, a sua quebra. Esta a razão para concentrar, perante o Juízo responsável pela recuperação judicial, as ações propostas em face da empresa impetrante e as decisões a respeito da alienação ou não de seus ativos.

O Ministro Relator do recurso extraordinário, na decisão do STF, justifica a opção legislativa, do ponto de vista teleológico, no fato de assegurar a sobrevivência das empresas em dificuldades, inclusive para ampliar a possibilidade de os empregados receberem o que lhes é devido. De fato, o instituto da recuperação judicial tem por escopo manter em atividade as empresas que se encontram em dificuldades de caráter conjuntural, tendo em conta especialmente a função social que exercem, nos termos do artigo 170, III, da Constituição Federal.

Por todo o exposto, pode-se dizer que, em face de sua natureza alimentar, o crédito trabalhista goza de tratamento privilegiado pela Lei, inclusive com tramitação mais célere em casos como o presente, em que a empresa encontra-se em recuperação judicial. A execução, à luz do disposto no artigo 768 consolidado, aplicável por analogia, será realizada segundo os ditames da CLT até a consolidação do valor devido, a exemplo que era feito na vigência da antiga Lei de Falências. Mas uma vez definido o montante devido, a execução não poderá prosseguir perante a Justiça do Trabalho, com a realização de atos expropriatórios. Deve, sim, ser providenciada a devida habilitação perante o juízo competente. Nesse sentido, o artigo 6º, 2º, da Lei nº 11.101/05.

Feitas estas considerações, e à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se verificar o alcance do disposto nos §§ 4º e 5º, do artigo 6º, da citada Lei:

"Art. 6º. omissis.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º deste artigo à recuperação judicial durante o período de suspensão de que trata o § 4º deste artigo, mas, após o fim da suspensão, as execuções trabalhistas poderão ser normalmente concluídas, ainda que o crédito já esteja inscrito no quadro-geral de credores".

Pois bem. O prazo de suspensão tem início com o deferimento do processamento da recuperação judicial, conforme dispõe o *caput* e também o § 4º, do artigo 6º. Assim, tem-se que, somente para o caso de não-aprovação do plano proposto, no prazo de 180 dias, é que são retomadas ou iniciadas as execuções.

Uma vez aprovado tal plano, na forma da Lei n. 11.101/05, deve ser providenciada a habilitação do crédito, com a subsequente inscrição no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença. A partir do deferimento da recuperação judicial, não é mais possível a retomada das execuções, perante o Juízo Trabalhista.

Na espécie, conforme relato supra, o pedido de recuperação judicial foi formulado em junho de 2005, com aprovação do Plano, em Assembléia Geral de Credores, no dia 19.12.05. Os posteriores ajustes e alterações no plano inicialmente apresentado, não afastam a incidência da Lei, segundo a qual, uma vez deferido o pedido, deve ser procedida a habilitação do crédito perante o juízo competente que na espécie, é a **1ª** Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Impõe-se, assim, acolher o pedido deduzido na inicial, cassando-se os efeitos da decisão que determinou a penhora de valores.

Tendo em vista que o crédito do exequente já se encontra consolidado a impetrante requer, na inicial, a determinação de devida habilitação junto ao administrador Judicial – 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Tal pedido, por certo, não é passível de acolhida em sede de mandado de segurança, já que deve ser formulado perante o juízo da execução. Conforme exposto em preliminar, a ação de mandado de segurança serve, na espécie, para afastar o dano irreparável e/ou de difícil reparação, decorrente do ato impugnado – que consiste no bloqueio e posterior liberação ao exequente, dos créditos encontrados em conta-corrente.

A segurança, portanto, é concedida em parte.

[...]

Ac. 00288-2009-000-04-00-7 MS

Maria Inês Cunha Dornelles – Desembargadora-Relatora

Julg.: 19.06.2009 -- 1 SDI

Publ. **DOE-RS**: 07.07.2009

Ac. 04795-2008-000-04-00-9 MS

MANDADO DE SEGURANÇA. DEVER DE OFÍCIO. SIGILO PROFISSIONAL
Legítima é a recusa de advogado a depor como testemunha em processo em que figura como parte litigante pessoa a quem assiste profissionalmente, conforme previsto no Estatuto da OAB e respectivo Código de Ética e Disciplina, bem como no art. 405 do CPC. Segurança concedida, confirmando liminar deferida.

[...]

ISTO POSTO:

O impetrante pretende seja reconhecida a legitimidade de sua recusa em prestar depoimento na condição de testemunha no processo nº 01490-2007-601-04-00-0 em que são partes o litisconsorte, Genésio [...], e COTRIJUI – Cooperativa Agropecuária & Industrial, em tramitação perante a Vara do Trabalho de Ijuí. Invoca o inc. XIX do art. 7º da Lei nº 8906/94, § 2º do inc. III do art. 405 do CPC e inc. X do art. 7º da Constituição da República. Transcreve jurisprudência.

A recusa do impetrante ampara-se na condição de advogado, representante da reclamada naquela ação. Argumenta que, embora não a esteja representando no feito, vem prestando assistência jurídica à mesma há mais de trinta e três anos, vinculado como advogado.

A autoridade dita coatora, provocada por petição do ora impetrante no sentido de ser liberado do compromisso de prestar depoimento, assim decidiu:

"Vistos. Segundo entendimento deste Juízo não resta caracterizada hipótese de impedimento legal, razão porque mantém-se a oitiva da testemunha A. da C. G."

O impetrante apresenta instrumento de mandato (fl. 15) onde consta como advogado, procurador da COTRIJUI, o que de forma alguma é contrariado no presente feito. Assim, a questão se apresenta com diminuta complexidade.

Nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, constitui direito do advogado "recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional" (art. 7º, inc. XIX, da Lei nº 8906/94). O art. 405, § 2º, III, do CPC estabelece ser impedida a prestar depoimento como testemunha a pessoa "que intervém em nome de uma parte, como tutor na causa do menor, representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes". O Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu art. 25, define o sigilo profissional como *"inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa"* e, ainda, no art. 26, estabelece que o profissional da advocacia *"deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte"*.

Existindo, na hipótese, violação de direito líquido e certo do impetrante pelo ato atacado mediante a presente medida, deve ser concedida a segurança pleiteada para reconhecer como justa a recusa do impetrante a prestar depoimento como testemunha conforme imposto pela autoridade coatora. Ampara a concessão da medida o art. 1º da Lei nº 1533/51, salientando-se, por derradeiro, inexistir outro remédio processual a atacar o ato judicial discutido, observado o art. 5º do mesmo diploma legal.

Confirma-se, assim, o deferimento liminar, para conceder a segurança, acompanhando-se os termos da promoção da Douta Procuradoria do Trabalho (fls. 155/156).

[...]

Ac. 04795-2008-000-04-00-9 MS

Emílio Papaléo Zin – Desembargador-Relator

Julg.: 20.03.2009 – 1 SDI

Publ. DOE-RS: 06.04.2009

Ac. 00806-2008-004-04-00-7 RO

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL Dano moral caracterizado pela prova dos autos. O reclamante sofreu desprestígio, constrangimento, desonra e exposição à vergonha, face as práticas humilhantes de sua chefia imediata. Responsabilidade pela indenização do dano que se imputa ao empregador, pois responsável pela manutenção de um ambiente de trabalho sadio. Condenação mantida.

[...]

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA.

A sentença condenou a reclamada ao pagamento de

a) horas extras, assim consideradas as excedentes da 8. diária de segundas a sextas, considerado o horário das 08 às 19h30min, com 30min de intervalo, bem como em 03 (três) sábados por ano, das 08 às 22h, neste caso com 01h de intervalo, a serem pagas com os adicionais previstos em norma coletiva (fls. 131/156), no mínimo de 50%;

b) mais 30min diários de segundas a sextas-feiras, com adicional de 50%, pela supressão parcial do intervalo de repouso e alimentação;

e) reflexos das parcelas anteriores em repousas e feriados, férias acrescidas de 1/3, 13°. salários e aviso prévio;

d) diferenças de férias acrescidas de 1/3 e 13°. salários pelo aumento da média remuneratória decorrente dos reflexos de horas extras habituais em repousas e feriados;

A sentença, em embargos de declaração, determina que a apuração das horas extras observe o divisor 220 e que abrange apenas os dias de efetivo serviço.

A reclamada não se conforma, diz que em parte do contrato o reclamante deteve cargos de confiança, na função de Gerente de Vendas (I e II), não estando sujeito ao controle de horário, que o reclamante exercia funções externas, comissionadas e de confiança excepcional, de modo a enquadrá-lo na exceção prevista no art. 62, I e II.

O dispositivo legal do art. 62, e incisos I e II, da CLT, exclui da duração normal do trabalho de oito horas os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário e os gerentes, porém para que a exclusão do limite de Jornada de trabalho ocorra é necessária prova inequívoca de que o gerente ou os equiparados exerçam, de fato, cargo de gestão e que a atividade externa esteja anotada nos registros de empregado e na CTPS, requisito este não cumprido pela reclamada que, de resto, não trouxe os documentos aos autos.

Como gestão deve se entender o poder atribuído ao empregado para gerir a empresa, colocando-se inclusive na posição de verdadeiro substituto do empregador, defendendo-lhe os interesses de ordem administrativa e econômica. Essa não é a hipótese dos autos. Sequer é de se exigir a configuração de tais poderes, quando pela forma de atuação o empregado não tinha liberdade de horário mas, ao contrário, como se verifica nos depoimentos das testemunhas, horário a cumprir.

O próprio contrato de trabalho (fl. 162) consigna que *o empregado obriga-se a cumprir com exatidão o horário de trabalho que vier a ser fixado pelo empregador, que poderá alterá-lo, consoante a necessidade dos serviços.*

Além disso, o ônus de comprovar o exercício de cargo de gestão era da reclamada, a teor do disposto no artigo 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC, do qual não se desincumbiu.

Logo, não há qualquer elemento nos autos que apontem no sentido de que o reclamante estivesse inserido na exceção de que trata o art. 62, II, da CLT. Não restou comprovada a alegada função de confiança, alegada na defesa, informando as testemunhas ouvidas que as atividades exercidas pelo autor, securitário, eram de vendas de seguros, atuando no seguimento dos clientes de maior peso, subordinado ao gestor da filial, sem qualquer poder de mando e não tendo assinatura autorizada, o que afasta o autor da proteção legal à jornada (nl. 189-193).

Ausente o controle do horário a que a reclamada estava obrigado consoante o disposto no § 2º do art. 74 da CLT, sua omissão gera presunção favorável ao articulado na inicial, com inversão do ônus da prova, nos termos da Súmula nº 338 do TST.

O descumprimento da regra impositiva do artigo 74, parágrafo 2, da CLT, é suficiente para que se acolha a jornada alegada pelo autor, sendo desnecessário que as testemunhas confirmem a jornada declinada na petição inicial. Assim, em relação a jornada de trabalho, aos intervalos, aos 3 sábados por ano em reuniões, arbitrados pela sentença, a prova produzida respalda a tese argumentada pelo autor. Registre-se que na ausência dos controles de horário, à reclamada incumbia o ônus de comprovar o cumprimento de jornada de trabalho diversa daquela indicada na petição inicial, inclusive com relação ao gozo de intervalos.

Correta a sentença que condenou a reclamada ao pagamento das horas excedentes da oitava diária, de segundas a sextas, observado o divisor 220, considerado o horário das 08 às 19h30min, com 30min de intervalo, bem como em 03 (três) sábados por ano, das 08 às 22h, com 01h de intervalo, a serem pagas com os adicionais normativos; mais 30min diários de segundas a sextas-feiras, com adicional de 50%, pela supressão parcial do intervalo de repouso e alimentação; reflexos das parcelas

anteriores em repouso e feriados, férias acrescidas de 1/3, 13º. salários e aviso prévio; diferenças de férias acrescidas de 1/3 e 13º salários pelo aumento da média remuneratória decorrente dos reflexos de horas extras habituais em repouso e feriados.

Ainda, as horas extras deferidas integram os repouso remunerados e os feriados, na forma do artigo 7º da Lei nº 605/49, segundo o qual a remuneração do repouso semanal corresponderá "para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês. à de um dia de serviço. computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas" (alínea "a"). Nesse sentido, inclusive, o entendimento consubstanciado na Súmula/TST nº 172. De outra parte, o aumento da média remuneratória mensal, em razão dos reflexos de horas extras nos repouso semanais remunerados e feriados. deve ser considerado para o adimplemento das demais verbas que têm por base de cálculo a remuneração integral do empregado. Por fim, o feriado possui natureza de descanso, consoante art. 1º da mesma Lei antes referida (o empregado tem direito ao repouso semanal remunerado, de 24 horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados).

Nego provimento.

[...]

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

A sentença condenou a reclamada ao pagamento de indenização de R\$ 30.000,00 por danos morais, entendendo-os caracterizados pelas práticas humilhantes adotadas por prepostos da ré durante boa parte do contrato em reuniões para aferição do atingimento de metas.

A reclamada recorre, sustentando não comprovado o efetivo dano ao trabalhador. Por cautela, pede a redução do valor arbitrado.

Mantém-se a sentença no tópico, diante da prova oral colhida em audiência, que confirma a utilização de práticas constrangedoras ou humilhantes, consistentes em travestir-se e receber apelidos de cunho notoriamente pejorativos, como "tiazinha".

Evidencia-se, assim, que o reclamante era submetido a situação vexatória, sendo constrangido e humilhado diante de seus colegas e superiores hierárquicos. Essa situação extrapola o poder de comando do empregador e implica descumprimento de sua obrigação de zelar pelo bem estar e pelo tratamento destinado aos seus empregados.

Não se pode admitir, como quer a reclamada, que os empregados se submetessem de boa vontade às práticas impostas pela reclamada, que não revelam bom humor ou descontração e tampouco podem ser consideradas como técnicas adequadas de motivação, na medida em que expõe a pessoa ao ridículo, ofendendo a sua dignidade, um dos bens maiores da pessoa humana.

É irrefutável, portanto, o dano moral causado ao reclamante, bem como a responsabilidade da reclamada, que não se furta da responsabilidade pelas agressões morais praticadas por seus prepostos.

Mantém-se, de igual forma, o valor arbitrado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para a indenização por danos morais, levando-se em conta as circunstâncias do caso,

o princípio da razoabilidade, a situação econômica das partes, bem como os montantes atribuídos em situações semelhantes.

Nego provimento.

(...]

Ac. 00806-2008-004-04-00-7 RO

Ana Luiza Heineck Kruse – Desembargadora-Relatora

Julg.: 27.08.2009– 1 Turma

Publ. DOE-RS: 09.09.2009

Ac. 00421-2007-332-04-00-2 RO

ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. FATO DE TERCEIRO. O acidente provocado por terceiro, ainda que tenha ocorrido no local e no horário de trabalho, exclui o nexo causal, posto que não há a participação direta do empregador ou seus prepostos, do exercício em si da atividade laboral ou do risco da atividade empresarial. Acidente ocorrido por conduta ilícita de terceiro, não se cogitando nem de culpa subjetiva do reclamado e nem de culpa objetiva. Fato exclusivo de terceiro que exclui a responsabilidade do empregador. Recurso negado.

[...]

ISTO POSTO:

1.DO ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MATERIAIS.

A recorrente não se conforma com a improcedência da ação. Sustenta a responsabilidade da recorrida em relação ao acidente de trabalho por ela sofrido, consistente em agressão provocada por um criminoso levado pela Brigada Militar para atendimento no setor de emergência, onde trabalhava como atendente de enfermagem, e que afetou o seu joelho esquerdo.

Examina-se.

A autora trabalhou para a Fundação reclamada no período de 05.02.1988 a 09.05.2006, na função de atendente de enfermagem (vide anotação da CTPS da fl. 28).

A ocorrência de acidente do trabalho é incontroversa, conforme Comunicação de Acidente de Trabalho das fls. 30 e 59, na qual consta que a autora, ao prestar atendimento de urgência, sofreu contusão no joelho esquerdo.

O perito médico (laudo das fls. II0/125) relata que o acidente foi provocado por ladrões que foram conduzidos pela Brigada Militar à emergência do hospital. Informa que uma das colegas foi mordida e, ao tentar socorrê-la, a autora sofreu uma torção no joelho esquerdo quando foi atingida por uma maca arremessada por um ladrão, seguida de queda com dor imediata e inchaço. A perícia médica conclui que a reclamante está incapacitada para o trabalho; tem alterações do espaço articular nos dois joelhos,

caracterizadas pela diminuição do espaço articular medial, sendo que no joelho esquerdo o processo é mais intenso; já teve indicada prótese para o joelho esquerdo, mas ainda é jovem para o procedimento; a artrose do joelho esquerdo é produtora de sintomas; a reclamante tem registro de trauma no joelho esquerdo e isso pode ter contribuído para situação de maior gravidade nesse joelho; a se avaliar a perda com base na tabela DPVAT há 10% de grau de perda em relação ao joelho esquerdo (item 8, f. 116).

A sentença julgou improcedente o postulado, reconhecendo a existência da excludente "fato de terceiro" e deve ser mantida.

Conforme leciona Sebastião Geraldo de Oliveira, na obra "Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional", o acidente provocado por terceiro, ainda que tenha ocorrido no local e no horário de trabalho, exclui o nexo causal, posto que não há a participação direta do empregador ou seus prepostos, do exercício da atividade laboral ou do risco da atividade empresarial. O referido autor cita jurisprudência que exclui a responsabilidade civil do empregador quando o causador do acidente é terceiro (LTr, São Paulo, 2.ª ed., fls. 142/145).

No caso, o acidente ocorreu por conduta ilícita de terceiro, não se cogitando nem de culpa subjetiva do reclamado e nem de culpa objetiva. No caso da atividade hospitalar, caracteriza culpa objetiva, por exemplo, o contágio de doenças, vindo o atendente de enfermagem a contrair hepatite, tuberculose, AIDS, etc. Muito menos se configura a culpa subjetiva, pois o Hospital é um estabelecimento público que não pode negar atendimento a uma pessoa ferida, mesmo que seja um infrator. As medidas exigíveis de segurança estavam presentes pois o agressor estava acompanhado da Brigada Militar, que era responsável pela segurança de todos no local, e mais do que isto não se poderia exigir do Hospital. Se alguém deve ser responsabilizado pelo evento danoso, além do próprio terceiro que praticou a agressão, é o Estado que, através dos seus agentes presentes do local, não garantiu a integridade e a segurança de quem prestava atendimento ao infrator.

Assim, em que pese tenha havido acidente do trabalho para fins previdenciários, não cabe a reparação civil por parte do empregador, negando-se provimento ao recurso.

[...]

Ac. 00421-2007-332-04-00-2 RO

Ione Salin Gonçalves – Desembargadora-Relatora

Julg.: 04.06.2009 – 1 Turma

Publ. DOE-RS: 10.06.2009

Ac. 01859-2007-402-04-00-4 RO

DISPENSA DE PROFESSOR DE ENSINO SUPERIOR. NUUDADE. REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. É nula a despedida de professor de ensino universitário que se operou por ato monocrático do Reitor; sem a prévia submissão ao Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade. A partir do advento da Lei 9.394/196, a contratação

e dispensa de professores universitários deve ser precedida de exame do Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade. A atuação do Conselho em caso de dispensa do empregado é necessária para que se evite eventual abuso de poder por parte da direção da Universidade e para que o pluralismo de idéias e de concepções, assim como a liberdade de ensinar do professor universitário, seja resguardada. Exegese do inciso V do parágrafo único do art. 53 da Lei 9.394/96 em confronto com os arts. 206 e 209 da Constituição Federal. Reintegração ao emprego que se impõe. Recurso do autor provido.

[...]

2. REINTEGRAÇÃO

A sentença indeferiu os pedidos de declaração de nulidade da despedida e de reintegração ao emprego e seus consectários. Fundamentou que o autor não goza de qualquer estabilidade no emprego, não sendo o concurso público a que se submeteu suficiente para essa garantia. Sinalou que o art. 53, parágrafo único, V, da Lei 9.394/96 não comporta a interpretação do autor, pois dispõe, tão-somente, sobre os meios de exercício da garantia da autonomia outorgada às universidades.

O reclamante não se conforma. Insiste na tese de que o não-cumprimento do parágrafo único do art. 53 da Lei 9.394/96 impõe reintegrar o professor afastado do seu emprego. Diz que os professores tem garantia de uma demissão justificada, criteriosa e justa, o que incorreu.

Examina-se.

É incontroverso que o autor foi contratado como Professor Titular junto ao Departamento de Administração da reclamada em 02-8-82 e despedido sem justo motivo em 08-5-07 (fls. 181-3). Restou incontroverso, também, que o reclamante se submeteu a concurso público de provas e de títulos para ingressar na ré, conforme previsto no art. 41 do Regimento Geral da Universidade (fl. 285).

A partir de tais elementos, resta saber se o autor, como empregado celetista que se submeteu a concurso público de provas e títulos, e que contava à época da rescisão contratual quase 25 anos de serviços prestados à Universidade, entidade jurídica de direito privado (art. 1º do estatuto, fl. 316), poderia ter sido despedido sem justo motivo por ato individual do reitor, como de fato ocorreu, ou que a decisão de dispensá-lo carecia de exame prévio do Conselho de Ensino e Pesquisa, formalidade que, segundo o autor, não foi observada pela ré em descumprimento ao previsto no art. 53, parágrafo único e inciso V, da Lei 9.394/96.

Preconiza o art. 206 da CF:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

III -- pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

(...)

V – valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

(...)

Já o art. 209 da CF assim dispõe:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional:

II--(...)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.394/96 – é a norma geral da educação nacional. Diante da base principiológica e axiológica estabelecida no texto constitucional, bem assim da diretriz expressamente dirigida à iniciativa privada que atua no campo educacional, infere-se que é imperativa a sua observância pelas universidades particulares. caso específico da ré.

O parágrafo único do art. 53 da Lei 9.394/96 assim estabelece:

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I – criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II – ampliação e diminuição de vagas;

III – elaboração da programação dos cursos;

IV -- programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V – contratação e dispensa de professores;

VI – planos de carreira docente.

Como se observa, a regra do parágrafo único do art. 53 da referida lei traz um elenco de atribuições atinentes ao Conselho de Ensino e Pesquisa com o objetivo não só de garantir a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial da universidade, mas também de valorizar o profissional da educação superior. A atribuição legal conferida ao referido Conselho sobre a contratação e dispensa de docentes dá a idéia exata do comprometimento desse órgão com a finalidade da educação superior. A contratação de docentes para universidade assume papel de relevância, na medida em que serão estes profissionais que servirão como instrumento para se estimular a criação cultural, o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo, assim como o incentivo ao trabalho de investigação científica e a formação de diplomados nas diversas áreas de conhecimento, dentre outras. Daí a preocupação da universidade de estabelecer critérios rigorosos para o ingresso do docente de ensino superior, como pode ser observado nos arts. 36 e 38 do Regimento Geral da demandada (fl. 284). Exemplo disso é o caso do reclamante que teve de se submeter a concurso público de provas e títulos para exercer o cargo de professor na ré, atendendo a exigência do art. 41 do seu Regimento Geral (fl. 285).

Assim, se a atribuição de contratar com critério é fundamental para se atingir as finalidades da educação superior, não menos importante é a criteriosa avaliação, com

a participação de corpo ampliado de profissionais, que deve preceder a dispensa do professor universitário, a qual tem amparo no princípio da valorização dos profissionais do ensino consagrado no art. 206, V, da CF. Nesse contexto, a atribuição conferida pelo inciso V do parágrafo único do art. 53 da Lei 9.394/96 ao Conselho de Ensino e Pesquisa tem o condão de limitar o poder diretivo do empregador na dispensa de professores universitários. Ou seja, a partir do advento da Lei 9.394/96, a contratação e dispensa de professores universitários no mínimo exige a manifestação prévia do Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade, ainda que essa manifestação não seja vinculativa para a direção da Universidade. A atuação do Conselho nesses casos é necessária para que se evite eventual abuso de poder por parte do Reitor e também para que o pluralismo de idéias e de concepções, assim como a liberdade científica do professor universitário, sejam resguardados.

O fato do Regimento Geral da Universidade ré estabelecer que o Reitor é a pessoa competente para os casos de dispensa dos docentes (alínea c do § 3º do art. 217, nl. 311) e não o referido Conselho implica ofensa às normas mencionadas. Tanto o Regime Geral da ré quanto o seu estatuto devem manter conformidade com as normas gerais da educação nacional, consoante prevê o art. 209 da CF antes mencionado. Isso não significa dizer que estar-se-ia inviabilizando a dispensa dos docentes ou criando outro tipo de estabilidade no emprego que a CF não estabelece, diversamente do que pretende fazer crer a ré em sua defesa (fls. 157).

Em respaldo ao entendimento defendido, cita-se parte do acórdão proferido pela 5ª Turma do TST nos autos do proc. TST-AIRR-1.050/2001-095-15-40.3, também citado no recurso:

(...) Destarte, se para demitir professores o Diretor deve encaminhar ao Reitor o pedido respectivo e este, por sua vez, para aceitá-la deve atender as prescrições legais, bem assim respeitar as disposições do artigo 23, do mesmo Regulamento, não há conflito entre o Estatuto da PUCC e as disposições do parágrafo único, artigo 53, da Lei 9.394/96. O que há, é a necessidade da proposta de demissão do professor ser submetida ao CONSUN (único, artigo 53, Lei 9.394/96 e artigo 23, do Estatuto da PUCC) antes de ser assinada pelo Reitor (artigo 19, e, do Estatuto da PUCC).

A defesa confessa que o despedimento não se deu por ato do CONSUN e nem foi a ele submetido. Também não se deu por ato do Reitor da PUCC ou, mesmo, do Diretor do curso. Deu-se, sim, por ato monocrático do Presidente da SCEJ (item II, III, fls. 117/118), o que por si só basta ao reconhecimento de sua nulidade, tal como proclamado pelo reclamante na inicial e reiterado no recurso ordinário.

É certo que, como alegou a defesa, a conjugação dos artigos 29 e 40, parágrafo único, do Estatuto da SCEJ, aprovado em 25.01.2001 (fls. 285), remete ao seu Presidente todas as matérias relativas às relações trabalhistas e financeiras relacionadas com professores e funcionários, dentre outras: admissões, contratos, afastamentos, licenças e dispensas (fls. 292 e 294). Todavia, além de conflitar com as disposições do artigo 23, do Estatuto da entidade mantida, essa disposição estatutária da entidade mantenedora contraria texto expresso de lei federal (artigo 53, parágrafo único, Lei 9.394/96), razão pela qual não pode prevalecer.

Como não foram observadas as prescrições legais que regem a matéria e, tampouco, as disposições estatutárias da PUCC, deve ser acolhido o recurso do reclamante e determinada sua imediata reintegração no emprego (...).

Portanto, em razão da dispensa do autor ter sido feita por ato monocrático do Reitor, sem a prévia manifestação do Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade, conforme prevê o inciso V do parágrafo único do art. 53 da Lei 9.394/96, reputa-se nula a despedida do reclamante, determinando-se a sua imediata reintegração ao emprego via antecipação de tutela. A ré responderá pelo pagamento dos salários desde a despedida até a efetiva reintegração.

Dá-se provimento ao recurso para determinar a reintegração imediata do reclamante ao emprego via antecipação de tutela, condenando-se a ré ao pagamento dos salários desde a despedida até a efetiva reintegração. Autoriza-se o abatimento dos valores pagos ao reclamante por ocasião da rescisão.

Determina-se a imediata expedição de mandado para reintegração do autor ao trabalho, cominada a multa equivalente a um salário-dia por dia de descumprimento da obrigação de fazer, com base no art. 461, § 4º, do CPC.

3. DANO MORAL. LUCROS CESSANTES. PERDA DE UMA CHANCE

A sentença indeferiu os pedidos de pagamento dos salários de maio/07 até o autor conseguir outro emprego equivalente a título de lucros cessantes, assim como o pagamento de uma indenização pela perda da chance de conseguir novo trabalho e por dano moral. Fundamentou que no caso em apreço não se trata de despedida injuriosa, não havendo qualquer elemento nos autos que autorize imputar culpa ou dolo à reclamada. Salientou que a demandada possui o direito potestativo de despedir, não havendo prova de que ela tenha agido de má-fé, com culpa ou negligência ao despedir o reclamante.

O reclamante discorda. Insiste que foi despedido em razão de avaliações negativas feita por alunos e registradas no sistema on-line da ré. Defende que a despedida ocorreu em manifesto abuso, sem direito à defesa. Reitera o pagamento da indenização por lucros cessantes e "pela perda de uma chance" em razão da despedida ter ocorrido no início do ano letivo. Refere que ao despedi-lo nessa época, a ré permitiu que o recorrente perdesse a chance de conseguir trabalho como professor, pois as universidades não contratam docentes no mês de maio.

Examina-se.

No caso presente, a suposta lesão à honra e a imagem profissional do autor (desrespeito e humilhação ao professor) reside nos efeitos conexos do contrato de trabalho, isto é, nos fatos que ensejaram a sua despedida.

De prejuízos à imagem e boa fama poderia se cogitar se a despedida do autor tivesse ocorrido por justo motivo sem que ele tivesse praticado os atos que o caracterizariam. Embora o reclamante insista na tese de que a despedida se deu em razão de avaliações negativas feitas por alunos, as quais teriam sido registradas no sistema on-line da ré, a prova não é nesse sentido. A despedida do reclamante foi sem justo motivo, conforme consignado no TRCT, sem que isso implique abuso de direito (fl. 186).

A despedida sem justa causa, pois, não configura hipótese do dano moral. Ademais, não restou comprovado nos autos que em razão da despedida imotivada o autor tenha sofrido "desrespeito e humilhações" por parte da direção da universidade como alegado na petição inicial. À vista disso, o ônus de provar os fatos alegados era do autor, consoante art. 818 da CLT, do qual, no entanto, não logrou se exonerar.

Quanto às demais indenizações postuladas, parece que a reintegração deferida no item antecedente supre os salários que deixaria de receber até encontrar novo emprego (lucros cessantes), fazendo desaparecer a dificuldade de se fazer contratar por outra universidade no início do ano letivo (perda de uma chance).

Provimento negado.

[...]

Ac. 01859-2007-402-04-00-4 RO

José Felipe Ledur – Desembargador-Relator

Julg.: 23.04.2009 – 1ª Turma

Publ. DOE-RS: 29.04.2009

Ac. 00089-2005-003-04-00-4 AP

PENHORA DE BEM DE SÓCIO. FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. Para a caracterização de fraude à execução é necessário que à época da alienação do bem corra demanda contra o seu proprietário capaz de reduzi-lo à insolvência, hipótese que não se verifica quando a alienação particular de bem do sócio de pessoa jurídica executada ocorrer antes que lhe tenha sido redirecionada a execução.

[...]

II. MÉRITO.

1. FRAUDE À EXECUÇÃO.

A Juíza da execução entendeu inviável o prosseguimento da execução relativamente ao veículo de placas (...), sob o fundamento de que este não mais é da propriedade do sócio executado, tendo sido realizada a venda do referido bem em momento anterior ao redirecionamento da presente execução contra os sócios da empresa executada, bem como pela inoportunidade de fraude à execução. Com isso não se conforma o agravante, nos termos já relatados.

No caso presente, é inequívoco que o bem em causa (veículo de placas ...) não era da empresa executada, mas, sim, de seu sócio, e que foi transferido do seu patrimônio em 09.01.2007, quando ainda não havia sido a ele redirecionada a execução (o que se deu somente em 09.04.2007, com a decisão constante à fl. 97).

Conforme certidão de registro fornecida pelo DETRAN-RS (1. 248), a transferência do veículo de placas (...) foi feita em 09.01.2007, quanto este foi adquirido

pelo Sr. J. P. S. R., ou seja, quando ainda não havia sido redirecionada a presente execução contra os sócios da empresa executada.

O fato de a transferência do bem, feita pelo sócio da executada (Adão ...), ter ocorrido depois do ajuizamento da presente ação e da citação da empresa executada na pessoa do referido sócio (fl. 09/09v dos autos da Carta Precatória 00489-2006-141-04-00-5), a qual assim se realizou tendo em vista que sem êxito a citação da empresa executada (1. 78/78v), não faz da referida transferência fraude à execução. Ao tempo da transferência, não corria contra o sócio Adão, ora executado. demanda capaz de levá-lo à insolvência, mas contra a pessoa jurídica de que era sócio, impondo-se frisar que o patrimônio dos sócios não se confunde com o da pessoa jurídica que integram, sendo os patrimônios de ambos (executada e sócio) completamente independentes.

Seria flagrante a agressividade da constrição judicial, nos termos em que postulada pelo agravante, sendo imperativa a manutenção da decisão recorrida.

Nego provimento.

[...]

Ac. 00089-2005-003-04-00-4 AP

Fernando Luiz de Moura Cassal – Juiz Convocado-Relator

Julg.: 30.04.2009 -- 1 Turma

Publ. DOE-RS: 26.05.2009

Ac. 00997-2006-261-04-00-6 AP

AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA DE IMÓVEL INCIDÊNCIA DA LEI N 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. QUE SE ENCONTRA PROTEGIDO POR IMPENHORABILIDADE. Uma vez comprovado que o imóvel objeto de constrição judicial é utilizado como residência do agravante e sua família, resulta aplicável a Lei n 8.009/90, que não pode ser afastada por simples consideração do caráter alimentar dos créditos objeto da execução. Existindo confronto entre determinados princípios constitucionais da mesma hierarquia, deve o juiz, no exame do caso concreto, resolvê-lo mediante a aplicação da regra jurídica positivada na lei e que se apresenta, claramente, como elemento de eliminação conflito interpretativo. No caso, prevalece a letra expressa da Lei n" 8.009/90. Impenhorabilidade do imóvel que se reconhece, determinando-se a liberação da constrição judicial. Agravo de petição provido.

[...]

Mérito.

O agravante insurge-se contra a sentença que julgou improcedentes seus embargos à penhora e manteve a constrição judicial sobre o imóvel de sua propriedade. A decisão agravada, no aspecto, está assim fundamentada (nl. 271-v):

No caso dos autos, há a colisão de duas garantias previstas em nosso ordenamento jurídico: a impenhorabilidade do bem de família e o superprivilégio do crédito alimentar decorrente de reclamações trabalhistas.

Ao liberar-se o imóvel da constrição, estar-se-ia frustrando a última tentativa dos credores trabalhistas de verem satisfeitos seus créditos.

De outra parte, mantendo-se a penhora, estar-se-á retirando do executado o imóvel que utiliza como sua residência e de sua família.

Porém, conforme já foi dito, parte deste imóvel, com certeza, é resultado dos lucros que o embargante obteve na empresa da qual era sócio, e que compõe o pólo passivo da presente relação processual. Logo, nada mais justo que parte do imóvel seja destinada ao pagamento dos créditos dos trabalhadores. É de referir-se, ainda, que o saldo remanescente de eventual leilão será devolvido ao embargante, podendo ser utilizado na compra de um novo imóvel, ainda que de menor valor, estando garantido, assim, o direito à propriedade e à moradia, emergentes da Constituição Federal.

Assim, mantenho a constrição do imóvel do embargante, forte nas razões acima expostas. e ofasto a incidência do ar. 1º da Lei nº 8.009/90.

O agravante sustenta, em síntese, que o imóvel penhorado é o único que possui e onde reside com sua família. Invoca a impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei nº 8.009/90, e requer a desconstituição da constrição judicial incidente sobre o mesmo.

Razão lhe assiste.

A Lei nº 8.009/90, prescreve em seus artigos 1º e 5º, caput, que:

Ar. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

(...)

Ar. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Resta claro, portanto, que o imóvel protegido pela impenhorabilidade é aquele que serve de moradia permanente à entidade familiar. isto é. aquele da sua residência e domicílio. Basta a evidência de que o imóvel é efetivamente utilizado pela entidade familiar para moradia permanente para tomá-lo impenhorável.

No caso em exame, a própria sentença reconhece que o imóvel constricto é utilizado como residência do agravante e de sua família, fato que em momento algum é impugnado pelo exequente-agravado.

Ademais, há prova constituída nos autos de que o referido imóvel serve de residência ao agravante e sua família. Aponto, como exemplo, a procuração por ele outorgada (fl. 246) e o endereço constante no próprio auto de penhora (fl. 248), onde o agravante foi encontrado e intimado.

Destaco, por relevante, que na própria matrícula do imóvel está registrada a circunstância de se tratar de bem de família, nos termos seguintes: "*Fica instituído em bem de família o imóvel objeto da presente matrícula, destinado à residência dos instituidores e de seus filhos, nos termos dos artigos 17JJ a 1722 do Código Civil.*" (fls. 249/251).

Reconheço, assim, a condição de bem de família do imóvel penhorado, incidindo, na espécie, a proteção da Lei nº 8.009/90.

O intento de fazer justiça não se resolve através do abandono das regras que norteiam o processo, principalmente daquelas que a sociedade houve por bem instituir para preservar determinados valores de maior grandeza. A consideração de que os créditos trabalhistas possuem natureza alimentar, merecendo especial proteção, é evidentemente correta mas não justifica o atropelo de outros princípios e a negativa de aplicação da lei, que no caso vem a ser o conjunto normativo da Lei nº 8.009/90. diploma legal que, por sinal, trata de proteger valores sociais tais como o direito à moradia e a manutenção da unidade familiar (6º e art. 226 e parágrafos, ambos da CFI88). Existindo confronto entre determinados princípios constitucionais da mesma hierarquia, deve o juiz, no exame do caso concreto, resolvê-lo mediante aplicação da norma jurídica positiva que se apresenta, claramente, como elemento de eliminação conflito interpretativo, a qual, na espécie, vem a ser a letra expressa da Lei nº 8.009/90.

Destarte, acolho o agravo de petição para, reconhecendo a impenhorabilidade do imóvel de matrícula nº 3650, nl. 01, Livro nº 02, do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Estância Velha – RS, nos termos da Lei nº 8.009/90, determinar a liberação da constrição judicial que recaiu sobre o mesmo.

[...]

Ac. 00997-2006-261-04-00-6 AP

Flavio Portinho Sirangelo – Desembargador-Relator

Julg.: 1º.04.2009 – 2ª Turma

Publ. DOE-RS: 14.04.2009

Ac. 01280-2005-231-04-00-9 AP

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. No âmbito desta Justiça Especializada, o crédito previdenciário surge como feito anexo da sentença e, pois, de forma acessória, como decorrência da constituição do crédito trabalhista – base de seu cálculo –, o que somente se perfectibiliza com o trânsito em julgado da sentença condenatória devidamente liquidada ou do acordo homologado, não se cogitando do vencimento de tal obrigação tributária em momento anterior a esse marco temporal. Incidência de juros de mora e multa apenas quando ultrapassado o prazo previsto no §3º do art. 43 da Lei nº 8.212/1991. Agravo de petição da União não provido.

[...]

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Inconformada com a decisão de origem, que julgou improcedente a impugnação por ela apresentada, a União recorre. Alega, em síntese, que os valores devidos a título de contribuições previdenciárias, por se tratar de tributo, estão sujeitos a legislação própria, devendo ser atualizadas pela taxa SELIC, e não pelo FACDT, consoante determinam os artigos 879, § 4º, da CLT e 34 e 35 da Lei 8.212/91. De outra parte, afirma que a atualização pela taxa SELIC deve ser contada a partir do mês da competência (prestação de serviços), porquanto, nessa ocasião, já eram devidas as contribuições previdenciárias que somente agora são recolhidas. Pretende, assim, a observância do regime de competência, aplicação da taxa SELIC e da multa de mora desde as competências referentes à prestação dos serviços.

À análise.

A julgadora de 1º grau, consoante se observa às fls. 370/371, assim decidiu: "[...] no que range à aplicabilidade da taxa SELIC, que, em se tratando de ação trabalhista, a constituição do crédito previdenciário ocorre com o trânsito em julgado da sentença onde a pretensão do autor restou reconhecida. Assim, uma vez que as contribuições previdenciárias constituem parcelas acessórias da condenação aos créditos trabalhistas, o índice de correção monetária sobre estas deve ser idêntico àquele utilizado para atualização do principal, qual seja, o FACDT. Somente quando verificada a mora do executado cogita-se da incidência da Taxa SELIC, bem como da aplicação de eventual multa por atraso no recolhimento da parcela."

Com efeito, também no entender desta Relatora, ao definir que as contribuições sociais para o financiamento da seguridade social devidas pelo empregador, pela empresa ou pela entidade a ela equiparada na forma da lei, incidirão sobre "a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício", o art. 195, I, "a", da Constituição Federal deixa claro que o **fato gerador** da obrigação previdenciária ocorre somente quando for efetivamente constituído o crédito do trabalhador em retribuição ao labor por ele prestado, evidenciando, pois, o caráter nitidamente acessório daquela obrigação.

O art. 116 do Código Tributário, por sua vez, assim define o fato gerador da obrigação tributária:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

A Lei nº 8.212/91, a seu turno, dispõe em seu art. 35, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.941/2009 (que também revogou o invocado art. 34 desse mesmo diploma legal): "Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. II, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996". De destacar que as contribuições sociais de que trata esse artigo são: as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; as dos empregadores domésticos; as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição.

O art. 61 da Lei nº 9.430/1996 ali mencionado assim estabelece:

"Ar. 61 Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicada fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de 11111 por cento no mês de pagamento."

Por fim, o § 3º do art. 5ª dessa mesma Lei nº 9.430/1996 assim dispõe:

"Art. 5º

[...]

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de 11111 por cento no mês de pagamento."

Feitas tais considerações, todavia, cumpre referir que, em que pese o disposto no § 2º do art. 43 da Lei nº. 8.212/91, incluído pela já referida Lei nº 11.941/2009, no sentido de que "Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço", no âmbito das ações trabalhistas, não há falar na ocorrência de fato gerador da parcela acessória – no caso, a contribuição previdenciária – antes mesmo de reconhecido o direito à parcela principal, mediante decisão judicial – ou acordo homologado – com trânsito em julgado. Isso porque, em que pese o fato gerador da contribuição previdenciária resulte, em regra, da remuneração paga, devida ou creditada mensalmente ao trabalhador empregado ou avulso, a ação trabalhista constitui uma exceção a essa regra geral. No âmbito desta Justiça Especializada, o crédito previdenciário surge

como efeito anexo da sentença e, **pois**, de forma acessória como já dito, como decorrência da constituição do crédito trabalhista – base de seu cálculo –, o que somente se perfectibiliza com o trânsito em julgado da sentença condenatória devidamente liquidada.

Dito isso, o crédito tributário correspondente à contribuição previdenciária apurada numa ação trabalhista não vence até que transite em julgado a decisão que homologou os cálculos de liquidação da sentença ali proferida. Somente a partir de então, seguindo-se a citação do devedor e o seu não cumprimento, é que se opera o marco temporal capaz de ensejar a aplicação de juros e multas, de acordo com a legislação previdenciária acima já citada, em observância ao artigo 879, § 4º, da CLT ("*A atualização do crédito devido à Previdência Social observará os critérios estabelecidos na legislação previdenciária*"), e também no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.212/91 ("*As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.*"), uma vez que apenas nesse momento é que efetivamente se consolidou o fato gerador constitutivo do crédito tributário previdenciário que teve origem na reclamação trabalhista. Não há falar em atraso ou mora no recolhimento da contribuição previdenciária em momento anterior àquele marco temporal.

Assim, as contribuições previdenciárias devem ser atualizadas pela taxa SELIC, sofrendo incidência de juros de mora e multa apenas quando ultrapassado o prazo previsto no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.212/1991.

Nega-se, pois, provimento ao agravo.

[...]

Ac. 01280-2005-231-04-00-9 **AP**

Maria Beatriz Condessa Ferreira – **Desembargadora-Relatora**

Julg.: 05.08.2009 – **2 Turma**

Publ. DOE-RS: 14.08.2009

Ac. 00522-2006-121-04-00-2 RO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE TRABALHADORES AVULSOS NA MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS. A empresa reclamada, ainda que explore atividade privativa, está sujeita às disposições do artigo 26 da Lei 8.630/93, que não padece de qualquer inconstitucionalidade. Recurso provido em parte para extinguir da condenação a obrigatoriedade de que a empresa-ré contrate apenas trabalhadores portuários avulsos que sejam registrados no OGM/O no que diz respeito às modalidades de trabalho em capatazia e bloco, devendo, no entanto, dar prioridade aos trabalhadores registrados.

[...]

OBRIGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE TRABALHADORES AVULSOS NA MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS.

A reclamada foi condenada a utilizar, na movimentação de mercadorias em seu terminal privativo de uso misto, em navios dedicados à navegação de longo curso, somente mão-de-obra de trabalhadores portuários registrados ou cadastrados no OGMO do porto local, com vínculo empregatício ou na condição de trabalhador portuário avulso, inclusive para atividades de vigilância das embarcações, a qual deverá ser realizada por pelo menos um trabalhador portuário habilitado por turno de trabalho, sob pena de pagar multa diária, e a utilizar, quando necessitar de mão-de-obra complementar nas operações relativas a navios dedicados à navegação interior ou auxiliar, somente trabalhadores registrados ou cadastrados junto ao OGMO, sob pena de pagamento de multa diária.

Inconformada recorre a reclamada.

A Lei nº 8.630/1993 que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, estabelece que "cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado" (art. 1º). O § 1º do art. 1º desta lei definiu que se consideram:

I – Porto organizado: o constituído e aparelhado para atender as necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;

II – Operação portuária: a de movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transportes aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários;

III – Operador portuário: a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado:

IV – Área do porto organizado: a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infraestrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto, tais como guias-correntes, quebra-mares, esclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto, referida na Seção II do Capítulo VI desta Lei.

V – Instalação portuária de uso privativo: a exploração por pessoas jurídicas de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação e ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário."

O § 2º do art. 4º da Lei 8.630/1993, de sua vez, estabelece o seguinte:

"A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:

I – uso público;

II – uso privativo:

a) exclusivo, para movimentação de carga própria;

b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros."

Nos termos da normatividade referida, cabe aos operadores portuários a realização das operações portuárias previstas na lei (art. 8º), sendo dispensável sua intervenção apenas nas hipóteses arroladas no art. 8º, § 1º. Além disso, restou determinado que os operadores portuários devem constituir, em cada porto organizado, um órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário (OGMO), que tem, dentre outras, as seguintes finalidades: administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso; manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso; promover o treinamento e a habilitação profissional do trabalhador portuário, inscrevendo-o no cadastro; selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso (art. 18).

Referida lei também estabeleceu que o trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos (art. 26), e que a contratação de trabalhadores portuários de estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício a prazo indeterminado será feita, exclusivamente, dentre os trabalhadores portuários avulsos registrados (art. 26, par. único), não havendo qualquer distinção entre a exploração da instalação portuária de uso público e de uso privativo.

Não resta dúvida, portanto, que a empresa reclamada, ainda que explore terminal privativo, está sujeita às disposições da Lei 8.630/93, que não padece de qualquer inconstitucionalidade. Contudo, a obrigatoriedade de contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado, de forma exclusiva, dentre portuários registrados no OGMO, restringe-se àqueles indicados no parágrafo único do art. 26 da Lei 8.630/93, ou seja os trabalhadores de estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações.

Ressalte-se que na interpretação da norma legal deve-se levar em consideração, em observância à técnica legislativa, que o *caput* deve conter a norma geral e o parágrafo as adições e restrições.

Nesse sentido o acórdão no Processo 20174/2004-000-02-00, da SDC do TST, da lavra do Ex.º Ministro Ives Gandra Martins Filho, julgado em 16.08.2007, e publicado em 22.02.2008, do qual se transcreve excerto, *verbis*:

'DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA PORTUÁRIOS EXEGESE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 26 DA LEI 8.630/93 À LUZ DA CONVENÇÃO 137 DA OIT POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DOS TRABALHADORES EM CAPATAZ/A E BLOCO SEM NECESSIDADE DE REGISTRO NO OGMO, MAS DANDO-SE PRIORIDADE AOS REGISTRADOS.

1. O presente dissídio coletivo de natureza jurídica tem como escopo primordial obter pronunciamento do Judiciário Laboral em torno da exegese do art. 26 e seu parágrafo único da Lei 8.630/93.

2. O parágrafo único do art. 26 é de clareza solar ao não mencionar capatazia e bloco dentre as modalidades que devem ser contratadas aproveitando trabalhadores registrados no OGMO. Essa é a interpretação literal do dispositivo, método próprio de aplicação das normas, cuja clareza redacional faz exsurgir seu sentido pleno da simples leitura do texto, sem maiores perquirições ou dúvidas, na esteira do brocardo *inclaris cessat interpretatio*,

3. Sob o prisma da técnica legislativa e interpretação histórica, se fosse intenção do legislador exigir o registro de todos os trabalhadores portuários no OGMO, teria simplesmente mencionado, no parágrafo único do art. 26, os trabalhadores portuários referidos no caput deste artigo ou então nem sequer teria previsto o parágrafo único, já que, sendo a disciplina jurídica comum a todas as modalidades de trabalho portuário, bastava que no caput do art. 26 se dissesse, ao final, contratados exclusivamente dentre os trabalhadores avulsos registrados. Assim, a existência de parágrafo único ao art. 26, e com rol diferenciado de modalidades de trabalhadores, está a gritar que as modalidades não elencadas no parágrafo único têm disciplina jurídica diversa quanto à contratação.

4. Sob o prisma teleológico, a lei dos portos visou a modernizar e baratear o custo operacional dos portos brasileiros, através da introdução de tecnologia que, necessariamente, acaba por substituir o trabalho preponderantemente braçal pelo trabalho operacional de máquinas. Até o momento não foi regulamentado o art. 7º, XXVII, da CF, que visa a proteger o trabalhador em face da automação. No entanto, a ausência de promulgação da lei que regulamenta o preceito constitucional não autoriza a manutenção das técnicas e modelos antigos de gerenciamento e funcionamento dos portos.

5. Assim, o sistema anterior à Lei 8.630/193 era o da intermediação dos sindicatos na contratação dos trabalhadores avulsos, tendo em vista que a forma de prestação de serviços, com engajamento temporário em cada navio aportado, sem empregador permanente, recomendava a concentração numa entidade para a cobrança do preço pelo serviço prestado e o rateio do produto entre os trabalhadores engajados.

6. Se, nos primórdios da navegação comercial, as embarcações levavam seus próprios estivadores, para carga e descarga da mercadoria nos portos, a evolução posterior, visando à redução dos custos, foi a de contratar o pessoal dos portos para essas tarefas, reduzindo a tripulação dos navios mercantes.

7. Ora, no momento em que se distingue fundamentalmente o serviço de capatazia, ligado à movimentação, em terra, das mercadorias nas instalações portuárias (art. 57, § 3º, I), do serviço de estiva (art. 57, § 3º, II), ligado à movimentação das mercadorias dentro das embarcações, tem-se uma sinalização para o critério (o discrimen) utilizado para dar tratamento diferenciado a essas modalidades: o OGMO, como órgão que substituiu o sindicato na gestão da mão-de-obra portuária, serve, basicamente, para concentrar e administrar a utilização da mão-de-obra para as atividades realizadas nos navios, cujos amadores são variados e onde a relação de trabalho é temporária.

8. Já os trabalhos de capatazia, realizados nos armazéns e instalações portuárias, podem ser contratados por um único operador portuário, em regime contratual de prazo indeterminado, nos moldes comuns aos demais trabalhadores regidos pela CLT, uma vez que provêm das antigas Companhias Docas, onde eram funcionários com vínculo permanente.

9. Finalmente, tendo a Convenção 137 da OIT se tomado direito interno mediante sua ratificação pelo Brasil com o Decreto 1.574/95, lança luz nova sobre a questão em exame, quando recomenda que o trabalhador portuário tenha emprego permanente e seja contratado prioritariamente dentre aqueles registrados no posto.

10. Assim, é de se acolher o presente dissídio coletivo de natureza jurídica, para declarar que não estão os operadores portuários obrigados a contratar apenas trabalhadores portuários avulsos que sejam registrados no OGMO no que diz respeito às modalidades de trabalho em capatazia e bloco, devendo, no entanto, dar prioridade aos trabalhadores registrados.

Diante do exposto, não há como impor ao réu a utilização de trabalhadores portuários de capatazia e bloco apenas de portuários registrados ou cadastrados no OGMO do porto local, seja na hipótese de trabalhador com vínculo empregatício ou na condição de trabalhador avulso. Entretanto, deve ser observado o disposto na Convenção 137 da OIT (ratificada pelo Decreto nº 1.574/95), no sentido de que os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos (art. 3, item 2).

Refira-se que a existência de previsão na lei nº 8.630/1993, de pagamento de indenização para os trabalhadores avulsos que requeiram cancelamento do seu registro, em nada altera a obrigação da reclamada de contratar trabalhadores quer com vínculo empregatício, quer avulsos, nos moldes acima examinados.

O serviço de vigilância das embarcações, como bem analisado na decisão de origem, é responsabilidade do operador portuário, e não do armador, nos termos do disposto no art. 57, parágrafo 3º, inciso V, da Lei nº 8.630/1993.

Registre-se, ainda, que inexistente prova de que os Sindicatos impedem que os empregados da recorrente se cadastrem ou se registrem no OGMO.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso do réu para excluir da condenação a obrigatoriedade de que a empresa-ré utilize, nos serviços de capatazia e bloco, somente mão-de-obra de trabalhadores portuários registrados ou cadastrados no OGMO do porto local, com vínculo empregatício, devendo, no entanto, dar prioridade aos trabalhadores registrados.

[...]

Ac. 00522-2006-121-04-00-2 RO

João Pedro Silvestrin - Desembargador-Relator

Julg.: 08.10.2008 - 2ª Turma

Publ. DOE-RS: 29.10.2008.

Ac. 01232-2007-030-04-00-0 RO

PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. Reparação civil tendente à reparação por dano causado por acidente do trabalho prescreve em três anos da data do fato, na forma do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. Incidência da Súmula n° 278, do STJ.

[...]

2. DA PRESCRIÇÃO. MATÉRIA PREJUDICIAL.

O juízo de primeiro grau, entendendo aplicável a prescrição trabalhista ao acidente do trabalho, afastou a prescrição total arguida na defesa e julga improcedente a ação.

No caso vertente, o acidente narrado na petição inicial ocorreu em 27.AGO.2003 – acidente de motocicleta.

Em que pese a tese da sentença, as ações destinadas à reparação de danos derivados de acidente do trabalho não deixaram de ter a sua natureza de reparação civil, com o prazo prescricional inserto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, na esteira da sentença.

Os prazos prescricionais não podem nem ser interpretados fora da harmonia do sistema nem ter alargado o seu conteúdo, objetivando a inserção de hipóteses não previstas em lei.

A exceção da prescrição, como exemplarmente já definido por **PONTES DE MIRANDA**, em sua obra insuperável, ainda que já ultrapassadas várias décadas de sua morte, o Tratado de Direito Privado, destina-se à paz social, no sentido que em algum limite do tempo estanquem as pretensões, ações e exceções de direito material que a parte teria, em tese, e que lhe assegurassem direitos emergentes daquelas pretensões, ações e exceções.

O direito, como bem referido pelo ilustre jurista *"corre célere, mais ainda, na era da máquina"*.

E, portanto, não é possível, em primeiro lugar, que sejam qualificadas ações destinadas à reparação de dano derivado de acidente do trabalho, como direitos personalíssimos, com base na argumentação de que atingem à natureza humana e, portanto, o prazo prescricional incidente seria de dez anos, na forma do artigo 205, do Código Civil.

A infortúnica do trabalho, ainda que atinja o trabalhador em violação à sua condição física, e com estrita relação à redução de capacidade, não pode resultar em ação destinada à reparação do dano, como direito personalíssimo, mas de reparação civil.

Não há, no caso, nenhuma justificativa, a não ser uma visão muito estreita do sistema, de qualificar como direito personalíssimo a ação destinada à reparação patrimonial derivada de acidente do trabalho.

Não há qualquer diferença, por exemplo, entre a infortúnica do trabalho, que causa dano, e o acidente de trânsito, que pode causar o dano e até a morte e, nesta matéria, é tranquila a jurisprudência do TJRS, Acórdão n° 70023914765 – Décima Segunda Câmara Cível, de 25 de setembro de 2008, *in verbis*:

"A PELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRANSITO. PRESCRIÇÃO. FATO OCORRIDO EM 1996. INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. Se a pretensão indenizatória decorre de acidente de trânsito acontecido em 1996, mas tendo sido a demanda proposta em fevereiro de 2006, incide o prazo prescricional trienal do art. 206, §3.º, V, do atual Código Civil, já em vigor há mais de três anos, quando da propositura da ação, observada a regra de transição do art. 2.028".

A excepcionalidade do amplo prazo de dez anos somente se justifica em ações que digam respeito aos direitos personalíssimos – honra, boa fama, nome, incolumidade física, dentre outras, que se destinam, na grande maioria dos casos, a pretensões meramente declaratórias, e não condenatórias.

Recorde-se, como paradigma do que se afirma, a ação movida pela família do jornalista Wladimir Herzog, morto nos porões da ditadura daquele tempo, em que a pretensão da ação limitava-se a mera declaração de que Wladimir Herzog foi morto sob a responsabilidade do Estado que o detivera legal ou ilegalmente e nenhuma reparação patrimonial.

O direito invocado pela família foi de que violada a sua incolumidade física enquanto detido pelo Estado e, portanto, morto sob responsabilidade daquele e, ainda, como reparação do seu nome, porque não atentara contra a sua própria vida, ao contrário da justificativa da época, de muito autoritarismo e abuso aos direitos humanos.

Em outro exemplo, também paradigma da literatura jurídica, situa-se a pretensão declaratória da companheira de Villa-Lobos por mais de vinte anos, do direito de utilização do seu nome, num tempo em que não havia no Direito Brasileiro a dissolução do casamento pelo divórcio.

Essas as questões que, pelo seu conteúdo, são as destinadas à incidência do artigo 205, do Código Civil, e não ações como a presente, em que se discute acidente do trabalho – acidente de motocicleta.

No caso, como o ajuizamento da ação foi 19.DEZ.2007, ou seja, mais de quatro anos da data da lesão configurada, o que inviabiliza a pretensão por integralmente prescrita, nos termos do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.

A pretensão é prescritível e houve o integral decurso do prazo prescricional sem qualquer ato interruptivo da parte, operando-se a prescrição da pretensão total do direito de ação, na forma do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Por essas razões, tem-se como integralmente prescrito o direito de ação do autor. com provimento ao recurso adesivo da ré. E, em consequência, prejudicado o recurso do autor.

[...]

Ac. 01232-2007-030-04-00-0 RO

Vania Maria Cunha Mattos – Desembargadora-Relatora

Julg.: 05.08.2009 – 2ª Turma

Publ. DOE-RS: 14.08.2009

Ac. 00964-2007-027-04-00-0 RO

Eleições sindicais. Nulidade. Remessa aos associados de cédulas de votação sem o registro de uma das chapas concorrentes (chapa 02), sendo necessária nova remessa de cédulas para a região metropolitana e interior do Estado. Não-atingimento do quorum para a eleição previsto no Estatuto do SERGS. A decisão da Comissão Eleitoral, de considerar, para efeito de quorum, os votos por correspondência manifestados através das cédulas enviadas na primeira remessa, sem referência à chapa 02, viola diversas disposições legais e estatutárias. Irreparável a sentença que declarou nula a eleição e, conseqüentemente, a posse da diretoria eleita. Recurso não-provido.

[...]

ISTO POSTO:

1. Eleições sindicais. Nulidade.

O Sindicato-reclamado não se conforma com a procedência do pedido de declaração de nulidade da eleição sindical e, conseqüentemente, da posse da diretoria eleita. Argumenta que o número de associados habilitados à votação era de 1.547, e não 1.778. Aduz que a decisão da Comissão Eleitoral atendeu plenamente aos objetivos do pleito, não trazendo qualquer prejuízo às chapas concorrentes. Afirma que a decisão de, para efeito de *quorum*, considerar os votos da primeira remessa, tendo em vista as circunstâncias excepcionais verificadas no processo eleitoral, encontra amparo na alínea "e" do art. 56 do Estatuto do SERGS. Ressalta que não houve violação ao Estatuto, tampouco à legislação vigente, sendo que a realização de nova eleição não traria nenhum resultado prático, observada a significativa diferença de votos verificada entre as chapas concorrentes.

Examino.

Na petição inicial, a autora explicitou que era candidata à presidente da Diretoria do Sindicato-reclamado, integrando a **chapa 02 – "Enfermagem: Mudança Consciente"**, que concorreu no pleito realizado nos dias 25, 26 e 27 de julho de 2007. Destacou que apesar de ter buscado registro da chapa 02 no dia 14/06/2007, apenas conseguiu fazê-lo em 19/07/2007, por força de *liminar* deferida nos autos da ação cautelar nº 00804-2007-027-04-00-0. Apontou que várias cédulas de votação foram remetidas aos associados da região metropolitana e do interior do Estado sem o registro da chapa 02, havendo a necessidade de nova remessa. Asseverou que no dia 02/08/2007 foi procedida a verificação do *quorum* para fins de continuidade do trabalho de apuração, oportunidade em que constatada a existência dos seguintes votantes: 680 nas umas da Capital e 65 votantes da *segunda remessa* dos votos por correspondência, totalizando **111** votantes. Aduziu que em face do não-atingimento do *quorum* previsto no Estatuto (50% mais um dos sindicalizados), a chapa 01 propôs que fossem considerados os votos por correspondência da *primeira remessa*, na qual não constou o nome da chapa 02, no total de 160 votantes, proposta essa que foi acatada pela Comissão Eleitoral. Ressaltou que o representante da chapa 02, na

mencionada comissão lançou oportuno protesto contra a decisão, requerendo fosse aplicado o art. 101 do Estatuto do SERGS, inutilizando-se as cédulas, pois os votos registrados com chapa única não poderiam ser considerados para nenhum efeito.

A questão cinge-se à aplicação dos artigos 100, 101 e 102 do Estatuto do Sindicato dos Enfermeiros do Rio Grande do Sul – SERGS ((Is. 37/38), bem como do art. 531 da CLT. Assim, é necessário analisar aspectos relativos à totalidade dos associados aptos à votação e à regularidade do procedimento da Comissão Eleitoral ao considerar, para fins de preenchimento do *quorum*, os votos relativos às cédulas encaminhadas originalmente (sem a chapa 02).

O art. 100 do Estatuto do SERGS assim estabelece:

"Instalada, a Mesa Apuradora verificará, pela lista de votantes, se participaram da votação 50% (cinquenta por cento) mais I(um) dos eleitores, procedendo em caso afirmativo, a abertura e a contagem dos votos" (nl. 37).

Destaco que o mencionado dispositivo estatutário contempla condição mais flexível no que respeita à eleição da Diretoria, comparado com o art. 531 da CLT, segundo o qual:

"Nas eleições para cargos de Diretoria e do Conselho Fiscal serão considerados eleitos os candidatos que obtiverem maioria *absoluta de votos em relação ao total dos associados eleitores*".

Como bem refere o Magistrado *a quo*:

"Não se trata assim, de obter a maioria dos votos em processo do qual participe a maioria absoluta dos associados aptos à votação, pois essa interpretação implicaria admitir que em uma categoria que tenha 1.000 associados e duas chapas concorrendo, seria possível vencer a eleição por 2 votos a 1, na hipótese de que 498 associados tenham votado em branco. Desse modo, aplicando-se o que dispõe a CLT, seria obrigatório, no exemplo antes citado, que a chapa vencedora obtivesse pelo menos 501 votos para que não houvesse necessidade de realização de nova eleição.

Com efeito, o objetivo do legislador foi o de respaldar as iniciativas da diretoria eleita que, assim, contaria com a chancela de parcela significativa da categoria envolvida nas iniciativas que viesse a tomar. Não há, dessa forma, como se ignorar que as disposições da seção XIX do Estatuto da SERGS flexibilizam os mecanismos legais existentes sobre o assunto, tornando mais fácil a eleição de determinada chapa" (nl. 347).

No pertinente ao número de associados habilitados a votarem na mencionada eleição, o documento da fl. 192, juntado com a defesa, refere ser de 1.547, o que implicaria ser de 774 o *quorum* necessário à validação do processo, não restando atingido o mínimo de 50% mais um dos associados aptos à votação, nos termos do art. 100 do Estatuto sindical.

Por outro lado, consoante Ata de Apuração do Pleito 2007 (fls. 100/102), computados os votos da Capital em separado, totalizaram eles 680 votantes, somados a eles os votos por correspondência da *primeira remessa*, obtém-se mais 160 votantes, sendo que os votos por correspondência em *segunda remessa* totalizaram 65 votantes.

Mediante proposta da chapa 01, acolhida pela Comissão Eleitoral, por maioria dos votos. vencido o representante da chapa 02 na comissão, também foram considerados. apenas para efeito de *quorum*, os votos remetidos pelo correio em primeira remessa. A chapa 02, através de seu representante, registrou protesto contra essa decisão, nos seguintes termos: "*Não concordamos com a apuração pois, como não houve 'quorum' faltando 45 (cento e quarenta e cinco) votos, deveria ter sido aplicado o art 101 do Estatuto do SERGS, inutilizando as cédulas. Os votos que constam com uma chapa única não podem ser considerados para nenhum efeito, segundo decisão judicial nas ações impetradas por Jane Isabel Biehl contra o SERGS no âmbito da Comissão Eleitoral*" (fl. 100).

Explicitados os fatos e o direito, concluo que a iniciativa da Comissão Eleitoral, oportunamente impugnada pelo componente que integrava a chapa perdedora (chapa 02), extrapola os poderes a ela conferidos pelo art. 56 do Estatuto (fl. 30). Ademais disso, o art. 109, alínea "c", do Estatuto estabelece: "**Art. 109** – *Será nula a eleição quando: c – preterida qualquer formalidade essencial estabelecida neste Estatuto*" (nl. 39). A exigência de *quorum* de maioria absoluta dos capacitados a votar é requisito necessário à legitimidade da eleição. Portanto, a iniciativa da Comissão Eleitoral (de computar os votos da primeira remessa apenas para efeito de *quorum*), embora possa se calcar no alegado interesse da categoria, inegavelmente violou disposições legais e estatutárias.

Ademais, atenta à razoabilidade que os votos dados em cédulas que não continham referência à chapa 02 sejam considerados, ainda que para fins de *quorum*, uma vez incontroversa a ocorrência de nova remessa de cédulas. O inverso seria admitir que os associados pudessem participar da eleição com mais de um voto, porque nada impede que pelo menos um dos 160 votantes da *primeira cédula* tenha votado novamente através da *segunda*, já corrigida. Com relação à nova convocação que se realizará oportunamente, reputo válido o art. 101 do Estatuto (fl. 38), já que o § 1º do art. 531 da CLT também admite a eleição pela "*maioria dos eleitores presentes*", quando em segunda convocação. Portanto, o que é determinante para invalidar o processo eleitoral em exame é o fato de que o *quorum* previsto no Estatuto da entidade sindical não foi atingido, sendo que "*uma decisão política*", como refere a terceira testemunha do Sindicato-réu, só tem validade quando é fruto do consenso. o que inegavelmente inexistente neste caso.

Nesse contexto, não merece reparos a sentença que declarou nula a eleição e, conseqüentemente, a posse da diretoria eleita no pleito cuja apuração foi realizada em 02/08/2007, determinando seja realizada nova eleição, quando deverá ser observado o *quorum* estabelecido no § 1º do art. 101 do Estatuto.

Nego provimento.

[...]

Ac. 00964-2007-027-04-00-0 RO

Denise Pacheco – Juíza Convocada-Relatora

Julg.: 10.12.2008 – 2 Turma

Publ. DOE-RS: 19.12.2009

Ac. 00405-2006-701-04-00-3 RO

ACIDENTE DO TRABALHO. DANO EXTRAPATRIMONIAL (MORAL). VALOR DA INDENIZAÇÃO. A forma ideal de arbitramento do valor da indenização devida ao trabalhador que sofreu acidente do trabalho é o estabelecimento de grupos de casos típicos, de acordo com o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou similitude das circunstâncias de fato que envolvem o ato danoso, a fim de evitar a excessiva oscilação do valor das indenizações. Adoção do critério pretoriano, baseado em precedentes. Hipótese em que R\$30 mil se mostram insuficientes a reparar a dor e o sofrimento de trabalhador que, devido ao acidente de trabalho sofrido, resultou paraplégico, revelando-se mais adequada a esse fim a fixação da indenização em R\$155 mil. Recurso provido.

[...]

I – Recurso ordinário da reclamada:

1. Acidente do trabalho. Responsabilidade.

A reclamada não se conforma com a sentença que reconheceu sua responsabilidade pelo acidente do trabalho sofrido pelo reclamante, que resultou na perda total de sua capacidade laborativa.

Sustenta, em síntese, que o acidente de trânsito foi uma fatalidade/caso fortuito, de difícil previsibilidade, e que contou com a participação direta do reclamante que, segundo alega, foi o único responsável pelo ocorrido. Aduz que o reclamante cumpria sua rotina normal de trabalho, descabendo falar em desvio funcional ou em excesso de labor em jornada extraordinária, como elementos que contribuíram para o evento danoso. Em derradeiro, assevera que mantida sua responsabilidade pelo acidente, pede, no mínimo, que seja considerada a culpa concorrente do reclamante, pelo fato de, conforme alega, não estar usando cinto de segurança no momento do acidente.

É dado incontroverso que o trabalhador foi vítima de grave acidente do trabalho, quando prestava serviços para reclamada dirigindo veículo da empresa quando estava viajando por diversos municípios do Estado onde sua empregadora possui supermercados, para execução de serviços de conserto e a manutenção de equipamentos (fomos, balanças, etc.).

As circunstâncias do trágico evento, de acordo com a farta prova dos autos foram as seguintes:

No dia **03.03.2006**, quando dirigia veículo da reclamada pela RS-640, no sentido Cacequi/Rosário do Sul, a cerca de 8 km do trevo de acesso a BR-290, o reclamante perdeu o controle do automóvel, saiu da pista e capotou.

Como consequência do acidente, o trabalhador sofreu diversas lesões em sua coluna vertebral, tendo como seqüela paraplegia de ambos os membros inferiores, sendo dependente de cadeiras de rodas, com lesões, de caráter irreversível, que acarretaram a perda integral de sua capacidade laboral relativamente à atividade profissional por ele desempenhada. (laudo médico das fls. 180/184).

Como causas do acidente, a sentença constatou que contribuiu ao evento o descumprimento de normas de afetas à proteção do trabalho, notadamente labor em excesso de jornada em caráter habitual de horas extraordinárias. fruto de diversos deslocamentos entre municípios do Estado, ao atendimento do serviço de manutenção em estabelecimentos da reclamada.

À propósito, os fundamentos da judicosa sentença, *verbis*:

A prova colhida revela ser habitual a prática de serviço extraordinário. Basta ver os registros de horário e o expressivo número de horas extras pagas no curso do contrato. Há acordo para prorrogação de horas à fl. 90.

O acidente ocorreu em 03.03.2006. A ré traz a cotejo ponto até 15.01.2006 e a partir de 16.03.2006 (quando o autor já estava afastado do trabalho). Na sequência ordenada do ponto há omissão quanto aos dias imediatamente anteriores ao infortúnio (entre 16.01.2006 até 03.03.2006).

Todavia, o autor traz a cotejo cópia do ponto referente ao período que antecede o dia do infortúnio: em 03.03.2006. Lá consta prorrogação de horário um dia antes do acidente, quando o autor trabalhou de 08h20min às 22h (fl.27), ou seja, por mais de onze horas seguidas. Três dias antes, outrossim, o autor trabalhara entre 08h e 22h. E na semana anterior, por três vezes passou das 23h o fim do expediente, iniciado por volta das 08h. sendo que em dois dias há registro perto da meia-noite. Tudo conforme o ponto da fl. 27. Por fim, o autor chegou de viagem à noite do dia anterior e saiu novamente para a estrada às 08h da manhã seguinte.

Fica evidente a iomada extenuante a que se submeteu o autor às vésperas do infortúnio, assim como, de resto, há colinação da praxe de serviço extraordinário no curso do contrato. Não bastasse, é preciso mencionar a circunstância de o autor não ter sido contratado para atuar como motorista, pelo que é possível cogitar desvio de função. Vale mencionar que o conteúdo ocupacional do contrato de emprego às fls. 88/89 nada refere sobre a cumulação com a função de motorista. A isso se soma inexistir informação sobre adoção de qualquer medida preventiva em relação a empregado chamado a enfrentar as estradas.

Sendo assim, a empregadora não passa pelo crivo do dever geral de cautela.

A propósito das horas extras, há equívoco corrente em compreender sua exigência como fato normal. É extraordinário justamente porque se contrapõe ao fato ordinário, ao que normalmente deve acontecer. Nessa linha, a prorrogação habitual de jornada traz como possível consequência a fadiga do trabalhador: contribuindo para o desfecho de infortúnio em meio ao labor.

À evidência, as estradas são por si só perigosas. Constatado o alto índice de acidentes no trânsito. Na espécie dos autos, não há notícia de que terceiro tenha causado o acidente. O autor estava ao volante e capotou o carro quando já estava a 04h30min na estrada. Chegara no dia anterior às 21h e saiu em viagem na manhã seguinte, às 08h. Antes já foi mencionada a sequência de sobrejornada com destaque aos dias anteriores à viagem e à semana anterior (grifei).

É sabido e consabido que a duração da jornada se constituiu regramento afeto à tutela de ordem física, biológica, econômica, social e moral. Como ressalta **Francisco Antônio de Oliveira**, na *Consolidação das leis do trabalho comentada – São Paulo: Editora dos Tribunais, 1996, pág 104*, o regime legal da duração da jornada se constituiu uma imposição de ordem física "porque o ser humano tem o seu limite de resistência e o excesso de trabalho poderá desaguar no stress. De ordem biológica, porque "o exercício prolongado da atenção, traz como consequência um desequilíbrio nos reflexos nervoso" (Barreto Prado). De ordem econômica, porque o excesso de trabalho por longo tempo acaba por influir na concentração do trabalhador, tornando-o moroso. com o comprometimento da sua produção e produtividade. Maior produtividade terá aquele empregado que cumpre jornada normal, ou sem excessos de horas extras. E toda essa gama de fatores, excesso de trabalho, desconcentração, apatia, tom a propício o ambiente para que ocorram os acidentes."

Essa, em síntese, a circunstância do acidente que resultou na incapacidade laboral do autor.

Com efeito, o **fato omissivo** restou comprovado. Cabe verificar se o fato foi a causa adequada do dano.

Quanto ao nexa causal – relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado – esta defluiu do fato de que o trabalhador Moacir sofreu graves danos enquanto prestava trabalho em atividade exercida no interesse e sob o controle da reclamada.

A recorrente insiste, no entanto, na tese de ocorrência de uma excludente do nexa causal: diz que o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

Razão não lhe assiste.

O trágico evento ocorreu por culpa da empresa que, em sua atividade, submeteu o trabalhador a jornadas estafantes em atividade de risco, atuando com total falta de cautela, ensejando com este procedimento fadiga física e biológica em manifesto descuido à saúde do trabalhador.

Se tivesse a empregadora atentado aos mínimos deveres e procedimentos necessários à tutela do trabalho e a segurança e saúde do trabalhador fatalmente o evento não teria acontecido.

Com efeito, o acidente resultou de *culpa contra a legalidade*, por diversas infrações de normas da CLT, aquelas afetas a duração da jornada, que se constituem em imposição de ordem física, biológica, econômica, social e moral, notadamente a regra do art. 59 da CLT e regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego, fatores determinantes da responsabilidade civil.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, em seu *Programa de responsabilidade civil*. 6º ed. rev. atual. e atual. 3 tiragem. São Paulo, Malheiros, 2006:

"Fala-se em culpa contra a legalidade quando o dever violado resulta de texto expresso de lei ou regulamento, como ocorre, por exemplo, com o dever de obediência aos regulamentos de trânsito de veículos motorizados, ou com o dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões ou atividades regulamentadas" – grifei.

A conduta omissiva da reclamada foi determinante para a ocorrência do trágico acidente, que teria certamente sido evitado se tivesse a empregadora se cumprido as normas afetas a duração da jornada.

O ordenamento vigente atribuiu a empresa à responsabilidade pela eliminação e prevenção de qualquer efeito nocivo ou de risco que sua atividade possa gerar ao trabalhador (art. 7º, XXII da Constituição da República).

Verificado o fato, era possível prever o dano como consequência decorrente. O fato ocorreu como causa determinante de uma conduta omissiva adequada ao evento danoso, estabelecendo o necessário nexu causal, hábil à imputação.

Com efeito, tem incidência a teoria da causalidade adequada.

Quanto ao modo de imputação.

A regra geral de responsabilidade civil e, em especial, da obrigação do empregador de indenizar danos decorrentes de acidente de trabalho quando incorrer em dolo e culpa (art. 7º, inciso XXVIII da CRF), é a responsabilidade subjetiva, baseada no princípio da culpa, conforme estabelece o art. 186 do CC.

No entanto, em determinados casos (§ único do art. 927 do CC) há responsabilidade objetiva, quando especificados em lei ou quando presente o risco inerente em determinadas atividades.

De outra parte, não há como deixar de concluir que o risco é inerente à atividade desempenhada pelo autor, em razão do fato dele habitualmente ter que se deslocar entre diversos municípios do Estado, sendo público e notório o fato de que são crescentes e alarmantes os números envolvendo os acidentes registrados nas estradas brasileiras. Assim, quando o risco está relacionado com a natureza dos meios utilizados para a realização do trabalho, há sempre uma grande probabilidade de que ocorram acidentes decorrentes da atividade econômica empreendida. Nesse sentido, cito o ensinamento de **Sérgio Cavalieri Filho** acerca da Teoria do Risco Criado, *verbis*:

Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, em dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco por ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.

(...)

A teoria do risco criado tem, entre nós, como seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim a sintetiza: 'aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria ou perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo' (Responsabilidade civil, 3ª ed., Forense, 1999, p. 24). No entender do ilustre Mestre, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fica no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido a imprudência,

a negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da idéia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano (in '**Programa de Responsabilidade Civil**' – Malheiros Editores – 6º edição/2005 – págs. 155/157).

É de ser destacado, por oportuno, que a teoria do risco criado não se confunde com a tese de que o empregador sempre deve ser responsabilizado de forma objetiva (sem a demonstração de culpa) pela ocorrência de acidentes que ocorram com seus empregados durante a prestação de serviços. Isso porque, como no caso em comento, é necessário analisar o risco inerente à própria sistemática do trabalho e seus danos em potencial.

Em derradeiro, impende ser registrado que o laudo médico efetuado pela Polícia Civil (fl. 41) nada refere quanto ao uso, ou não, de cinto de segurança pelo reclamante no momento do acidente, daí porque também não há falar em culpa concorrente ou em redução da condenação imposta.

A recorrente detém, assim, responsabilidade decorrente de sua conduta, pelo que nego provimento ao recurso, no que toca a responsabilidade da empregadora pelo acidente de trabalho.

Dano.

Como é sabido, dano é a lesão a algo que se considera digno de tutela jurídica.

O dano patrimonial é suscetível de valoração econômica, e a pretensão reparatória pode se dar de dupla maneira: ou restituição *in natura*, ou indenização *stricto sensu*.

No caso, necessariamente, a reparação há de se dar pela indenização em dinheiro, com critério de equivalência pecuniária.

O dano não-patrimonial buscado é o resultante da violação de direitos de personalidade.

A distinção entre um e outro decorre, em síntese, como ressalta Aguiar Dias, na obra *Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1979, do efeito da lesão*, do caráter da sua repercussão sobre o lesado:

"Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão o lesado" (grifei).

Este efeito repercute no modelo de reparação. O cálculo do montante indenizável, quanto aos danos patrimoniais, está na esfera da patrimonialidade, pelo critério da equivalência, modelo reparatório diverso dos danos não-patrimoniais, cuja reparação se dá pelo critério do arbitramento, avaliando-se o dano, numa tarefa de adequação da norma ao caso concreto.

Judith Martins-Costa, em *A reconstrução do Direito Privado -- Os danos à Pessoa e a natureza da sua reparação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002*, refere que:

"A liquidação por arbitramento seria, no meu entender, a solução mais adequada ao tratamento do dano à pessoa se a jurisprudência brasileira tivesse a compreensão das formas de atenuação dos riscos que a liquidação por arbitramento pode acarretar à segurança jurídica e à isonomia. Estes serão superados apenas à medida que os juízes compreenderam a junção das cláusulas gerais, o que é dizer, quando lograrem alcançar os modos de operá-las, viabilizando a ressystematização das decisões que, atomizadas, dispares em seus fundamentos, provocam quebras no sistema e objetiva injustiça, ao tratar desigualmente casos similares. O ideal, nesta matéria, seria o estabelecimento de 'grupos de casos típicos', conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou similitude da ratio decidendi, em tomos destes, construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que pudessem atuar, pela pesquisa de precedentes, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial. Facilitada, assim, estaria a pesquisa do velho egípcio, obtendo-se, pouco a pouco a ressystematização das fattispecies já previstas e permitindo-se a incorporação de novas hipóteses, sem que fosse necessário recorrer à punctual intervenção do legislador".

Estabelecidos os modelos reparatórios à pretensão, examino a ocorrência das lesões alegadas.

Quanto ao dano patrimonial.

Pensionamento. Parcela equivalente ao 13º salário.

Insurge-se a reclamada contra o fato de o magistrado a quo ter incluído no cômputo do pensionamento a parcela equivalente ao 13º salário. Além de afirmar que essa é uma verba devida apenas quando vigente o contrato de trabalho, aduz que a condenação configura verdadeiro julgamento *extra perita*. uma vez que na petição inicial o reclamante nada referiu quanto ao seu pagamento.

Sem razão.

Correto o juízo de 1º grau ao incluir na base de cálculo do pensionamento a parcela equivalente ao 13º salário. Nesse sentido, adoto como razões de decidir a doutrina de Sebastião Geraldo de Oliveira, *verbis*:

Além das parcelas da remuneração mencionadas, o valor relativo ao 13º salário deve ser acrescido, pelo seu duodécimo, o então determinar que no mês de dezembro de cada ano haja uma prestação adicional equivalente a tal vantagem. Se a vítima estivesse viva, com certeza estaria recebendo, por força de lei, a gratificação natalina, razão pela qual não seria correto excluir da base de cálculo do pensionamento o referido valor.

Por outro lado, não cabe a integração ao pensionamento da parcela referente às férias porque tal direito não representava aumento da renda anual do acidentado, já que seu principal objetivo era o repouso mais prolongado. É razoável, todavia, computar o acréscimo correspondente ao adicional de 13 sobre as férias, também pelo seu duodécimo, porquanto esse valor compunha o conjunto dos rendimentos ao longo do ano. Também os valores do FGTS não

devem ser incluídos na base de cálculo da pensão porque não faziam parte da renda habitual do trabalhador (in '**Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**' - Editora LTr -- 1 Edição - págs. 205/206).

De outra parte, não prosperam as alegações da reclamada de que, a se contemplar essa pretensão, o julgamento incidirá na mácula da decisão *extra petita* por inexistir pedido na inicial a esse respeito, uma vez que é dever do julgador fixar a extensão da pretensão que acolhe, não sendo exigível do autor da demanda que na exordial explicita a questão relativa ao cômputo do 13º salário no cálculo da indenização por reparação civil por ele reivindicada, pois esta segue o princípio da reparação integral.

Nego provimento.

4. Plano de saúde e convênio farmácia.

A reclamada foi condenada ao pagamento de "*Indenização referente ao período de supressão do plano de saúde até seu efetivo restabelecimento*" (nl. 266), autorizada a "*dedução de valores porventura pagos por força do ajuste à jl. 235, desde que comprovados nos autos e se refiram a idêntico período da indenização a que foi condenada a ré*" (fl. 284).

Irresignada com essa condenação, dela recorre a reclamada asseverando que a suspensão do contrato de trabalho retira do empregador a obrigatoriedade de manutenção do plano de saúde e do convênio farmácia, inexistindo amparo legal para a condenação imposta na origem. Na hipótese de manutenção do julgado, requer seja determinado o recolhimento da quota-parte do reclamante para o custeio desses benefícios.

Nos termos do artigo 950 do Código Civil que "*Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*".

Como se observa, ao contrário do quanto apregoado pela reclamada, a responsabilidade civil do empregador pelo acidente sofrido por seus empregados também contempla as despesas médicas com o tratamento das lesões resultantes, ou seja, a manutenção da concessão de plano de saúde e o custeio de medicamentos, nos casos de acidente do trabalho cuja responsabilidade recaia sobre o empregador, não podem ser prejudicados em razão da suspensão do contrato de trabalho.

Irretocáveis os fundamentos da sentença, que, com a vênua do juiz prolator, adoto como razões de decidir:

No entanto, em se tratando de acidente do trabalho com graves lesões, cuja origem está relacionada aos serviços prestados à empregadora, impõe-se excepcionar a regra geral de suspensão das obrigações contratuais, tal como já ocorre em relação aos depósitos de FGTS, alargamento o comprometimento da empregadora, tudo em razão do infortúnio que tem origem, como visto, no contrato de emprego.

O autor, a serviço da empresa, sofreu acidente que o deixou paraplégico. Padece de grave consequência, sendo presumíveis as limitações, a necessidade de manutenção de tratamento médico, uso de medicamentos etc.

Sendo assim, à vista de contrato de emprego em vigor, impõe-se alargar as obrigações contratuais em meio à suspensão contratual, em razão do acidente do trabalho, para restabelecimento do plano de saúde a partir da data da sentença e pagamento indenizado do período contratual que ficou a descoberto desde a supressão do benefício.

Nesse contexto, mantém-se a condenação imposta na origem referente à manutenção do plano de saúde e do convênio com farmácia. Ressalto, por relevante, que na petição inicial o reclamante impôs o limite de 65 anos apenas em relação ao pensionamento, ou seja, não procede a pretensão recursal de observação desse limite também em relação ao plano de saúde/farmácia.

No que se refere ao **custeio** do plano de saúde, o próprio reclamante, quando da conciliação parcial do feito, concordou com os termos propostos pela reclamada, conforme se observa na manifestação da nl. 242.

Nego provimento.

[...]

8. Artigo 475-J do CPC.

A reclamada não se conforma com o comando da sentença que determina a observância da regra do artigo 475-J do CPC, para o cumprimento da sentença.

Não trata o caso de ação trabalhista típica, mas de demanda cujo objeto é a reparação de dano.

Com efeito, o entendimento do Relator é de que nada obsta que se utilize a referida regra processual amplamente, como forma de dar cumprimento à sentença, máxime quando a própria CLT abre a possibilidade para o Juiz do Trabalho estabelecer prazo e formas para o cumprimento das decisões que proferir, como se vê a regra do artigo 832, § 1º, da CLT:

"Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento" (grifei)

Também a regra do art. 652, alínea "d" que estabelece competência ao Juiz do Trabalho de impor multas e penalidades relativas aos atos de sua competência.

No caso em comento não há incompatibilidade com as inovações introduzidas no CPC pela lei 11.232/2005, que incluíram o artigo 475-J a esse diploma legal. e que tiveram como objetivo justamente a concretização do direito fundamental da efetividade da prestação jurisdicional (CRB, art. 5º, inc. LXXVIII), inserido textualmente na Constituição da República por meio EC 45 de 2004 (reforma do Judiciário), norte a ser perseguido em todas as esferas desse Poder da República.

Todavia, prevaleceu na Turma a convicção de que o disposto no o art. 475-J do CPC não é compatível com o processo do trabalho, exceto nos casos de acordo não cumprido e sentença líquida.

Assim, cabe o provimento parcial do recurso para restringir a aplicação da multa do art. 475-J do CPC aos itens da condenação em que a sentença se apresenta líquida, ou seja, indenização por dano extrapatrimonial e pensionamento mensal.

Quanto ao dano extrapatrimonial. Recurso de ambas as partes.

Insurge-se a reclamada contra a condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais decorrentes do acidente do trabalho sofrido pelo reclamante.

Já o reclamante sustenta que o valor arbitrado deve ser majorado.

Como estabelecer parâmetro ao dever de reparar a lesão pela perda da capacidade laborativa e as sequelas na vida do trabalhador?

A dor, o sofrimento decorrente é presumível, e o dano não carece de demonstração.

Como parâmetro para o arbitramento da indenização reparatória, utilizo precedentes jurisprudenciais do STJ e do TJ-RS, a quem historicamente coube a tarefa de revisar decisões de causas como esta, e, também, do TRTIRS, que passou a construir a jurisprudência sobre a matéria, depois do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Conflito de Competência nº 7.204-1/MG.

No **Recurso Especial 826.714 – SP**, de relatoria do **Min. Cesar Asfor Rocha**, a **4** Turma do Superior Tribunal de Justiça, em caso similar ao presente (acidente de trabalho de que resulta paraplegia dos membros inferiores), fixou a indenização por danos morais em R\$ 175.000,00.

Na **Apelação Cível nº 70009960857**, de relatoria do **Des. Orlando Heemann Júnior** (julgado em 24/02/2005), a 12ª Câmara Cível do TJRS manteve condenação por dano moral em 300 salários mínimos (que equivalem hoje a R\$ 139.500,00) decorrente de acidente de trânsito de que a vítima resultou paraplégica.

Em patamar aproximado tem o Tribunal do Trabalho gaúcho **estabelecido** indenizações para acidentes dos quais resultem lesões do mesmo jaez.

Com efeito, no RO 00896-2006-721-04-00-7, de relatoria da Des' Ione Salin Gonçalves (julgado em 23.07.2009), a 1 Turma fixou a indenização por dano extrapatrimonial (moral) ao trabalhador acidentado no valor de R\$150.000,00.

Utilizando um critério médio, estabeleço, no caso concreto, indenização reparatória pelos danos extrapatrimoniais sofrido pelo autor no importe de **R\$ 155.000,00**.

Portanto, dou provimento ao recurso, para, reformando em parte a sentença, majorar para R\$155.000,00 a indenização por danos extrapatrimoniais (morais) a cujo pagamento restou condenada a ré.

[...]

Ac. 00405-2006-701-04-00-3 RO

Ricardo Martins Costa – Juiz Convocado-Relator

Julg.: 26.08.2009 – 2ª Turma

Publ. DOE-RS: 03.09.2009

Ac. 00983-2006-702-04-00-6 RO

ACIDENTE DE TRÂNSITO SOFRIDO NO DESEMPENHO DA FUNÇÃO CONTRATADA. ACIDENTE DE TRABALHO CARACTERIZADO (resultante em incapacidade para o trabalho e para todos os atos da vida civil, sequelas físico-motoras e traumas neurológicos irreversíveis). RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Espécie em que o conjunto probatório demonstra que a realização de viagens era inerente à função para qual o reclamante foi contratado (Consultor I), sendo que quando do acidente de trânsito, encontrava-se à disposição do empregador, no cumprimento suas ordens. Contexto em que evidente a responsabilidade da reclamada, atrelada ao próprio risco da atividade, notadamente porque o desempenho do trabalho em seu benefício o reclamante estava constantemente sujeito a acidentes automobilísticos. Hipótese que não se confunde com mero acidente de percurso (casa-trabalho e vice-versa), pois o infortúnio ocorreu na efetiva prestação dos serviços, durante a jornada de trabalho e em veículo locado pelo empregador para tal fim. Aplicação dos artigos 927, parágrafo único, do CC; 2º e 4º da CLT e 19 da Lei 8.213/1991. Recurso parcialmente provido.

[...]

ISTO POSTO:

1. ACIDENTE DE TRÂNSITO SOFRIDO NO DESEMPENHO DA FUNÇÃO CONTRATADA. ACIDENTE DE TRABALHO CARACTERIZADO (resultante em incapacidade para o trabalho e para todos os atos da vida civil, sequelas físico-motoras e traumas neurológicos irreversíveis). RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS.

O reclamante não se conforma com a sentença que julgou improcedente a demanda. Pretende a condenação da reclamada em indenização por danos extrapatrimoniais da ordem de 1.500 salários mínimos e danos patrimoniais através de pensão mensal correspondente a diferença que deixou de auferir como se na ativa estivesse. Afirma que, no dia 10 de setembro de 1999, por volta das 23h50min, retomava para sua casa, após cumprir exaustiva jornada de trabalho, ter sofrido acidente de carro. Alega que, em razão desse grave acidente automobilístico, está absolutamente incapacitado para exercer suas atividades laborais, assim como os corriqueiros atos da vida civil, pois apresenta seqüelas físico-motoras e traumas neurológicos irreversíveis, passando a depender de tratamento ambulatorial e fisioterápico. Refere ter sido decretada sua interdição por sentença transitada em julgado em 08/09/2005. Faz ponderações acerca dos laudos psiquiátricos e médicos, dizendo que concluem pela sua incapacidade absoluta e invalidez permanente e irreversível. Argumenta que o acidente de trânsito de qual foi vítima decorreu do exorbitante poder diretivo emanado da reclamada que lhe impunha excessiva e estafante carga horária, necessidade de atingir metas de produtividade, trabalho em ritmo frenético, deslocamento de uma cidade a outra no

mesmo dia e em poucas horas, tráfego por longas distâncias e em horário noturno. Destaca que, por ocasião do acidente, estava a cumprir a do programação da "semana SEBRAE/RS". Discorre acerca da culpa presumida e da teoria do risco da atividade. Tece comentários sobre a prova oral produzida. Faz considerações quanto aos parâmetros de fixação da indenização por danos morais. Ao longo de suas razões Invoca o artigo 927, parágrafo único, do CC; os artigos 2º, 157 e 166, da CLT e o artigo 7º, XXII, da CF a Súmula 38 da Jornada de Direito Civil do STJ; bem como, transcreve subsídios doutrinários e jurisprudenciais.

À análise.

Nos seguintes termos a sentença:

"2-DO ACIDENTE DE TRABALHO - FATO DE TERCEIRO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ:

(...)

Inicialmente deve ser referido que nos termos do artigo 7, inciso XXII, da CF88, constitui direito fundamental do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho que possam afetar a sua saúde ou integridade física.

Também deve ser destacado que o inciso XXVIII do dispositivo constitucional antes citado dispõe que é direito do trabalhador urbano e rural o "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa".

Da leitura de tais normas constitucionais se infere que é subjetiva a responsabilidade do empregador para indenizar o empregado que sofra acidente de trabalho sendo que em tal hipótese o dever de indenizar o acidente de trabalho ou doença profissional a este equiparada é decorrente da conduta do empregador no cumprimento das normas de segurança do trabalho e de seu dever geral de cautela, que de alguma forma tenha concorrido no resultado do evento.

Para que seja acolhido o pleito indenizatório devem, portanto, restar demonstrados nos autos os seguintes elementos:

a comprovação do dano;

a conduta culposa ou dolosa do empregador;

o nexo de causalidade entre o fato e o efetivo prejuízo.

Ocorre que em algumas situações muito embora o acidente de trabalho aconteça durante a prestação de serviços não há como ser atribuída qualquer responsabilidade ao empregador visto que ausente o pressuposto do nexo causal ou do nexo de imputação do fato à empresa, situações em que a vítima fará jus a todos os benefícios concedidos pelo seguro de acidente de trabalho, entretanto, não obterá indenização do empregador por ausência dos pressupostos da responsabilidade civil.

Dentre tais hipóteses se encontra o fato de terceiro.

(...)

No caso em apreço se está diante de tal situação visto que:

a) o evento danoso foi causado por culpa exclusiva de terceiro (condutor do outro veículo);

b) a prestação de serviços não teve qualquer contribuição para ocorrência do acidente visto que não havia necessidade de que o autor retomasse para a cidade de origem na parte da noite nem havia qualquer óbice a que este pemoitasse na cidade em que estava executando seu trabalho.

No laudo pericial E – 6005/02 (fl.84) verifica-se que "Na iminência da colisão, provavelmente o automóvel Corsa placas [...] encontrava-se na sua contra-mão de tráfego".

Neste sentido também são os depoimentos das testemunhas ouvidas que também esclarecem que não havia obrigatoriedade do retomo do autor para sua cidade de origem no mesmo dia em que executados os serviços:

(...)

Assim, por todos os elementos de prova citados acima verifico que não há como ser atribuída à ré qualquer responsabilidade pelo acidente que gerou as lesões que abaram por incapacitar o autor não apenas para o trabalho como também para a prática de qualquer ato da sua vida civil razão pela qual a presente ação é julgada improcedente".

Dissente-se da decisão.

Para a caracterização do dever de indenizar, no caso de danos decorrentes de acidente do trabalho típico ou equiparável, é imprescindível a configuração dos seguintes pressupostos da responsabilidade civil: fato (acidente/doença), dano (patrimonial/extrapatrimonial) e nexó de causalidade entre o fato e o dano, os quais se passa a examinar.

Da Ocorrência de Acidente de Trabalho.

Nos termos do artigo 19 da Lei 8.213/1991, acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

No caso dos autos é incontroverso que, em 10/09/1999, quando o autor retomava de viagem a trabalho para sua residência, em veículo locado para tal fim (Palio, placas ...), envolveu-se em acidente de trânsito com veículo conduzido por terceiro (Corsa, placas ...).

Na hipótese, o conjunto probatório demonstra que a realização de viagens era inerente a função para qual o reclamante foi contratado, qual seja, Consultor I (contrato às fls. 27/29).

Nesse sentido, os seguintes trechos esclarecedores da prova oral produzida:

Depoimento do preposto da reclamada (fl. 410): "que no dia do acidente o autor conduzia um veículo locado por este e custeado pela ré; que tal veículo era utilizado para trabalho; que no dia do acidente o autor retomava de um evento denominado "SEMANA SEBRAE" organizado pela ré; que o acidente ocorreu/ no trajeto São Pedro do Sul – Santa Maria; (...) que o autor era vinculado à

Unidade da ré em Sallta Maria, que atende todos os municípios adjacentes: que a SEMANA SEBRAE ocorreu no município de São Pedro do Sul". (grifou-se)

Depoimento da testemunha M. [...], indicada pelo reclamante (fls. 410/411): *"que presta serviços à ré desde 1993; que trabalha como autônoma; que trabalhava junto com o autor, sendo que este era empregado da ré; que participou da SEMANA SEBRAE realizada em Jaguari no ano de 1999; que o autor também participou deste evento; que no retorno do evento ocorreu o acidente de trânsito com o autor; que a depoente também estava retomando para Santa Maria na noite do acidente; (...) que o SEBRAE arcava com a locação do veículo conduzido pelo autor; que na época do acidente o autor estava participando da SEMANA SEBRAE, não havendo dívida no entendimento da depoente que este estava trabalhando naquele dia; que fazia parte das atribuições do autor vigiar à serviço; que normalmente eram feiras viagens à noite (...)". (grifou-se)*

Depoimento da testemunha L. [...], ouvida a convite do reclamante (fls. 349/350): *"trabalhou para o reclamado de 17107/95 até janeiro ou fevereiro de 2004, onde exercia função de articulador supervisor regional, vinculado ao município de Cachoeira do Sul. O autor exercia a função de consultor técnico, gestor, da unidade de Santa Maria. Confirmo a realização da Semana Sebrae, com desenvolvimento de atividades em diversos municípios do estado, com duração de uma semana inteira, podendo estender-se, inclusive, em sábados, domingos ou feriados, salientando que o autor como responsável por uma unidade, na mencionada semana, muito provavelmente tenha efetuado viagens aos municípios de sua área de atuação. O autor ministrava cursos e palestras, bem como prestava consultoria às empresas, o que ocorria em relação aos diversos municípios que compunham a área de atuação que o reclamante representava, havendo meras mensais que deveriam ser cumpridas, estabelecidas pelo reclamado. Com objetivo de dar cumprimento a tais metas era comum que os responsáveis pelas unidades fizessem deslocamentos rotineiros aos diversos municípios que compunham a sua área de atuação. (...) Todos os veículos utilizados nos deslocamentos dos empregados do reclamado eram locados de empresas especializadas. (...) Ao que recorda, cerca de seis meses após da ocorrência do acidente do autor, igualmente acidentou-se o colega de Santa Cruz (...)". (grifou-se)*

Depoimento da testemunha L. [...], indicada pela reclamada, (fls. 294/295): *"que o depoente na rda desde 1994, na função de assistente técnica; que a depoente conhece o rte, pois fazia a coordenação e dava apoio aos técnicos regionais; que o rte atendia a região de Sallta Maria, que abrangia também o atendimento aos municípios vizinhos; (...) que quando aconteceu o acidente o rte estava em um município que ficava a cerca de 100Km de Santa Maria; que o acidente ocorreu numa semana denominada Sebrae; que o evento semana Sebrae são feitos vários eventos no mesmo dia, no município; que no dia do acidente o rte deu uma assessoria de 2 horas e fez o fechamento do evento; (...)*

que acredita que na região do rte havia em tomo de 10 municípios a serem atendidos; que o controle da semana Sebrae era feito pelo pessoal de Porto Alegre e o rte comparecia para proferir uma palestra; que as atribuições do rte era o atendimento dos municípios vizinhos, onde proferia palestras sobre controles financeiros básicos e qualidade no atendimento: (...) que a depoente fazia uma reunião com o rte uma vez por mês e acompanhava suas atividades; que o rte tinha um comportamento normal no desempenho de suas atividades; que as reuniões eram em Santa Maria ou em Porto Alegre; que a rda proporcionava veículos locados aos técnicos: (...)".(grifou-se)

Depoimento da testemunha T. [...], convidada pela reclamada (fls. 404/405): *"o depoente trabalha para a rda desde 1994 na função de técnico regional, na área de informação e consultoria da rda; (...) conheceu o rte, que trabalhava na unidade de Santa Maria/RS e o depoente sempre trabalhou na unidade de Santo Ângelo /RS, e apenas se encontravam em reuniões em Porto Alegre; (...) as funções do rte na cidade de Santa Maria e do depoente em Santo Ângelo eram as mesmas: técnico regional; na jurisdição do depoente em Santo Ângelo, o depoente atendia 25 municípios na sua região: (...) não conhece todos os municípios alcançados pela cidade de Santa Maria, mas alguns municípios sabe; julga que aquela cidade também tenha uns 25 municípios vinculados, mas diz que não tem certeza; (...) parece que houve outro acidente envolvendo um consultor da rda na cidade de Santa Cruz do Sul, e parece que ele faleceu; (...)".* (grifou-se)

É o que revelam também os documentos das fls. 21/22, 26, 30/42, 46/48, relativos à agenda de tarefas do reclamante, que apontam a necessidade de o reclamante deslocar-se a diversas cidades, como, por exemplo, São Sepé, Jaguari, Santa Maria, Santa Rosa, Cacequi, Santiago e Tupacretã.

Somam-se, ainda, os comprovantes de aluguel de veículos das fls. 170/188, que indicam que a reclamada locou veículos para uso do reclamante em pelo menos 15 oportunidades no período de maio a setembro de 1999.

Desta feita, quando do acidente, oportunidade em que retomava da cidade de Itajaí, onde havia ministrado palestras na denominada "Semana Sebrae", atribuição inerente à sua função, o reclamante encontrava-se à disposição do empregador, no cumprimento suas ordens. o que se inclui na duração do trabalho, a teor do disposto no artigo 4º da CLT.

Refira-se que não se trata aqui de mero acidente de percurso (casa-trabalho e vice-versa). mas isto sim de acidente havido na efetiva prestação dos serviços, durante a jornada de trabalho e em veículo locado pelo empregador para tal fim.

De se registrar, por fim, que o reclamante teve deferido, em razão do infortúnio em questão, auxílio-doença por acidente de trabalho (B91), posteriormente convertido em aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho, conforme comprovam as informações das fls. 51 e a certidão da fl. 24.

Na hipótese caracterizado está o acidente de trabalho.

Da Responsabilidade Objetiva do Empregador. Da não Configuração de Excludente de Imputabilidade.

Na espécie, a culpa ou dolo do empregador não é pressuposto ou elemento essencial, mas sim accidental.

Este juízo filia-se, pois, à corrente que entende que, à luz da teoria do risco, a responsabilidade do empregador é objetiva, sendo irrelevante, portanto a existência ou não de conduta danosa ou culposa para a configuração do dever de indenizar. Gize-se que o artigo 927 do Código Civil recepcionou a referida teoria em nossa legislação estabelecendo que:

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Hayerg 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 " (grifou-se).

Oportuna a transcrição do entendimento de Rui Stoco acerca do tema (In Responsabilidade Civil pela Prática de Atos Lícitos, RT/Fasc. Civ. V. 731, p. 86/88), *verbis*:

"Como nossa legislação codificada e extravagante prevê hipóteses de responsabilização do agente segundo a teoria da culpa e com fundamento na teoria objetiva, nosso entendimento é no sentido da convivência das duas teorias: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu".

Neste diapasão, os seguintes arestos deste Regional:

"Recurso ordinário da reclamante. Indenizações a título de danos patrimonial, moral e estético. Responsabilidade objetiva. Entende-se que a atividade desenvolvida pela reclamada por sua natureza deve ser enquadrada no rol de atividades de risco, pelo grau de probabilidade de provocar dano a outrem, atraindo, na hipótese de dano, a responsabilidade objetiva, sendo, portanto, devida a indenização independente de culpa, com fulcro no artigo 927, § único, do Código Civil. Apelo provido" (Número do processo: 00567-2007-411-04-00-5 – RO. Relator: Des. Luiz Alberto de Vargas. Data de Publicação: 12/08/2008).

"ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL A atividade de motorista de caminhão é, por si só, perigosa ou de risco acentuado, na medida em que o empregado se expõe constantemente ao risco de acidentes. A responsabilidade do empregador decorre da aplicação da teoria do risco da atividade, incidindo a responsabilidade civil objetiva, que independe da ocorrência de culpa ou dolo. Aplicação do artigo 927, parágrafo único, do CCB. Indenização devida." (00316-2004-821-04-00-8 RO, 1º Turma, Maria Helena Mallmann – Juíza-Relatora, DJ 30.06.06)

"INDENIZAÇÕES POR INCAPACIDADE PARCIAL PERMANENTE E TOTAL TEMPORÁRIA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. DESPESAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A responsabilidade do empregador; no caso de acidente de trabalho, decorre da aplicação da teoria do risco da atividade, que prevê a responsabilidade civil objetiva como forma de obrigação de garantia no desempenho de atividade econômica empresarial, dissociada de um comportamento culposo ou doloso. A teoria do risco da atividade parte do pressuposto de que quem obtém bônus arca também com o ônus. O parágrafo único do art. 927 do CCB/02 recepciona tal teoria em nossa legislação" (Número do processo: 01075-2005-511-04-00-3-RO. Relator: Des. José Felipe Ledur. Data de Publicação: 14/08/2006).

Conforme já referido alhures a realização de viagens era inerente a função para qual o reclamante foi contratado. Assim sendo, o reclamante estava constantemente sujeito a acidentes de trânsito em razão da função exercida em proveito da reclamada. Gize-se que, inclusive, as testemunhas L. e T. relatam a ocorrência de outros acidentes automobilísticos com empregados a serviço da reclamada.

Não há como considerar os acidentes de trânsito de empregado que dirige a trabalho, no momento da prestação de serviços, como mero fato fortuito e estranho à relação de emprego.

Nesse sentido, inclusive, o seguinte precedente desse Regional em caso análogo ao dos autos: Acórdão do processo 02951-2005-404-04-00-2 (RO), Redator: Maria Cristina Schaan Ferreira. Participam: Emílio Papaléo Zin e Beatriz Renck. Data: 06/05/2009. Origem: 4ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul.

Na mesma senda, a seguinte decisão da 1ª Turma do TST, em acórdão de lavra do Ministro Vieira de Mello Filho:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA -- ACIDENTE DE TRABALHO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - INDENIZAÇÃO. De acordo com a teoria do risco, é responsável aquele que dele se beneficia ou o cria, pela natureza de sua atividade. Este é o teor do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Entre os riscos inerentes à atividade de motorista, está o envolvimento em acidente automobilístico, ainda que causado por terceiro. Assim, o empregador deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao empregado que exerce a função de motorista, não podendo este arcar com os prejuízos à sua integridade física e moral decorrentes do exercício das atividades contratualmente fixadas. Agravo de instrumento desprovido".

(TST- AIRR - 267/2007-18-40.2, publicado no DEJT em 05.06.2009).

Impede considerar, por oportuno, que a questão relativa à culpa de terceiro, no caso o motorista do outro automóvel envolvido na colisão, conforme noticiado nos autos, é objeto de ação penal promovida pelo Ministério público já que daquele resultou sua morte. De toda sorte, entende-se que, ainda que o acidente de trânsito tenha ocorrido por culpa de terceiro, isso, por si só, não exclui, a responsabilidade do empregador em responder pelo dano causado.

Ainda que o desempenho do trabalho não tenha sido a causa única da ocorrência do sinistro, o risco de acidente de trânsito era inerente às atividades rotineiramente desenvolvidas pelo reclamante. Assim, evidente a responsabilidade da reclamada, atrelada ao próprio risco da atividade que deve ser suportado pelo empregador, nos termos do artigo 2º da CLT.

Vale lembrar, ainda, que para a caracterização do acidente de trabalho não é necessário nexos de causalidade exclusivo entre o labor e o dano, bastando que aquele tenha contribuído para a ocorrência desse. É o que se extrai do inciso I do mesmo artigo 2I, *literis*:

"Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I-- o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; (...)"

Perceba-se, ainda, que em seu inciso II o **artigo** ora examinado, inclusive, relaciona as ocorrências envolvendo atos de terceiros, equiparando ao acidente do trabalho, assim dispondo na alínea "c":

"Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário de trabalho, em conseqüência de:

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;"

A par do entendimento desse juízo quanto a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, importa dizer que, de toda sorte, a existência de culpa da reclamada é evidente.

Não há dúvidas de que o empregador tem o dever de dar segurança ao trabalho executado por seus empregados, nos termos do artigo 225, *caput* e § 3º da Constituição Federal, sendo responsável, portanto, pelos eventuais acidentes no serviço.

Incumbe à empresa a promoção de todos os atos capazes de evitar possíveis acidentes.

Veja-se que o veículo dirigido pelo reclamante não era dotado de equipamentos especiais de segurança, os quais poderiam ter, ao menos, minorado os danos sofridos. Tanto é assim, que a prova oral, em especial o depoimento da testemunha L. [...] revela que após um segundo acidente de trânsito com seus empregados a reclamada passou a oferecer veículos em melhores condições de segurança. Transcreve-se:

"Ao que recorda, cerca de seis meses após da ocorrência do acidente do autor, igualmente acidentou-se o colega de Santa Cruz, sendo que a partir de então o reclamado passou a locar veículos que estivessem em melhores condições, inclusive de estabilidade, trocando plano de saúde do Bradesco para Unimed, considerando que esta tem maior área de abrangência.(...). Chegou a viajar;

muitas vezes em automóveis Gol, 1.0, modelos antigos, referindo que após os acidentes acima noticiados, passou a dirigir automóvel Vectra novo, servindo este comparativo para ilustrar as condições anteriores de que após a ocorrência dos acidentes a reclamada passou a locar veículos em melhores condições".

Além disso, o conjunto probatório comprova que, embora houvesse a possibilidade de pernoite, a reclamada impunha o cumprimento de metas, dentre as quais o número de atendimentos e palestras e o controle de custos com hospedagem, o que, por evidente, estimulava a viagem no período noturno e/ou a sobrejornada. Vejam-se os seguintes trechos dos depoimentos das testemunhas L. [...] e L. [...]:

"(...) O autor ministrava cursos e palestras, bem como prestava consultoria às empresas, o que ocorria em relação aos diversos municípios que compunham a área de atuação que o reclamante representava, havendo metas mensais que deveriam ser cumpridas, estabelecidas pelo reclamado. Com objetivo de dar cumprimento a tais metas era comum que os responsáveis pelas unidades fizessem deslocamentos rotineiros aos diversos municípios que compunham a sua área de atuação. Recebiam remuneração fixa, não havendo comissionamento, mas se todas as unidades componentes do Sebrae/RS cumprissem com as metas estabelecidas, havia o pagamento de prêmios semestrais, havendo empenho de todas as unidades para que as demais pudessem fazer jus à premiação. (...) Confirma que tanto ele quanto o autor, tinham total autonomia sobre a maneira e conveniência de realização das viagens de um município para o outro, cabendo a eles decidir se pernoitavam no município viajando no dia seguinte ou se davam início à viagem no mesmo dia, mesmo que já tivesse anoitecido. Todayia, esclarece que no plano de metas anteriormente mencionado com o controle de custos, motivo pelo qual muitas vezes era preferível viajar no próprio dia porquanto estariam reduzindo os custos com hospedagens e refeições. O agendamento das atividades, cursos, palestras, consultorias às empresas, era realizado pelos responsáveis de cada unidade, salientando que a realização das Semanas Sebrae era determinada pelo reclamado". (grifou-se)

"(...) que as atribuições do rte era o atendimento dos municípios vizinhos, onde proféria palestras sobre controles financeiros básicos e qualidade no atendimento; que cada balcão tinha uma meta a ser atingida; que as metas eram estipuladas por Porto Alegre; que as metas sempre eram atingidas; que o número de palestras e atendimentos eram consideradas nas metas a serem atingidas".

Tais circunstância certamente ampliam a probabilidade de acidentes de trânsito graves. De se considerar que o número de acidentes com vítimas fatais é maior a noite do que de dia. Conforme dados estatísticos obtidos junto ao sítio do DETRAN (<http://www.detrans.rs.gov.br>), dos 679 acidentes com vítimas fatais havidos nas rodovias gaúchas no ano de 2004, 280 ocorreram durante o dia e 363 durante a noite e com relação a 6 não foi informado o período do dia.

Registre-se que, *in casu*, o acidente de trânsito ocorreu à noite, em uma sexta-feira, quando da chamada "Semana Sebrae", a qual demanda intensa atividade dos empregados, conforme se pode inferir dos depoimentos já transcritos.

Daí emerge a ausência de cautelas e do cumprimento dos deveres de diligência e segurança por parte da empregadora.

Dessa forma, é incontestável o dever de indenizar da reclamada, porquanto, além de assumir os riscos da atividade empresarial, tinha o dever de propiciar os meios necessários ao labor em condições seguras.

Dos Danos Materiais na Modalidade Lucros Cessantes. Pensão em Razão de Redução da Capacidade Laborativa.

Em razão do acidente de trabalho, verificam-se na hipótese danos materiais, na modalidade lucros cessantes, consubstanciados na perda da capacidade laborativa, vez que o reclamante encontra-se aposentado por invalidez.

O artigo 42 da Lei 8.213/91, assim dispõe acerca da aposentadoria por invalidez:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Com efeito, o reconhecimento da invalidez pelo órgão previdenciário já implica presunção relativa da incapacidade para o exercício da profissão que exercia no momento do infortúnio.

Ademais, os laudos periciais das fls. 80 a carmim, 139/143 a carmim e 144/147 a carmim e a sentença de interdição das fls. 148/149, comprovam a incapacidade para o trabalho e para todos os atos da vida civil em razão das sequelas físico-motoras e traumas neurológicos irreversíveis resultantes do acidente.

Daí decorre o direito do reclamante à pensão mensal, forte no previsto no artigo 950 do Código Civil:

"Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu".

Infere-se do referido dispositivo que a pensão deve corresponder ao valor que a vítima deixou de receber em virtude da inabilitação para sua profissão e que a proporcionalidade deverá ser observada na hipótese de redução da capacidade para o trabalho.

Na hipótese a houve perda total da capacidade laboral, porém, considerando-se os limites do pedido, fixa-se a pensão mensal em valor correspondente à diferença entre a última remuneração mensal do reclamante e o que passou a receber da previdência social.

A pensão é devida desde a data do afastamento do reclamante em razão de benefício de auxílio-doença acidentário (27/09/1999) e deve ser reajustada pelos índices da previdência social. O valor da remuneração a ser considerado para apuração da pensão também é aquela vigente na data do afastamento da reclamante em benefício previdenciário.

Em que pese entenda-se que assiste ao reclamante o direito à pensão mensal de forma vitalícia já que sua incapacidade é irreversível, em observância aos limites do pedido, impõe-se fixar como termo final daquela a data em que o reclamante completar 65 anos de idade.

Dos Danos Morais.

A indenização por danos morais é igualmente devida.

Entende-se que o patrimônio jurídico do indivíduo não é formado apenas pelos bens de natureza corpórea e que são economicamente mensuráveis, mas principalmente pela imagem que projeta no grupo social. Não menos relevante o conceito que tem sobre si mesmo e se tal patrimônio resulta atingido por ato de terceiro, nascendo a obrigação para o faltoso, senão de reparar o dano causado, ao menos de minimizar os efeitos dele advindos.

Com o advento da Constituição da República não subsistem dúvidas de que o ordenamento jurídico nacional não apenas garante a imagem e a moral do cidadão, como abriga expressamente a possibilidade de indenização por danos causados a esta que se entende ser a parte imaterial de seu patrimônio pessoal, haja vista o que dispõe o artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos V e X. Guardadas algumas particularidades, a doutrina converge no sentido de que a idéia de dano moral tem por essência o abalo da imagem, a dor pessoal e o sofrimento íntimo do ofendido.

A par disso, interpreta-se que o prejuízo de natureza extrapatrimonial, no caso, o denominado dano moral puro, ao contrário dos danos materiais, não depende de comprovação. Trata-se de dano *in re ipsa*. A jurisprudência nacional há muito já evoluiu para a consideração de que os danos de natureza moral são de tal ordem que impossibilitam a comprovação, são danos de ordem pessoal. com prejuízo à vida, à saúde física e/ou psíquica, à imagem, à intimidade, à honra, etc., causados pela ação ou omissão humana e suas mais variadas conseqüências.

Comprovado o acidente de trabalho, configura-se o dano injusto e indenizável e todos os demais elementos condicionantes da responsabilidade civil já referidos alhures.

No que tange ao *quantum* da indenização, tanto a doutrina quanto a jurisprudência não estipulam critérios matemáticos, apenas aludem que o dano moral é indenizável independentemente da maior ou menor extensão do prejuízo, embora deva ser proporcional a ele.

Perceba-se que o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 944, indica que a "*extensão do dano*" é a principal baliza para se medir o montante da indenização devida.

Tem-se, ainda, que para fixação da indenização deve-se considerar a duplicidade de sua finalidade, tendo caráter satisfatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Além disso, se de um lado a indenização não dever irrisória para quem a despense, de outro, não pode ensejar o enriquecimento sem causa de quem a recebe, sendo importante. pois, verificar a condição socioeconômica das partes.

Vale lembrar, ainda, que a indenização também tem caráter punitivo, o qual, no caso dos autos, tem por finalidade evitar que outros empregados sofram os mesmos prejuízos que o reclamante, de modo a constranger o empregador a propiciar um ambiente de trabalho sadio e equilibrado.

Imprescindível para ao arbitramento do valor da indenização atentar para a ocorrência de violação, por parte do empregador, de deveres conexos do contrato de emprego e, ainda, para as dores físicas e psíquicas infligidas ao reclamante. Nesse contexto, impende ressaltar que, conforme os laudos supra referidos, em razão do acidente reclamante: ficou hospitalizado por cerca de 2 meses e meio; submeteu-se a intervenções cirúrgicas; sofreu trauma crânio-encefálico, fratura exposta do antebraço esquerdo e perna direita, fratura-luxação do tornozelo esquerdo fratura de fêmur esquerdo. fratura com diástase da sínfese púbica; apresenta seqüelas físico-motoras, aumento difuso de volume nos joelhos e tornozelos, diminuição do globo ocular esquerdo. pés eqüinos flácidos por paralisia dos ciáticos. trombose venosa profunda nos membros inferiores. dificuldade de deambulação; tem 8 cicatrizes, localizadas no antebraço esquerdo. na face lateral da coxa esquerda. na região púbica, na linha média do abdômen, na face lateral direita e esquerda do tórax, na região supra esternal e na região frontal à direita. bem como, 6 cicatrizes arredondadas de pinos cirúrgico na perna direita; sofre de *déficit* neuropsicológico que o impede de manter atividade de vida civil e gerir seus bens e sua vida e, ainda. demonstra fragilidade emocional.

Feitas estas considerações, observando as peculiaridades do caso concreto, em especial a gravidade das conseqüências, entende-se razoável arbitrar a indenização por danos morais em R\$ 100.000,00, valor consentâneo ao dano sofrido, com base nos elementos antes referidos.

Conclusão.

Por todo o exposto, decide a Turma, por maioria, vencido o Relator Des. Luiz Alberto de Vargas, dar parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais de **R\$ 100.000,00** (cem mil reais) e pensão mensal correspondente à diferença entre a última remuneração e o que passou a receber da previdência social, corrigida de acordo com os índices de reajuste dos benefícios da previdência.

[...]

Ac. 00983-2006-702-04-00-6 **RO**

Maria Helena Mallmann – Desembargadora-Relatora

Julg.: 05.08.2009 – 3 Turma

Publ. DOE-RS: 18.09.2009

Ac. 01316-2007-304-04-00-1 RO

CEF. DIFERENÇAS SALARIAIS. PISO DE MERCADO. ISONOMIA. Os critérios estabelecidos pela reclamada para a remuneração dos cargos em comissão encontram-se fora dos limites de seu poder diretivo. Isonomia salarial que se impõe, pois mesmo diante da diversidade econômica e social verificada nos municípios-sede, a reclamada não especificou e provou com precisão os motivos da diferenciação, o que leva ao entendimento de quebra do princípio da isonomia. Recurso do reclamante a que se dá provimento no item, vencido o Relator.

[...]

ISTO POSTO:

1. DIFERENÇAS SALARIAIS. PISO DE MERCADO.

Inconformado com o indeferimento do pedido na origem, recorre o reclamante. Em suas razões recursais, alega a quebra do princípio isonômico (artigo 5 da CF) na implementação da CI 289/02 (vigente a partir de 01-07-2002), em ato unilateral da reclamada ao estabelecer piso de mercado diverso para cada região. Notícia estar vinculado ao Plano de Cargos e Salários (PCS) de 1989, e compulsoriamente incluído em quadro de extinção quando implementado o PCS/98 e o Plano de Cargos Commissionados (PCC/98), tendo-lhe sido assegurado o direito à irredutibilidade salarial e manutenção das vantagens anteriores vinculadas ao PCS/89, em atenção ao contido no item I da Súmula nº 51 do TST.

Alega que a reclamada não fez prova da implementação dos critérios descritos na CI 289/02 quanto à avaliação sistemática dos índices e indicativos da atratividade das regiões, bem como dos valores, índices e respectivas médias ponderadas consideradas para a classificação original estabelecida em julho/2002. Informa que a partir da CI 289/02 os salários dos gerentes ficaram estagnados, pois não houve revisão da classificação.

Afirma que a classificação atribuída às diversas regiões foi discricionária, e que a falta de reavaliação dos índices de atratividade impede qualquer progressão das agências e, por consequência, na carreira do reclamante. Ressalta que não houve alteração nas atividades, funções e responsabilidades por ele desempenhadas em comparação com aquelas desempenhadas por gerentes de agências classificadas em classe "A", conforme o Anexo II da RH 060 (fls. 110/112), que não estabelece qualquer distinção **em** razão da localidade em que prestados os serviços.

Afirma que já existia diferenciação entre as agências, na medida em que os valores dos pisos de mercado variam em razão do nível da agência (I, II, III e IV), ou seja, os empregados que trabalham em agências de grande porte recebem piso superior, o que não é objeto da ação. Repisa que a classificação por critérios geográficos (A, B e C) está dissociada do PCS/98, sendo imposta de maneira discricionária. Reforça o caráter discriminatório da CI 289/02 pelo fato de que as demais carreiras profissionais, mesmo exercendo suas atividades em diferentes regiões geográficas, não terem sofrido qualquer alteração.

Argúi a ilegalidade da alteração unilateral e lesiva do contrato individual de trabalho e do PCS a que está vinculado, uma vez que promovida por norma regulamentadora unilateral (circular interna). Alega afronta aos artigos 444 e 468 da CLT, bem como ao artigo 6º da LICC e ao artigo 7º, incisos VI e X, da CF. Alega que a alteração unilateral desrespeita as garantias estabelecidas na Súmula 11 do TST. Sustenta que a prática adotada pela reclamada incorre nas **hipóteses** previstas nos artigos 186, 884 e 885 do CCB.

Ao final, requer sejam deferidas as diferenças salariais a partir de julho de 2002, pela quebra do princípio isonômico, equivalentes às diferenças entre o valor atribuído ao piso mínimo de mercado para as unidades classificadas como "A" e os valores recebidos, em parcelas vencidas e vincendas com todos os seus reflexos.

O Juízo de origem, considerando que a diretriz que informa o princípio da isonomia é o tratamento de forma igualitária aos empregados que exerçam suas atividades nas mesmas condições de serviço, entendeu que a alteração dos critérios de remuneração dos cargos comissionados, prevista na Circular Interna nº 289/02 não configurou violação ao princípio isonômico. Aduziu que o critério adotado pela reclamada visou remunerar de forma diferenciada os empregados que, apesar de exercerem cargo comissionado de mesmas atribuições, prestam serviços em agências onde há maior complexidade e volume de trabalho, acrescentando que o requisito de mesma localidade é um dos pressupostos determinantes à equiparação de salários prevista no artigo 461 da CLT.

A pretensão deduzida na inicial (itens 1º, 2º e 3º da fl. 07) está apoiada na quebra do princípio isonômico e na adoção de prática discriminatória pela reclamada ao estipular piso mínimo de mercado diferenciado, escalonados para as regiões A, B, C e D, critério estabelecido com base na CI nº 289/02. Entende o autor ser credor das diferenças salariais decorrentes dos valores efetivamente recebidos e aqueles previstos para as unidades classificadas como "**A**", de maior remuneração na tabela.

Esclareça-se que o autor foi admitido pela CEF em 04-08-1975, ocupando cargos de chefia/gerência desde 1980 e exercendo o cargo em comissão efetivo de Gerente Geral CL IV C desde dezembro/2004 (histórico de função nas fls. 12/16), recebendo, além de outras rubricas, a parcela referente à Complementação Temporária Variável de Ajuste de Mercado -- CTVA (fl. 19).

Tal complementação salarial se destina a garantir aos empregados no exercício de cargo em comissão a remuneração mínima prevista na tabela de piso de referência de mercado.

Note-se que a CTVA já estava prevista no PCC/98 (cláusula 9, fl. 94), sendo devida ao empregado *quando o valor da sua remuneração base for inferior ao piso de referência de mercado para o nível de responsabilidade.*

A CI GEARU/GECAR 130/97 (1. 98), que trata do Abono Temporário de Ajuste de Remuneração Gerencial, demonstra que os cargos gerenciais estavam diferenciados por classe (I, II, III e IV), com valores escalonados para cada uma delas. Na fl. 82, a tabela de referência de mercado, anexa ao Plano de Cargos Comissionados (PCC/98), com vigência em 15-09-1998, também estipula valores diferentes conforme a classe (I, II, III, **IV e V**).

Assim, verifica-se que a determinação do piso de referência de mercado sempre levou em conta a classe dos cargos comissionados, equivalente ao nível de responsabilidade afeta a cada uma.

Na CI 289/02 (fl. 101/106), foram estabelecidas três faixas salariais (I, II e III) para os cargos em comissão da carreira gerencial e de assessoramento estratégico, considerando *as diferenças existentes entre as áreas de atuação e o grau de suas contribuições para os resultados da CEF.* Para a carreira negocial, na qual se inclui o reclamante, foram estabelecidas as faixas A, B, C e D, a qual levou em conta a região geográfica de atuação no mercado de cada agência ou posto de negócios da reclamada.

Assim, revela-se que a ré sempre estabeleceu pisos diferenciados conforme o nível de responsabilidade, a área de atuação ou o grau de contribuição para os resultados operacionais. Entende-se que tais critérios encontram-se dentro dos limites do *ius variandi* da empregadora, não configurando lesão ao patrimônio jurídico do autor. Entende-se que a distinção implementada pela reclamada não afronta ao princípio de isonomia pois, além de amparada no poder discricionário do empregador, relaciona-se ao estabelecimento do piso de mercado para os cargos de confiança, de livre nomeação e exoneração (CF, 37, inciso II).

Restou demonstrada, ainda, a possibilidade de acesso do autor aos cargos de maior remuneração (mercado "A"). Em depoimento, a preposta da reclamada confirmou *que a partir da implantação dos níveis de mercado, a reclamada abre um processo seletivo em que os empregados podem concorrer a vaga que eventualmente abrir* (nl. 603), cuja informação é confirmada no depoimento do autor: *à época do contrato o depoente podia participar de processo seletivo a fim de atuar em agência de nível de mercado "A" (fl. 603).*

Nas fls. 338/341, a CI SUCOGIGEDEM 021/03 esclarece os critérios de apuração do porte e da atratividade, utilizados para a classificação dos escritórios de negócios e pontos de venda, descrevendo a metodologia para a classificação de porte (volumes em quantidade e valor das operações em carteira ativa, observando a margem de contribuição por produto nos segmentos de atuação da CEF; precificação da carteira existente nos pontos de venda a partir de preço apurado para quantidade e valor dos saldos em carteira de cada unidade, gerando um valor de referência; determinação pela soma dos valores de referência, dos saldos e quantidades totais dos produtos, efetuando o ordenamento por classes). A metodologia para a definição do índice de atratividade incluiu fatores sociais e econômicos dos municípios-sede dos pontos de venda e escritórios de negócios: o índice de desenvolvimento humano (IDH); indicadores econômicos (PIB, IMASSA, IESTBAN e IPEA-PI), obtendo-se o índice pela média ponderada entre os indicadores de desenvolvimento social, econômico e de mercado. Refira-se que os critérios geográficos alegados pelo autor não se limitaram à localização física dos municípios-sede, mas incluíram os aspectos econômicos e sociais.

Ainda que não tenham vindo aos autos os anexos da citada circular interna, contendo os indicadores e tabelas utilizadas, entende-se que a reclamada demonstrou claramente os critérios utilizados para definir os valores diferenciados de piso de mercado, considerando-se que mantém agências (pontos de vendas e escritórios de negócios) em todo o território nacional, cuja diversidade econômica e social é pública e notória. Diante disso, não importa que a definição das atividades para cada classe gerencial (I, II, III e IV) não tenha sido alterada, pois presume-se uma maior complexidade na atuação de um empregado exercendo o cargo em comissão de Gerente Geral classe IV em uma agência na capital de São Paulo, por exemplo, do que na atuação do reclamante, atuando no posto de atendimento bancário da Justiça Federal de Novo Hamburgo, justificando-se a diferença remuneratória pela diferença de mercado (atratividade).

Não reconhece o Relator, portanto, o argumento de prática discriminatória pela reclamada ao estipular piso mínimo de mercado diferenciado, em face do princípio da razoabilidade ao considerar que a diferença entre os valores fixados para os pisos de

mercado situa-se na faixa de 10% (tabela na nl. 337), justificável diante da diversidade da situação econômica e social a que estão sujeitos os empregados da reclamada.

No entender do Relator, não prospera a tese de que a reclamada não provou a implementação dos critérios descritos na CI 289/02 e a revisão do enquadramento, em face dos documentos das fls. 338/341 (classificação dos escritórios e pontos de venda -- porte e atratividade), fl. 523 (cláusula 11 do acordo coletivo 2003/2004 definindo o enquadramento dos cargos em comissão do mercado "D" para o mercado "C") e o depoimento da preposta na fl. 603, informando ter havido a reavaliação do enquadramento em 2004 são suficientes para a formação do juízo de convencimento.

A assertiva resta comprovada pelo histórico de função do reclamante das fls. 210/212 (de igual teor nas fls. 12/16), em que se percebe a evolução da classificação do autor: gerente **III D** de 01-07-2002 (vigência da CI 289/02) a 31-08-2003, ag. Estância Velha; gerente **III C** de 01-09-2003 a 20-12-2004, na mesma agência; gerente **IV C** de 21-12-2004 a 10-01-2006, na ag. Portão do Sul; e gerente **IV C** a partir de 11-01-2006, no PAB Justiça Federal de Novo Hamburgo. Assim, percebe-se que a implementação da CI 289/02 veio em benefício do autor.

Por outro aspecto, o ônus da prova da alegada alteração contratual lesiva era do autor, do qual não se desincumbiu. Ao alegar o ferimento do princípio da isonomia, teria o reclamante de indicar um paradigma, de modo a demonstrar a prestação de trabalho de igual valor, sob idêntica função, na mesma localidade, nos termos do artigo 461 da CLT. Ao contrário, afirmou o autor na fl. 603 *que nas agências onde trabalhou não havia gerentes que recebiam remuneração de nível de mercado "A"*. Não faz jus, portanto, às diferenças salariais pretendidas.

Os critérios utilizados para a remuneração dos cargos em comissão existentes na reclamada encontram-se nos limites de seu poder diretivo, que inclui o poder-dever de organizar a prestação dos serviços, promovendo a estruturação de seu quadro de colaboradores, buscando meios de corrigir as distorções existentes. Além disso, sendo a reclamada empresa pública, está vinculada aos princípios que regem a administração pública, em que se inclui a publicidade e motivação dos seus atos, o que se entende restou demonstrado nos autos.

Diante disso, não se constata a ilegalidade ou ilicitude na implementação das tabelas de piso de mercado instituídas na CI 289/02, tendo a reclamada agido dentro dos limites de seu poder diretivo, inexistindo prejuízo ao reclamante, não cabendo falar em afronta aos artigos 444 e 468 da CLT, bem como ao artigo 6º da LICC e ao artigo 7º, incisos VI e X, da CF. Tampouco se configura o enriquecimento sem causa da ré previsto nos artigos 884 e 885 do CCB ou ato ilícito na conduta da reclamada, afastando-se a incidência do artigo 186 do mesmo diploma legal.

No entanto, a Turma julgadora, majoritariamente, vencido o Relator, entende que ocorre, neste caso, quebra do princípio da isonomia.

Acolhem a Turma integralmente as considerações feitas pelo **E.** Juiz Convocado Marçal Henri dos Santos Figueiredo em acórdão prolatado no processo nº 01324-2007-541-04-00-4, cujas razões de decidir são ratificadas pela Turma e abaixo transcritas:

A reestruturação instituída pela Circular Interna nº 289/02, alterou o valor do Piso Mínimo de Mercado que, nos termos da petição inicial 'passou a ser diferenciado conforme a classificação atribuída à Região de Mercado (...) os empregados passaram a ser discriminados em seus salários, conforme a classificação atribuída pela reclamada à Região de Mercado onde trabalham' (fl. 05).

Vislumbra-se, nos exatos termos da petição inicial, distinção salarial em afronta ao princípio isonômico, a teor do disposto nos arts. 7º, XXXII, da Constituição Federal e 461 da CLT, em vista da edição da Circular Interna nº 289/02, estabelecendo o realinhamento da remuneração de cargos em comissão (fl. 116), em razão das diferenças existentes entre as áreas de atuação e o grau de suas atribuições, bem como pela consideração da região geográfica de atuação no mercado.

Observa-se pela Tabela de Valor Mensal de Gratificação e Valor Mensal de Piso de Mercado – Carreira Negocial (fl. 122), que 'o valor da gratificação é o mesmo para os mercados A, B e C'. As diferenças do Valor do Piso de Mercado, outrossim, decorrem da diferenciação estabelecida entre os mercados. Não se trata, em face do disposto no art. 461 da CLT, da distinção isonômica entre localidades diferentes. A distinção dos mercados, pelos critérios econômicos e sociais de classificação adotados pelo empregador, atribuído ao empregado a assunção dos riscos do negócio, o que não é permitido.

Cabe ressaltar que as atividades gerenciais são as mesmas, em qualquer das localidades onde a reclamada possui agência e onde seus gerentes prestam serviços. De outro lado, a reclamada não fez prova alguma sobre a alegada diferenciação das regiões geográficas e a sugerida 'classificação de atratividade e potencial de mercado' com base em fatores sociais e econômicos dos municípios onde possui 'ponto de venda e escritórios de negócios'. Ora, o que vai e deve diferenciar a remuneração nos diversos mercados é a captação/venda de produtos (comissões), não se justificando que a reclamada, atuando em âmbito nacional e possuindo quadro de carreira, estabeleça padrão salarial diferenciado para uma mesma função gerencial.

Assim, acolhendo tais considerações, a Turma julgadora, por maioria de votos, vencido o Relator, entende que são devidas ao reclamante diferenças salariais a partir de julho de 2002, pela quebra do princípio isonômico, equivalentes à diferença entre o valor atribuído ao Piso Mínimo de Mercado para as unidades classificadas como "A" e os valores recebidos, com integrações em férias com 1/3, gratificações natalinas, licenças prêmio, APIP e FGTS, em parcelas vencidas e vincendas, estas últimas em decorrência de que o contrato de trabalho se encontra em vigor, dando-se provimento ao recurso do reclamante nestes termos.

2. NATUREZA DO CTVA. INCLUSÃO DO CTVA NO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

O Juízo de origem entendeu não haver nada a deferir no tocante à natureza da parcela CTVA, uma vez que a reclamada reconhece esta natureza e, desde a adesão

do reclamante ao Novo Plano de benefícios da FUNCEF, em 27.11.2006, incluiu a parcela CTVA no salário de contribuição.

Em suas razões de recurso, o autor busca a reforma da sentença aludindo:

A parcela "CTVA" tem natureza nitidamente salarial e compõe a gratificação de função/comissão de cargo.

Portanto, parte da contraprestação específica pelo exercício destas funções e/ou cargo e, como tal, compõe o SALÁRIO DE PARTICIPAÇÃO e deve ser utilizado para fins de cálculo de saldamento levando-se em consideração o período em que o Reclamante esteve vinculado ao REG/REPLAN e REB, sob pena de redução da reserva matemática em favor do participante.

No entanto, a reclamada deliberadamente não considerou a parcela "CTVA", ora postulada para a chamada "reserva matemática" que determina o valor a ser pago ao autor a título de complementação de aposentadoria.

Por corolário lógico, é certo que o "CTVA possui caráter salarial e/ou constitui-se parcela integrante da função de confiança/cargo comissionado (mera alteração da nomenclatura visando prejudicar o hipossuficiente, a incidir o art. 9º, CLT) existirão diferenças de complementação de aposentadoria devidas ao autor. (fl. 737)

Mais adiante, acrescenta:

O reclamante, além de postular a declaração do direito à incidência de contribuições previdenciárias sobre o "CTVA", postulou a implementação da "reserva matemática", composta não apenas pelas contribuições vertidas após a adesão ao Novo Plano, mas também por aquelas anteriormente devidas. (fl. 738, grifo nosso)

Verifica-se que o Juízo de primeiro grau não se manifestou a respeito das contribuições previdenciárias sobre o CTVA em relação ao período anterior à adesão do autor ao Novo Plano, tendo em vista a pretensão meramente declaratória do Autor. Impõe-se, desta forma, delimitar os limites da lide, conforme o pedido do autor na inicial e os termos da defesa da reclamada.

Na inicial o autor pediu a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças salariais, matéria apreciada no item anterior, e requereu, expressamente:

a declaração da natureza salarial da "CTVA" e do direito a sua inclusão na Remuneração-base (como parte da gratificação de função/comissão de cargo) e no Salário de Contribuição, com a determinação para que a reclamada considere esta para efeitos de contribuições à entidade de previdência privada (FUNCEF) e para efeito da aplicação da RH 151 (nls. 07/08, grifo nosso).

Verifica-se que o pedido formulado na inicial é objetivo e limita a pretensão declaratória quanto à natureza da CTVA, assim como a determinação de que tal natureza seja considerada para efeitos de contribuições previdenciárias e aplicação da RH 151.

Não há informação nos autos de que o autor tenha sido aposentado. O que se extrai dos elementos contidos nos autos é que o reclamante é empregado da reclamada, ocupando cargo de gerência, vinculado ao Plano de Cargos e Salários (PCS) de 1989

(fls. 288/321), e que foi compulsoriamente incluído em quadro de extinção quando foram implementados o PCS/98 (fls. 322/327) e o Plano de Cargos Comissionados – PCC/98 (323/327). Em data de 26-11-2006, firmou com a FUNCEF o termo de adesão às regras de saldamento do REGIREPLAN e ao Novo Plano e novação de direitos previdenciários (fls. 543/545). A reclamada reconhece a natureza salarial do CTVA, assegurando que a parecia passou a integrar o salário de contribuição para a previdência privada nos termos do Novo Plano a que o reclamante aderiu.

Em sua defesa, a reclamada alegou que a natureza da parcela, se salarial ou remuneratória, não é o fator determinante para que a mesma integre o salário de contribuição à FUNCEF. Afirmou que segue a expressa previsão em regulamento específico dos Planos de Benefício da FUNCEF, que definem quais as parcelas são integrantes do salário de contribuição. Aduziu que nos regulamentos REG, REPLAN e REB a parcela CTVA não é parte integrante do salário de contribuição, tendo sido incluída no salário de contribuição apenas pelo regulamento do Novo Plano FUNCEF, ao qual o autor aderiu.

Entende que ao firmar o termo de adesão às regras de saldamento do REG/REPLAN e ao Novo Plano, o autor declarou a validade e ratificou as normas anteriormente editadas. Os regulamentos dos planos de benefícios da FUNCEF foram juntados nas fls. 391/405 (REPLAN), 409/437 (REB), 438/457 (REGIREPLAN) e 461/500 (Novo Plano).

O salário de contribuição do REPLAN está definido em seu artigo 6 (nl. 394):

6.1 Salário de Contribuição é a remuneração do associado sobre a qual incidirá contribuição social para a FUNCEF.

6. - I As parcelas que constituem essa remuneração serão definidas, de acordo com o Plano de Cargos e Salários da Instituidora-Patrocinadora, em ato normativo a ser baixado pela FUNCEF.

Na fl. 408, a Norma de Serviço nº 025/85, da FUNCEF, inclui no salário de contribuição *a função de confiança (em caráter de titularidade ou substituição)*.

O artigo 40 do REB (fl. 430) define as parcelas que compõem o salário de participação, incluindo em seu inciso III *o cargo em comissão em caráter de titularidade, ou quebra de caixa*.

Já o REG/REPLAN, em seu artigo 13, definiu que *as parcelas que constituem o SALÁRIO DE PARTICIPAÇÃO serão definidas de acordo com o Plano de Cargos e Salários do PATROCINADOR e por este aprovadas, bem como pela Diretoria Executiva e conselho Deliberativo da FUNCEF*. Contudo, a reclamada não juntou aos autos nenhum documento em que conste a aprovação das parcelas integrantes do salário de participação no REG/REPLAN, conforme previsto no regulamento.

Na fl. 477, o artigo 20 do Novo Plano define que *O SALÁRIO DE PARTICIPAÇÃO corresponderá às parcelas que constituem a remuneração do PARTICIPANTE, sobre as quais incidem ou incidiam, no caso do AUTOPATROCINADO, as contribuições a ÓRGÃO OFICIAL DE PREVIDÊNCIA*.

Da análise das regras que definem o salário de participação/contribuição nos diversos planos de benefícios da FUNCEF não se verifica a exclusão da CTVA, ao contrário do que entende a reclamada.

Apesar de a redação do item 9.2 do PCC/98 (tl. 94) indicar que o CTVA integra a remuneração base do empregado, incidindo sobre a parcela todos os encargos sociais, exceto a contribuição para a FUNCEF/PREVHAB, a justificativa para tal exclusão se dá em face do regulamento específico de cada benefício. Ao definir que o CTVA é *um complemento variável que visa complementar a remuneração do empregado ao piso estabelecido em Tabela de Piso de Referência Mercado (anexo II), quando o valor de sua remuneração base for inferior ao piso de referência de mercado para o nível de responsabilidade* (fl. 94, item 9.2), a reclamada reconheceu implicitamente a natureza salarial da parcela, bem como ser tal complemento parte integrante da verba devida em razão do exercício do cargo comissionado.

Isto fica evidente quando se verifica que o CTVA é pago apenas àqueles empregados em exercício de função/cargo comissionado, e tem por objetivo nivelar a remuneração dos ocupantes de um mesmo cargo em cada região, complementando a remuneração, se necessário, até que seja atingido o piso mínimo previsto na tabela de referência de mercado.

Ora, se o CTVA é devido a todo empregado que, *após designado para cargo em comissão, ainda permanecer com a remuneração abaixo do piso de mercado, conforme Tabela Específica* (fl. 76, item 2.2), impõe-se reconhecer que a verba oferecida pela reclamada para o exercício do cargo em comissão equivale ao valor definido na Tabela de Piso de Referência de Mercado, no mínimo, sendo indissociável o complemento (CTVA) da parcela paga a título de cargo em comissão/função comissionada.

Em sendo assim, forçoso reconhecer que os regulamentos dos planos de benefícios da FUNCEF, ao incluir a parcela referente ao cargo em comissão/função comissionada no salário de participação, incluem também o CTVA, uma vez que tal complemento faz parte da gratificação de função.

Além disso, repita-se que não vieram aos autos as normas do salário de contribuição do REG/REPLAN, conforme estatuído em seu ar. 13, não se desincumbindo a reclamada, portanto, de provar a alegação de que o CTVA estava excluído do salário de participação.

Por outro aspecto, não socorre a reclamada a alegação de que o termo de adesão firmado pelo autor ao Novo Plano, deu plena e irrevogável quitação aos planos anteriores, uma vez que consta no item *b* do inciso IV da cláusula quarta (fls. 543/544) que o reclamante analisou e concorda com as informações constantes do anexo único contendo o *valor inicial do benefício saldado no plano REG/REPLAN, calculado na forma do regulamento*, pois se verifica no referido anexo único (fl. 545) a consignação do *valor provável do Benefício Saldado*, e não o valor definitivo, constando ainda a ressalva de que os valores *serão revistos na data final do período de adesão, conforme estipula o regulamento*. Assim, é certo que o autor aderiu ao Novo Plano concordando que o valor inicial do benefício saldado no plano REG/REPLAN seria calculado e revisto na forma do regulamento. Ora, entende-se que o CTVA deve ser considerado no salário de contribuição do REG/REPLAN e a parcela não foi assim considerada pela reclamada, a revisão do benefício saldado, conforme acordo firmado entre o autor e a FUNCEF, com a anuência da reclamada será a oportunidade para os ajustes necessários, considerando-se todas as regras estipuladas nos referidos regulamentos, inclusive para a forma de custeio.

Refira-se, ainda, que a questão do cálculo de saldamento referente ao período em que o autor esteve vinculado ao REG/REPLAN não foi objeto desta ação, sendo inovatória a pretensão de discuti-la em sede recursai.

Com base nos fundamentos expendidos, dá-se parcial provimento ao recurso do autor para declarar a natureza salarial da parcela denominada CTVA e o direito de inclusão desta parcela no salário de participação dos planos de benefícios da FUNCEF.

3. ESTABILIDADE FINANCEIRA. INCLUSÃO DA CTVA PARA EFEITOS DO ADICIONAL DE INCORPORAÇÃO.

Inconforma-se o reclamante contra o decidido na origem que entendeu não haver prova de que o autor tenha atendido aos requisitos para implementar o adicional de incorporação nos termos da RH 151. Alega que tal entendimento é contrário àquele expresso na Súmula nº 372 do TST, o qual não pode ser preterido diante da edição posterior de norma regulamentar interna menos benéfica ao empregado, incidindo o artigo 9º da CLT. Pretende ver reconhecida a estabilidade financeira, nos termos do contido na citada Súmula, alegando não ser aplicável a RH 151 por lhe ser desfavorável.

Acrescenta que a CTVA corresponde a uma fração da gratificação de função, devendo ser considerada para os efeitos da estabilidade financeira pretendida, de modo a impedir redução salarial. Por fim, argumenta que o fato de não haver lesão não impede o judiciário de preservar os direitos postos a exame, pretendendo ver declarada a sua estabilidade financeira.

Primeiramente, gize-se serem inovatórios os argumentos e a pretensão de declaração de estabilidade financeira nos termos do contido na Súmula nº 372 do TST, dizendo inaplicáveis os termos da RH 151, assim como a nulidade da referida norma interna.

Nos termos da inicial, o autor postulou a consideração da CTVA para os efeitos da aplicação da RH 151, a mesma norma que em sede recursai alega ser nula por ser menos benéfica ao entendimento da jurisprudência.

Refira-se que a citada RHISI (fls. 126/162), com vigência em 12-02-2007, trata do adicional de incorporação de cargo em comissão – CC, estabelecendo em seu item 3 que tal parcela é devida ao empregado dispensado de CC efetivo, por interesse da Administração, e que tenha exercido cargo em comissão na Caixa por período maior ou igual a 10 anos imediatamente anterior à dispensa. Assim, são requisitos para a sua concessão a dispensa do CC, a motivação e o tempo de exercício do CC. No item 3.6 da citada norma, verifica-se que o cálculo da parcela a ser incorporada relaciona o tempo de exercício com o valor de gratificação de CC acrescido das vantagens pessoais correspondentes, nos seguintes termos:

3.6 CÁLCULO

3.6.1 O valor do Adicional de Incorporação corresponde à média ponderada, em dias, dos últimos 5 anos de exercício de CC imediatamente anterior à dispensa.

3.6.2 O Adicional de Incorporação é calculado pela fórmula a seguir:

$$AI = \langle (Gxt) \rangle$$

1825

AI = Adicional de Incorporação

G = Valor da gratificação de CC

t = tempo de exercício

1825 = correspondente a 5 anos

3.6.2.1 Para o cálculo do Adicional de Incorporação, considera-se o valor de gratificação dos CC exercidos, conforme Tabela de Valor Mensal de Gratificação (RH/15) vigente na data da dispensa, acrescido das vantagens pessoais correspondentes, quando se tratar de função de confiança.

Conforme já decidido no item precedente, a reclamada define o CTVA como um complemento variável que visa complementar a remuneração do empregado ao piso estabelecido em Tabela de Piso de Referência Mercado (anexo II), quando o valor de sua remuneração base for inferior ao piso de referência de mercado para o nível de responsabilidade (fl. 94, item 9.2), reconhecendo, assim, que tal complemento é parte integrante da verba devida em razão do exercício do cargo comissionado.

Sendo parcela paga apenas àqueles empregados em exercício de função/cargo comissionado com o objetivo de nivelar a remuneração dos ocupantes de um mesmo cargo em cada região, entende-se que o CTVA é parte indissociável da parcela paga a título de cargo em comissão/função comissionada, pelo que deve ser incluído no valor de gratificação de CC previsto na RH 151.

O parágrafo único do artigo 468 da CLT resguarda ao empregador a dispensa do empregado do exercício de função de confiança, revertendo ao cargo efetivo, sem que tal ato seja considerado alteração lesiva do contrato de trabalho. Em relação à Súmula nº 372 do TST, que traduz o entendimento predominante no TST sobre os limites da supressão ou redução da gratificação de função, salienta-se que pode ser ou não adotada, na medida em que não têm efeito vinculante.

Contudo, considerando os limites da lide, e ainda que no momento o autor não preencha os requisitos definidos na RH 151 para o adicional de incorporação, pois não consta nos autos que tenha sido dispensado do cargo em comissão que ocupa, impõe-se declarar a natureza salarial do CTVA, uma vez que parte integrante da parcela devida a título de gratificação de CC, para os efeitos da aplicação da RH 151, nos termos do pedido aduzido na inicial.

Dá-se provimento parcial ao recurso do autor no item para declarar a natureza salarial do CTVA e sua consideração para efeitos da aplicação da RH 151.

[...]

Ac. 01316-2007-304-04-00-1 RO

João Alfredo Borges Antunes de Miranda – Desembargador-Relator

Julg.: 14.04.2009 – 3 Turma

Publ. DOE-RS: 29.06.2009

Ac. 00692-2008-029-04-00-1 RO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. Considerada a despedida como discriminatória, por ato arbitrário do empregador; ela é nula, cabendo a reintegração ao emprego.

[...]

ISTO POSTO:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

1. REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

A reclamada busca a reforma da sentença para afastar a reintegração ao emprego deferida, bem como a condenação ao pagamento de indenização por dano moral. Sustenta, em resumo, que o reclamante teria sido despedido, não por ser um mau empregado, ou por perseguição, mas sim porque, por se tratar de órgão público, teria limitações para contratar, tanto quanto ao número de empregados, como orçamentária. Salienta que não teria condições de contratar outros empregados e ainda manter os já existentes. Refere que a manutenção do emprego dos aposentados estaria inviabilizando a contratação de outros empregados, e, por consequência, de aumentar a oferta de empregos para pessoas com nenhuma renda, o que também seria caso de discriminação. Diz que, afastada a despedida discriminatória, também deveria ser afastada a condenação relativa à indenização por dano moral, já que não haveria qualquer conduta que pudesse ser considerada lesiva por parte da reclamada.

O *juízo a quo* considerou a despedida do reclamante discriminatória, sob o fundamento de que a reclamada despediu empregados por estarem aposentados. Determina a *reintegração* do reclamante ao emprego, bem como condena a reclamada ao pagamento de *indenização por dano moral* no valor de R\$ 5.000,00.

Examina-se.

O *art. 7º, inc. 1, da Constituição da República* assim dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

l - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;";

A partir da leitura desse dispositivo constitucional, emerge o entendimento de que a despedida sem justa causa não pode ser arbitrária.

Mesmo o empregador possuindo o direito de despedir o empregado não pode agir com abuso de direito. Os motivos para a dispensa do empregado não podem ser discriminatórios, inclusive, para embasar a conveniência do ato do empregador.

Os princípios constitucionais, inseridos nesses também os trabalhistas, pretendem proteger o empregado contra a despedida arbitrária, como meio de buscar o equilíbrio nas relações sociais. E nesse raciocínio insere-se a vedação à despedida discriminatória,

como espécie de despedida arbitrária, com a agravante de que *viola* não apenas o direito à manutenção do emprego, mas a *própria dignidade* do trabalhador.

Márcio Tullio Vialla, um dos coordenadores do livro "Discriminação" (SP: Editora LTr, edição do ano 2000), apresenta, no referido livro, texto da sua autoria denominado "Os Dois Modos de Discriminar e o Futuro do Direito do Trabalho", em que oferece interessante subsídio para o entendimento do tema. Diz ele: "*Há pelo menos dois modos de discriminar: Pode-se discriminar ferindo regras, mas também com as próprias regras*". E, ainda: "*Esse segundo modo de discriminar atinge a todos: não é de minorias, é de massas; não é circunstancial, é estrutural*".

Diante disso, verifica-se que, no caso específico dos autos, a aposentadoria do reclamante não se mostra causa suficiente para que se aceite a despedida, porque ela vêm acompanhada de atitude discriminatória, por parte da reclamada.

Assinale-se, por relevante, que a aposentadoria não extingue, por **si só**, o contrato de trabalho. Nesse sentido, as ADINs. 1.770 e 1.721-3.

A aposentadoria pode ser justificativa aceitável para a despedida sem justa causa. Para tanto, o empregador deve cumprir com os encargos advindos dessa modalidade de rescisão do contrato de trabalho, com o pagamento correto dessas parcelas. Tudo isso para que o ato de despedir não seja discriminatório, ou seja, não esteja inserido num planejamento de tratamento diferenciado de um grupo de empregados.

No caso do reclamante, a despedida do empregado se mostra discriminatória. Evidencia-se que a reclamada *vinha tentando* implantar um plano de estímulo para que os empregados aposentados se desligassem da empresa. Como não logrou êxito, tomou a atitude de despedi-los arbitrariamente. Observe-se que *o ato da despedida não foi sequer no ano em que o reclamante se aposentou*, em 12/03/2002, (fl. 61), *mas sim mais de cinco anos depois*.

Portanto, se a reclamada tem o direito de despedir o reclamante porque esse se aposentou, mesmo tendo pago as parcelas consectárias ao término do contrato de trabalho sem justa causa, esse direito restou desvirtuado, tendo em vista que o ato de despedir se inseriu numa medida da reclamada que atingiu a *toda uma universalidade* de empregados que se encontravam numa mesma situação dentro da empresa, ou seja, *os empregados aposentados*.

Diante do exposto, não se pode considerar que a despedida do reclamante não foi determinada por ato abusivo da reclamada, porque o fato de o reclamante estar aposentado não se mostra suficiente para motivar a despedida sem justa causa, uma vez que realizada dentro de um contexto de *despedida massiva* de empregados na mesma situação de aposentado do reclamante.

Por demasia, vale lembrar também o *art. 187 do Código Civil*.

E agrava a situação da reclamada o fato de *pertencer à Administração Pública*, cuja atuação deve ser informada pelos princípios constitucionais do *art. 37* da Constituição da República. Nesse sentido, a *O,1247* para situação semelhante, referente a outra empresa da Administração Pública.

Logo, concorda-se com a sentença que considerou a despedida do reclamante arbitrária, uma vez que discriminatória, e, por isso, nula, determinando a reintegração do reclamante ao emprego, bem como o pagamento de indenização por dano moral.

Sentença mantida.

[...]

Ac. 00692-2008-029-04-00-1 RO

Ricardo Carvalho Fraga – Desembargador-Relator

Julg.: 01.07.2009 – 3ª Turma

Publ. DOE-RS: 13.07.2009

Ac. 00037-2008-371-04-00-3 RO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA. CONFLITO ENTRE SEGURANÇA PATRIMONIAL E DIREITOS DA PERSONALIDADE. PREVALÊNCIA DA TUTELA DA IMAGEM E PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES. No caso concreto, deve ser avaliada qual a finalidade das câmeras e se estas se destinam, conforme afirma a Reclamada, exclusivamente para a proteção patrimonial e segurança, não havendo motivo para, ainda que indiretamente, os seus funcionários sejam de qualquer forma monitorados no exercício de suas tarefas. Com efeito, tal comportamento não seria compatível com os princípios basilares do direito do trabalho, sequer com a sua história, ferindo direitos constitucionais elementares dos trabalhadores. Todavia, tem-se como aceitável a monitoração dos locais com acesso de pessoas estranhas ao ambiente de trabalho em que, justificadamente, haja fundado e relevante receio da possibilidade de ocorrência de roubos ou prejuízos ao patrimônio empresarial. Recurso parcialmente provido.

[...]

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESATIVAÇÃO/RETIRADA DE CÂMERAS DE VIGILÂNCIA. FIXAÇÃO DE MULTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS E/OU COLETIVOS.

O Sindicato dos Sapateiros de Sapiranga e Região protocolou representação junto ao Ministério Público do Trabalho (fls.29/30) irressignando-se quanto à instalação de câmeras de filmagem na área interna da empresa Reclamada. Aduz, em síntese, que "tal atitude, sem dúvida nenhuma, causa constrangimento aos que ali se encontram, além do mais, tal prática é proibitiva. Ora, manter vigilância ostensiva no local de trabalho é uma espécie de jugo (canga, opressão, sujeição, domínio). Sujeitar o trabalhador a condições degradantes".

Notificada, a Reclamada informou que a instalação das câmeras tem caráter relacionado à segurança funcional e patrimonial, não havendo câmeras posicionadas

na área de produção, vestiários ou banheiros, além de armazenamento temporário do conteúdo por 10 dias e captação de imagens amplas.

Após diversas tratativas entre o Ministério Público e a Empresa, inclusive com tentativa de compromisso em Termo de Ajuste de Conduta (1. 37/41), que não obteve sucesso, decidiu o *Parquet* trazer a questão ao Poder Judiciário, por meio da presente Ação Civil Pública.

O Juiz de primeiro grau entendeu que as imagens geradas pelas câmeras estão em locais estratégicos, protegendo mercadorias de alto valor, sem ferir direitos dos empregados, ao contrário, auxiliando na segurança da integridade física deles também. Fundamenta que há vigilância do patrimônio e não da pessoa do empregado, não havendo quebra do princípio da boa-fé. Por fim, pelo exposto, julgou improcedente a ação civil pública proposta e indeferiu o pedido de indenização pelos danos morais coletivos ou difusos pleiteados.

Insurgiu-se o Ministério Público com a decisão, aduzindo que a instalação de determinadas câmeras na sede da Reclamada, ressalta que não são todas, causam prejuízos a direitos dos empregados, em especial à intimidade e à privacidade. Sustenta que deve haver compatibilização entre o direito de propriedade da Reclamada e o direito à privacidade dos empregados. Argumenta que, a despeito da intenção da empresa de viabilizar a melhor segurança para o seu patrimônio, na prática, as câmeras poderão monitorar o trabalho dos empregados, fazendo com que eles tomem-se, também, suspeitos ou potenciais agentes criminosos. Tal vigilância causa prejuízo à saúde do empregado, no momento em que lhe retira o direito a um meio-ambiente de trabalho sadio, porquanto as câmeras produzirão estresse, inquietação e desconfiança. Por fim, requer que as câmeras posicionadas em locais onde possa ocorrer monitoramento de empregados – elenca quais são nas suas razões – sejam retiradas ou desativadas. Da mesma forma, pugna pela condenação em pagamento de indenização pelos danos morais coletivos causados na ordem de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), em benefício do Fundo de Amparo do Trabalhador e cominação de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo descumprimento da ordem judicial. Prequestiona diversos dispositivos constitucionais.

Examina-se.

Trata-se a presente demanda de Ação Civil Pública em que o Ministério Público do Trabalho pretende a desinstalação ou desativação de câmeras de vigilância instaladas pela Reclamada em locais em que os trabalhadores, mesmo que indiretamente, possam sofrer algum tipo de monitoração, seja na sua privacidade, seja no exercício da função laborativa, conforme se verifica em documento da fl. 43 (localização das câmeras). Tal controle violaria direitos da personalidade dos trabalhadores, assegurados constitucionalmente, e que sofreriam prejuízos em detrimento da proteção patrimonial pretendida pela empresa ré.

A Constituição Federal, já em seu art. 1º, proclama como fundamentos da República, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Reforça tal tutela no art. 170, em que preconiza textualmente: "*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa,*

tempor fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); III. Função social da propriedade; (...)".

Por sua vez, o art. 5º, nos incisos V (é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), revela a proteção constitucional aos chamados direitos da personalidade e a possibilidade de reparação legal.

Desta forma, a presente controvérsia encontra solução no devido equilíbrio entre princípios conflitantes, de um lado representados pelos direitos da personalidade, em especial privacidade e imagem, e, de outro, o direito à propriedade, sua defesa e as conseqüências advindas do seu exercício.

Primeiramente, ressalta-se que os direitos da personalidade exercem, precipuamente, fator de realização da dignidade da pessoa humana, por óbvio incluídos os trabalhadores, que merecem total proteção das suas garantias, no tocante à saúde física e psíquica, além da efetivação de um meio ambiente do trabalho saudável e protegido.

Os direitos da personalidade, inatos ao homem e absolutos, traduzem os valores básicos e fundamentais inerentes à preservação do indivíduo como ente considerado em si mesmo, assim como suas projeções no meio social em que está inserido. Inclusive, por se tratarem também de direitos irrenunciáveis, não pode o seu titular dispor livremente deles.

Destas características decorre a inafastável importância da tutela legal que deve se dirigir a esta categoria de direitos, por emanarem a essência do sujeito e realizarem a dignidade da pessoa, assim como definido na ordem constitucional.

Se é assim que devem ser avaliados os direitos da personalidade do trabalhador, como sujeito alvo destas garantias públicas, não é menos verdade que o empresário, que detém a exploração da atividade econômica, também, de certo modo e intensidade, possui destinação constitucional à preservação da sua tarefa, porquanto lhe é garantido o direito de propriedade, além de incentivos à livre iniciativa, todos constituindo-se como alicerces da ordem econômica nacional.

Contudo, o choque entre princípios deve ser resolvido proporcionalmente à importância dos valores colocados em discussão, em que, no presente caso, estão assentados entre o direito à privacidade e imagem dos empregados e o direito à propriedade e diretivo da atividade econômica conduzida pelo empresário. Diga-se, por fim, que não se pode esquecer que o direito à propriedade deve cumprir sempre a sua função social.

O poder diretivo, traduzido na fiscalização, organização e disciplina da atividade econômica produtiva não impõe ao trabalhador um regime de subordinação sem limites, imperando os fins legais e morais que regulam o contrato de trabalho, firmados na máxima de que o direito de determinado indivíduo persiste enquanto não ultrapassa o de outro além do princípio de proteção ao hipossuficiente e de tratamento jurídico desigual que visa compensar desigualdade econômica entre os sujeitos participantes da relação alvo da tutela trabalhista.

Trazendo tais conceitos ao caso concreto, deve ser avaliada qual a real finalidade das câmeras e se estas se destinam, conforme afirma a Reclamada, fundamentalmente para a proteção patrimonial e segurança, não havendo motivo para, ainda que indiretamente, os seus funcionários sejam de qualquer forma monitorados no exercício de suas tarefas. Com efeito, tal comportamento não seria compatível com os princípios basilares do direito do trabalho, sequer com a sua história, ferindo direitos elementares dos trabalhadores já mencionados acima.

Por outro lado, ainda quando admitidas à empresa providências para defesa de seu patrimônio, no momento que de alguma forma afetem direito de terceiro, há de se verificar, como condição necessária para a legalidade das mesmas que, de um lado, estas sejam imprescindíveis para a consecução dos objetivos colimados (defesa de patrimônio empresarial) e, por outro, que a adoção de tais providências se faça pelo meio menos gravoso possível para terceiros (proporcionalidade).

Diga-se de passagem, que semelhante procedimento (vigilância e controle no local de trabalho) é tão nocivo aos empregados que o próprio Código Penal condena a ingerência ostensiva do ambiente de trabalho. tipificando no art. 149 que comete crime aquele que *"mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho"*.

Não há dúvida que a Reclamada possui o direito de adotar medidas que visem a proteção do seu patrimônio, principalmente com o aumento notório da violência, contudo, deve sempre buscar a preservação dos direitos que são tão caros aos indivíduos, como a sua imagem e privacidade, e preferir métodos e sistemas que sejam menos agressivos aos sujeitos expostos a este controle. Desta forma, vinculando o objetivo da utilização das câmeras de vigilância à melhor conservação do seu patrimônio e aumento da segurança, não há como permitir que, de qualquer forma e sob qualquer pretexto ou intensidade, seja o trabalhador invadido em sua privacidade e utilizada a sua imagem à revelia da sua vontade e autorização. Ademais, a confiança é uma via de mão dupla, não havendo como entender-se como aceitável a monitoração, ainda que intermitente, da execução das atividades produtivas dos empregados.

Por tais razões, existindo forte justificativa amparada nos motivos já expostos, isto é, segurança patrimonial, as câmeras devem atender e priorizar locais, essencialmente, com acesso do público externo, guardando, para os outros espaços, vigilância alternativa que não lese direito da personalidade dos empregados.

Em resumo, tem-se como aceitável a monitoração dos locais com acesso de pessoas estranhas ao ambiente de trabalho em que, justificadamente, haja fundado e relevante receio da possibilidade de ocorrência de roubos ou prejuízos ao patrimônio empresarial.

Salienta-se que, no tocante à utilização da imagem dos trabalhadores, não seria demais a exigência de prévia autorização escrita para legitimação do sistema adotado, tendo em vista que o direito à própria imagem e disposição desta sobrepõe-se ao interesse exclusivamente patrimonial do empregador. E ainda que a Reclamada garanta que o acesso a determinadas imagens seja restrito às pessoas autorizadas, tal

compromisso, mesmo que fosse devidamente comprovado, não tomaria imprescindível a autorização prévia dos seus empregados alvos das imagens produzidas pelas câmeras de vigilância.

Ao contrário, não houve sequer prévio esclarecimento aos trabalhadores sobre a adoção do novo sistema de segurança, finalidade e meios utilizados, o que seria bastante salutar, tendo em vista o impacto que este tipo de monitoramento provoca.

Da mesma forma, a discussão com o Sindicato representativo da categoria teria sido medida lúcida e benéfica a todos, informando sobre a implementação das câmeras, o que poderia atrair a simpatia dos trabalhadores para a idéia, além de sugestões e aprimoramento do sistema, evitando desgaste e o clima de desconfiança gerados.

Ainda assim, na mesma linha adotada pelo Ministério Público do Trabalho, reforça-se a idéia de que não são todas as câmeras que interferem ilegalmente na esfera privada dos empregados, não se determinando a simples desativação de todas, indiscriminadamente. Interpreta bem o *Parquet* quando sustenta que as câmeras de vigilância instaladas, ainda que objetivem a proteção patrimonial, sem dúvida nenhuma se prestam também para o controle dos empregados, não se questionando aqui tão-somente a intenção do empregador, mas, com a mesma importância, o fim que se pode destinar ao sistema adotado.

O Magistrado deve zelar pela justiça e o bom senso, pautando suas decisões na lei e na utilização racional dos meios que lhe são postos a disposição. Desta forma, determinar de maneira arbitrária o desligamento e retirada de todas as câmeras não atingiria o fim social de pacificação das relações trazidas ao Judiciário, desatendendo por completo o objetivo a que se propõe.

Assim, entende-se por razoável e em conformidade com o princípio da proporcionalidade, que seja determinado o desligamento das câmeras elencadas pelo Ministério Público do Trabalho na Ação Civil Pública proposta, apenas durante o expediente regular de trabalho, em que deve a Reclamada adotar medidas alternativas para implantação da segurança patrimonial, sendo permitido o acionamento destes dispositivos nos horários em que não haja atividade típica produtiva. Saliente-se que o Ministério Público do Trabalho informa que há ainda, para o auxílio da vigilância, o concurso do trabalho de vigilantes e outras 14 câmeras além das que estão ora em discussão.

Deste modo, dá-se provimento parcial ao Recurso para determinar o desligamento, no horário regular do expediente de trabalho, das câmeras de vigilância números 09, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 e 28. Da mesma forma, fixar multa diária no valor de R\$ 5.000,00, caso descumprida a presente decisão, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador-FAT. Ainda, determinar que a Reclamada abstenha-se de instalar novas câmeras em locais que não sejam destinados à entrada e saída de público externo, desde que não permitam o monitoramento dos empregados.

Por fim, nega-se provimento ao pedido de reparação pelos prejuízos de natureza difusa e coletiva já causados, tendo em vista que não restou suficientemente comprovada a efetiva ocorrência de dano aos empregados até o momento, porquanto as câmeras foram instaladas recentemente. Porém, a continuidade das atitudes da Reclamada

poderá, futuramente, constituir-se em prejuízo consubstanciado em dano moral coletivo, devendo o Judiciário, se necessário, agir em defesa da proteção do meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável, inclusive com a devida reparação indenizatória, se assim entender cabível.

Quanto ao prequestionamento, diga-se que o órgão jurisdicional não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos trazidos pelas partes, sendo necessário apenas fundamentar a decisão, o que no presente caso já ocorreu. Nesse sentido o item I da Súmula nº 297 do TST: "*PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO – Nova redação – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 I. Diz-se prequestionada a matéria o questionamento quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.*"

[...]

Ac. 00037-2008-371-04-00-3 RO

Luiz Alberto de Vargas – Desembargador-Relator

Julg.: 14.01.2009 – 3 Turma

Publ. DOE-RS: 27.01.2009

Ac. 00075-1996-141-04-00-3 AP

Agravo de petição. Redirecionamento da execução contra sócios. Encerramento da falência sem a satisfação do crédito trabalhista. Foi encerrada a falência da empresa reclamada, sem que fossem apurados créditos suficientes ao saldo de todas as dívidas. No caso em análise, a empresa optou por fechar suas portas regularmente, através do instituto competente, a falência, não havendo falar em busca do patrimônio dos sócios sem a existência dos pressupostos para tanto, consistentes na existência de fraude, abuso ou outra irregularidade na dissolução da empresa.

[...]

ISTO POSTO:

1. Redirecionamento da execução. Encerramento da falência sem a existência de crédito suficiente à satisfação da dívida trabalhista.

A reclamante apresenta agravo de petição, não conformada com a decisão da fl. 163, mantida à fl. 186, que rejeitou o pedido formulado às nls. 127/129, de redirecionamento da execução contra os sócios da reclamada, diante do encerramento do processo de falência sem o adimplemento da totalidade de seu crédito. Sustenta que, inviável o recebimento dos créditos trabalhistas junto ao juízo falimentar, deve ser redirecionada a execução contra os sócios, que possuem patrimônio suficiente à satisfação da dívida. Junta jurisprudência.

A julgadora *ad quo* rejeitou o pedido, sob o argumento de que "a falência da reclamada ocorreu no ano de 1996 e foram expedidas certidões para habilitação dos

créditos junto à massa falida em julho de 1997. Não há notícia de crime nos autos da falência, tampouco o(a) exequente adotou qualquer providência para localizar outros bens a comporem a Massa Falida, sequer o faz neste ato. Assim sendo, sem amparo a pretensão formulada." (nl. 163).

A responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade limita-se a sua respectiva cota-parte na empresa. Porém, o ordenamento jurídico, em determinadas situações, afasta essa regra para permitir que os credores da sociedade satisfaçam seus créditos sujeitando o patrimônio dos sócios. A primeira hipótese refere-se à responsabilização dos sócios quando o capital social da empresa não tiver sido integralizado, circunstância em que os sócios responderão até a parte faltante (art. 1052 do Código Civil). O mesmo tratamento é aplicado para o sócio-gerente, se praticarem atos com excesso de mandato ou desrespeitarem normas legais ou do contrato social. Outra possibilidade de responsabilização dos sócios é pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, nos moldes exigidos pelo art. 50 do CC. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade visa direcionar a execução ao patrimônio dos sócios.

No caso em análise, entretanto, não se verifica qualquer indício de ocorrência de fraude ou abuso da personalidade jurídica da empresa, conforme informações prestada pelo síndico, no sentido de que "não foram encontrados indícios de crime falimentar" (fl. 189). Dessa maneira, tem-se que a empresa optou por fechar suas portas regularmente, através do instituto competente, a falência, não havendo falar em busca do patrimônio dos sócios sem a existência dos pressupostos para tanto, consistentes na existência de fraude, abuso ou outra irregularidade na dissolução da empresa. Entendimento diverso iria de encontro às normas básicas do direito comercial, colocando em um mesmo nível as sociedades de responsabilidade limitada e ilimitada, ou seja, seria a inaceitável distorção de conceitos de um ramo do direito (comercial) efetuado por outro (direito do trabalho).

Dessa forma, não há reparo a ser feito na decisão de origem, que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução.

Nega-se provimento ao agravo de petição.

[...]

Ac. 00075-1996-141-04-00-3

Francisco Rossal de Araújo – Juiz Convocado-Relator

Julg.: 13.05.2009 – 3 Turma

Publ. DOE-RS: 26.05.2009

Ac. 00011-2008-551-04-00-7 RO

RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA E EMPREGADOS PÚBLICOS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Sendo inviável o reconhecimento de vínculo de emprego com a Administração Pública, não seria correto, tampouco, assegurar ao reclamante

parcelas a que teria direito na condição de empregado público, por aplicação direta ou analógica da Lei 6.019/74. Tal entendimento importaria afronta ao princípio da isonomia, em relação aos trabalhadores contratados irregular e diretamente pela Administração (aos quais é garantido apenas a contraprestação pactuada, Súmula 363 do TST), em relação aos empregados da Administração regularmente admitidos (de quem exigida a prévia aprovação em concurso público), bem como em relação aos demais cidadãos (a quem a Constituição assegura o direito de concorrer por cargos e empregos públicos em igualdade de condições com quaisquer outros interessados).

[...]

ISTO POSTO:

**RECURSO DO RECLAMANTE. RECURSO DAS RECLAMADAS (CEEE).
MATÉRIAS CONEXAS**

**VÍNCULO DE EMPREGO COM A QUARTA RECLAMADA.
RESPONSABILIDADE DAS RECLAMADAS**

O reclamante alegou, na petição inicial, ter prestado serviços diretamente para a CEEE, com a presença dos requisitos da relação de emprego, não obstante mantivesse vínculo formal com a quarta reclamada. Sustentou que sua prestação de serviços ter-se-ia dado nos mesmos moldes do trabalho temporário regido pela Lei 6.019/74, com exceção do longo período contratual, e pretendeu, por aplicação analógica do artigo 12 de referida lei, o recebimento de remuneração equivalente à percebida pelos empregados da CEEE, bem como outras vantagens previstas nas normas coletivas daquela empresa (bônus alimentação, gratificação de após-férias, participação nos resultados e anuênios), além do reconhecimento da existência de vínculo de emprego com a quarta reclamada. Postulou fossem as reclamadas responsabilizadas solidariamente pela condenação.

O Juízo de origem descaracterizou a prestação de trabalho pelo reclamante na condição de cooperado da quarta demandada e reconheceu com ela a existência de relação de natureza empregatícia. Entendeu, entretanto, não tratar a hipótese dos autos de relação disciplinada pela Lei 6.019/74. Afirmou que mesmo a aplicação analógica de referida lei não autorizaria o entendimento elástico propugnado pelo reclamante, especialmente porque o vínculo restou reconhecido com a Cooperativa reclamada e por tempo indeterminado. Reconheceu o vínculo de emprego com a cooperativa reclamada, indeferiu os pedidos decorrentes da aplicação analógica da Lei 6.019/74 (verbas asseguradas aos empregados formalmente contratados pela CEEE), e condenou as três primeiras reclamadas subsidiariamente pelos créditos devidos pela quarta reclamada.

As três primeiras reclamadas (CEEE) recorrem aduzindo não serem partes legítimas para figurar no pólo passivo da ação, em razão de não ter sido o reclamante seu empregado. Entendem regular a condição de cooperado ostentada pelo reclamante. Dizem que a cooperativa reclamada está regularmente constituída e que foi contratada com observância à lei de licitações (Lei 8.666/93). Aduzem ter contratado a prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. Sustentam que a empresa prestadora é responsável pelos encargos trabalhistas de seus empregados, nos termos do artigo 71,

§ 1º, da já referida lei. Alegam que eventuais irregularidades na contratação havida são fiscalizadas pela Fiscalização do Trabalho. Argumentam que o processo licitatório afastaria a eventual existência de culpa *in eligendo*. Invocam a regularidade do processo licitatório e do contrato de prestação de serviços existente entre as reclamadas. Sustentam não ter havido ingerência, comando ou fiscalização de sua parte em relação aos serviços prestados pelos associados da cooperativa reclamada. Em face disso, pretendem a reforma da decisão quanto à declaração de existência de relação de emprego entre o autor e a cooperativa reclamada. Pretendem, ainda, ser absolvidas da condenação subsidiária imposta.

O reclamante recorre aduzindo tratar-se o caso do autos de terceirização de mão-de-obra para atendimento de atividade fim do tomador de serviços. Entende que a situação fática atrairia a tutela das disposições previstas na Lei 6.019/74, especialmente o artigo 12, "a". Aduz deva ser garantido tratamento isonômico, equiparando sua remuneração à percebida pelos empregados da CEEE que exerçam as mesmas funções. Pretende a condenação solidária das reclamadas ao pagamento das verbas decorrentes da isonomia remuneratória com os empregados das tomadoras de serviços. Invoca diversos artigos legais e constitucionais.

Inicialmente, cabe afastar de plano a tese sobre a ilegitimidade passiva das recorrentes. Na linha do entendimento manifestado pelo Juízo *a quo*, tem-se que os argumentos pretensamente relacionados pelas reclamadas à tese de carência de ação constituem, na verdade, matéria de mérito e como tal devem ser examinados. Nota-se, inclusive, que as próprias reclamadas, em seu recurso, relacionam a questão da ilegitimidade e da responsabilidade subsidiária no mesmo tópico, tecendo razões que se confundem. Desse modo, de plano, nega-se provimento ao recurso, no particular.

Quanto à questão de fundo, restou incontroverso que as três primeiras reclamadas foram beneficiárias dos serviços prestados pelo reclamante, por intemedio dos contratos firmados com a quarta reclamada, cooperativa da qual ele foi associado e com a qual foi reconhecido vínculo de emprego no período informado na inicial. Os termos em que formada a litiscontestação permitem admitir que o reclamante prestou serviços unicamente em favor da CEEE.

Na esteira do entendimento *a quo*, conclui-se que a relação havida entre o reclamante e a quarta reclamada não apresenta contorno cooperativo. Admite-se que haja prova quanto à condição formal do reclamante como "cooperativado" da quarta demandada. Nesse sentido, vêm aos autos a "proposta de subscrição de capital" formulada pelo autor para inclusão no quadro associativo da cooperativa (nl. 2283), a ficha financeira relacionando o recolhimento das cotas para integralização do capital (fls. 2316 e seguintes) e o comprovante de término das atividades do reclamante na condição de cooperado (1. 2305), entre outros documentos. Contudo, em face do princípio da primazia da realidade, segundo o qual se privilegia a realidade do relacionamento jurídico, preterindo-se os aspectos formais, tem-se que, na prática, não estavam presentes as finalidades e os princípios próprios do cooperativismo na relação havida entre o autor e a quarta reclamada, previstos na Lei 5.764/71.

O objeto dos contratos de prestação de serviços celebrados pelas reclamadas, "*serviços de Operações de Subestação e seus Sistemas Auxiliares (...) no âmbito da*

Área de Transmissão" (v.g. fl. 502) era afeito à atividade-fim das três primeiras reclamadas, tomadoras dos serviços. As demais provas produzidas também contribuem ao reconhecimento de que houve desvirtuamento do funcionamento da cooperativa, sobretudo quando se observa que a mão-de-obra intermediada pela quarta demandada inseriu-se na atividade essencial e permanente da tomadora dos serviços.

Sendo as recorrentes empresas atuantes no ramo de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica (v. estatutos sociais, fls. 483 e seguintes), é inequívoco que os serviços delegados a terceiros – como a cooperativa prestadora de serviços reclamada, com a qual o reclamante manteve vínculo formal – nos quais ele empenhou sua força de trabalho, estão ligados à atividade-fim daquelas empresas tomadoras.

O contexto probatório demonstra, ainda, que o autor não prestava serviços à CEEE com autonomia, como seria próprio ao trabalho cooperativado e de acordo com a previsão contida no artigo 4º, II, do Estatuto Social da quarta reclamada (fl. 1655), mas sim com efetiva direção realizada pelas demandadas. Os depoimentos colhidos demonstram a subordinação do autor diretamente a empregados da CEEE.

"(...) que era o pessoal da CEEE quem coordenava as atividades; que a escala de revezamentos eram confeccionadas pela CEEE; que os equipamentos utilizados nas manobras eram da CEEE" (depoimento da testemunha Alvino, fl. 2449)

"(...) as ordens de serviço vinham da CEEE, isso quando o depoente estava vinculado à Cooperativa; as ordens partiam especificamente de um órgão, chamado COR; (...) as escalas de serviço expedidas pela CEEE já levavam em conta os trabalhadores vinculados à cooperativa, juntamente com os da CEEE; os técnicos de segurança do trabalho da CEEE, dos quais não lembra o nome, fiscalizavam o uso de EP/s, os quais eram fornecidos pela própria CEEE; a CEEE também fornecia equipamentos de manobra; (...) havia um responsável da cooperativa, sediado em Porto Alegre, que acompanhava o trabalho dos cooperativas; esse responsável contatava com o pessoal da CEEE para verificar o desempenho dos cooperativados; havia possibilidade de um trabalhador cooperado ser transferido de um posto de trabalho para outro, mas sempre no interesse da CEEE;" (depoimento da testemunha Luiz, fl. 2466)

Desse modo, sendo a admissão do reclamante pela quarta reclamada na condição de cooperado meramente formal, e evidenciando-se que a prestação de serviços caracterizou-se como verdadeira relação de emprego, deve ser mantida a sentença que reconheceu o vínculo de emprego entre o reclamante e a quarta reclamada.

Por outro lado, inviável o reconhecimento de vínculo de emprego com ente da Administração Pública (Súmula 331, II, do TST), não seria correto, tampouco, cogitar de acolher a pretensão do reclamante para a aplicação, ainda que analógica, dos dispositivos da Lei 6.019/74, para que lhe fossem asseguradas as parcelas a que teria direito caso fosse empregado da tomadora.

A analogia, segundo Carlos Maximiliano, *"consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante."* (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 208).

No caso *sub judice*, porém, as hipóteses são absolutamente distintas.

A Lei 6.019/74 regula a contratação de trabalho temporário, prestado para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços (artigo 2º), por prazo determinado de curta duração, em que é assegurada igual remuneração ao trabalhador temporário independentemente de vínculo de emprego. No caso particular dos autos, contudo, flagra-se irregularidade na relação contratual, porquanto o trabalhador nela envolvido, associado da cooperativa prestadora, acabou por estabelecer um liame pessoal e subordinado com a CEEE. As situações, portanto, por serem diversas, não permitem se recorra à analogia.

Também não haveria como compatibilizar a pretensão do autor com a Súmula 363 do TST, justamente em razão do princípio da isonomia, invocado pelo recorrente. Tomando-se por base situações fáticas similares de contratação irregular de empregados por ente da Administração Pública, a primeira delas de forma direta (sem prévia aprovação em concurso público), e a outra, como a dos autos, por empresa interposta (terceirização), não se poderia destinar a tais trabalhadores tratamento diferenciado em relação ao pagamento de eventuais dívidas trabalhistas. Note-se que na primeira hipótese, mesmo se configurados os elementos fáticos caracterizadores da relação de emprego, somente é conferido ao trabalhador o direito ao pagamento da contraprestação pactuada (salário *stricto sensu* e depósitos do FGTS), na forma da Súmula 363 do TST, porque desatendido por ele o disposto no artigo 37, II e § 2º, da Constituição da República.

Como decorrência do mesmo fundamento constitucional, e também por observância do princípio da isonomia, não haveria como garantir ao autor, *in casu*, o pagamento de todas as vantagens salariais postuladas, como se empregado da tomadora fosse, ainda que por via indireta (aplicação analógica da Lei 6.019/74). Tal entendimento também resultaria na desconsideração do princípio da igualdade em relação aos efetivos empregados da CEEE, de quem exigida a prévia aprovação em concurso público, bem como aos demais cidadãos, a quem a Constituição assegura o direito de concorrer por cargos e empregos públicos em igualdade de condições com quaisquer outros interessados. Assim, não há falar em afronta aos dispositivos legais e constitucionais invocados, tidos por prequestionados (OJ/SDI-I TST 118).

Nessa linha, por força de regra constitucional que obsta a concessão de vantagens salariais próprias de empregado público a trabalhadores que não foram previamente aprovados em concurso público, não há como prover o recurso do autor para deferimento dos pedidos de diferenças salariais e demais vantagens próprias dos empregados da CEEE.

Em atenção aos termos do recurso das reclamadas, ressalta-se, ainda, que, demonstrada a fraude, não há afronta à Lei 8.666/93, inclusive ao seu artigo 71, tampouco aos demais dispositivos invocados.

Assim, deve ser mantida a decisão de origem e negado provimento aos recursos.

[...]

Ac. 00011-2008-551-04-00-7 RO

Fabiano de Castilhos Bertolucci – Desembargador-Relator

Julg.: 23.04.2009 – 4 Turma

Publ. DOE-RS: 05.05.2009

Ac. 00895-2007-003-04-00-4 RO

JORNALISTA - VÍNCULO DE EMPREGO. A presença dos requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT autoriza o reconhecimento de vínculo de emprego, em detrimento de retratação formal diversa. O reclamante - seja sob o ponto de vista do regime de titularidade dos resultados do trabalho, seja sob a ótica do modo de organização e execução da sua atividade produtiva - não compunha empreendimento verdadeiramente autônomo, mas desenvolvia função ligada diretamente à atividade-fim da empresa jornalística.

[...]

MÉRITO.

1. RECURSO DAS RECLAMADAS.

1.1. MATÉRIA PREJUDICIAL. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA.

As reclamadas argüem a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em face do indeferimento do pedido para que fosse determinada a juntada dos contratos firmados pelo autor com a TV Pampa e a Rádio Pampa. Afirmam, também, a ocorrência de cerceamento pelo indeferimento da expedição de ofício à Receita Federal para que viessem aos autos as cinco últimas declarações de imposto de renda da pessoa jurídica F.A.G. & Cia. Ltda. Postulam seja declarada a nulidade do processo desde o indeferimento, bem como determinado o retomo dos autos à origem a fim de que sejam produzidas as provas pretendidas e finalmente proferida nova decisão.

O Juízo, apreciando os requerimentos formulados na petição das fls. 562-572, indeferiu-os por entender "*desnecessários ao esclarecimento da lide.*" Na ata de audiência, à fl. 875, as reclamadas protestaram por cerceamento de defesa, nos seguintes termos: "*o contrato havido com a TV Pampa e a Rádio Pampa tem finalidade idêntica e foi pactuado como contrato de terceirização, o que demonstra que mesmo após 20 anos em que manteve contrato com a Rádio Gaíba, continua utilizando os mesmos moldes de contratação com a Rede Pampa, através de sua empresa que inclusive continua ativa. A afirmação do que se diz foi publicizada através do documento ora juntado (site ARI) onde ali consta a informação de que foi realizada tal forma de contratação.*"

Não verifico cerceamento de defesa ou ofensa ao art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal. Com base nos elementos carreados aos autos o juiz formou sua convicção. Na apreciação da prova prevalece o livre convencimento. ou o princípio da persuasão racional da prova, devendo o juiz mencionar na sentença os motivos que o levaram a decidir desta ou daquela forma.

Dispõe o artigo 765 da CLT, *in verbis*:

Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

O julgador de origem dirimiu a controvérsia de acordo com a prova constante nos autos, restando assegurados regular contraditório e ampla defesa, sem nenhum prejuízo às partes. A forma de contratação do autor com empresa diversa e em período posterior não diz respeito ao presente litígio e em nada influi na natureza jurídica da relação *sub iudice*.

Tampouco configura cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de expedição de ofício à Receita Federal, porquanto igualmente desnecessário à solução do litígio. Nesse ponto, sinalo que não há fundamentação do pedido em sede recursal, como se depreende das razões veiculadas às fls. 1016-1017.

O Juiz tem ampla liberdade na direção do processo, devendo indeferir as diligências dispensáveis à solução da contenda. De salientar o disposto no art. 130 do CPC, segundo o qual *"cabera ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias"*.

Cabendo ao juiz a direção do processo e, principalmente, das provas a serem produzidas pelas partes, bem como objetivando o processo a busca da verdade real – que deve prevalecer sobre a verdade formal – não resta configurado cerceamento de defesa.

Por fim, ressalto que, a teor do inciso LXXVII do art. 5º da Constituição da República, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Deferir diligências desnecessárias ao deslinde da controvérsia fere o citado princípio constitucional.

Rejeito a arguição.

1.2. VÍNCULO DE EMPREGO. PARCELAS SALARIAIS DECORRENTES.

O Juízo reconheceu a existência de vínculo de emprego com a primeira reclamada, Rádio Guaíba S.A., e determinou *"a anotação, dentro de cinco dias, contados de sua efetiva intimação, do contrato de trabalho havido com a parte autora, fazendo constar na CTPS a admissão em 15 de novembro de 1988, dispensa em 31 de agosto de 2007, na função de jornalista, com remuneração variável, consistente em percentual sobre o valor líquido da publicidade angariada, nos termos do item 3.2, e, ainda, condenar as reclamadas a pagarem ao autor, respondendo a segunda demandada de forma solidária, nos termos do item 3.1, em valores a serem apurados em liquidação de sentença, com juros e correção monetária na forma da lei, autorizados os descontos previdenciários e fiscais cabíveis, nos termos do item 3.9, e observada a prescrição das parcelas vencidas e exigíveis no período anterior a 06 de agosto de 2002, salvo quanto ao FGTS, cuja prescrição é trintenária: a) a gratificação natalina proporcional (à razão de 8/12 avos), com repercussão no FGTS, e, de forma simples e com o seu abono constitucional, as férias vencidas do período aquisitivo 2005-6 (à razão de dez dias) e as proporcionais, estas à razão de 10/12 avos; b) as gratificações natalinas do contrato, com repercussão no FGTS; c) o abono constitucional sobre vime dias de férias, e, de forma dobrada e com o seu abono constitucional, a remuneração de dez dias de férias, ambos dos períodos aquisitivos 1988-2005. Deverão, as reclamadas, ainda, recolher à conta vinculada da parte autora –*

vedado o saque – os valores devidos ao FGTS ao longo do contrato e as integrações decorrentes das parcelas de natureza remuneratória ora deferidas, os quais serão apurados na fase de liquidação." (fls. 977-978, grifos no original)

As reclamadas sustentam que a relação era de natureza civil, entre duas pessoas jurídicas, formalizada de acordo com o "*contrato de prestação e comercialização de serviços e espaços publicitários*" provado às fls. 13-16, em atendimento aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. Invocam a prova oral produzida a fim de demonstrar as tratativas à época do início da relação contratual e o interesse do próprio autor em realizar o contrato de prestação de serviços. Afirmam que o reclamante tinha plena autonomia e agia em nome de seus interesses, tendo, inclusive, registrado a marca "Guerrilheiros da Notícia" no INPI -- Instituto Nacional da Propriedade Industrial. de propriedade da sua empresa F.A.G. & Cia. Ltda. Ainda, referem que a produção intelectual do programa sempre foi do autor, que possui uma lista pessoal de participantes e convidados, os mesmos que atualmente permanecem atuando no programa de idêntica denominação transmitido pela Rádio e TV Pampa. De outro lado, asseveram que os "vetos" ao ingresso de determinada pessoa na sede da ré não podem ser entendidos como espécie de subordinação do reclamante, pois eventual interferência da direção se deu em caráter geral. tanto aos empregados como às empresas prestadoras de serviços. Dizem que o fato de o contrato firmado em 1988 indicar a empresa contratada F.A.G. Produções não pode ser considerado para o deslinde da controvérsia, sob pena de o recorrido beneficiar-se da própria torpeza após decorridos 20 anos. Ressaltam ser o autor pessoa de elevada cultura e intelectualidade privilegiada, portanto não é razoável que queira transmutar para relação de emprego o que livremente contratou. Por fim, reiteram a inexistência de prova dos elementos caracterizadores da relação de emprego (requisitos do art. 3º da CLT). em especial a subordinação, com base no próprio depoimento pessoal do autor e na prova oral. No tocante às parcelas salariais decorrentes do reconhecimento do vínculo no período de 15/11/1988 a 31/08/2007, renovam a alegação de inexistência da relação de emprego. Caso mantida a condenação, postulam sejam absolvidas do pagamento de qualquer parcela anterior a 06/08/2002, em face da prescrição quinquenal, com exceção do FGTS. De resto, afirmam que o autor não fez prova da não-fruição integral dos períodos de férias.

Pela distribuição do ônus da prova, tratando-se de reconhecimento de vínculo de emprego, quando negada a prestação de serviços, incumbe ao autor o ônus de demonstrar os elementos caracterizadores do pacto laboral, fatos constitutivos do seu direito. A *contrario sensu*, admitida a prestação, mas negada a relação jurídica de emprego, inverte-se o *onus probandi*, que passa a ser do réu, a teor dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.

No caso, considerando a posição adotada pelas reclamadas na defesa, que admitiram a prestação de serviços pelo autor, porém por intermédio da pessoa jurídica F.A.G. & Cia. Ltda. – ME (fls. 167-193), a elas caberia a comprovação dos fatos articulados.

O quadro probatório, do qual as partes pinçam detalhes e indícios a favor de cada tese, é exaustivo, mas nem por isso permite enquadrar com facilidade a relação

efetivamente havida entre as partes num molde jurídico pré-concebido. Por isso mesmo cada detalhe probatório é disputado e debatido com tanta ênfase.

Ensina **RIVA SANSEVERINO**:

"Autonomia do trabalhador significa que a organização do trabalho concentra-se nele; o critério distintivo permanece, como já vimos, sendo o da organização do trabalho, de igual modo como, em geral, qualquer outro fator conconcorrente à produção de determinado resultado e, em conseqüência, o nus do risco, técnico e econômico, inerente a tal organização".

AMAURI MASCARO NASCIMENTO¹, em interessante artigo, lembra que:

"a partir de 1990 o fenômeno do trabalho autônomo despertou maior interesse nos juristas do direito do trabalho europeu. A razão de ser dessa atenção situa-se na precarização desse trabalho que passou a ser em diversos casos praticado em piores condições que as dos empregos e passou a ser utilizado como uma válvula de escape para sair fora das exigências legais e do custo do trabalho subordinado".

E cita, no mesmo artigo, **MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ**, Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Salamanca, o qual, ao comentar a lei espanhola no artigo *"El Derecho de Los Trabajadores Autónomos a La Seguridad Y Salud em su Trabajo"*,

"entende por trabalho autônomo aquele que responde tecnicamente a uma dupla nota caracterizadora, em primeiro lugar em relação ao regime de titularidade dos resultados do trabalho, porque os autônomos desenvolvem uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo, por conta própria, de forma habitual, pessoal e direta, através de negócios jurídicos diversos cujo destino final é o mercado, e em segundo lugar em relação ao modo de organização e execução da sua atividade produtiva, porque o trabalho autônomo é independente no sentido literal da expressão, não submetido a ordens e instruções sobre o modo da sua realização." (ora grifado)

Talvez, a rigor, no caso dos autos, tenha o rico mundo dos fatos forjado relação laboral que não corresponda, exatamente, a um padrão acadêmico de vínculo empregatício; mas, com maior grau de certeza, permite concluir que não havia, de outra parte, autêntico trabalho autônomo. O reclamante – seja sob o ponto de vista do regime de titularidade dos resultados do trabalho, seja sob a ótica do modo de organização e execução da sua atividade produtiva – não compunha empreendimento verdadeiramente autônomo, mas desenvolvia função necessária ao objetivo econômico da primeira ré, ligada diretamente à sua atividade-fim, na medida em que é notória a indispensabilidade da apresentação de programa de rádio numa empresa do ramo e do porte da demandada.

¹ CURSO DE DIREITO DO TRABALHO, Trad. de Elson Gottschalk, LTr, 1976. pág. 52.

² "O Autônomo dependente Econômico na Nova Lei da Espanha", Rev. LTr 72-09/1031.

³ O. cit., p. 1032.

Embora o depoimento pessoal não faça prova em favor da parte, em face das peculiaridades da causa, principalmente pela longevidade da prestação de serviços, é conveniente transcrever parte do depoimento prestado pelo reclamante às fls. 876-878, em que afirma, *in verbis*: "... *que acertou com Carlos a apresentação de um programa no horário das 7 horas às 11 horas, com início imediato; que o acerto foi verbal, tendo sido dito por Carlos Ribeiro que como o depoente já estava aposentado, não seria anotado o contrato na sua CTPS, tendo sido apresentado ao depoente a empresa F.A.G. Produções, a qual nunca existiu; que não partiu do depoente a iniciativa de não registrar o contrato de trabalho na CTPS; que não recorda sua última remuneração no Grupo RBS; que acredita que não tenha havido nem ganho nem perda com o retorno à Rádio Guaíba; que a remuneração foi aumentando com o decorrer do tempo, percebendo um percentual sobre a produção; que o depoente recebia um percentual sobre o que o Departamento Comercial vendia no programa do depoente; que o depoente nunca comercializou espaços, apenas era solicitado pela empresa que, eventualmente, desse "um empurrão" em algumas negociações; que raramente indicou empresas ao Departamento Comercial; que o depoente era muito amigo do diretor presidente do GBOEX, empresa a qual também patrocinava o programa; que o depoente somente teve contato com o Grupo Zaffari há dois anos para patrocínio no programa de televisão; que empresários que procuravam o depoente para patrocínio eram por ele encaminhados ao Departamento Comercial da Rádio; que o depoente nunca procurou empresários para patrocínio no programa, porque intelectual, e não comerciante; que o depoente recebia apenas remuneração variável calculadas sobre as publicidades, apenas verificando a planilha de pagamentos; que havia uma equipe de produção comercial da Rádio Guaíba que fazia os contatos com eventuais patrocinadores, pois o depoente não tinha equipe própria; que o depoente não participava do contrato de patrocínio com as reclamadas; que o depoente não poderia negar patrocínio encaminhado pelo departamento comercial, seguindo o que mandavam..." (grifei).*

Contrariando a alegação do preposto no sentido de que o autor era responsável pela "comercialização" do programa (fl. 878), a terceira testemunha arrolada pelo reclamante esclareceu que "as empresas do grupo contavam com departamento comercial próprio; que o faturamento é feito pelo departamento comercial, inclusive a cobrança; que por volta do dia 15 ou dia 30 o depoente recebia a planilha com os espaços comercializados e os valores recebidos; que sabe que o procedimento era o mesmo com os demais profissionais que mantinham programas no grupo". (fl. 883). De referir que a relação de patrocinadores apresentada pela reclamada às fls. 311-313, 327-338, 352-363 não serve para demonstrar a assertiva de que o autor angariava patrocínios. Essa circunstância igualmente não encontra respaldo no conjunto da prova oral, estando demonstrada a existência de departamento comercial próprio na Rádio Guaíba.

De outra parte, sobressai da prova que o autor laborava nas dependências da primeira reclamada, utilizando-se de toda a estrutura por ela montada. Relevantes, neste aspecto, as informações das testemunhas L. F. e C. A. B. R., *in verbis*: "que no prédio da rádio havia uma sala exclusiva para o reclamante" (fl. 879) e "a reclamada

colocava à disposição empregados para auxiliar na produção; que a área técnica, por exemplo na mesa de áudio, era composta de empregados da empresa, assim como todos os outros funcionários" (fl. 885). Aliás, o fornecimento de equipamentos técnicos e profissionais necessários à produção e apresentação dos programas foi estipulado no próprio "contrato de prestação e comercialização de serviços e espaços publicitários" (Is. 13-16).

Neste ponto, como destacou o eminente julgador na sentença (fl. 968), *"impende registrar a prestação de serviços não ter ocorrido por conta do autor, tanto que cabia à primeira reclamada fornecer todos os insumos (instalações, equipamentos, pessoal especializado, etc.) necessários à consecução do negócio. Situação outra seria se ao ora reclamante coubesse arcar com todos os custos do negócio, inclusive assumindo eventuais prejuízos."*

Aliado a isso, há confissão do preposto da primeira ré quanto à presença de elementos fáticos que denunciam subordinação inerente a relação de cunho empregatício, e não meramente comercial: *"às vezes o reclamante pedia para fôlgar em algumas feriadas, outras vezes por cerca de duas semanas"* (fl. 878). Declarou, ainda que *"o depoente em meia dúzia de vezes substituiu o reclamante no programa da rádio, inclusive nos períodos de maior afastamento; que Jurandir Soares, João Garcia, Ataires Miranda também substituíam o reclamante em algumas oportunidades, sendo todos funcionários, sendo Jurandir no sistema 'PJ' e os demais no Regime CLT; que Joabel Pereira também substituiu há muitos anos o reclamante; que na época da substituição, Joabel era empregado pelo regime CLT (...)".*

Portanto, além de depender de autorização da demandada para se afastar, nessas oportunidades o reclamante era substituído por empregados da empresa, o que não se coaduna com a pretensa autonomia laboral. Nesse contexto, destaco o conteúdo da correspondência eletrônica acostada à fl. 20, em que o gerente de jornalismo da Rádio Guaíba comunica ao autor: *"F.: está de férias entre 7 e 29 de julho de 2007 (...)".*

O depoimento da única testemunha convidada pela ré (fls. 884-886) deve ser analisado com reserva, porquanto, além de ter sido diretor da empresa à época da "prestação dos serviços", contraria a confissão do próprio preposto ao declarar que *"o reclamante apenas comunicava afastamentos (...); que o reclamante não precisava de autorização para se afastar...".*

Outro elemento a revelar a existência de subordinação do reclamante à direção da primeira reclamada diz respeito ao conteúdo da programação. A prova oral é uníssona quanto ao fato de a demandada vetar a participação de algumas pessoas, bem como proibir a abordagem de determinados assuntos no programa. Nesse ponto, transcrevo parte dos depoimentos colhidos, *in verbis*: *"que a TV Guaíba limitava determinado assuntos ou programas, recordando por exemplo, na época do Governo Brito, e informando que em mais de uma oportunidade o programa chegou a ser interrompido em razão de assuntos que estavam sendo tratados; que havia vetos, por exemplo, ao governador Antonio Brito, Nelson Proença, Cristiano Tatsch (...) "que não recorda de outros nomes ou assuntos vetados pela empresa; que não recorda se Nelson Vanuzzi era um dos vetados, recordando que Nelson Eichenberg era um dos vetados; que*

recorda que o secretário dos transportes de sobrenome Faraco foi um dos primeiros vetados" e "que recorda que não se podia falar sobre Punta Del Este, não sabendo o motivo, não recordando de pessoa vetada; que não recorda de quem veio a deteminação sobre o veto a Punta Del Este, acreditando que haja relação de uma época em que o Uruguai fazia propaganda, havendo patrocínio em empresas concorrentes."

O contrato de prestação de serviços juntado pelas reclamadas às fls. 13-16 não tem o condão, por si só, de evidenciar a autonomia invocada. Sabe-se que a relação de emprego nasce de um "querer trabalhar subordinadamente" que se expressa ou se presume a partir dos fatos objetivamente demonstrados, independentemente - ou até à revelia - de retratação formal diversa. É consequência sempre de um negócio jurídico denominado *contrato de trabalho* que, embora privado, é impregnado de cláusulas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, obrigatórias e irrenunciáveis. Porque outro instrumento de garantia da liberdade mínima do cidadão não logrou a ciência jurídica forjar para acolher no mundo do direito o vínculo em face do qual o ser humano disponibiliza a outrem sua força de trabalho, subordinadamente e em caráter não-eventual. em troca da subsistência.

Assim, os fatos que se evidenciam no desenvolvimento dessa relação, *objetivamente* demonstrados, é que traduzem e concretizam as manifestações *subjetivas* das vontades contratantes. Tem-se, portanto, a relação de emprego como consequência do acordo de vontades não meramente formal, mas do ajuste substancial, expresso ou presumido, que se exterioriza, que se traduz no mundo dos fatos e é acolhido no mundo do direito através de relação jurídica na qual pessoa física presta trabalho a outrem, de forma subordinada, mediante remuneração ou dever de remunerar e em caráter não-eventual.

De resto, oportuno destacar que o fato de o reclamante ter registrado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI a marca "Guerrilheiros da Notícia" (fl. 196), tendo por titular a empresa F.A.G. & Cia. Ltda., não altera a decisão, pois não constitui óbice ao reconhecimento da existência de contrato de trabalho entre o autor e a reclamada.

Com base nesses fundamentos, impõe-se a manutenção da sentença que reconheceu o vínculo de emprego entre o autor e a primeira reclamada, no período de 15/11/1988 a 31/08/2007, com a obrigação de anotar a CTPS. A responsabilidade solidária das rés remanesce, por integrarem grupo econômico, nos moldes do ar. 2, § 2º, da CLT, fato incontestado nos autos (nl. 181).

Por conseguinte, subsiste a condenação ao pagamento de gratificações natalinas, férias em dobro, simples e proporcionais, e FGTS, porquanto a insurgência das recorrentes diz respeito apenas à inexistência do vínculo de emprego. No que se refere às férias, entendo não merecer reforma o julgado já que, não havendo dúvida quanto à inexistência de pagamento - pois o reclamante não era considerado empregado -, por óbvio são devidas em dobro, porque os afastamentos havidos não foram remunerados como impõe a lei. E o que se infere do ensinamento de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *in* Curso de Direito do Trabalho:

"O instituto das férias anuais remuneradas apresenta uma conformação multiface, podendo ser desdobrado em alguns elementos estruturais, como o período

aquisitivo, o concessório, o gozo em tempo lúril, a remuneração por férias, a indenização em caso de rescisão ou terminação do contrato, o fracionamento, etc. No seu complexo mecanismo, alguns desses elementos apresentam uma natureza publicista, outros, privatista; no seu conjunto, entretanto, oferece à análise uma dupla natureza:

a) para o empregador há uma obrigação de fazer e outra de dar: aquela, consistente no ato de promover o afastamento do empregado durante o período mínimo fixado pela lei; esta, na obrigação de pagar o salário equivalente aos dias de férias; (...)".

Nesse sentido foram os julgamentos desta Turma nos processos nos 00369-2005-404-04-00-1 RO (acórdão de minha lavra, publicado em 30/09/2005,) e nº 00417-2004-601-04-00-8 RO (publicado em 30/11/2005, Rel. Des. Milton Dutra).

Por fim, correta a prescrição pronunciada, abrangendo as parcelas vencidas e exigíveis no período anterior a 06/08/2002, exceto FGTS, tendo em conta o ajuizamento da ação em 06/08/2007.

Provimento negado.

13. ANOTAÇÃO DA CTPS. JORNALISTA.

Permanecendo a condenação, as reclamadas sustentam que o autor deve ser enquadrado como radialista. Referem que o programa apresentado o enquadra como Locutor-Apresentador-Animador, nos termos do Anexo do Decreto nº 84.134/9. Por fim, dizem que no registro da CTPS à fl. 25, efetuado pela empregadora Rádio e Televisão Gaúcha S/A., consta a função de locutor-apresentador-animador.

Correta a determinação para que a empregadora anote na CTPS do empregado o contrato de trabalho reconhecido. Outrossim, o Juízo determinou que a anotação se dê na função de jornalista (fl. 977), decisão que também deve ser mantida.

Conforme o disposto no parágrafo 1º do artigo 302 da CLT, considera-se jornalista: "*o trabalhador intelectual cuja função se estende desde a busca de informações até a redação de notícias e artigos e a organização, orientação e direção desse trabalho*". (ora grifado). Ainda, de acordo com o parágrafo 2º, "*Consideram-se empresas jornalísticas, para os fins desta Seção, aquelas que têm a seu cargo a edição de jornais, revistas, boletins e periódicos, ou a distribuição de noticiário, e, ainda, a radiodifusão em suas seções destinadas à transmissão de notícias e comentários.*"

O artigo 2º do Decreto nº 83.284/9 estabelece que "*A profissão de Jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades: I - redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário; II - comentário ou crônica, por meio de quaisquer veículos de comunicação; III - entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada; IV - planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de Jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada; V - planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata o item I; VI - ensino de técnicas de Jornalismo; VII - coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação; VIII - revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional*

e à adequação da linguagem; IX - organização e conservação de arquivo jornalístico e pesquisa dos respectivos dados para elaboração de notícias; X - execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação; XI - execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico, para fins de divulgação".

De resto, o artigo 3º do referido Decreto preceitua: "Considera-se empresa jornalística, para os efeitos deste decreto, aquela que tenha como atividade a edição de jornal ou revista, ou a distribuição de noticiário, com funcionamento efetivo, idoneidade financeira e registro legal. (...).

De outra parte, prevê a Lei nº 6.615/78, que regula a profissão de radialista, em seus artigos 1º a 4º:

Art 1º - O exercício da profissão de Radialista é regulado pela presente Lei.

Art 2º - Considera-se Radialista o empregado de empresa de radiodifusão que exerça uma das funções em que se desdobram as atividades mencionadas no art. 4º.

Art 3º - Considera-se empresa de radiodifusão, para os efeitos desta Lei, aquela que explora serviços de transmissão de programas e mensagens, destinada a ser recebida livre e gratuitamente pelo público em geral, compreendendo a radiodifusão sonora (rádio) e radiodifusão de sons e imagens (televisão).

Parágrafo único - Considera-se, igualmente, para os efeitos desta lei, empresa de radiodifusão:

a) a que explore serviço de música funcional ou ambiental e outras que executem, por quaisquer processos, transmissões de rádio ou de televisão;

b) a que se dedique, exclusivamente, à produção de programas para empresas de radiodifusão;

c) a entidade que execute serviços de repetição ou de retransmissão de radiodifusão;

d) a entidade privada e a fundação mantenedora que executem serviços de radiodifusão, inclusive em circuito fechado de qualquer natureza;

e) as empresas ou agências de qualquer natureza destinadas, em sua finalidade, a produção de programas, filmes e dublagens, comerciais ou não, para serem divulgados através das empresas de radiodifusão.

Art 4º - A profissão de Radialista compreende as seguintes atividades:

I - Administração;

II - Produção;

III - Técnica.

§ 1º - As atividades de administração compreendem somente as especializadas, peculiares às empresas de radiodifusão.

§ 2º - As atividades de produção se subdividem nos seguintes setores:

a) autoria;

b) direção;

- c) produção;
- d) interpretação;
- e) dublagem;
- j) locução;
- g) caracterização;
- h) cenografia.

§3º-As atividades técnicas se subdividem nos seguintes setores:

- a) direção;
- b) tratamento e registros sonoros;
- c) tratamento e registros visuais;
- d) montagem e arquivamento;
- e) transmissão de sons e imagens;
- f) revelação e copiagem de filmes;
- g) artes plásticas e animação de desenhos e objetos;
- li) manutenção técnica.

§4º- As denominações e descrições das funções em que se desdobram as atividades e os setores mencionados nos parágrafos anteriores constarão do regulamento".

O trabalho executado pelo autor era, evidentemente, afeto à atividade de jornalista, porquanto, além de trazer a informação, laborava na redação das notícias, sendo sua a produção intelectual do programa, conforme se extrai do conjunto probatório produzido nos autos, especialmente dos depoimentos (fls. 875-886).

Mesmo se fosse considerado o contrato firmado pelas pessoas jurídicas (fls. 13-16) a "empresa" do autor se obrigou a produzir e apresentar programas de rádio. Nesse sentido, também, as notas fiscais adunadas (fls. 382-384) apontam a descrição de "serviços de jornalismo - produção e apresentação" do programa.

Segundo os próprios termos da defesa, trata-se o autor "*de jornalista renomado no seu meio profissional*" (fl. 171). Ademais, conforme admitiu o gerente de jornalismo da Rádio, as atividades do reclamante consistiam em apresentar o programa, "*sendo o responsável pelo conteúdo*" (fl. 878).

Pelo exposto, não há dúvida de que as atividades desempenhadas pelo autor correspondiam às de jornalista, tais como definidas no artigo 302, parágrafo 1º, da CLT, sendo a hipótese de enquadramento no artigo 2º do Decreto nº 83.284/19, pelo menos nos incisos I (*redação, condensação, titulação, interpretação, correção*), II (*coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário*), IV (*planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de Jornalismo, como os de arquivo, ilustração*) e V (*distribuição gráfica de matéria a ser divulgada*) e V (*planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata o item I*).

Nego provimento.

2. RECURSO DO RECLAMANTE.

2.1. RESCISÃO INDIRETA.

O autor requer seja reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das parcelas daí decorrentes. Sustenta que, além de ter sido alterado o horário nobre (primeiras horas da manhã) em que veiculado o programa, a reclamada reduziu o seu tempo, o que teria acarretado prejuízos em sua remuneração. Diz ter ocorrido afronta ao art. 468 da CLT. Refere que o novo horário desarticulou sua rotina, pois tão logo encerrava o programa da rádio, dirigia-se à sala de redação do Correio do Povo para escrever a coluna que seria publicada no dia seguinte e, após, encaminhava-se às instalações da TV Pampa para apresentação de outro programa a partir das 13h. Reitera que essa situação causou a redução do número de patrocinadores e anunciantes e, por consequência, a redução do valor das comissões recebidas.

Como bem entendeu o magistrado prolator da sentença – aliás, muito bem lançada sentença – não verifico nos autos a presença de suporte fático que permita o acolhimento da tese de rescisão indireta do contrato de trabalho, na forma do disposto no art. 483 da CLT.

Considerando que foi reconhecido o vínculo de emprego entre as partes, a ingerência quanto à redução de espaço na mídia insere-se no poder de comando do empregador, ao qual é inerente a busca de adequação da prestação de trabalho às necessidades do empreendimento.

O que não se permite ao empregador é reduzir o trabalho do empregado de forma a afetar a importância dos seus salários. Nesse aspecto, tendo em conta que o autor auferia remuneração variável e consistente em percentual sobre o valor líquido da publicidade angariada pela empregadora (33% e 10%, conforme a situação – fl. 14 do contrato), aliado ao fato de ter ocorrido, em outras oportunidades, alteração de horário na programação – como se infere do próprio depoimento do autor – n.º 877, sem que isso constituísse impedimento à continuidade da relação de emprego, mantenho a decisão de origem, adotando como razões de decidir parte dos seus doutos fundamentos (fls. 971-972), *in verbis*:

"De plano, e com vista à alegada redução do espaço do demandante na mídia radiofônica, sinalo tal razão postulatória ser, em princípio, incompatível com o pleito do reconhecimento da relação de emprego. Com efeito, se empregado o autor é, submete-se, ele, ao comando do empregador; o qual tem o poder de alterar a programação da sua estação de rádio como bem entender; desde que isso não implique redução salarial manifestamente lesiva ao empregado (conduzi-lo à asfixia remuneratória), devendo, por outro lado, ser gizado variações senoidais nessa matriz remuneratória – recorde tratar-se de remuneração variável, fixada em percentuais sobre a publicidade angariada – serem da sua essência. De qualquer modo, os autos noticiam anteriores mudanças nos horários ocupados pelo reclamante na mídia-reclamada, sem que isso tenha sido, por ele, considerado ato lesivo."

Resta examinar, neste ponto do litígio, a possibilidade de resolução em face dos descumprimentos de obrigações legais e contratuais por parte da empregadora (art. 483, "d", da CLT).

Em tese, não vejo como óbice à resolução com base no citado dispositivo legal a circunstância de o contrato ser reconhecido judicialmente, em que pese a divergência que reina a este respeito na jurisprudência, inclusive deste Tribunal. Tampouco afastaria essa possibilidade, necessariamente, suposta falta de atualidade. Primeiro porque a falta de reconhecimento formal do vínculo foi perene, até a cessação do trabalho por parte do autor. Segundo, porque *resolução do contrato pelo empregado* não se confunde com *despedida por justa causa*, de iniciativa do empregador. Esta corresponde a pena disciplinar (a pena máxima aplicável pelo empregador), enquanto

"o direito do empregado de resolver o contrato quando o empregado dê justa causa para isso constitui, também, uma aplicação, no campo do direito do trabalho, do princípio geral que subentende a condição resolutiva tácita, nos contratos sinalagmáticos. A resolução não traduz, aqui, uma pena disciplinar. Pela própria natureza da relação de trabalho a obrigação de disciplina é unilateral: o empregado é quem se subordina ao empregador. Por isso que a resolução do contrato de trabalho pelo empregador é uma pena disciplinar, a pena máxima" (João De Lima Teixeira Filho)¹.

Por outro lado, não é possível ignorar que os descumprimentos legais como causa da rescisão foram inseridos no aditamento à íl. 53, mas como causa absolutamente secundária da denúncia de "rescisão indireta". Tanto que o autor continuou trabalhando por um tempo mesmo após o ajuizamento da reclamatória. E tanto mais que toda a fundamentação principal, colocada no referido aditamento, diz com os fatos já examinados (alteração e redução de horários, etc). Tão secundária foi essa alegação que sequer foi enfrentada na sentença, tampouco nos embargos declaratórios das fls. 98I e seguintes. E nem no recurso ordinário.

Logo, a se superarem os obstáculos processuais decorrentes dessas omissões, restaria a conclusão inarredável de que essa não foi a real motivação do afastamento. Aliás, o eminente prolator da sentença, com a vantagem decorrente da proximidade com as partes e testemunhas, assinalou:

"O atento exame dos autos formou neste Juízo a firme convicção de a extinção do contrato decorrer da vontade do empregado, em virtude de indisposições para com o seu empregador. Realmente, estabeleceu-se, entre as partes demandantes, clima anuviado, de maneira que o autor planejou sua saída da primeira reclamada. Nesse sentido, o depoimento da testemunha Clóvis Nogueira Duarte da Silva, convidada pelo próprio demandante, quando afirma que 'o depoente somente ficou sabendo que o reclamante iria para a Rede Pampa de Televisão por volta do final de junho de 2007', embora a inicial aponte para a extinção do contrato somente no final de agosto desse ano."

Na esteira desse entendimento, impende rejeitar a pretensão do autor ao reconhecimento de despedida indireta.

Nego provimento.

¹INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO, LTr, 13EA., V. I, p4g. 563.

2.2. NOVAÇÃO OBJETIVA DO CONTRATO. PLUS SALARIAL.

O reclamante requer seja deferido um *plus* salarial pela novação objetiva do contrato de trabalho, ou sucessivamente, reconhecido vínculo de emprego com a segunda reclamada. Refere que desde o ano de 1992 passou a escrever diariamente para o Jornal Correio do Povo "no alto da página 2, espaço nobre de opinião". Diz que lhe foi exigido outro trabalho, de distinta e profunda complexidade, portanto tem direito, no mínimo, à correspondente remuneração pela atribuição de um *plus* salarial ou reconhecido outro contrato de trabalho com a segunda demandada.

respeito do tema em epígrafe, restou decidido na sentença, *in verbis*:

"Passando ao exame da questão para com a segunda reclamada, o acervo probatório não têm a força necessária para permitir o deferimento do plus salarial pretendido, inclusive em relação à primeira demandada, muito menos do reconhecimento da relação de emprego com aquela. Efetivamente, a prova constante dos autos revela o autor ter, nos idos de 1992, e em função da sua condição de "fôrmador de opinião", passado a escrever para o jornal "Correio do Povo" com o objetivo de manter a sua popularidade, até porque o retorno pecuniário por ele auferido dela dependia, posto função direta da publicidade angariada. Bem entendido: quanto mais presente na mídia, mais apto a angariar publicidade o comunicador estaria. Novamente beirando o preciosismo, gizo vingar a tese defensiva no sentido da não-obrigatoriedade da escrita de colunas para o jornal do grupo-reclamado, tanto assim que nem sempre ocorrido (nem sempre era o autor quem escrevia), ou ocorrido até mesmo após a sua saída (v.g. fl. 472), ou, no mais das vezes, sequer guardando, a coluna escrita, correlação com a respectiva editoria na qual publicada (e.g. fl. 848). É isso, assim, claro indicativo dessa não-obrigatoriedade, bem ao contrário do que ocorre com um jornalista contratado especificamente para tal, sobre o qual paira o compromisso da assiduidade e do compromisso para com o tema-alvo da sua editoria. Nesse ponto, de gizar trecho do depoimento pessoal do autor (que nunca houve nem o depoente aceitar interferências no texto de sua coluna), a ilustrar a sua total independência em relação à segunda reclamada.

Não há, portanto, cogitar de novação objetiva, hipótese na qual ocorre uma alteração no objeto do contrato, quase sempre por imposição do empregador. E, ainda que assim não fosse, incidiria, na espécie, o entendimento vertido na referida Súmula nº 129 do E. Tribunal Superior do Trabalho, in verbis:

CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÓMICO. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário. (Grifei)

Conseqüência direta disso, é a improcedência dos pleitos das alíneas g e gl a g5 do petítório das fls. 55-6."

Efetivamente, como ponderado na decisão de origem, forçoso reconhecer que o autor, quando passou a escrever na coluna do Jornal Correio do Povo a partir do ano

de 1992, sempre teve liberdade na condução dos seus textos. situação que o distancia do modelo de jornalista contratado, em que exigida certa vinculação ou correspondência da matéria escrita à editaria.

De outra parte, restou demonstrado que a remuneração do autor era composta de percentual sobre a "publicidade inserida nos programas" (cláusula quarta do contrato - fl. 14), sendo evidente que quanto mais projeção tivesse na mídia, maior resultado financeiro seria por ele alcançado. Tal circunstância leva à nítida conclusão de que o trabalho em favor da segunda demandada reverteu em proveito do próprio jornalista.

Ademais, conforme se depreende do depoimento do reclamante, mesmo decorridos longos anos (1992-2007) sem que tivesse recebido remuneração específica pelos textos que escrevia, permaneceu entregando o material por sua decisão, dado que demonstra autonomia em relação à segunda ré, *in verbis*: "*o depoente passou a escrever coluna diária no jornal Correio do Povo, intitulado 'Diário'; que o depoente acabou nunca recebendo remuneração extra pela coluna no jornal Correio do Povo; que com a nova administração, o depoente solicitou a regularização de sua situação nas empresas do grupo, tendo sido dito que iriam resolver; que decidiu não interromper a coluna no jornal, embora não recebesse remuneração extra, pois se considerava bem remunerado pelo trabalho nas demais empresas; que nunca houve nem o depoente aceitar interferências no texto de sua coluna*". (fl. 878). (ora grifado).

De qualquer sorte, nos termos do parágrafo único do artigo 456 da CLT, o empregador pode exigir do trabalhador qualquer atividade lícita dentro da jornada normal, desde que não seja incompatível com a natureza do trabalho pactuado, sem que isso implique pagamento de adicional salarial.

No caso, as atividades desenvolvidas estão integradas nas atribuições inerentes à área de jornalismo, entendendo-se, pelos motivos expostos, que o montante contratado pelas partes remunerou integralmente o trabalho desenvolvido pelo autor.

Assim, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos.

[...]

Ac. 00895-2007-003-04-00-4 RO

Ricardo Tavares Gehling – Desembargador-Relator

Julg.: 11.12.2008 - 4 Turma

Publ. DOE-RS: 17.02.2009

Ac. 01318-2007-122-04-00-6 RO

ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA. APURAÇÃO DA EXTENSÃO DO DANO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. Comprovado nos autos que o trabalhador teve redução da capacidade laborativa em decorrência de infortúnio laboral e presentes os demais elementos da responsabilidade civil, é devida indenização

por danos materiais, cujos valores, no caso, ante a ausência de elementos nos autos, devem ser apurados em liquidação de sentença, especialmente através de perícia médica para apuração exata da extensão destes danos. Recurso do reclamante a que se dá provimento.

[...]

ISTO POSTO:

1. DO ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.

A julgadora da origem entendendo estarem presentes os elementos configuradores do dever de indenizar, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais em razão de acidente do trabalho sofrido pelo reclamante e indeferiu o pedido indenizatório por danos materiais. Entendeu que *"no que diz respeito ao dano material, esse se consubstancia em redução ou subtração do patrimônio presente da vítima e sua indenização deverá ter por norte a restituição em integral da perda pecuniária. Não há provas nos autos de que o autor tenha sofrido redução em seu patrimônio, motivo pelo qual não há falar em indenização"*. – fl. 166.

O reclamante recorre argumentando que pela prova produzida restou comprovada a presença de limitação parcial de movimentos do braço direito, tendo em vista que a própria reclamada reconhece tal situação no depoimento pessoal de sua preposta. Sustenta que efetivamente teve sua capacidade diminuída em face ao acidente de trabalho sofrido, devendo ser reformada a sentença para condenar a recorrida ao pagamento dos valores pagados a título de dano material.

Examina-se.

Na petição inicial o reclamante alega que trabalha desde 24-08-2006 para a primeira reclamada ETE Engenharia de Telecomunicações e Eletricidade S.A. prestando serviços à segunda reclamada Brasil Telecom S.A., estando afastado por motivo de benefício previdenciário acidentário. Assevera que em face das atividades de instalador desenvolvidas sofreu acidente do trabalho em 11-12-2006, quando foi vítima de choque elétrico, que culminou em lesão dos nervos periféricos do membro superior direito. Refere que tal lesão importa em severo déficit motor no braço direito e principalmente na flexão da mão direita. Por tal razão postula o pagamento dos valores correspondentes aos danos morais e materiais sofridos em face do acidente do trabalho do qual foi vítima, em valor a ser estipulado pelo juízo.

Especificamente quanto à indenização por danos materiais pretendida, a primeira reclamada ETE Engenharia de Telecomunicações argumenta que deve ser rejeitado o pedido tendo em vista que não há qualquer comprovação nos autos de prejuízos sofridos pelo reclamante. Sustenta que o dano material deve ser específico e devidamente comprovado, não podendo ser pedido de forma genérica, motivo pelo qual deve ser julgada improcedente tal pretensão.

Feitas tais considerações, impõe-se mencionar que, no que pertine à responsabilidade atribuída e seus elementos configuradores, não houve insurgência de qualquer das

partes, limitando-se o recurso interposto pelo reclamante apenas a discutir a extensão dos danos decorrentes do acidente, no caso, os danos materiais indeferidos pela sentença recorrida, que ora se analisa.

No caso dos autos, em que pese não tenha sido realizada perícia médica para verificação da extensão dos danos decorrentes do acidente sofrido pelo reclamante, a prova produzida é toda no sentido de que do infortúnio laboral ocorrido resultaram danos materiais, consubstanciados na redução da capacidade laborativa do reclamante.

Os documentos das fls. 55-6 consistem em comunicações de decisões expedidas pelo órgão previdenciário dando conta que o reclamante permaneceu afastado do labor pelo menos até 31-12-2007, em decorrência do infortúnio ocorrido em 11-12-2006 (CAT - 54). Já o relatório de investigação de acidente colacionado pela primeira reclamada à fl. 57 registra que a gravidade da perda foi considerada "prejudicial". O atestado médico da fl. 12, emitido por médico neurologista em 20-08-2007, firma que o reclamante permanece *com déficit motor significativo no braço direito e principalmente na flexão da mão direita*, em decorrência do choque elétrico sofrido.

Da prova oral produzida, merece destaque o depoimento prestado pela preposta da primeira reclamada no sentido de que o reclamante em razão do acidente ficou com uma seqüela no braço direito - fl. 152. Tal situação inclusive é reconhecida pela sentença recorrida à fl. 164:

No caso dos autos, o autor sofreu choque elétrico e eletrocussão durante a execução de seu serviço (CAT de fls. II) que lhe ocasionou déficit motor significativo no seu braço direito e na flexão da mão direita (atestado de fls. 12), fato esse confirmado pela preposta da Iª ré (fls. 152 - penúltima linha do seu depoimento).

Cumpre esclarecer que os artigos 949 e 950 do CC determinam que, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas com o tratamento e os lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido, bem como a pensão correspondente à importância pelo trabalho que se inabilitou ou a depreciação que o ofendido sofreu. Tais dispositivos atendem a incapacidade parcial e a incapacidade permanente e também têm em conta o fator *passado* e o fator *futuro*, tudo para atender o princípio da reparação integral do dano.

Assim, diferentemente do entendimento exarado na sentença recorrida, comprovado está o dano material sofrido, não estando a reclamada isenta do dever de indenizar, devendo ser observada na indenização a título de dano material a proporcionalidade da indenização frente à depreciação sofrida, exatamente como determina o art. 950 do atual código. Neste diapasão, merece acolhida o apelo do reclamante no tocante à condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano material consubstanciada em pensionamento mensal.

No entanto, em razão de não ter sido realizada, quando da instrução do feito, perícia médica para verificação da extensão da lesão sofrida, os exatos limites da indenização por dano material ora deferida devem ser apurados em liquidação de

sentença, já que se desconhece, nesse momento, o percentual de redução da capacidade laborativa, bem como a duração da incapacidade laborativa (se temporária ou definitiva).

Para apuração do valor dos danos morais na liquidação de sentença, deverão ser observados os seguintes critérios:

a) no tocante ao percentual devido, este deve ser apurado em perícia a ser realizada em liquidação de sentença, de acordo com os percentuais de perda estabelecidos pela tabela OPVAT. Dessa forma, o pensionamento é devido no exato percentual de redução que vier a ser apurado, incidindo sobre a maior remuneração percebida convertida em salários mínimos, como acima explicitado.

b) o pensionamento é devido a partir da ocorrência do acidente, e deve perdurar enquanto presente a redução da incapacidade: se definitiva, o pensionamento é devido de forma vitalícia, se temporária, é devido enquanto perdurar a respectiva redução temporária da capacidade laborativa. Pondera-se que nesse último caso, cabe à reclamada, em momento oportuno, provocar a supressão do pensionamento (art. 471, I, do CPC) em razão de comprovação da superveniência de modificações no estado de saúde do trabalhador.

c) a base de cálculo do pensionamento deve ser a maior remuneração percebida pelo reclamante paga pela empresa, nela incluindo-se as parcelas que normalmente vinham sendo pagas, descabendo aqui cogitar-se de parcelas que tem fato gerador próprio; se pagas como última remuneração, devem ser consideradas para atender o princípio da reparação integral do dano (art. 950 CC).

d) as parcelas do pensionamento são mensais, devendo ser acrescido ainda uma prestação anual a título de décimo terceiro salário.

e) pondera-se que eventual benefício pago pela Previdência Social ou aposentadoria complementar percebida pelo empregado não deve ser deduzido da base de cálculo da indenização por dano material fixada, tendo em vista a natureza jurídica diversa de tais parcelas. O pensionamento deferido decorre de obrigação advinda de atos ilícitos e visa à reparação de prejuízos, não possuindo natureza de prestação alimentícia em sentido próprio, como o montante pago pelo INSS.

f) sobre as parcelas vencidas, incidirão juros de mora a partir da data do ajuizamento da ação e a respectiva correção monetária a contar da data do vencimento da obrigação.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamante para deferir a indenização a título de danos materiais postulada, consubstanciada em pensionamento mensal devido a partir da ocorrência do acidente do trabalho e pelo período que perdurar a incapacidade laborativa, acrescido de uma prestação anual a título de décimo terceiro salário, conforme se apurar em liquidação de sentença, de acordo com os critérios retro estabelecidos.

2. DA RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DOS SERVIÇOS PELAS INDENIZAÇÕES DECORRENTES DO ACIDENTE DO TRABALHO.

A julgadora da origem reconheceu a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada Brasil Telecom S.A. pelos créditos reconhecidos em sentença, excetuada a

indenização por dano moral, entendendo que esta deva ser suportada exclusivamente pela primeira reclamada, ante a conduta ilícita por ela praticada.

O reclamante insurge-se argumentando que a segunda reclamada é parte legítima para compor o pólo passivo da ação, sendo inequívoca a responsabilidade *solidária* da mesma pelos créditos trabalhistas em tela, compreendendo a totalidade dos pedidos formulados. Destaca que a legislação estabelece que o tomador de serviço é subsidiariamente responsável pelo créditos trabalhistas contratados pelo prestador. motivos pelos quais a sentença deve ser reformada para condenar subsidiariamente a segunda reclamada também em relação ao pagamento dos valores a indenização por dano moral.

Examina-se.

De plano cabível mencionar que, em que pese o reclamante inicialmente faça alusão à responsabilidade solidária em seu recurso, a pretensão recursal é de ver a segunda reclamada condenada de forma subsidiária inclusive relação às verbas indenizatórias decorrentes do acidente do trabalho sofrido.

O reclamante foi contratado pela primeira reclamada para prestar serviços para a segunda reclamada Brasil Telecom conforme comprovam os documentos das fls. 81 e seguintes, na função de instalador, por força de contrato de prestação de serviços. Mesmo que tal contrato não tenha vindo aos autos, esta situação é incontroversa, diante do reconhecimento pela primeira reclamada em defesa e em face dos documentos por ela colacionados. A presente ação foi ajuizada contra as duas reclamadas para condenação subsidiária ao pagamento das parcelas vindicadas (pedido "P" da inicial, nl. 05).

Feitas tais considerações, é certo que, na condição de tomadora dos serviços, não pode a segunda reclamada eximir-se de responsabilidade relativamente aos créditos do reclamante derivados de acidente do trabalho ocorrido quando o mesmo prestava serviços em seu favor, por força do contrato civil que manteve com a empregadora primeira reclamada.

A responsabilidade do tomador que adota a terceirização dos serviços por acidente do trabalho *lato sensu* não se restringe às cláusulas do contrato de prestação firmado e nem à responsabilidade subsidiária nos moldes da SJ 331, IV, do TST. Nos casos de danos decorrentes de acidente do trabalho *lato sensu* que ocasiona danos ao empregado da empresa prestadora de serviços, cujo evento ocorreu quando este laborava em favor da empresa tomadora dos serviços, prepondera o fato de que a tomadora é legítima comitente, ou seja, "que ou quem constitui", atraindo o disposto no art. 932, III, do Código Civil, no sentido de que

"Ar. 932. São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir; ou em razão dele."

Na lição de José Affonso Dallegrave Neto na obra *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, 2 ed., São Paulo: LTr, 2007, pp. 275-6:

"Não há dívida de que a empresa-contratante é comitente da empresa-contratada. A primeira é tomadora do serviço e a segunda é preposta dela em relação ao trabalhador terceirizado. (...) Ora, III dos trabalhos que compete à

contratada (empresa terceirizada) é justamente o de empregar e dirigir o trabalhador com a estrita observância da legislação trabalhista. Ao contratante (empresa-mãe) cabe fiscalizar o cumprimento da legislação, fato que também serve para fundamentar a responsabilidade da tomadora em face da chamada culpa in vigilando e culpa in eligendo. Não bastassem as razões aduzidas, registre-se que o caput do ar. 942 do Código Civil detem a responsabilidade solidária de todos aqueles que concorrem para o ato ilícito que causa o dano da vítima (autores e co-autores). O parágrafo único deixa claro que aludida responsabilidade solidária abrange todas as pessoas designadas no ar. 932, do CC, ou seja, inclusive o empregador ou comitente em relação ao seu preposto".

Ademais, dispõe a NR 4 da Portaria 3.214/78 que trata dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho no seu item 4.5 a obrigação do empregador estender toda a proteção e segurança aos empregados que laboram por meio de empresa prestadora de serviços, reforçando o dever do tomador/comitente resguardar o bem maior vida (integridade física, mental e emocional) do trabalhador que insere sua energia produtiva no empreendimento econômico. O ordenamento jurídico firma a responsabilidade do tomador/comitente pela prática de ato ilícito (dano) em razão da responsabilidade, equiparando-o ao empregador quanto ao dever de indenizar.

Assim também é entendimento consignado no Enunciado nº 44 aprovado na *I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho* promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, com o seguinte teor: "**RESPONSABILIDADE CIVIL ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego).**

Por conseguinte, a segunda reclamada, tomadora da prestação dos serviços, é responsável solidária com a primeira reclamada pelos créditos decorrentes da presente ação relativos ao acidente do trabalho da qual foi vítima o trabalhador.

Ocorre, porém, que no item "F" da petição inicial, 1. 05, o reclamante postulou a declaração da responsabilidade subsidiária das reclamadas pelos valores a ele devidos, ao argumento de que, contratado pela primeira reclamada (ETE), prestou serviços em benefício da segunda reclamada (Brasil Telecom).

Assim, a condenação das reclamadas, de forma solidária, extrapola os limites da demanda, afrontando o disposto no art. 460 do CPC, que é expresso no sentido de que "**E defeso ao juiz profereir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado**".

Dessa forma, ainda que na condição de tomadora dos serviços, a segunda reclamada seja solidariamente responsável pela satisfação dos créditos reconhecidos na presente ação, ante os limites do pedido, deve ser reconhecida a responsabilidade na forma como postulada, ou seja, a responsabilidade subsidiária. Sinala-se que

acolher-se a total ausência de responsabilização, como entendeu a julgadora da origem, implica afronta à norma constitucional relativa à pessoa do trabalhador – princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Ademais, sujeitar-se-ia o trabalhador, que depende do seu trabalho pessoal para a sua sobrevivência, a correr o risco de não receber qualquer pagamento pela força de trabalho despendida, ficando ao total desamparo jurídico, o que encontra óbice nos princípios que informam o Direito do Trabalho, especialmente o da tutela.

Assim, observados os limites do pedido, impõe-se o provimento do recurso para ampliar o alcance da responsabilidade subsidiária da segunda reclamada Brasil Telecom S.A., de modo a abranger inclusive as parcelas indenizatórias (dano moral e dano material) decorrentes do acidente de trabalho sofrido pelo reclamante.

[...]

Ac. 01318-2007-122-04-00-6 RO

Hugo Carlos Scheuermann – Desembargador-Relator

Julg.: 19.08.2009 -4 Turma

Publ. DOE-RS: 28.08.2009

Ac. 00269-2008-001-04-00-6 RO

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Hipótese em que os supostos danos constituem-se em meros sentimentos subjetivos, insuficientes para autorizar a indenização pretendida pela reclamante. Recurso desprovido.

[...]

ISTO POSTO:

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE.

1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Insiste a reclamante no pedido de condenação reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. Sustenta ter sido submetida a xingamentos por parte da sua supervisora na frente de colegas, sofrendo pressão psicológica do gerente da reclamada para atingir metas de vendas impraticáveis. Afirma que como o ambiente de trabalho tornou-se danoso tal fato teria culminado em um estado de depressão, levando-a ao gozo de benefício previdenciário (auxílio-doença).

Sem razão.

Dano é o prejuízo sofrido por alguém, em consequência da violação de um direito. A teor do preceituado no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, é assegurada indenização por dano moral quando violadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. O dano moral incide sobre bens de ordem

não material, quando afeta direitos relacionados à personalidade. É o dano sofrido nos sentimentos de alguém, em sua honra, em sua consideração social ou laboral. Os autores costumam enumerar como bens desta natureza a liberdade, a honra, a reputação, a integridade psíquica, a segurança, a intimidade, a imagem e o nome.

PINHO PEDREIRA, conceituando dano moral, assim refere:

"A única maneira aceitável de conceituar dano moral é fazê-lo de modo negativo, como tal considerando o dano não patrimonial. Está, hoje, bastante generalizada a definição do dano moral como todo e qualquer dano extrapatrimonial",

JOÃO ORESTE DALAZEN, citando ROBERTO BRECAI, assim considera dano moral:

"Aquele espécie de agravo constituída pela violação de algum dos direitos inerentes à personalidade".

Segundo JÚLIO BERNARDO DO CARMO, "in" O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do Direito Civil e do Trabalho, Rev. TRT 3 R - Belo Horizonte - 25 (54), jul.94/jun.95, págs. 67/115:

"São materiais os danos consistentes em prejuízos de ordem econômica suportados pelo ofendido, enquanto os morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, produzidas na esfera do lesado. Atingem a conformação física, a psíquica e o patrimônio do lesado, ou seu espírito, com diferentes repercussões possíveis".

O direito à indenização por dano moral está inscrito nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Todavia, a caracterização do dano moral está ligada à ação culposa ou dolosa do agente, à intenção de prejudicar, imputando-se a responsabilidade civil somente quando configurada a hipótese do art. 927 do Código Civil vigente, que assim dispõe, "in verbis":

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

No caso em estudo, não há qualquer prova de que a reclamada ou qualquer de seus prepostos tenha praticado algum ato ilícito passível de ofender a dignidade da reclamante, na medida em que a prova testemunhal produzida revelou-se flagrantemente vaga, imprecisa e insuficiente para comprovar a ocorrência dos fatos noticiados na petição inicial, como bem destacado pelo MM. Juízo de origem.

A testemunha trazida pela reclamante, S. M. de Q. M. da S. (fls. 271-2), nem mesmo laborou com a supervisora de nome Rafaela, que supostamente teria chamado a autora de incompetente, além de ter sido a responsável pela colocação do abacaxi de plástico na frente do seu caixa (o qual somente poderia ser repassado depois de atingida a meta).

Por sua vez, o depoimento da testemunha trazida pela reclamada, P. B. C. (fls. 272-3), mostra-se convincente, deixando claro que o procedimento adotado pela

empresa em relação às cobranças de metas não contém qualquer ilegalidade ou conduta abusiva por parte dos supervisores, não tendo havido, portanto, as humilhações alegadas pela reclamante.

Sinale-se que para caracterização do dano moral necessário se faz a comprovação da responsabilidade do agente pela ofensa ao bem jurídico protegido. A obrigação de indenizar somente pode existir quando demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. O ilícito importa invasão da esfera jurídica alheia, sem o consentimento do titular ou autorização do ordenamento jurídico.

Ademais, a indenização por dano moral decorre da lesão sofrida pela pessoa natural (ou jurídica no entender de FRANCISCO ANTÓNIO DE OLIVEIRA, "in" Do Dano Moral, Revista GENESIS, nº 56, agosto de 1997, p. 194), em sua esfera de valores eminentemente ideais, como a dignidade, a honra, a boa-fama, a integridade física e psíquica e a imagem.

Na forma do disposto nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, a prova incumbe à parte que alega o fato e, no caso dos autos, não se vislumbra que a despedida por justa causa da autora tenha atingido a valoração desta no meio em que vive e atua, agredido sua reputação ou lhe prejudicado pessoal e profissionalmente.

Finalmente, convém registrar que o julgador da origem colheu a prova oral e não reconheceu a pretensão da reclamante. O dado é de extremo relevo, pois o princípio da imediação do Juiz permite a mais adequada avaliação da qualidade das informações prestadas pelas testemunhas.

Obviamente que as conclusões ali alcançadas não são imutáveis, mas para a respectiva alteração necessária a devolução de dados objetivos que a infirmem, hipótese diversa da tratada nestes autos.

Destarte, entende-se que não tendo restado preenchidos os pressupostos da responsabilidade jurídica, não há que se falar no dever de indenizar, eis que, no particular, não se constata injusta invasão da esfera moral alheia. Não há fundamento, portanto, para a indenização postulada, o que afasta a pretensão da reclamante.

Conclui-se, pois, que os supostos danos, na verdade, constituem-se em meros sentimentos subjetivos, insuficientes para autorizar a indenização pretendida pela reclamante.

Nega-se provimento.

[...]

Ac. 00269-2008-001-04-00-6 RO

Berenice Messias Corrêa -- Desembargadora-Relatora

Julgamento: 10.09.2009 -- 5 Turma

Publicação em: 22.09.2009

Ac. 00011-2008-521-04-00-5 RO

DIFERENÇAS SALARIAIS PELO ACÚMUW DE FUNÇÃO. Sendo as Junções desempenhadas durante a jornada compatíveis e análogas ao cargo contratado, descabe o pagamento de qualquer plus salarial. Aplicação do disposto no ar. 456, parágrafo único, da CLT. Recurso improvido.

[...]

ISTO POSTO:

1- DAS HORAS DE SOBREAviso.

Segundo o reclamante, após o cumprimento da jornada de trabalho, ficava à disposição do empregador, fazendo uso de seu celular para eventuais chamadas, tendo sido o labor em sobreaviso comprovado pela prova oral.

Sem razão.

Na forma do disposto no art. 244, § 2º, da CLT, considera-se de sobreaviso o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Na hipótese, em que pese a prova oral aponte no sentido de que o autor "ficava em regime de sobreaviso, uma semana sim e duas não, até às 23h" (depoimento de D. de M., fl. 54), o próprio reclamante esclarece, na exordial, que o sobreaviso se dava mediante a utilização do aparelho celular, não ficando ele, à toda evidência, à disposição da reclamada de forma permanente. Como já decidido em casos similares, o mero uso de bip ou telefone celular, por si só, não caracteriza jornada de sobreaviso, como se depreende, por analogia, do teor da OJ nº 49 da SDI-I do TST. É necessário que o empregado esteja à disposição do empregador em sua residência para que se enquadre na hipótese do § 2º do art. 244 da CLT, o que não ocorreu *in casu*. O reclamante não se via tolhido no seu direito de ir e vir, não ficando, via de conseqüência, impossibilitado de assumir compromissos ou ter comprometido seus afazeres pessoais, familiares ou até mesmo o lazer. Ou seja, pelo uso de telefone celular o autor não estava obrigado a permanecer "preso" em casa aguardando o chamado de serviço, à disposição da reclamada, mas podia realizar suas atividades normalmente, sendo encontrado no local em que estivesse, quando necessário.

Recurso improvido.

2- DO PLUS SALARIAL POR ACÚMULO DE FUNÇÃO.

O recorrente aduz que exercia cumulativamente as funções de 'Motorista Operador de Guindaste' e 'Auxiliar Geral', pois, quando não estivesse operando o caminhão realizava as mais variadas atividades que lhe eram determinadas pelo empregador.

Vejamos.

O art. 456 da CLT, em seu parágrafo único, é claro ao determinar que *"inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal"*. Assim, o empregado obriga-se a executar todas as atividades compatíveis com a sua função e

as suas condições pessoais, detendo o empregador o *jus variandi*. E, salvo ajuste em contrário, o exercício cumulativo de tarefas, numa mesma jornada de trabalho, para um único empregador, desde o início da pactuação, como no caso, não justifica o pleito de pagamento de *pLus* salarial pelo acúmulo de funções. Veja-se que a prova oral é no sentido de que o "reclamante sempre teve a mesma função, trabalhando como motorista e ajudando os colegas" (testemunho de J. I. de M., nl. 55), atividade, como bem sinala a MM. Julgadora "a quo", perfeitamente compatível com a função para o qual o autor foi contratado (v. Contrato de Trabalho. fl. 14). Entende esta Turma Julgadora que, em se tratando de atividades correspondentes, sem que para uma se exija maior capacitação técnica ou intelectual do que para outra, a ampliação das atribuições do empregado, na forma retratada no presente feito, não enseja o pagamento de "*pLus*" salarial. A nosso sentir, pode o empregador dispor da mão-de-obra contratada para colocá-la nas frentes de serviço onde é mais necessária, desde que respeitadas as condições físicas do obreiro e tendo em vista suas qualificações técnicas. E mais, o autor foi contratado com salário por unidade de tempo e não por tarefa. A situação, portanto, não configura enriquecimento sem causa da recorrida e nem infringência contratual.

Nega-se provimento.

3- DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

O autor renova a pretensão de pagamento de indenização por danos morais aduzindo, em síntese, que apesar da ausência de culpa, três dias após o acidente que vitimou terceiro, foi punido pela reclamada com a demissão arbitrária e discriminatória, além do que vem passando informações negativas acerca do trabalho do recorrente, que não conseguiu ser admitido em outro emprego, vivendo de "bicos" e da colaboração de familiares. Diz que a atribuição de acomodar a carga na carroceria do caminhão era de responsabilidade de outros funcionários da reclamada. Aduz ter sido diligente, atencioso e responsável, obedecendo as normas de trânsito e velocidade compatíveis, inexistindo quaisquer fatos desabonadores a sua conduta profissional.

Aprecia-se.

Como se tem entendido em casos similares, a obrigação de indenizar o dano moral somente pode existir quando demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Está ligada à ação culposa, ainda que levíssima, ou dolosa da reclamada – empregadora, imputando-se a responsabilidade civil somente quando configurada a hipótese do artigo 186 do Código Civil. É necessário, assim, que se faça a comprovação da responsabilidade do agente, pela ofensa ao bem jurídico protegido, encargo probatório de incumbência do reclamante, a teor do disposto no art. 818 da CLT, c/c o art. 333 do CPC.

Colhida a prova oral, a testemunha D. de M., esclarece que "*pelos comentários dos colegas, sabe que o reclamante saiu da reclamada em função de um acidente em Aratiba; QUE por estes comentários soube que a reclamada culpou o reclamante do acidente; QUE o reclamante trabalhava acompanhado, sendo o acompanhante o encarregado para mexer na mercadoria e acomodar a carga, sendo que o reclamante era apenas o motorista; QUE para mexer na carga era preciso ir no curso o qual não tinha o reclamante; QUE o encarregado tinha o curso; QUE o reclamante*

era bom motorista; QUE viu o acidente, pois estava no caminhão atrás do caminhão do reclamante; QUE, pelo que percebe, o reclamante depois do acidente, está em depressão e abalado, sendo que após este fato não mais voltou a trabalhar; QUE logo após o acidente, o reclamante, mesmo abalado foi trabalhar ainda 03 dias; QUE no dia do acidente o encarregado, Orli, colocou a carga no caminhão (...) QUE os motoristas não podem colocar a mão no munck do caminhão; QUE nunca viu o reclamante manobrando o munck (...) QUE no dia do acidente o reclamante dirigiu o caminhão como qualquer outro dia normal de trabalho" (fl. 54). No mesmo sentido o testemunho de J. I. de M., que também presenciou o acidente, afirmando que "o encarregado no dia do acidente que estava junto com o reclamante era o Sr. Orli o qual mexeu na carga naquele dia (...) QUE o material carregado no dia do acidente era para o trabalho de rede, sendo o material normalmente carregado pelos caminhões" (nl. 55).

No caso, data vênua do Juízo "a quo", entende-se configurado, pelo conjunto probatório carreado aos autos, o dano moral alegado pelo autor na exordial, a ensejar o pagamento da indenização respectiva.

Os artigos do Código de Trânsito Brasileiro citados na defesa à nl. 37 (arts. 26, 27 e 257, § 3º) não imputam ao condutor qualquer responsabilidade pela carga, mas pela condução do veículo. Pela carga são responsáveis o transportador e o embarcador, que neste caso, é a reclamada através do seu empregado Orli, segundo a farta prova dos autos. O empregador tem responsabilidade objetiva por atos de seus prepostos ou empregados (artigos 932, III, e 933, todos do CC de 2002) e, neste caso, a culpa é da reclamada, pois seu empregado Orli não cuidou para que a carga fosse acondicionada de forma segura, tanto que caiu do veículo e atingiu um pedestre que transitava na margem da rodovia, o qual veio a falecer. O reclamante está sendo demandado nos Juízos civil e criminal (Os. 20-1) por ser o condutor, mas o dano moral que ele sofreu, e também está evidenciado na prova dos autos, é decorrente de ato da reclamada. Se ela tivesse colocado a carga de forma segura e adequada não teria ocorrido o evento morte pois, pelo que indica a prova dos autos, o reclamante não praticou qualquer ato infracional na condução do caminhão. O autor está sofrendo todos os traumas de uma morte sem que tenha tido qualquer participação dolosa ou culposa no evento. Não houve infringência de qualquer norma legal ou de direção defensiva por parte dele, o qual transitava normalmente quando caiu a carga do caminhão, que não foi acondicionada por ele, nem era de sua responsabilidade.

Entende-se, portanto, cabalmente comprovada a existência de ação culposa da reclamada, devendo ser responsabilizada a pagar ao reclamante a indenização por dano moral postula ora arbitrada em R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais), tal como postulada na exordial.

Recurso provido.

[...]

Ac. 00011-2008-521-04-00-5 RO

Tânia Maciel de Souza – Desembargadora-Relatora

Julg.: 13.11.2008 – 5 Turma

Publ. DOE-RS: 25.11.2008

Ac. 00369-2008-281-04-00-7 RO/REENEC

EQUIPARAÇÃO SALARIAL SERVIDOR PÚBLICO REGIDO PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Inviável a equiparação de qualquer natureza para o feito de remuneração do pessoal do serviço público, ainda que sujeito ao regime jurídico regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo juridicamente impossível a aplicação da norma infraconstitucional prevista no ar. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, diante da norma contida no inciso XIII do artigo 37 da Constituição da República. Recurso provido.

[...]

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL.

O reclamado não se conforma com a decisão que o condena ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de equiparação salarial do reclamante com o colega J. V. da S., com reflexos em férias com 1/3, gratificações natalinas, horas extras e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Invoca os impeditivos do incisos II e XIII do artigo 37 da Constituição Federal.

Analisa-se.

Aplicável ao caso a Orientação Jurisprudencial nº 297 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que o an. 37, inciso XIII, da CF/1988, veda a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, sendo juridicamente impossível a aplicação da norma infraconstitucional prevista no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho quando se pleiteia equiparação salarial entre servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante da vedação constitucional do inciso XIII do artigo 37 da Constituição Federal, não há como subsistir a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de equiparação salarial com o colega J. V. da S., com os reflexos deferidos.

Dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamado, para absolvê-lo da condenação imposta, restando prejudicado o reexame necessário dos demais itens da condenação, por se tratar de acessórios à condenação de diferenças salariais por equiparação.

[...]

Ac. 00369-2008-281-04-00-7 RO/REENEC

Leonardo Meurer Brasil - Desembargador-Relator

Julg.: 28.05.2009- 5º Turma

Publ. DOE-RS: 18.06.2009

Ac. 00050-2008-211-04-00-0 RO

DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DO NOME. Como firma o reclamado, não há prova de que a demandante tenha sofrido prejuízo à sua imagem com a manutenção de seu nome como subgerente no site do Hotel reclamado, após a despedida. Recurso a que se dá provimento.

[...]

ISSO POSTO:

DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DO NOME

O reclamado – SESC – Administração Regional no Estado do Rio Grande do Sul não se conforma com a condenação ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do alegado uso indevido do nome da reclamante - Stela Maris [...]. Busca a reforma da sentença sustentando que a inscrição do nome da mesma em seu *site* porquanto *"tinha somente a finalidade de informar um meio de comunicação com a reclamada, nada, além disso."* Em suma, sustenta que não causou prejuízo de ordem material ou moral à reclamante.

À análise.

Trata-se no caso de fato ocorrido em período pós-contratual, sendo incontroverso que a recorrente após a despedida permaneceu usando o nome da recorrida em seu *site* na função de subgerente do "Hotel SESC Torres", como se verifica no documento da fl. 55, emitido em 02.02.2008. A autora relata na petição inicial que foi admitida no dia 10 de janeiro de 2005 à função de Coordenadora do Hotel SESC Torres e do Centro de Atividades SESC Torres, sendo que em meados de 2006, com a reestruturação do Plano de Cargos e Salários do SESC-RS passou a exercer as funções de Subgerente do Hotel. Aduz que em agosto de 2006, após retomar de férias, sentiu hostilidade e animosidade por parte da Gerente - Sra. Clarice e no dia 21 do mesmo mês foi convidada a dar uma volta de carro com a Gerente e em tal oportunidade foi despedida sob a alegação de que o Diretor Regional não gostava dela, da demandante. Refere que a despedida repercutiu negativamente na cidade de Torres, chegando boatos à Universidade onde a reclamante laborava como professora, desencadeando processo depressivo e implicando sete meses sem poder exercer outra atividade, fechando portas. Aduz que, em resumo, foi *"enxotada"* de seu emprego e para desagradável surpresa foi informada de que seu nome continuava constando por mais de ano no *site* oficial do Hotel SESC Torres, na internet. Alega que, finda a relação de emprego, o reclamado não poderia utilizar seu nome de forma comercial como ocorreu. Assevera que a utilização indevida de seu nome acarretou danos à imagem, sentimentos de revolta, raiva, dor e menos valia. O reclamado, na defesa, nega tenha utilizado o nome da demandante da forma como alegado.

Sinale-se que não houve produção de prova oral. Nesse contexto, ao exame da prova documental, o MM. Juízo de origem acolheu a tese da inicial, ponderando:

"... restaram demonstrados tanto a existência inequívoca do fato, quanto a ausência de autorização para que a imagem da autora fosse difundida no

chamado "site" do demandado, em período posterior ao rompimento do elo jurídico de subordinação pelo contrato de emprego, o que importa em infração aos preceitos constitucionais citados, sujeitando o réu a ressarcir através de indenização o presumível prejuízo causado à imagem da autora, tanto é assim que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, já se pronunciou em diversos outros casos de semelhante monta:

[...]

E, conclui o magistrado:

"provado por meio dos elementos vindos aos autos, que efetivamente a imagem (nome) da autora foi utilizada indevidamente, sem sua prévia e necessária autorização, em desrespeito ao artigo 5, incisos V, X e XXVIII, da Carta Política. além das leis atinentes aos direitos aurorais, configurando esta o dano, restando apenas estabelecer o quantum indenizatório." (fl. 68).

Contudo, não comungo do mesmo entendimento. Isso porque, ao exame dos autos verifica-se que efetivamente, como afirma o reclamado, não há prova de que a demandante tenha sofrido prejuízo à sua imagem.

Para a caracterização do dano moral, ensejador da responsabilidade civil do reclamado, é necessária a presença, concomitante, dos seguintes elementos: a) ofensa a uma norma preexistente; b) o dano; c) o nexa causal.

Com efeito, a indenização pelo dano moral decorre da lesão sofrida pela pessoa natural (ou jurídica no entender de Francisco Antônio de Oliveira, *in* Do Dano Moral, Revista GENESIS, nº 56, agosto de 1997, p. 194), em sua esfera de valores eminentemente ideais, como a dignidade, a honra, a boa fama, a integridade física e psíquica, a imagem.

Por se tratar de fato constitutivo do direito buscado, a teor do art. 818 da CLT, combinado com o art. 333, I, do CPC, é do autor o ônus da prova quanto aos fatos alegados na inicial, do qual não se desincumbiu.

No caso, verifica-se que no *site* do Hotel SESC Torres permaneceu o nome da subgerente "Stela Maris [...]" entre outras informações, como o nome da Gerente Clarice S., o horário de funcionamento e os serviços oferecidos pelo estabelecimento. No documento da fl. 55, constam esses dados em 02.02.2008, sendo que a demandante foi despedida em agosto de 2006. Em relação ao nome da reclamante não há qualquer destaque. Por outra perspectiva, não há indício de que o Hotel tenha auferido vantagem comercial com a manutenção do nome da recorrida em sua página na internet. Além disso, não se constata nos autos tenha o mesmo fato repercutido de forma prejudicial à imagem da reclamante. Repita-se, sequer houve produção de prova testemunhal. Ainda que a demandante tenha sentido constrangimento, dor ou perplexidade por ter sido despedida abruptamente como alega na petição inicial, esse fato não autoriza, por si só, eventual indenização, uma vez que a ruptura do liame de emprego decorre de direito potestativo do empregador.

Assim sendo, dá-se provimento ao apelo para absolver o reclamado da condenação à indenização da imagem (nome) da autora, no *quantum* de uma remuneração mensal

e, via de consequência, dos honorários assistenciais.

[...]

Ac. 00050-2008-211-04-00-0 RO

Rejane Souza Pedra – Juíza Convocada-Relatora

Julg.: 16.07.2009 --5 Turma

Publ. DOE-RS: 28.07.2009

Ac. 00143-2007-009-04-00-1 RO

ACRÉSCIMO DE FUNÇÃO. PLUS SALARIAL. Demonstrado que o autor, contratado para a função de porteiro, após um ano de contrato de trabalho, passou a executar, além de suas tarefas originais, a função de zelador, com acréscimo da jornada de trabalho, sem a correspondente remuneração pelo exercício das duas funções. Situação que merece ser compensada. Correta a decisão que determinou o pagamento de um acréscimo salarial. Apelo desprovido.

INTERVALO PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. A não concessão do intervalo para repouso e alimentação enseja o pagamento do respectivo período com acréscimo de 50%, nos termos do art. 71, § 4º da CLT. Negado provimento.

[...]

ISTO POSTO:

1. ACRÉSCIMO DE FUNÇÃO. PLUS SALARIAL.

Não prospera a inconformidade do recorrente com a condenação de 30% sobre o salário base percebido do autor, durante todo o período não prescrito, decorrente de acúmulo de funções.

O fundamento da pretensão ao pagamento de "plus" salarial, mencionada na petição inicial, reside na alegação de que, além da função contratada de porteiro, desempenhou, após alguns anos de sua admissão, a função de zelador. **Refere** ter laborado como porteiro das 7h às 14h e como zelador das 14h às 18h.

Dá-se o acúmulo de funções, hábil a gerar o direito a um acréscimo salarial, quando o empregado, admitido para exercer determinada função, tem alterada essa condição no curso do contrato de trabalho, pelo acréscimo de atribuições que extrapolam o âmbito do conteúdo ocupacional da função inicialmente pactuada.

Ressalte-se que o reclamado, em sua defesa, nega ter o autor acumulado as funções de porteiro e zelador, sustentando que o autor foi admitido como porteiro, passando a exercer a função de zelador a partir de 01.10.91.

Os contratos de experiência juntados aos autos às tls. 373/374 demonstram que o autor foi admitido em 01.09.90, para exercer a função de porteiro, e em 01.10.91

foi contratado para o exercício da função de zelador. Sinale-se que o reclamante passou a receber remuneração superior após 01.10.91, por ter sido contratado, conforme documento da n.º 374, para exercer a função de zelador.

Dessa forma, e diante dos tenos da defesa, incumbia ao autor comprovar que efetivamente teve suas tarefas aumentadas, sem a respectiva remuneração, pelo acúmulo das funções de porteiro e zelador. E desse ônus logrou desincumbir-se.

O próprio preposto do reclamado admite que *"...o rte foi contratado no início para a função de porteiro, conforme contrato de trabalho; que o rte não exerceu a função de zelador desde o início da contratualidade, mas sim desde que houve alteração no contrato de trabalho e passou a exercer esta função e também a de porteiro, na parte da manhã; que o rte passou a receber salário pelas duas funções; que não sabe se houve simples alteração contratual no momento da alteração da função ou se houve rescisão e readmissão; que o rte eventualmente transportava documentos entre o prédio e a administradora; que não sabe quanto ao transporte de valores, nem de vales-transporte; que o rte não transportou vale-transporte, desde que a dpte é sindical; que a dpte não sabe desde quando o rte fazia as atividades de manutenção de jardimamento; que o rte varria e lavava áreas externas, como a frente e estacionamento, além da limpeza das escadas; que a limpeza de vidros ficava a cargo da faxineira; que o rte fazia pequenos reparos de manutenção elétrica; que ao que sabe o rte não fazia serviços particulares para condôminos, como depósito de valores; que o rte trabalhava das 7h às 18h, ao que recorda, sendo que até às 13h/14h na função de porteiro e depois na função de zelador; que acredita que o pagamento do rte era feito em um único contracheque para as duas funções; que o contracheque do rte era elaborado pela administradora do condomínio;..."*. No mesmo sentido é o depoimento da testemunha do reclamado.

Demonstrado, portanto, que o autor, no curso de seu contrato de trabalho, passou a executar outras tarefas, além daquelas originalmente contratadas, em razão de ter passado a exercer a função de zelador. Por outro lado, não há prova da concessão de acréscimo salarial ao autor, pelo exercício das duas funções, mesmo porque é negado, em defesa, o fato principal. Portanto, conclui-se que o reclamado, a fim de minimizar seus custos, deixou de contratar profissional que ocupasse a função de porteiro, após a contratação do autor como zelador, impondo a ele uma sobrecarga de tarefas, pelo exercício das duas funções, com acréscimo da sua carga horária de trabalho, sem a correspondente remuneração. Esta situação gerou uma situação de prejuízo, e esse prejuízo reclama uma compensação, que foi definida na decisão de primeiro grau, através do pagamento de um acréscimo salarial.

Assim, tem-se como correta a decisão de primeiro grau que deferiu ao autor um *plus* salarial, pelo acúmulo de funções, afigurando-se razoável o valo arbitrado em 30% do salário base do reclamante e reflexos.

Apelo negado.

2. INTERVALO PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO.

O reclamante, na inicial, sustenta que laborava das 7h às 18h, sem intervalo para repouso e alimentação.

O reclamado, em contestação, admite que o autor não usufruía do intervalo, mas que esse era pago em número de vinte e seis horas mensais, conforme demonstram os documentos juntados aos autos.

Os recibos de pagamentos, juntado aos autos (fls. 395/458), atestam o pagamento em tomo de 26 horas a título de intervalos para repouso e alimentação. No entanto, conforme bem analisado pelo Juízo de origem, os recibos de pagamento demonstram que os valores pagos a esse título correspondem tão-somente ao adicional de 50%.

A não concessão do intervalo, acarreta o pagamento da hora do respectivo período, com acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, conforme preceitua o artigo 71, parágrafo 4º, da CLT.

Assim, uma vez incontroverso que o autor não usufruía do período de intervalo para repouso e alimentação, previsto no artigo 71, *capllt*, da CLT, devido o pagamento da hora de intervalo para repouso e alimentação, impondo-se a manutenção da sentença, no tópico.

Apelo desprovido.

[...]

Ac. 00143-2007-009-04-00-1 RO

Rosane Serafini Casa Nova – Desembargadora-Relatora

Julg.: 26.08.2009 – 6 Turma

Publ. DOE-RS: 04.09.2009

Ac. 00277-2008-812-04-00-1 RO

ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. A omissão do empregador em adotar medidas de segurança que impeçam a ocorrência de infortúnios no trabalho implica responsabilidade pelo pagamento das indenizações tendentes a minorar a dor sofrida pela perda do pai e marido e amenizar os prejuízos materiais sofridos em relação ao sustento da família, que era promovido pelo de cujus.

[...]

2. Acidente do Trabalho. Responsabilidade do empregador.

Não se conforma a recorrente com condenação ditada na origem, que lhe atribuiu responsabilidade por morte de trabalhador no local de trabalho. Diz que o fato ocorreu por ato desvinculado das atividades que estavam sendo realizadas pelo empregado; que o serviço realizado não envolvia acesso ao local onde ocorreu o acidente: que não havia condição insegura de trabalho. assim como necessidade de uso de cinto de segurança. Diz que o infortúnio não ocorreu por exercício do trabalho, mas apenas teve lugar no local de trabalho, inexistindo, por isso nexos causal com o trabalho

desenvolvido, já que o ato que gerou o acidente foi totalmente desvinculado de suas atribuições laborais. Afirma que o *de cyrus* acessou espontaneamente a calha de carvão, caindo até o segundo andar, onde teve seu corpo mutilado em decorrência de queda no moinho de martelo, que estava em funcionamento.

Razão não lhe assiste, todavia.

Com a devida vênia das razões expostas no recurso, a tese da inexistência denexo causal é descabida. Acidente do trabalho, por definição legal, é aquele que decorre do exercício do trabalho, de modo que, vindo a falecer o trabalhador enquanto estava prestando serviços ao empregador, há onexo causal entre a morte e o trabalho, configurando-se a hipótese. à evidência. como acidente do trabalho.

Estabelecida a premissa de que indubiosamente a morte do trabalhador decorreu de acidente no trabalho, resta analisar a questão da responsabilidade do empregador, a qual, frise-se, não decorre apenas da culpa, mas também do risco criado, pois quem aufere lucros com empreendimento econômico também está obrigado a reparar prejuízos causados pelo risco da atividade desenvolvida.

Na esfera da culpa subjetiva do empregador, é importante ressaltar que essa se configura também por ato omissivo, que envolve, por seu turno, o descumprimento das normas de segurança do trabalho. Em suma, o empregador é responsável por acidente ocorrido em razão da existência de condição insegura de trabalho, pois, como titular do empreendimento econômico, tem obrigação de proporcionar ambiente de trabalho seguro a seus trabalhadores.

Na hipótese dos autos, é incontroverso que o autor teve seu corpo triturado por britador de carvão, tendo caído no local através da janela de inspeção ali existente. Os elementos de prova, por seu turno, revelam que o fato ocorreu em virtude de condição insegura de trabalho. Nesse sentido já é a conclusão da perícia criminalística:

"Frente às evidências remanescentes deste evento de morte e antes relatadas, podemos presumir que a vítima realizava serviço de manutenção (reparação) de um dos componentes do mecanismo de acionamento do controle de alimentação interna do conduto vertical (correção fixação, do pino de travamento), ocasião que sofrera queda para a parte interna do referido conduto, sendo conduzida por efeito gravitacional até chegar na porção onde se localizavam os dispositivos de trituração do carvão (local onde se encontrava a maior parte do corpo da vítima). As circunstâncias (modo) em que a vítima se precipitara para a parte interna do conduto vertical não são conclusivas.

Elegemos, ainda, como aspectos de interesse pericial a considerar: Não observamos evidências de que a vítima estivesse usando equipamento de proteção individual do tipo cinto de segurança, equipamento este que poderia ter evitado sua queda; A porta de acesso à parte interna do conduto vertical deveria estar fechada, ou, se indispensável estar aberta para a realização do serviço, que o dispositivo de trituração do carvão estivesse inoperante." (fl. 361)

No mesmo sentido são as conclusões do laudo realizado pela seção de segurança e saúde do trabalhador da Superintendência Regional do Trabalho no Estado do Rio Grande do Sul, sendo oportuno transcrever alguns trechos desse relatório, que bem evidenciam as condições inseguras do local de trabalho do autor, que são apontadas como causas prováveis do acidente:

"O ambiente de trabalho onde ocorreu o acidente fatal possui um conjunto de riscos ocupacionais que impactam prejudicialmente na segurança e saúde dos trabalhadores: elevadas concentrações de poeiras de carvão mineral, altos níveis de ruído provenientes de máquinas como moinhos e correias transportadoras, iluminação inadequado, riscos de quedas e de acidentes com máquinas em movimento, quedas em escadas e pisos irregulares.

Concomitantemente a esses riscos o ambiente encontra-se em estado de deterioração e obsolescência, i.e., em precárias condições para o exercício do trabalho, quer seja pela ausência de uma manutenção preventiva das instalações, máquinas e equipamentos ali existentes, sendo visível a corrosão, a poeira no ar e depositada em todos os locais, quer seja pela defasagem tecnológica constituindo-se o trabalho nesse ambiente um exemplo característico de modelo degradado de produção', onde aumenta significativamente a probabilidade de acidentes graves do trabalho e doenças ocupacionais. (fls. 386/387)

Quanto às causas imediatas do acidente, o relatório ainda aponta as seguintes situações que revelam, com clareza, a insegurança das condições de trabalho do autor:

O trabalho com ajanela de inspeção aberta, quando o flap está voltado para o moinho (triturador), dever ser realizado somente com este parado, através de um sistema de elétrico/eletrônico de intertravamento, devidamente projetado. Uma simples análise de riscos da tarefa verificaria que as dimensões da janela de inspeção do separador de fluxo são suficientes para a queda de uma pessoa no interior do moinho, conforme se evidencia na foto abaixo, ainda mais que existe possibilidade de apoios para alcançá-la (...).

"Num ambiente em estado de degradação como o apresentado, para a realização das tarefas há necessidade de muitas improvisações, pois sem isso seria quase impossível o trabalho." fls. 390)

Como se não bastassem essas evidências, o Juízo de origem realizou inspeção no local de trabalho. A propósito, transcreve-se trecho da decisão, onde bem se vê que a prova é robusta quanto à ocorrência do acidente em virtude do descumprimento de normas de segurança no trabalho, assinalando-se que os fundamentos utilizados na decisão de origem são totalmente endossados e passam a integrar também as razões de decidir:

"Pelos elementos colhidos na inspeção, passo a descrever como funciona o equipamento no qual o de cujus estava trabalhando no momento do acidente. O carvão chega ao equipamento e ali tanto pode ser direcionado para o pátio como para o britador, sendo isso definido pela posição na qual está a chapa defletora (o "flap"), cujo acionamento se dá através de um painel de comando,

que fica distante do local, estando isso bem representado pelas fotografias juntadas na jl. 380.

O moinho fica a dois ou três andares abaixo e estava em funcionamento no momento do acidente, pois estava sendo alimentado por outra correia.

No local há uma janela de inspeção – pela qual o de cujus caiu em direção ao britador –, que hoje em dia está trancada com um cadeado, em razão de interdição do Ministério do Trabalho. Tal janela, ao contrário do que alega a ré na defesa, não é de difícil acesso, tanto que facilmente foi aberta quando da realização da manutenção que culminou com o acidente que levou à morte o de cujus.

Além disso, no local há pontos de apoio que facilitam o acesso a ela e, inclusive, aumentam os riscos de ocorrência de acidentes, como bem ilustra a fotografia juntada na fl. 382.

Por essa janela é possível visualizar a chapa defletora (o "flap"), e a posição para a qual ela está dirigida (se para o pátio ou para o moinho), conforme demonstra as segundas fotografias juntadas nas jls. 56 e 380.

De toda a prova colhida, a primeira questão a ser ressaltada é a de que ninguém teria presenciado o momento exato em que ocorreu o acidente de trabalho, pois o encarregado, que estava com o de cujus até segundos antes, havia se afastado para buscar uma marreta e se encontrava a alguns metros de distância. Já a testemunha J. J. R. M., que ajudou a realizar a manutenção, igualmente não mais se encontrava no local, pois, como já estava no final do seu expediente, havia dali saído para ir tomar seu café, alguns minutos antes.

Outrossim, o empregador tem o dever de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho e orientar os trabalhadores quanto às precauções para evitar acidentes, consoante o art. 157, incisos I e II, da CLT, sendo responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, conforme o § 1º do artigo 19 da Lei 8.213/91. Vale dizer, tem ele a obrigação de zelar pela integridade física dos seus colaboradores, o dever de cuidado.

Ademais, de se ressaltar que ao empregador não cabe apenas fornecer os EP/s ao empregado, mas fiscalizar o efetivo uso deles, consoante a Súmula 289 do TST.

No caso em tela, foi constatado por este juízo, quando realizou a inspeção judicial, que no local onde ocorreu o acidente não há qualquer advertência escrita quanto ao risco de ocorrer acidente de trabalho na hipótese de a janela de inspeção ser aberta. Ainda mais quando o britador está funcionando e a chapa defletora (o "flap") para ele direcionada.

Ora, o mínimo que se poderia exigir é que tivesse algum cartaz ou outra forma de comunicação escrita advertindo os empregados sobre a grande possibilidade de ocorrência de um infortúnio, e com consequências trágicas, como é prova o sofrido pelo de cujus, na hipótese de ser prestado serviço com dita janela aberta.

Igualmente não verifiquei a existência de qualquer estrutura a permitir o uso de equipamento de proteção individual, como cinto de segurança, medida simples que teria evitado o trágico acidente.

Aliás, este juiz foi informado no momento da inspeção que naquele local realmente não há estrutura que permita o uso do cinto de segurança, havendo essa estrutura num outro equipamento, que não foi visitado durante a diligência.

Isso tudo deixa patente que o acidente do trabalho que vitimou o de cujus ocorreu em razão da negligência (=omissão) do empregador, que não tomou as medidas preventivas necessárias para evitá-lo, como, por exemplo, o simples uso do cinto de segurança, equipamento cuja utilização era indispensável, considerado o alto grau de risco da atividade que estava sendo executada, com a possibilidade de queda.

Além disso, negligentemente deixou que houvesse fácil acesso à janela de inspeção, inclusive sendo ele facilitado em razão de pontos de apoio que existem no local, fato que mais aumenta o risco, como bem ilustra a fotografia juntada na fl. 382, o que, aliás, já foi destacado nesta sentença.

Na hipótese dos autos, além das omissões já acima referidas, outras três circunstâncias deixam patente a negligência do empregador; ainda que seja ela materializada por atitude do encarregado, pela qual deve responder a primeira ré, de forma objetiva, segundo as disposições do inciso III do artigo 932 e do artigo 933 do vigente Código Civil.

A primeira, está em permitir, durante a manutenção, que a chapa defletora (o "flap") fosse direcionada para o britador; com a janela de inspeção aberta e sem que os que estavam trabalhando estivessem usando cinto de segurança. A segunda, não determinar o fechamento da janela quando houve a inversão da chapa defletora - do pátio para o britador - e a terceira, permitir que o trabalho fosse executado sem a utilização de cinto de segurança.

Ora, tivesse a primeira demandada tomado algumas providências, todas elas bem simples, como não permitir a mudança de direção da chapa defletora (do pátio para o britador) ou, uma vez tendo autorizado isso, tivesse determinado o fechamento da janela de inspeção ou que o de cujus usasse cinto de segurança, e hoje não se estaria diante de uma situação fática em que um esposo e pai foi triturado num moedor de carvão, deixando uma esposa ainda jovem e uma filha em tenra idade desamparadas e com o coração repleto de dor.

Aliás, a própria testemunha trazida pela primeira ré é taxativa no seu depoimento no sentido de afirmar que, se o "flap" não tivesse sido direcionado para o britador; o acidente não teria ocorrido. Afirma, ainda, tal testemunha que naquele procedimento (atividade que ele e o de cujus estavam realizando) nunca foi usado cinto de segurança e que nunca houve orientação para a utilização dele (até diz não saber se era necessário o uso de cinto de segurança), o que revela a negligência do empregador para com a segurança dos empregados. Haveria ainda uma quarta atitude que poderia ter sido tomada, embora mais drástica, mas tenho minhas dúvidas se ela poderia ter evitado o evento morte, dada a

altura da queda – já que quanto a isso este juiz não foi esclarecido –, que seria o desligamento do britador. Todavia, com certeza, caso houvesse o desligamento, não teria havido, na hipótese de o óbito não ser evitado, a trituração do corpo.

De se destacar, também, que o chão no local onde se encontrava o de cujus trabalhando estava com grande quantidade de carvão que havia sido retirado da esteira e da call, a circunstância que pode, pelo menos em tese, ter contribuído para a ocorrência do acidente do trabalho.

De se destacar, ainda, o que mais reforça o entendimento de que a ré agiu de forma negligente, a advertência constante na fl. 25 dos autos, feita no dia 08-12-07, dois dias antes do acidente, ao que parece por engenheiros da primeira demandada, no sentido de que havia um grande vazamento de carvão na calha de alimentação da correia ET 17, tornando o local sem condições de trabalho para o pessoal, sem risco para o equipamento, concluindo que não estava sendo feita a devida manutenção dos equipamentos e referindo que três dos quatros sistemas de acionamento dos moinhos MFI (no qual ocorreu o acidente com o de cujus) estavam sem a devida proteção.

Em razão disso, como medida de segurança, foi sugerido no relatório o isolamento da área, isso, repita-se, dois dias antes do acidente, sem que providência alguma tenha sido tomada.

Isso deixa claro que a primeira ré também foi negligente com a conservação dos equipamentos, não realizando as exigidas manutenção, o que pode ter ocasionado a sobrecarga na correia '3', que desencadeou todos os acontecimentos que culminaram com a morte do de cujus, contribuindo, então, para o infortúnio."

Como evidenciam os fundamentos acima transcritos, a sentença esgota a matéria, deixando clara a negligência do empregador como causa do acidente do trabalho, daí porque confirma-se a decisão que reconheceu sua responsabilidade civil e a condenou ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 300.000,00 (R\$ 150.000,00 para cada autora) e indenização por dano material, correspondente à pensão para a viúva e a filha do empregado falecido, correspondente a 2/3 do salário do falecido, sendo 1/3 para a viúva de forma vitalícia e 1/3 para a filha, até completar 25 anos.

Nega-se provimento ao recurso.

3. Manutenção do Plano de saúde.

Pelas razões já expostas, resta clara a responsabilidade do empregador com o infortúnio ocorrido com o empregado falecido, devendo indenizar os prejuízos sofridos pelo autor, inclusive os prejuízos materiais, que incluem a manutenção do plano de saúde das autoras, que desfrutavam da condição de beneficiárias do de cujus.

Nega-se provimento ao recurso também nesse item.

RECURSO DAS PARTES. MATÉRIA COMUM.

Valor das indenizações.

O valor da indenização por dano moral fixada na origem - R\$ 150.000,00 para cada autora, se encontra adequada em função da gravidade do acidente, não havendo

motivo para reduzi-la. Também não merece provimento o recurso do autor, que pretende majorar a indenização, pois fixada em valor absolutamente razoável para indenizar a perda do ente querido.

Quanto à pensão, a seu turno, a fixação em 2/3 deve ser mantida, assinalando-se que 1/3 do valor foi dirigido à viúva de forma vitalícia e mais 1/3 a filha do falecido, até que complete 25 anos, o que se mostra absolutamente consentânea com as regras e princípios que regem a matéria.

Não há o que reformar na decisão de origem, negando-se provimento ao recurso interposto.

[...]

Ac. 00277-2008-812-04-00-1 RO

Beatriz Renck – Desembargadora-Relatora

Julg.: 05.08.2009 – 6 Turma

Publ. DOE-RS: 14.08.2009

Ac. 00627-2008-021-04-00-5 RO

/NDEN/ZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL A indenização por dano moral decorre da lesão sofrida pela pessoa natural em sua esfera de valores, como a dignidade, a honra, a moral, a imagem, a integridade física, bem como outros valores de natureza extra patrimonial. Não restando comprovado que o empregado tenha sofrido constrangimentos ou cárcere privado, conforme alegado na inicial, correta a sentença que nega pedido de indenização.

[...]

ISTO POSTO:

INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL.

Não se conforma o reclamante com o indeferimento do pedido de indenização por assédio moral. Sustenta equívoco do julgador ao entender que o simples fato de conceder aviso prévio ao empregado não representa motivo de ofensa, pois seu pedido tem a ver com a forma coerciva com que lhe foi imposta a assinatura do documento de aviso prévio, impedindo-o e deixar a sala onde esteve reunido com seu chefe imediato, Rafael, o gerente administrativo (Leandro) e o segurança (Manoel). Diz que ao ser chamado para uma conversa foi-lhe comunicada sua despedida e determinado que assinasse o aviso prévio, tendo solicitado que fosse protelado o procedimento para aguardar o término dos exames de saúde que estava realizando, no entanto, sua proposta não foi aceita, ficando retido na sala, impedido de sair sem assinar. Por tal razão, postulou indenização compensatória estimada em 50 salários mínimos (R\$ 23.250,00, em valores atuais).

Conforme sentença, fl. 238, o assédio moral não se confirmou, pois as testemunhas e o próprio reclamante admitem que Manoel (segurança) não acatou a ordem de Leandro (Gerente Administrativo) para que retivesse o empregado na sala até assinatura do documento, tanto que liberou o reclamante, após entrega do crachá.

Os depoimentos das fls. 233/235 são básicos para confirmar, ou não, a tese da inicial. A testemunha convidada pelo autor, Adriano, e que, segundo informações dos autos foi despedida no mesmo momento que o reclamante diz, em seu depoimento, ter sido "*mandado embora no mesmo dia e na mesma hora juntamente com o reclamante; o depoente assinou o aviso-prévio, o reclamante não quis assinar; o Leandro e o Sr. Rafael foram para cima do Vanderli xingando ele, inclusive Leandro disse ao Manoel, encarregado da guarda, que prendesse o Sr. Vanderli enquanto não assinasse o aviso-prévio; o Sr. Manoel foi o único de bom senso que foi de imediato conversar com o reclamante, mas não o prendeu, e depois o liberou para sair; (...)*". (grifo nosso). Já a outra testemunha convidada pelo reclamante, Antonio Carlos, diz apenas ter sabido do ocorrido dois dias depois do despedimento do autor.

E a representante da reclamada, por sua vez, nega em depoimento que Leandro tenha impedido a saída do reclamante da sala.

O depoimento do reclamante é bastante esclarecedor quando diz conhecer "*o Sr. Leandro e nunca teve problemas com ele, o único problema que teve foi quando estava voltando do médico e ele mandou assinar o aviso; o Leandro deu ordens para o Sr. Manoel, chefe da guarda, para deixar o depoente lá dentro, se não assinasse o aviso; o Sr. Manoel não acatou a ordem dele; (...)*" (fl. 233).

A testemunha convidada pela reclamada, Jefferson, mesma pessoa que assinou como testemunha no documento de aviso prévio - fl. 45, informa que "*estava na sala de psicologia com algumas estagiárias; nesse momento chegou o Sr. Leandro junto com o Sr. Vanderli solicitando a sala para o depoente; e aí nós nos retiramos da sala; na sala ficaram o Leandro, o Vanderli e o Coordenador de Serviços Gerais, o Sr. Rafael; ficaram de 2 a 3 minutos; após esse tempo, saiu primeiro o Sr. Vanderli e o Sr. Leandro atrás, pedindo que assinasse o documento de desligamento da empresa e que ele não poderia sair sem assinar o documento; o reclamante não assinou e saiu; não houve discussão nenhuma de parte a parte; o Leandro foi alguns metros atrás do reclamante e retomou para a sala; o Sr. Manoel estava presente mas não pode afirmar se ele entrou ou não na sala; o depoente não presencia demissões; não sabe porque foi na sala do psicólogo, mas deduz até para não expor as pessoas.*" (nl. 235).

Ainda que se considere que a atitude do gerente administrativo não tenha sido das mais corretas, pois evidente tenha cobrado do reclamante a assinatura no aviso prévio, este não se constrangeu, tanto que deixou a sala, inclusive sob o aval do chefe da segurança, sem assinar o documento de desligamento. Ressalta-se, ainda, que o reclamante não informa ter sido "xingado", como disse a testemunha Adriano e, pelo que disse a testemunha Jefferson, teria saído da sala antes mesmo de Leandro que o seguiu. Portanto, não está comprovado o referido "cárcere privado" a que teria sido submetido o reclamante. Denota-se, inclusive, que essa última testemunha referida

diz acreditar que o procedimento de despedida foi na sala do psicólogo "**para não expor as pessoas**". (grifo nosso).

O assédio moral é uma violência de natureza psicológica sofrida pelo empregado, implicando lesão de um interesse extrapatrimonial (sem equivalência econômica), porém juridicamente protegido, ou seja, dano moral. A indenização por dano moral decorre da lesão sofrida pela pessoa natural em sua esfera de valores, como a dignidade, a honra, amoral, a imagem, a integridade física, bem como outros valores de natureza extra patrimonial.

O empregado, quando exposto a situações constrangedoras e humilhantes vem a se sentir, com a ofensa, menosprezado e desvalorizado, sofrendo prejuízo evidente, face à natureza do dano, sendo a responsabilidade do empregador decorrente do simples fato da violação. A reparação do dano moral, por sua vez, vem compensar o lesado pelo prejuízo sofrido e sancionar o lesante, como medida educativa. O suporte fático encontra-se previsto nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, ensejadores do dever de reparar, que dispõem:

"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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

No entanto, no caso, a prova testemunhal não é robusta a demonstrar que a reclamada tenha incorrido em assédio moral ou "cárcere privado" sobre o empregado, não havendo qualquer outra prova que socorra a tese do autor. Também não há provas de que estivesse se submetendo a exames, ou tratamento médico, que lhe pudesse gerar prejuízo com sua despedida. Mas, resta claro, naturalmente, que o reclamante não se conformou com sua demissão. No entanto, a manutenção ou não do contrato de trabalho decorre do exercício de poder do empregador.

Diante do analisado, tem-se por correta a sentença quando diz que "*a prova produzida pelo reclamante não autoriza o acolhimento do pedido de indenização pelo alegado assédio moral na forma como narrados os fatos no item 4 da inicial*". (sã - nl. 238).

Sendo assim, nega-se provimento ao recurso.

[...]

Ac. 00627-2008-021-04-00-5 RO

Maria Cristina Schaan Ferreira – Desembargadora-Relatora

Julg.: 13.08.2009 --6 Turma

Publ. DOE-RS: 21.08.2009

Ac. 00473-1995-028-04-00-0 AP

DEPOSITÁRIO INFIEL. Alinhando-se ao atual posicionamento do STF, a Turma entende ser incabível a prisão civil de depositário infiel, porquanto, segundo o artigo 7, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, a prisão civil só é cabível na hipótese de devedor de alimentos. Ademais, se o ato de depósito efetuado em Porto Alegre deixa claro que os 194.000 pares de creme penhorados estão depositados em Diadema/SP, não é razoável que a depositária seja reputada infiel, sujeita à prisão civil, por não ter entregado os produtos ao leiloeiro na Capital Gaúcha.

[...]

ISTO POSTO:

PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL.

Foram penhoradas 194.000 unidades de desodorante em creme, totalizando R\$ 1.707.200,00. Os bens foram indicados pela primeira reclamada – Sebeco Indústria e Comércio Ltda. (nl. 1948, 12º volume). Foi nomeada depositária L. R. V. O. (fl. 1949).

Houve sucessivas tentativas de notificação da depositária para que procedesse na entrega dos bens penhorados (fls. 1959, frente e verso), até a realização de acordo (fl. 1981), integralmente cumprido (fl. 2072, 13º volume). Contudo, por força da baixa do AIRR-00473/1995-028-04-40-5 interposto pela Sebeco (autos apensados ao 12º volume), os cálculos de liquidação foram adequados ao acórdão transitado em julgado (fls. 2006 e 2096, 13º volume).

A primeira ré foi citada (fl. 2119). Diante de seu silêncio, foi autorizada a venda judicial dos bens penhorados (fls. 2122 e 2143).

O leiloeiro informa que os bens estão armazenados na cidade de Diadema/SP, não os dispondo a depositária para entrega (fl. 2148).

A Juíza da execução determinou a intimação da depositária para fazer a entrega dos bens em dez dias, sob pena de caracterizar sua condição de infidelidade, sujeitando-a à prisão (fl. 2150). A primeira reclamada requereu a execução por carta precatória (fls. 2153/2156), o que foi indeferido (fl. 2157).

A depositária peticionou, alegando que os produtos ficaram depositados no estabelecimento da executada Sebeco Indústria e Comércio Ltda., em São Paulo. Salientou ter aceito o encargo de depositária, porque, à época, detinha a condição de inventariante do Espólio de L. F. de P. O., falecido esposo, detentor da maioria das ações da Secafé Empreendimentos e Participações Ltda., sócia majoritária da Sebeco Indústria e Comércio. Salienta nunca ter sido sócia das executadas, e o Espólio transferiu a totalidade das cotas em 2005. Requereu seja determinado à Sebeco que entregue os bens (fls. 2162/2163).

A seguir, é decreta a prisão da depositária, por noventa dias (fl. 2170). Inconformada, agrava de petição, renovando os argumentos antes referidos e, em síntese, invocando o Pacto de São José (fls. 2191/2199).

Com razão.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José – ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 592/92, admite, em seu artigo 7, n. 7, uma única hipótese de prisão civil: devedor de alimentos.

Todavia, o entendimento adotado pela Turma, alinhada ao do STF, era de que a prisão civil também é cabível nas hipóteses de depositário infiel por força do disposto no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. É nesse sentido o acórdão 00335-2006-104-04-3 AP, da lavra da Exma. Desembargadora Vanda Krindges Marques, publicado em 12/11/2008, respaldada em decisão da SDI-I deste TRT (HC nº 00416-2008-000-04-00-1, Exma. Desembargadora Maria Inês Cunha Dorneles, publicada em 21/05/2008).

Contudo, o STF alterou o seu posicionamento. Veja-se a seguinte decisão da Segunda Turma, relatada pela Exma. Ministra Ellen Gracie (HC 95967/MS – Mato Grosso do Sul, DJE 28/11/2008):

"DIREITO PROCESSUAL HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. I. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel ||o ordenamento jurídico brasileiro ||o período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica ||o direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos e inscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, ||o Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabelece que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, || dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido".

Em 03/12/08, o Plenário do STF, por votação unânime, decidiu ||o mesmo sentido ao julgar o Habeas Corpus 87585, relatado pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio, decisão publicada em 12/12/08. A partir de então, restou consagrado o novo posicionamento da Corte no tocante à matéria, tanto que em 16/12/2008 a Primeira Turma julgou o Habeas Corpus 92817/RS resultando na seguinte ementa (E.m.). Ministro Ricardo Leandroski, DJE 13/02/2009): "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DEPOSITÁRIO INFIEL OU

DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM. I - O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 3 de dezembro do corrente ano, ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia. II - Ordem concedida".

Nessa senda, não é cabível a prisão civil decretada na origem.

De resto, ainda que fosse outro o entendimento, no caso concreto a decisão "a quo" não poderia ser mantida. Veja-se que o auto de depósito, efetuado em Porto Alegre, deixa claro que os bens ficaram depositados em Diadema, São Paulo (fl. 1949, 12º volume). No aludido auto, consta a obrigação de não abrir mão dos bens penhorados, nada referindo quanto a providenciar o transporte de São Paulo a Porto Alegre das 194.000 unidades de creme desodorante, o que, de resto, resultaria em ônus excessivo. Vale esclarecer que, assim como a depositária, a primeira reclamada, proprietária dos produtos, requereu a expedição de carta precatória para prosseguimento da execução, considerando a localização dos bens constrictos, solução que, com a devida vênia ao posicionamento contrário, parece bem mais razoável do que privar um ser humano de sua liberdade.

Dá-se, pois, provimento ao agravo de petição para tomar sem efeito a decretação de prisão da fl. 2170.

[...]

Ac. 00473-1995-028-04-00-0 AP

Dionéia Amaral Silveira – Desembargadora-Relatora

Julg.: 25.03.2009 – 7ª Turma

Publ. DOE-RS: 02.04.2009

Ac. 01547-2007-104-04-00-9 AP

AGRAVO DE PETIÇÃO DA UNIÃO. EXECUÇÃO FISCAL PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. Consoante entendimento desta Turma Julgadora, tratando-se de execução decorrente de multa por infração a artigo da CLT, resta inviável a penhora no rosto dos autos do processo/alimentar do executado, sob pena de se violar a ordem de classificação dos créditos estabelecida no artigo 83 da Lei nº 11.101/05. Agravo não-provido.

[...]

ISTO POSTO:

AGRAVO DE PETIÇÃO DA UNIÃO.

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS.

Insurge-se a agravante contra a decisão que indeferiu o pedido de penhora no rosto dos autos da ação falimentar da executada. Alega que, tratando-se de execução

fiscal, regida pela Lei nº 6.830/80, é perfeitamente possível e adequado o procedimento requerido. Afirma que o artigo 29 da Lei de Execução Fiscal impede que a Fazenda Pública entre com seu crédito no concurso de credores, podendo ser satisfeito tão logo se dê, na falência, a realização do ativo, bastando que existam recursos disponíveis provenientes das rendas da massa.

Não prospera a inconformidade.

Consoante entendimento desta Turma Julgadora, tratando-se de execução decorrente de multa por infração a artigo da CLT, resta inviável a penhora no rosto dos autos do processo falimentar do executado, sob pena de se violar a ordem de classificação dos créditos estabelecida no artigo **83 da Lei nº 11.101/05 (Lei de Falência)**.

Neste sentido, as seguintes decisões deste Colegiado, em processos com a mesma agravante:

DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. MASSA FALIDA. *Na execução de multa por infração a artigo da CLT não cabe a penhora no rosto dos autos do processo falimentar. O artigo 29 da Lei 6.830/90 deve ser interpretada em consonância com o artigo 83 da Lei 11.101/05, que estabelece a ordem de classificação dos créditos na falência, havendo vários outros créditos a serem pagos com precedência sobre a multa administrativa, inclusive os quirografários. Agravo de petição da União desprovido. (AP nº 00823-2007-241-04-00-0, Relatora Des. Dionéia Amaral Silveira, publicada em 13/11/2008).*

FALÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL DA MULTA APLICADA POR INFRAÇÃO ÀS LEIS TRABALHISTAS. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. *A natureza da parcela - dívida ativa não tributária - atrai o art. 29 da Lei 6.830, que, como referido pelo exequiente, diz que o crédito fiscal "não é sujeito a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento", mas sujeita-se a classificação dos créditos, inviabilizando a penhora no rosto dos autos. Agravo de petição negado. (AP nº 00300-2006-232-04-00-1, Relatora Des. Flávia Lorena Pacheco, publicada em 08/05/2008).*

Por tais fundamentos, mantém-se a decisão de origem que indeferiu o pedido de penhora.

Nega-se provimento ao agravo de petição da **exequente**.

[...]

Ac. 01547-2007-104-04-00-9 AP

Vanda Krindges Marques – Desembargadora-Relatora

Julg.: 27.05.2009 – 7 Turma

Publ. DOE-RS: 04.06.2009.

Ac. 00831-2004-662-04-00-7 AP

DA INCLUSÃO NO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO DE ASSOCIADOS AO SINDICATO QUE NÃO CONSTARAM DO ROL DE SUBSTITUÍDOS ACOSTADO COM A INICIAL. Os associados cujos nomes o Sindicato autor pretende ver incluídos na conta de liquidação, embora sejam associados do Sindicato, como comprovado durante a instrução do feito, não constam da listagem anexada com a petição inicial, de modo que não são destinatários dos valores reconhecidos na sentença exequiênda. Agravo de petição não-provido. [...]

ISTO POSTO:

[...]

NO MÉRITO.

DA INCLUSÃO NO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO DE ASSOCIADOS AO SINDICATO QUE NÃO CONSTARAM DO ROL DE SUBSTITUÍDOS ACOSTADO COM A INICIAL.

O Sindicato autor investe contra a sentença que julgou improcedente a sua impugnação à sentença de liquidação na qual se insurgia contra a ausência na conta homologada do cálculo e valores referentes aos substituídos Diogo [...], Valderes [...] e Paulo Ricardo [...]. Argumenta que a própria decisão judicial reconhece que as fichas de sócios do sindicato foram juntadas às fls. 1222, 1226 e 1233 no curso da instrução. Argumenta que não houve a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação aos referidos substituídos, conforme a sentença executada (fl. 1252). Reporta-se ao entendimento do Juiz do Trabalho Ben-Hur Silveira Claus, na obra "Substituição Processual Trabalhista", no sentido de que a ausência de nominata dos beneficiários da ação não causa cerceamento do direito de defesa, pois a empresa demandada tem meios para precisar os trabalhadores que receberam o direito reclamado e também informar as situações que mereçam tratamento diferenciado. Assevera que, ao cancelar a Súmula nº 310 cm 2003, o TST restabeleceu não somente a convicção de que o Sindicato é legitimado a propor ações coletivas em nome dos substituídos, mas também afastou a exigência legal de inclusão do rol de substituídos com a petição inicial, fixando, ainda, entendimento de que os substituídos *"são toda a categoria representada pelo Sindicato"*. Ressalta que a ação de cumprimento em tela é datada de 2004, ou seja, foi ajuizada após o cancelamento da Súmula 310 do TST. Assevera que, por outro lado, afastar os substituídos - que são associados do sindicato, conforme a própria decisão atacada confirma (nl. 1662) seria afrontar a garantia constitucional da isonomia (art. 5º da CF), ferindo um princípio basilar dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. Postula a reforma da decisão para que sejam reconhecidos os direitos dos substituídos Diogo [...], Valderes [...] e Paulo Ricardo[...] na fase de execução na presente Ação de Cumprimento, e para que os mesmos sejam incluídos no rol de associados do Sindicato aptos a receber as diferenças de PLR, conforme determinou a sentença judicial.

Analisa-se.

O Sindicato autor propôs a presente ação nos seguintes termos "Atua o sindicato

em nome próprio visando o cumprimento de Convenção Coletiva de Trabalho para os trabalhadores integrantes de sua base territorial, lotados no Município de Passo Fundo, sócios da entidade, **conforme relação anexa**" (grifou-se), conforme se verifica da nl. 02 da petição inicial.

Com efeito, nos termos da petição inicial, e, tendo em vista que nada consta em sentido contrário nos autos, tem-se que os efeitos da condenação postulada e deferida se restringem aos substituídos nominados na relação anexada com a petição inicial, e, nos termos da sentença (fl. 1248), somente àqueles que também tiveram sua condição de associado comprovada nos autos. Veja-se que a sentença exequenda faz expressa remissão ao documento das fls. 14/16 e 1221/1241 quando extingue o processo sem julgamento de mérito com relação aos "substituídos" que elenca (fl. 1248), o que decorre da não comprovação da sua condição de associados. Assim, resta evidente que o direito reconhecido é extensivo apenas aos substituídos que expressamente constaram do rol apresentado com a petição inicial (fls. 14/16), com exceção dos nomes apontados na sentença (fl. 1248) com relação aos quais o processo foi extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Da mesma forma como entendido na decisão agravada "*em regra decide-se a lide nos exatos termos em que foi proposta*", de modo que, não havendo pronunciamento em sentido diverso nos autos, está correta a conta homologada que não considerou os associados Diogo [...], Valderes [...] e Paulo Ricardo [...]. Assinale-se que, em que pese tenham sido juntadas no curso da instrução as fichas que comprovam a condição de associados do Sindicato (nls. 1222, 1226 e 1233), tal circunstância não tem o condão de estender-lhes os efeitos da sentença, haja vista a limitação antes mencionada operada na petição inicial. Registre-se que o Sindicato apenas juntou as fichas de associados Diogo [...], Valderes [...] e Paulo Ricardo [...], sem postular a inclusão dos mesmos na condição de substituídos.

Dessa sorte, em que pese a ação tenha sido proposta após o cancelamento da Súmula 310 do TST, a partir do que restou inequívoco que não há obrigatoriedade de juntada de rol de substituídos para a propositura de ação pelo Sindicato para a defesa de interesses e direitos da categoria profissional de que é representante, deve-se levar em conta que foi efetivamente acostada uma lista de substituídos à qual ficou adstrita a atuação do Sindicato. Assim, não socorre o agravante a doutrina citada nas razões de agravo de petição, na medida em que não se está diante de ausência de nominata de substituídos.

Confirma-se, portanto, a sentença, que considerou correta a conta homologada com relação aos substituídos considerados, tendo em vista a interpretação de que a lide se resolve nos limites em que proposta "*restando limitados seus feitos aos sócios do sindicato arrolados na lista anexada com a inicial*".

Nega-se provimento ao agravo de petição.

[...]

Ac. 00831-2004-662-04-00-7 AP

Flávia Lorena Pacheco – Desembargadora-Relatora

Julg.: 11.03.2009 – 7 Turma

Publ. DOE-RS: 19.03.2009

Ac. 00639-2008-521-04-00-0 RO

RECURSO DA RECLAMADA. DANO MORAL. LIMITAÇÃO DO USO DO BANHEIRO. A limitação do uso do banheiro durante a jornada de trabalho configura ato atentatório à garantia constitucional de intimidade do empregado, ensejando o dever de indenizar. Recurso ordinário desprovido, no item.

[...]

ISTO POSTO:

DANO MORAL DECORRENTE DE ASSÉDIO MORAL

A sentença condenou a reclamada ao pagamento de R\$ 2.500,00 a título de dano moral decorrente de assédio moral. ao fundamento de que o reclamante foi constrangido e humilhado em seu ambiente de trabalho, perante seus colegas. em desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fundamenta que o reclamante recebia, sistematicamente, cobranças excessivas pelo resultado da produção. além de ter suas idas ao banheiro controladas pela reclamada.

A reclamada busca a reforma da sentença, aduzindo que não há prova de cobrança excessiva em relação ao reclamante. Sustenta não demonstrada conduta desmedida e prejudicial de seus prepostos que extrapole os limites do exercício do poder diretivo.

Decide-se.

O assédio moral verifica-se quando ocorre exposição do trabalhador a situações constrangedoras e vexatórias de forma continuada e sistemática, a ponto de desestabilizá-lo moral e fisicamente, em verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana.

No caso. o reclamante descreve um ambiente de trabalho rígido. com cobrança excessiva por produção. onde os trabalhadores tinham de manter ritmo intenso de trabalho durante toda a jornada. Relata que quando faltava algum funcionário, tinha de trabalhar dobrado para suprir a falta deste. Aduz que quanto alertava a reclamada da excessiva carga de trabalho. diziam-lhe que *"se não estivesse satisfeito, era para passar no Setor de Recursos Humanos e pedir sua demissão"*. Refere que, por não suportar o *"ritmo exorbitante"* de trabalho e a cobrança por produtividade, pediu demissão.

A tese é fortificada pelo depoimento de sua testemunha (nl.121), que refere, de igual forma. ter pedido demissão da reclamada em razão do ambiente de trabalho, conforme se destaca:

QUE não era um ambiente muito bom de trabalho, pois exigiam bastante o cumprimento de metas; [...] QUE o depoente pediu para sair da empresa, muito embora não tivesse outro trabalho em vista, pois não agilizava mais trabalhar na reclamada".

Sabe-se que o controle de produtividade é atribuição inerente à atividade empresarial, porém, deve ocorrer de forma comedida, dentro dos limites toleráveis, respeitando-se sempre a condição humana dos empregados. No caso, a prova demonstra que o controle exercido pela reclamada extrapolou os limites do poder diretivo. formando um ambiente de trabalho violador da dignidade do empregado, a ponto de fazer com que o reclamante, assim como a testemunha, pedissem demissão.

Gize-se que é assegurado a todos, por força de norma constitucional, o respeito à honra e à dignidade. Exposto o trabalhador a tratamento desrespeitoso pelo empregador, configura-se o dever de indenizar.

Nesse sentido decidiu este Regional, no acórdão 00804-2008-331-04-00-5 (RO), relatado pelo Ex. Des. Leonardo Meurer Brasil, publicado em 19/03/2009:

ASSÉDIO MORAL AÇÕES DE CONTROLE EXCESSIVO DA PRODUÇÃO. A discriminação dos empregados por produção, as constalles repreensões pelo alcance de metas, o controle excessivo da produção do empregado, até quanto às idas ao banheiro, são condições de trabalho que, combinadas, resultam em condições de trabalho sob constante pressão psicológica, causando evidentes danos à psique do indivíduo. Dano moral caracterizado. Recurso a que se nega provimento.

Assim, mantém-se a sentença, que avaliou corretamente a prova, nada havendo a reformar.

Nega-se provimento.

DANO MORAL DECORRENTE DO CONTROLE DA UTILIZAÇÃO DO BANHEIRO

A sentença condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral de R\$ 5.000,00 também pelo controle do uso do banheiro. Fundamenta que o reclamante não tinha liberdade para ir ao banheiro durante sua jornada de trabalho, o que fere o princípio da intimidade e da privacidade do empregado.

A reclamada recorre, alegando que concedia intervalos para o recorrente atender suas necessidades fisiológicas. Aduz que a ausência de controle do uso do banheiro resultaria em grande desorganização no local de trabalho, pois não haveria qualquer regramento para saída do empregado do seu posto de trabalho.

Decide-se.

O reclamante alega que o uso do banheiro, durante a jornada de trabalho, era limitado pela reclamada. Afirma que toda vez que necessitava ir ao banheiro, tinha de pedir autorização para o encarregado, o qual fornecia uma ficha e a chave do sanitário. Aduz que quando mais de um funcionário precisava ir ao banheiro, somente era permitido o deslocamento de um por vez.

No mesmo sentido é o depoimento da testemunha do reclamante (fl. 121):

"QUE tinham de pegar uma ficha para ir ao banheiro, no período de 05 minutos; QUE, a partir de 03 minutos no banheiro, o trabalhador já era chamado para sair do banheiro; QUE todos os empregados da empresa comentavam acerca da retirada de ficha para ir ao banheiro, bem como acerca da cobrança do tempo de permanência; QUE cada empregado tinha o limite de ir três vezes ao banheiro por dia; QUE cada setor, tinha duas fichas para ir ao banheiro; QUE o banheiro ficava fora do setor de produção; QUE caso estivesse sem ficha, para ir até o banheiro, o qual estava situado no vestiário, o empregado tomava um gancho"; QUE caso fosse extraviada a ficha, tinham de esperar a confecção de uma nova ficha para ir ao banheiro; [...] QUE havia uma empregada da reclamada (encarregado do setor) que buscava os empregados no banheiro".

Veja-se, pois, que era prática da reclamada a imposição de inúmeras limitações ao uso do banheiro. Além da necessidade de autorização pelo encarregado, havia restrição da quantidade de vezes que o trabalhador podia utilizá-lo, limitando-se, inclusive, os minutos de uso. Como refere a testemunha, passados apenas três minutos, o trabalhador já era chamado a retomar ao trabalho.

Efetivamente, o sistema adotado pela reclamada para utilização do banheiro infligia grande constrangimento ao reclamante, pois além de imprimir restrições, condicionava o uso à liberação pelo encarregado. Tal atitude revela grave violação ao direito de intimidade do reclamante, ensejando o dever de indenizar.

Portanto, correta a sentença, nada havendo a reformar.

Nega-se provimento.

[...]

Ac. 00639-2008-521-04-00-0 RO

Denis Marcelo de Lima Molarinho - Desembargador-Relator

Julg.: 13.08.2009—8 Turma

Publ. DOE-RS: 24.08.2009

Ac. 01005-2006-104-04-00-5 ROIRENEC

RECURSOS ORDINÁRIOS DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA. REEXAME NECESSÁRIO. Exame conjunto da matéria comum

ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUANTUM ARBITRADO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. JUROS. O nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo reclamante e o trabalho por ele executado na empresa resta demonstrado, na medida em que o sinistro foi reconhecido como acidente do trabalho e a prova produzida revela que a reclamada teve culpa no evento acidentário sob exame, justificando o deferimento de indenizações por danos morais e patrimoniais. Recurso do reclamante provido em parte. Nega do provimento ao recurso da reclamada.

[...]

ISTO POSTO:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. REEXAME NECESSÁRIO.
Exame da matéria prejudicial

PRESCRIÇÃO

A recorrente renova a arguição de prescrição, sustentando que, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, as dívidas dos Estados prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram. Examina-se.

O pedido de indenização por danos morais decorrentes de acidente do trabalho traduz causa de pedir tipicamente civil, regulando-se, portanto, pela lei adjetiva civil. Ainda que o fato denunciado tenha ocorrido no curso da relação de emprego, a matéria tratada se reveste de natureza civil, sendo regrada pelas normas a ela pertinentes, e não pelas normas trabalhistas. Ressalta-se, ainda, que não há falar, no caso *sub judice*, da prescrição prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, porquanto não se trata de infração administrativa, tampouco de créditos de natureza administrativa, aos quais é aplicável a norma supradita. Logo, a prescrição deve seguir o disposto no art. 206, § 3º, V. do CC, cuja norma reduziu o prazo prescricional de 20 para 3 anos, porém, com a observação da regra de transição prevista no art. 2.028 do mesmo diploma legal, *verbis*:

Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data da sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Nesse contexto, o prazo prescricional é de 20 (vinte) anos, para as lesões ocorridas antes da vigência do novo código, quando transcorrido mais da metade desse tempo, conforme o art. 177 do Código Civil de 1916. Com relação aos acidentes do trabalho ocorridos entre 12 de janeiro de 1993 e 11 de janeiro de 2003, opera-se a prescrição em 12 de janeiro de 2006, uma vez que, para a apuração do prazo prescricional, se deve contar os três anos a partir da data de entrada em vigor do Novo Código Civil, isto é, de 12 de janeiro de 2003, conforme art. 2.044 desse diploma legal. c/c o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98, com a redação dada pela Lei Complementar nº 107/01, respectivamente:

Ar. 2.044. Este código entrará em vigor um ano após sua publicação.

Ar. 8, §1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

A propósito da matéria, leciona Sebastião Geraldo de Oliveira (in Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, 2. ed. rev. ampl. e atual. - São Paulo: LTr, 2008. p. 316-317), *verbis*:

O entendimento que está prevalecendo na doutrina e jurisprudência recomenda a aplicação do novo prazo reduzido, porém com sua contagem tendo início a partir da vigência da lei nova, ou seja, despreza-se o tempo transcorrido na vigência do Código anterior e cotam-se três anos a partir de 12 de janeiro de 2003, data da vigência do Código atual.

(...)

Assim, a pretensão reparatoria quanto aos acidentes do trabalho ocorridos entre 12 de janeiro de 1993 e 11 de janeiro de 2003 só prescreveu no dia 12 de janeiro de 2006.

No caso dos autos, é incontroverso que o reclamante sofreu acidente do trabalho em 15.07.85. Assim, em 12.01.2003, data da entrada em vigor do novo Código Civil, havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional de 20 anos. Dessa forma,

tendo a presente ação sido ajuizada em 22.12.04, não se consumou a prescrição total, porquanto não decorridos mais de vinte anos. Provimento negado. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.

RECURSOS ORDINÁRIOS DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA. REEXAME NECESSÁRIO. Análise conjunta da matéria comum

ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUANTUM ARBITRADO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. JUROS

O Juízo *a quo* condena a reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais, consistente em pensionamento mensal no valor correspondente a 40% da remuneração percebida pelo reclamante à época dos fatos, devida desde a data em que configurada a lesão (15.07.85) até os 70 anos de idade do acidentado ou vitalícia, caso sua vida ultrapasse a expectativa, devendo a reclamada constituir capital cuja renda assegure o seu cabal cumprimento, bem como indenização por dano moral subjetivo, fixada em R\$ 20.000,00, e indenização por dano moral estético, em separado, também arbitrada em R\$ 20.000,00. Contra essa decisão investem ambas as partes. O reclamante pretende a majoração dos valores arbitrados a título de indenização por danos morais e pensionamento mensal, em valor equivalente a R\$ 380.640,00 para cada tipo de dano (material, moral e estético), argumentando que a indenização deve ser equivalente à gravidade do dano sofrido e à capacidade econômica da demandada, dentre outros fatores. A reclamada alega que não houve redução da capacidade laborativa do reclamante, sendo indevido o pagamento de indenização por danos materiais e morais. Caso seja mantida a sentença, requer a redução dos montantes arbitrados na origem. Aprecia-se.

Na inicial, o reclamante noticia que, no dia 15.07.1985, no desempenho de suas atividades como Marinheiro, sofreu acidente do trabalho quando laborava no conserto da hélice do navio Benjamin Constant. Relata que, ao alcançar um cabo a outros companheiros para que fosse preso junto ao cunho (peça de metal, em forma de bigorna, que se fixa na amurada das embarcações, nos turcos ou nos lugares onde possam passar cabos para dar-lhes a volta), enquanto prendia a outra ponta na parte interna do navio, a lancha Anita, que estava fazendo o reboque da embarcação, engatou a marcha avante deslocando o navio, de modo que o cabo que estava em volta de sua perna se estendeu com a arrancada da lancha decepando seu pé na altura do tornozelo. Esclarece que foi levado ao hospital, onde permaneceu internado por mais de 40 dias. Atribui à reclamada a culpa pelo evento infortunistico, sustentando que a empresa agiu com negligência e imperícia ao determinar que o conserto da embarcação fosse efetuado no cais do porto de Pelotas, o qual não possui os equipamentos necessários e adequados para tal. A reclamada, na defesa, afirma que o acidente decorreu de manobra imperita do reclamante, a quem deve ser atribuída a culpa exclusiva ou, pelo menos, concorrente, pelo evento danoso.

A indenização por danos morais está garantida na Constituição Federal, cujo art. 5º assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inc. V), bem como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, salvaguardando o

direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inc. X). Por seu turno, ao tratar da responsabilidade civil, no Capítulo que rege a obrigação de indenizar, o Código Civil estabelece que *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo* (art. 927), dizendo que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186).

Como se verifica, a legislação vigente prevê o direito de reparação, tanto dos danos patrimoniais, como extrapatrimoniais. Contudo, para que se configure o direito à reparação, é necessária a comprovação da ilicitude, por ação ou omissão do ofensor, da existência do dano e do nexa causal entre ambos. O ilícito trabalhista, porém, independe da configuração do dolo específico, bastando a culpa do empregador. Tratando-se de prejuízo material, a questão é menos complexa, havendo inclusive a possibilidade de restituição do ofendido ao *status quo ante*, ou seja, casos há em que os efeitos do evento danoso podem ser desconstituídos, devolvendo à pessoa lesada a condição anterior. Assim, apenas na impossibilidade de reconstituir o patrimônio lesado, deve o agressor indenizar o ofendido pela perda suportada, na medida em que o prejuízo material é economicamente mensurável.

Todavia, quando o dano atinge a moral, é de difícil avaliação a própria existência do prejuízo, tanto quanto a sua dimensão, por se tratar de abalo à imagem, de dor física ou psíquica, cuja ofensa viola a intimidade, a honra ou o bom nome da pessoa ou de sua família, bens esses que repousam em valores abstratos, portanto, não demonstráveis objetivamente. Logo, o dano moral pode afetar a imagem do obreiro ou, tão-somente, lhe impingir sofrimento de ordem íntima.

No caso dos autos, é incontroverso que o reclamante sofreu acidente do trabalho em 15.07.85, oportunidade em que teve o pé direito amputado na altura do tornozelo, ocasionando a redução de sua capacidade laboral. Também é incontroversa a existência de nexa causal entre o acidente sofrido e a lesão apresentada pelo reclamante. Todavia, essa relação causal, tão-somente, não é bastante para o deferimento das postuladas indenizações por danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Faz-se necessária a prova da existência de dolo ou culpa do empregador, haja vista que a responsabilidade por danos de origem acidentária é subjetiva, como preceitua o art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal.

O conjunto probatório dos autos revela que a reclamada agiu com negligência ao determinar o conserto da embarcação em local inadequado, deixando de adotar, portanto, medidas protetivas e preventivas que poderiam ter proporcionado a execução dessa atividade sem as conseqüências funestas que ora se discutem, em desrespeito à norma do art. 157 da CLT, o qual determina que

Cabe às empresas:

I- cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

(...)

A prova oral colhida é contundente ao confirmar os fatos noticiados na inicial, na medida em que a testemunha L. C. G. (fls. 223/224), convidada pelo autor, esclarece que

(...) o depoente e o reclamante eram marinheiros e estavam trabalhando juntos no dia do acidente havido com este; que por ordem do chefe de departamento, estavam levando o Benjamim que operava com a lancha Anita prolongada, levando-o para o cais do porto para retirada de pesos que tinham colocado na proa; que tinham colocados os pesos na proa para que a popa levantasse para um reparo na hélice; que o reparo já estava feito; que no momento em que desempenhavam essa tarefa, o reclamante estava próximo à proa, mais agachado, e estava sendo feita a amarração da embarcação no cais quando o cabo deu a volta no pé do reclamante, amputando o mesmo; que o reclamante não poderia estar em pé, pela quantidade de coisas que estavam fazendo peso na proa, mal tinha lugar para ele; que havia flutantes e poitas (pedras de duas a três toneladas); que a proa estava sendo amarrada no cais e por isso a presença do reclamante próximo aos cabos era necessária, ele tinha de entregar o cabo à pessoa que estava no cais; que o depoente estava mais para o meio do barco, com os demais; que o depoente trabalhou 38 anos na profissão; que a embarcação Benjamim era de porte médio; que o correto era o reparo da embarcação ser feito no estaleiro e não com a embarcação dentro d'água; que não havia estaleiro em Pelaras na época, só em Rio Grande ou Porto Alegre; que acredita que o reparo tenha sido feito dessa forma por economia, pois o deslocamento da embarcação para Rio Grande ou Porto Alegre seria oneroso; que o depoente e o reclamante já tinham feito vários serviços desse tipo e, muito embora tivessem receio, não tinham como se negar; obedeciam ordens; que houve muitos casos em que as pessoas não aceitaram desenvolver determinadas tarefas e ficaram com as horas extras cortadas, o que significava um grande prejuízo para a subsistência, ficavam presos na estacada, não saíam com a embarcação, desempenhavam só as horas normais no cais do porto, perdiam a folga também; que já havia acontecido vários acidentes, inclusive como falecimento de colegas do depoente, na draga e no balizamento; que curso de segurança só era prestado quando o marinheiro era admitido no trabalho; que a conservação da embarcação fazia parte das obrigações do marinheiro; que o reclamante retornou ao trabalho, mas nunca mais foi a mesma pessoa, estava sempre triste e não participava mais das festinhas; que o reclamante foi readaptado em serviços burocráticos, na capatazia; que acredita que o sinistro não tenha acontecido por um descuido ou irresponsabilidade do reclamante, já que o local, pela quantidade de coisas, não oferecia condições. (...)

No mesmo sentido, é o depoimento da testemunha V. C..R. (fls. 224/225), também ouvida a convite do reclamante, ao dizer que

(...) o acidente aconteceu quando o reclamante estava agachado no meio dos flutantes, porque o flutuante estava bem no local do cabeço onde o cabo tinha de ser amarrado, e nesse momento, quando o depoente já havia descido da

embarcação e prendido o cabo no cabeço de terra, o barco começou a dar para trás, provavelmente pelo movimento da lancha Anita que havia conduzido a embarcação para o cais, e o reclamante começou a gritar para parar porque o seu pé estava enrolado no cabo e não deu tempo de ser tomada alguma providência; que o pé dele foi amputado; que não acredita que possa ter havido descuido do reclamante, acredita que foi simplesmente um acidente; que geralmente o tipo de reparos era feito sempre assim, lá no cais; que as embarcações só eram levadas para estaleiro quando a obra era muito grande; que o depoente trabalhava desde 1970 no departamento; que a embarcação Benjamin era de médio porte, 37 metros; que para que o procedimento seja seguro, realmente o reparo tinha que ser feito fora d'água; que não havia estaleiro em Pelotas; que os engenheiros daqui de Pelotas é que decidiram que o reparo fosse feito da forma como foi; que se alguém se negasse a fazer determinada tarefa, tinha outro para fazer no lugar, era só desmoralizado; que como punição, a pessoa podia também ficar amarrada no cais, sem fazer hora extra; que tem notícia de outros acidentes, inclusive com falecimento de pessoas, inclusive no mesmo barco do acidente com o reclamante; que os trabalhadores não recebiam cursos de reciclagem, treinamento ou segurança; que o reclamante foi readaptado ao serviço, trabalhado como burocrata e, evidentemente, não era mais o mesmo, nem poderia ser, porque antes jogava futebol; que o reclamante também, antes, participava de festinhas, o que deixou de ser feito. (...)

Assim, resulta caracterizada a omissão culposa da empresa, devendo ser analisados os valores das indenizações por danos materiais e morais. Inicialmente, importa esclarecer que não socorrem a reclamada as alegações de que o pagamento do seguro efetuado pelo INSS deve ser compensado com a pensão deferida, haja vista os termos do art. 121 da Lei nº 8.213/91, a seguir reproduzido:

O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

Sobre a matéria, ensina Sebastião Geraldo Oliveira que

O empregado acidentado recebe os benefícios da Previdência Social, cujo pagamento independe da caracterização de culpa, já que a cobertura securitária está fundamentada na teoria da responsabilidade objetiva. E pode receber, também, as reparações decorrentes da responsabilidade civil, quando o empregador tiver dolo ou culpa de qualquer grau na ocorrência, com apoio na responsabilidade de natureza subjetiva. Como registra o texto da Constituição, a cobertura do seguro acidentário não exclui o cabimento da indenização (Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, São Paulo, LTr, 2006, p. 78).

Ademais, o valor arbitrado à indenização tem de basear-se na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável, não devendo ser tamanha que importe enriquecimento sem causa da vítima, mas bastante para reparar o dano suportado. O quantum pago à vítima há de ser capaz de compensar o dano sofrido, punir o ofensor e fazer com que este busque evitar que situações análogas se repitam.

É o chamado caráter pedagógico-preventivo da indenização. A respeito dessa questão, preleciona José Affonso Dallegrave Neto que

(...) o empregador deverá levar em conta todos os elementos que circunscrevem o episódio danoso não se esquecendo que a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade e, portanto, merece a maior proteção possível (Dallegrave Neto, José Affonso, Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 2005, p. 149).

No tocante aos danos morais e estéticos, é evidente o sofrimento suportado pelo empregado, em face dos transtornos, das dores e das adversidades decorrentes do acidente, bem como da redução de sua capacidade laborativa e da deformidade estética padecida, o qual deve ser reparado por compensação financeira. Por outro lado, considerando-se a situação econômica da reclamada (autarquia estadual), o seu grau de culpa no evento danoso (grave), a gravidade do prejuízo sofrido pelo autor (amputação do pé direito), o caráter ressarcitório-sancionatório da reparação, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, reputa-se insuficiente a indenização arbitrada na origem, na importância de R\$ 20.000,00, a título de ressarcimento por danos morais. e R\$ 20.000,00 a título de danos estéticos, dando-se provimento ao recurso do reclamante para majorar o valor arbitrado à indenização por danos morais para **R\$ 100.000,00** e à indenização por danos estéticos, igualmente, para **R\$ 100.000,00**.

Acerca dos danos patrimoniais, estabelece o art. 950 do Código Civil que,

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Portanto, considera-se justo o valor arbitrado na origem referente ao pensionamento mensal vitalício, ou seja, 40% da remuneração percebida pelo demandante à época do evento danoso, uma vez que, na inicial, o reclamante limita a pretensão a esse montante. Contudo, entende-se desnecessária a constituição de um monte-capital destinado à garantia da satisfação do pensionamento, pois o empregador se trata de ente público, não havendo falar em falência do devedor, capaz de colocar em risco o regular adimplemento das prestações futuras.

Por fim, como este acórdão estipula como valor da condenação importância certa e atual, a atualização monetária deve ser calculada a partir da data de sua prolação. E, no que tange aos juros, devem ser calculados sobre o valor da condenação a partir da data de ajuizamento da reclamação, na forma da Lei nº 8.177/91, até 26/08/2001, e, após, conforme o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, haja vista que a condenação é contra a Fazenda Pública estadual.

Nessa senda, dá-se provimento parcial ao recurso do reclamante para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 100.000,00 e da indenização por danos estéticos também para R\$ 100.000,00. Recurso da reclamada provido, em parte, para cassar o comando sentencial que determina a constituição de capital e determinar que os juros sejam calculados sobre o valor da condenação a partir da data de ajuizamento da

reclamatória, na forma da Lei nº 8.177/91, até 26/08/2001, e, após, conforme o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. REEXAME NECESSÁRIO. Exame da matéria remanescente

INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA NA BASE DE CÁLCULO DO PENSIONAMENTO MENSAL

O reclamante se insurge contra a decisão que indefere o pedido de inclusão do 13º salário na base de cálculo do pensionamento mensal deferido, alegando, em suma, que o fato de estar aposentado e recebendo gratificação natalina não impede que esta sirva de base para o cálculo da pensão deferida. Examina-se.

O Juízo *a quo* decide a questão conforme os fundamentos a seguir transcritos (nl. 262):

(...) Considerando que o autor se encontra aposentado (fl. 33), rejeito o requerimento de inclusão das gratificações natalinas no cálculo do pensionamento deferido, porquanto essas serão regularmente satisfeitas àquele, na forma do que estatui o parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 8.213/91. (...)

No entanto, não se comunga do entendimento esposado na origem. Como salientado no tópico anterior, o art. 21 da Lei nº 8.213/91 estabelece que *O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem*, de modo que o fato de o reclamante estar aposentado não obsta a inclusão do 13º na base de cálculo do pensionamento mensal. Considera-se que, em se tratando de parcela paga habitualmente ao empregado, à qual faria jus se em atividade estivesse, a gratificação natalina tem de ser considerada na base de cálculo do pensionamento deferido. Nesse sentido, é a Súmula nº 207 do STF, ao estabelecer que *as gratificações habituais, inclusive a de natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário*. Dessa forma, ordena-se a inclusão dos 13^{os} salários no pensionamento. Recurso provido.

[...]

Ac. 01005-2006-104-04-00-5 RO/REENEC

Cleusa Regina Halfen – Desembargadora-Relatora

Julg.: 09.06.2009 – 8 Turma

Publ. DOE-RS: 30.06.2009

Ac. 01265-2005-026-04-00-9 RO

VÍNCULO DE EMPREGO. CONTRATOS DE LOCAÇÃO E FRANQUIA DE POSTO DE COMBUSTÍVEIS. INEXISTÊNCIA. Os contratos comerciais de locação e franquias, por envolverem a exploração comercial de um complexo de bens corpóreos e incorpóreos – com destaque para a exploração de marca comercial largamente difundida no mercado – sujeitam o locador/franqueado a uma dependência negocial,

relativa à própria configuração do negócio, que não se confunde com a subordinação característica dos contratos de emprego. Demonstrado que o reclamante utilizou-se da credibilidade e nome da marca da reclamada no mercado, e investiu valor razoável em negócio visando a obtenção de lucro, não pode ser equiparado ao sujeito subordinado de que cuida a legislação trabalhista, mas sim ao empresário. Atuava com autonomia, em que pese a dependência negocial própria dos contratos que o vincularam à ré. Não há falar, por isso, em vínculo de emprego. Recurso da reclamada provido.

[...]

ISTO POSTO:

DO VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE AS PARTES.

A reclamada discorda do reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes no período de 10/12/1998 a 16/12/2003. Alega que a vinculação teve natureza comercial, sendo o reclamante sócio de empresa que firmou com a recorrente primeiro um contrato de locação de posto, e depois um contrato de franquia empresarial; que o reclamante assumiu os riscos do negócio, investindo em capital de giro e hipotecando bens de sua propriedade; que, de acordo com a prova testemunhal: a) a reclamada não exigia a permanência do autor nas dependências do posto; b) a contratação, remuneração e rescisão dos contratos de trabalho de empregados não sofria interferência da ré; c) a consultoria prestada pelos assessores não caracteriza fiscalização; d) o volume de combustível a ser adquirido e o preço de venda deste são arbitrados pelo operador do posto, sem interferência da ré, que apenas sugere valores; e) o operador do posto poderia dar descontos no preço do combustível sem consulta prévia ou repreensão da ré; f) todos os encargos fiscais, de manutenção de equipamentos e de pessoal ficavam a cargo do operador do posto.

Menciona que o reclamante, depondo como testemunha no processo nº 00388.010/02-5, reconheceu que sua empresa tinha custos e encargos, inclusive decorrentes de reclamações trabalhistas; que inexistia **subordinação** (pois a administração do posto era feita exclusivamente pelo reclamante), **pessoalidade** (pois para operar o posto o autor necessitava de empregados) e **pagamento de salário** (porque o reclamante recebia pró-labore, vinculado ao faturamento do posto); que a Portaria nº 116 da ANP (Agência Nacional do Petróleo) disciplina a atividade do revendedor varejista de combustível, prescrevendo-a como privativa de pessoa jurídica, de forma que a relação em comento não poderia ter se desenvolvido com a pessoa física do sócio, mas com a empresa da qual fazia parte ("POSTO TESSARI LTDA."); que as partes não poderiam ter celebrado um contrato de trabalho, sob pena de incidirem as penalidades previstas na Lei nº 9.847/99; que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça rejeitou representação da ANP que questionava a existência de fraude no modelo de contratação havido entre a Shell e os revendedores: que, no período de 01/12/1998 a 31/01/2001, as partes mantiveram contrato de **locação comercial**, tendo a reclamada alugado posto de combustíveis de sua propriedade (com os equipamentos necessários ao funcionamento), e o reclamante, por sua empresa, assumido a direção do empreendimento; que o reclamante teve de dispor de "capital de

giro" de R\$ 60.000,00 para iniciar o negócio, o que demonstra sua participação nos riscos; que as cláusulas 4.3, 6.1 e 8.1 do contrato de locação determinavam que os impostos, encargos sociais, trabalhistas e previdenciários, bem como os custos de manutenção dos equipamentos locados eram de responsabilidade do locatário; que, em decorrência das peculiaridades que cercam as atividades de revenda de combustível e o fato de que grande parte dos interessados não tinha postos de gasolina anteriormente, era necessário o treinamento do futuro varejista, após o qual era celebrado o contrato de locação; que os elementos do contrato de locação invocados na sentença para justificar o reconhecimento do vínculo de emprego não procedem, porquanto: a) tratando-se de equipamentos locados, qualquer alteração precisava ser autorizada pelo proprietário, o que explica a cláusula 6.2 do contrato; b) a obrigatoriedade de manter o posto em funcionamento durante vinte e quatro horas era mera condição do negócio para o qual concordou o autor; e) a liberdade de a reclamada escolher os locais para divulgação de campanhas publicitárias e a obrigação do locatário de acatar tal escolha não configura interferência na gestão da empresa, pois a harmonia entre as peças de publicidade dos postos de uma mesma rede favorece o vendedor de combustíveis; d) a alegada ingerência da reclamada na sociedade constituída pelo reclamante reflete apenas uma necessidade imposta pela legislação nacional, na medida em que apenas pessoas jurídicas devidamente constituídas podem comercializar combustíveis.

Assevera que, em 01/02/2001, a empresa da qual o reclamante era sócio optou pelo modelo da **"Franquia Empresarial de Posto de Serviços Shell"**, a qual garantia ao reclamante suporte técnico de assessoria, central de apoio de pedidos, informações comerciais e orientações quanto a procedimentos operacionais, bem como treinamento ao franqueado; que, encerrado o contrato de locação comercial até então vigente, a reclamada deu em comodato à empresa do autor as instalações do posto, incluindo a loja de conveniências e o centro de serviços automotivos, assumindo o comodatário todos os encargos atinentes ao imóvel; que o comodato estava vinculado ao contrato de franquia empresarial, em consonância com a Lei nº 8.955/94, que afasta a possibilidade de relação de emprego entre franqueador e franqueado no seu art. 2º; que, nesse contrato, a reclamada investiu grandes valores no ativo fixo (marcas, instalações e equipamentos), enquanto o franqueado lhe pagava *royalties* e assumia os riscos do negócio, dirigindo o empreendimento (era responsável pelos impostos e encargos fiscais, sociais, trabalhistas e previdenciários, implementação de projetos complementares, manutenção dos equipamentos etc.); que o reclamante gerenciava o posto, contratando e despedindo empregados, controlando as despesas, comprando materiais, definindo a quantidade de combustível a ser adquirida, a quantidade de produtos a serem comercializados na loja de conveniências etc.; que os elementos do contrato de franquia invocados na sentença para justificar o reconhecimento do vínculo de emprego não procedem, porquanto: a) a limitação dos produtos a serem comercializados é inerente à natureza do contrato, sob pena de descaracterização da marca; b) a forte fiscalização e regulamentação da atividade exercida pela empresa do autor recomenda que a contabilidade seja centralizada e feita por empresa especializada, a fim de que sejam padronizados os procedimentos para todos os postos da reclamada, existindo, ademais, a possibilidade de escolha dentre escritórios credenciados; e) foi o posto do reclamante que optou pela percepção de "receita operacional mínima", que dependia

da operação em condições ideais, em detrimento do pagamento de *royalties* sobre a venda de combustíveis, não servindo essa receita como elemento caracterizador do vínculo de emprego; d) o reclamante assumiu o risco do negócio, a ponto de o mau gerenciamento conduzir a uma dívida de mais de R\$ 200.000,00 com a franqueadora, conforme demonstra a prova testemunhal; e) não é verdade que o reclamante não pagou taxa de filiação, tendo tal condição do contrato sido implementada mediante hipoteca de imóvel de propriedade do reclamante, avaliado em R\$ 270.000,00, conforme demonstra a prova testemunhal; f) o contrato de assunção de dívida juntado com a defesa evidencia que o reclamante assumiu os riscos do negócio, contraindo dívida com a reclamada, paga por terceiros, após negociação do ponto onde a empresa do reclamante atuava.

À análise e decisão.

Na **petição inicial**, o reclamante afirma ter sido contratado e assalariado pela reclamada e prestado serviços sob dependência exclusiva desta. Alega que, por ocasião de sua contratação, a demandada deixou claro que ele seria um mero preposto junto ao posto de combustíveis de sua propriedade, sem qualquer poder de deliberação sobre preços dos produtos, quantidade de empregados para gerir o negócio, etc., já que tais atribuições eram de exclusividade da reclamada. Assevera que a reclamada determinou a realização de um curso de 15 dias a fim de apresentar melhor a atividade do revendedor varejista, e que, "em autêntico engodo", submeteu o reclamante à constituição de uma sociedade limitada, determinando que fosse o detentor da maior parte do capital social (99%). Sustenta que a reclamada tentou simular a existência de um contrato de locação comercial entre pessoas jurídicas, e em 01/02/2001, um contrato de franquia, sem que as atividades tenham sido alteradas na prática. Menciona que não corria os riscos do empreendimento, pois quando o resultado mensal era deficitário, os valores eram reembolsados pela reclamada à empresa do demandante. Além disso, refere que havia a ingerência da reclamada, por seus supervisores, seja pela determinação dos preços dos combustíveis e demais produtos comercializados, seja pelo controle de horário ou ainda pela prévia determinação da quantia a ser retirada a título de "pró-labore".

A **sentença** acolheu a pretensão de reconhecimento do vínculo de emprego, sob os seguintes argumentos (fls. 955/955-verso):

"... se observados os termos dos contratos de locação e de franquia - fls. 53 e seguintes -, constata-se que estes tiram do locatário/franqueado qualquer liberdade de gerir o negócio na condição de empregador, podendo-se citar, exemplificativamente:

a) no contrato de locação:

- a impossibilidade de introdução de benfeitorias, alterações, remoções ou acréscimos sem o consentimento escrito da reclamada (cláusula 6.2, fl. 56);

- a obrigatoriedade de manter o posto em funcionamento durante vinte e quatro horas, diariamente (cláusula 9.1, fl. 57);

. a liberdade de a reclamada poder escolher locais para divulgação de campanhas publicitárias e a obrigação de o locatário acatar tal escolha (cláusula 11.1, l. 58):

- a ingerência da reclamada na sociedade constituída pelo reclamante, uma vez que, pela cláusula 11.5 (fl. 58), a sociedade locatária somente poderia alterar seu quadro societário com prévia e expressa autorização da reclamada.

b) no contrato de franquia:

- os produtos ofertados na loja de conveniências do Posto eram somente aqueles autorizados pela reclamada (cláusula 1.5, fl. 82);

- a obrigatoriedade de o franqueado contratar uma das empresas de contabilidade indicadas pela reclamada (cláusula 5.1, fls. 83-84);

• o condicionamento de receita operacional mínima ao cumprimento das obrigações definidas na cláusula 8.4 (fl. 85), entre elas constando a de praticar o preço máximo sugerido pela franqueadora;

- não era o reclamante quem retirava o pro labore, mas este, por meio da nomenclatura de receita operacional mínima, era pago pela reclamada, como se vê da cláusula 8.6, fl. 85).

Quanto a este último contrato, ademais – de franquia –, não se identifica que o reclamante tenha efetuado o pagamento de taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução, tal como estabelecido no art. 3º, VII, da Lei 8.955/94: é o que se vê do item V da fl. 80. Quanto ao primeiro contrato, a seu turno, não se identifica a mencionada aplicação de capital de giro.

Em consequência do acima exposto, tem-se que os contratos celebrados entre a reclamada e a sociedade formada pelo reclamante, em verdade, objetivaram mascarar a verdadeira relação subjacente, que se dava diretamente com o reclamante, de forma pessoal, onerosa, não-eventual e subordinada.

A reforçar tal conclusão, ainda está o fato de que a sociedade constituída pelo reclamante possui a data de abertura em 15.12.1998 (fl. 17), posterior à própria data em que firmado o primeiro contrato de locação (fl. 60)".

O documento da fl. 17 demonstra a existência da sociedade empresária denominada "POSTO TESSARI LTDA.", com registro em 15/12/1998. A alteração e consolidação do seu contrato social (fls. 18/20) comprova que o reclamante detinha 99% do capital social (R\$ 69.300,00) até setembro de 2001, quando passou a deter apenas 50% deste.

Às fls. 53/71, consta o "**contrato de locação de posto Shell**", firmado em 01/12/2005, pelo qual a reclamada deu em locação à empresa do reclamante "*o POSTO SHELL de sua propriedade {...} compreendendo o imóvel e suas benfeitorias; o fundo de comércio; e, ainda, as instalações, máquinas, equipamentos e utensílios que o integram*" (fl. 51, cláusula 2.1).

Como contraprestação, o locatário se comprometeu, dentre outras obrigações, a pagar aluguel mensal (que, apenas para a revenda de combustível, variava de **R\$ 7.700,00 a R\$ 22.400,00**, mais um valor adicional, conforme o faturamento mensal – fls. 63/64), arcar com impostos, taxas e contribuições incidentes sobre o imóvel e sobre as atividades comerciais (fl. 55, item 4.3.2), não alterar ou suprimir as marcas e a manifestação visual que caracterizam o posto Shell (fl. 56, cláusula 5.1),

fazer a manutenção dos equipamentos mediante prévia e expressa solicitação à reclamada (fl. 56, cláusula 6.1), não introduzir benfeitorias, alterações, remoções ou acréscimos no posto sem o consentimento da reclamada (6.2), contratar seguro referente ao imóvel, benfeitorias, instalações, máquinas e equipamentos, por quantia nunca inferior a R\$ 850.000,00 (1. 57, cláusula 7.1), bem como manter o posto em funcionamento 24 horas por dia (fl. 57, cláusula 9.1). Além disso, estipulou-se que a reclamada poderia manter no posto letreiros e anúncios para divulgação de produtos, propagação de campanhas publicitárias e informações aos consumidores, ficando a seu critério exclusivo a escolha do espaço apropriado para tal fim (f. 58, cláusula 11.1). Ainda, ajustou-se que o contrato era firmado pela reclamada tendo por pressuposto de validade a atual personalidade jurídica do locatário, de forma que a substituição dos seus sócios dependeria de prévia e expressa autorização por escrito da Shell (1. 58, cláusula 11.5). Mais, restou avençado que à reclamada se assegurava o direito de vistoriar o local sempre que entendesse conveniente, a fim de verificar o cumprimento das obrigações assumidas pelo locatário (fl. 59, cláusula 11.6).

Tal contrato foi rescindido em 31/01/2001 e substituído por um "**contrato de comodato de posto de serviços Shell**" (fls. 74/78), vinculado a um "**contrato de franquia empresarial de posto de serviços Shell**" (fls. 80/110).

Por este, a reclamada outorgou à empresa POSTO TESSARI LTDA., *"em caráter personalíssimo, precário e sem exclusividade territorial, sob regime de franquia, o direito de exploração comercial do POSTO DE SERVIÇOS SHELL, incluindo: a) licença não exclusiva do uso das marcas franqueadas e da manifestação visual [...]; b) fornecimento de conhecimentos relativos à exploração comercial; c) aquisição exclusiva pelo franqueado de combustíveis e demais produtos previamente aprovados para comercialização no posto de serviços Shell diretamente da franqueadora ou de terceiros por ela autorizados"* (fl. 83, cláusula segunda). As atividades franqueadas envolviam *"operação de loja de conveniência, centro de produtos e serviços automotivos, lavagem de veículos e abastecimento de combustível"* (fl. 83, cláusula 4.1).

Em troca, o franqueado assumiu diversas obrigações, dentre as quais a de manter o "padrão contábil do posto de serviços Shell", contratando uma das empresas de contabilidade habilitadas pela franqueadora (fls. 83/84, cláusula 5.1); pagamento de *royalties* (fl. 84, cláusula 7.1), que podia ser dispensado sobre a atividade de abastecimento de combustível caso o franqueado fizesse jus à receita operacional mínima, devida quando atendesse certas condições, como a adoção dos preços máximos ao consumidor sugeridos pela franqueadora (cláusulas 7.2 e 8.4); manter o projeto arquitetônico interno e externo do posto (fl. 86, cláusula 11.1, b); submeter-se a treinamentos iniciais e de reciclagem recomendados pela franqueadora (fls. 86/87, cláusula 11.1, e) etc. Estabeleceu-se que a reclamada poderia manter no posto letreiros e anúncios para a divulgação de produtos e campanhas publicitárias, ficando a seu critério exclusivo a escolha do espaço apropriado para tal fim (fl. 88, cláusula 13.1), devendo o reclamante contribuir para um fundo de publicidade destinado à captação de recursos financeiros voltados para as campanhas de promoção e propaganda do negócio (fls. 88/89, cláusula 14.1). O franqueado/comodatário obrigou-se a pagar todos os tributos ou encargos de qualquer natureza incidentes sobre os bens (fl. 75, cláusula terceira),

responsabilizando exclusivamente por roubos, incêndios, etc. (fl. 76, cláusula sétima). Mais uma vez, o franqueado reconheceu que *"um dos fatores que levaram a franqueadora a assinar este contrato foi o controle da maioria absoluta das quotas sociais do franqueado pelo seu sócio gerente abaixo assinado, motivo pelo qual sua eventual substituição somente será possível caso o novo candidato passe também pelo mesmo processo, de modo a assegurar a manutenção dos padrões da franquia"* (fl. 89, cláusula 15.1). O mencionado sócio-gerente é o reclamante.

Os elementos componentes da relação de emprego são cinco: prestação de trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade. A CLT aponta-os em dois preceitos: no art. 3º: *"Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário"*; e no art. 2º: *"Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços"* (grifou-se).

Com relação aos dois primeiros requisitos – **trabalho por pessoa física e pessoalidade** – significam que a prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física, e que se reveste de infungibilidade no que tange à pessoa do trabalhador. Neste ponto, adverte-nos o jurista Maurício **Godinho Delgado** (in Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 291):

"Obviamente que a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulatória da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física, celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterninação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão-somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação empregatícia."

A respeito desses elementos, viu-se que os contratos firmados continham cláusulas nas quais se deixava clara a exigência da reclamada quanto à estabilidade do quadro societário da empresa "POSTO TESSARI LTDA.", em especial a pessoa do sócio-gerente, o reclamante. Tal circunstância, aliada ao fato de a empresa ter sido constituída poucos dias após a celebração do contrato de locação comercial, tendo o reclamante 99% do seu capital social, demonstra a forte carga de pessoalidade existente na relação em apreço. Reforçando tudo isso, a testemunha F. F. N. adverte que *"havia uma determinação da reclamada de que o depoente lidasse com o sócio majoritário, o qual deveria deter 90% a 99% do capital social; o sócio remanescente não poderia ter poder de mando"* (nl. 850).

A contratação feita em consideração à pessoa do administrador (o reclamante) faz surgir o elemento pessoalidade, mas não permite afirmar o objetivo de fraudar a legislação trabalhista, porquanto a pessoalidade do franqueado, executor dos modelos do negócio a ele transferidos, também é natural ao contrato de franquia. Ademais, o exercício da atividade de revenda varejista de combustível *"somente poderá ser exercida por pessoa jurídica"* (Portaria nº 116 da ANP, ar. 3º-fl. 126).

O terceiro elemento configurador da relação de emprego é a **não-eventualidade**, que traduz a idéia de permanência, em oposição ao trabalho esporádico. Tal elemento também está delineado no caso dos autos, pois a reclamada não **nega** que a vinculação entre as partes perdurou de 01/12/1998 a 16/12/2003.

Ainda, é notória a presença do elemento **onerosidade**, pois a relação mantida **entre** as partes envolvia contraprestações recíprocas, conforme visto acima.

O elemento mais característico da relação de emprego, todavia, é a **subordinação ou dependência**.

Nesse sentido, não há dúvida de que ambos os contratos comerciais acima descritos, por envolverem a exploração comercial de um complexo de bens corpóreos e incorpóreos de propriedade da reclamada – com destaque para a exploração de marca comercial largamente difundida no mercado – sujeitam o locador/franqueado ao que se pode chamar de dependência negocial, relativa à própria configuração do negócio, que não se confunde, todavia, com a subordinação característica dos contratos de emprego. Por essa circunstância, justificam-se medidas restritivas na atuação do locatário/franqueado, como, por exemplo, a sua sujeição às campanhas de publicidade feitas pela detentora da marca e o controle dos produtos vendidos.

A Lei nº 8.955/94 prevê, em seu art. 2º:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Fabio Ulhoa Coelho (in Manual de Direito Comercial. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 439/441) menciona as principais características do contrato de franquia, que, grosso modo, também se aplicam ao contrato de locação envolvendo a exploração de marca comercial (como visto, o contrato de locação envolveu a cessão do "fundo de comércio", e o reclamante comprometeu-se a respeitar as marcas e manifestação visual da reclamada):

A franquia é um contrato pelo qual um empresário (franquiador - franchisor) licencia o uso de sua marca a outro (franquiado - franchisee) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. Através desse tipo de contrato, uma pessoa com algum capital pode estabelecer-se comercialmente, sem precisar proceder ao estudo e equacionamento de muitos dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativa, treinamento de funcionários e técnicas de marketing. Isto porque tais aspectos encontram-se já suficiente e devidamente equacionados pelo titular de uma marca de comércio ou serviço e ele lhe fornece os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio.

A franquia consiste, pois, na conjugação de dois contratos: o de licenciamento de uso de marca e o de organização empresarial. Normalmente, o franquiado

dispõe de recursos e deseja constituir uma empresa comercial ou de prestação de serviços. Contudo, não tem os conhecimentos técnicos e de administração e economia geralmente necessários ao sucesso do empreendimento nem os pretende ter. Do outro lado, há o franquiador, titular de uma marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à implantação de filiais. Pela franquia, o franquiado adquire do franquiador os serviços de organização empresarial e mantém com os seus recursos, mas com estrita observância das diretrizes estabelecidas por este, isto é, um estabelecimento que comercia os produtos ou presta os serviços da marca do franquiador. Ambas as partes têm vantagens, posto que o franquiado já se estabelece negociando produtos ou serviços já trabalhados junto ao público consumidor; através de técnicas de marketing testadas e aperfeiçoadas pelo franquiador; e este, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem novos aportes de capital. (grifou-se)

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (in Relação de Emprego. Estrutura Legal e Supostos. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 577 e 579), ao traçar comparativo entre os contratos de emprego e franquia, leciona:

*"Pela índole especial do contrato, pela íntima ligação da atividade do franqueado com o êxito do negócio, para o qual contribuem decisivamente as estratégias que visam à sempre maior captação de clientela e à credibilidade do produto, da marca ou da insígnia colocados no mercado, reserva-se ao franqueador a condução logística geral do negócio e das atividades dos franqueados o que [...] importa na intervenção daquele por meio de conselhos, de ajuda, em geral com o concurso de visitas periodicamente efetuadas pelo franqueador, o regular **exame de documentos enviados pelo franqueado nas condições contratualmente previstas**. o que não significa, de maneira nenhuma, na conversão do contrato de franchise em contrato de trabalho ou outro similar qualquer".*

f...] não pode o investigador deixar de trazer à tona a decisiva figura da subordinação (in abstracto, jurídica) que atua como a iniludível tônica na configuração da relação de emprego, mas que, seja paralela seja centralmente, comparece sob outra face no contrato de franchise por meio do controle do franqueado pelo franqueador". (grifou-se)

Conforme já mencionado por esta Turma, em acórdão relatado pelo **Ex.mo Des. Denis Marcelo de Lima Molarinho** (nº 01007-2007-732-04-00-3, julgado em 06/11/2008, publicado em 17/11/2008), *"o contrato de franquia constitui meio de cooperação entre as empresas, sendo que a franqueada entrega sua marca, tecnologia e produtos e recebe em troca, além da remuneração, a distribuição e ampliação dos seus produtos e serviços. Para tanto, são estipuladas medidas de padronização das atividades do franqueador, buscando a manutenção da identidade da marca. Essa padronização, que é da natureza do contrato, não configura qualquer subordinação entre as empresas, que permanecem independentes, salvo pela relação de auxílio mútuo própria do contrato firmado".*

A par dessas noções, conclui-se ser natural aos contratos em apreço certa ingerência da proprietária da marca nos negócios da parte que a explora comercialmente. Por isso,

justifica-se a sua interferência na organização do negócio, mediante a centralização da publicidade, da contabilidade, e até mesmo exigências relativas ao número, perfil e treinamento dos empregados contratados.

Antes de seguir a análise, traz-se lição de **Manuel Alonso Olea** (in Introdução ao Direito do Trabalho. 4 ed. São Paulo: LTr, 1984, p. 30/31):

"... a dependência é uma consequência ou um efeito da prestação de trabalho para terceiros. Os produtos, no trabalho por conta alheia, pertencem originariamente a uma pessoa distinta da que efetivamente trabalha; aquela se reserva um poder de direção ou de controle sobre os bens que devam ser produzidos".

A subordinação (dependência) pode ser vista a partir da noção de trabalho por conta alheia, pois o trabalho por conta própria é sempre autônomo. Por definição, o empregado presta serviços por conta alheia, sem assumir os riscos da atividade econômica, alienando os frutos do seu trabalho (alteridade – CLT, art. 2º). A subordinação do empregado, em resumo, contrapõe-se à assunção dos riscos e resultados do empreendimento pelo empregador.

É nesse ponto – assunção dos riscos da atividade pelo reclamante – que reside a maior controvérsia entre as partes.

A questão é central, pois não há relação de emprego quando uma das partes contratantes, apesar de se submeter a diretrizes negociais da outra, e, assim, ver mitigada a sua liberdade de atuação empresarial, sujeita-se aos riscos do negócio. **Vilhena** (op. cit., p. 574) adverte que *"a nota substancialmente característica do contrato de franchise reside em exercer o franqueado [...] uma atividade por conta própria, assumindo-lhe os riscos e os resultados dentro das bases e da índole do negócio jurídico entabulado"*.

Nessa senda, entende-se que o conjunto probatório demonstra a assunção de riscos da atividade pelo reclamante, que investiu capital próprio no negócio.

A testemunha F. F. N., convidada pelo reclamante, refere (fls. 851/852):

"que o depoente não participou do processo seletivo de varejistas, mas ao que sabe, era feita uma pré-seleção, inclusive levando em conta a possibilidade de colocação de capital de giro pelo selecionado e que depois iam para Campinas, com o contrato já firmado, para realização de cursos para varejistas [...] à vista do documento de fl. 21, o depoente refere que foi elaborado pela reclamada e continha o capital que deveria ser aportado para inclusão e manutenção dos negócios; [...] o varejista colocava capital de giro, mas não hipotecava bens..." (fls. 850/853)

Essa testemunha, ao referir que o reclamante detinha 99% do capital social da empresa, refere que *"o sócio minoritário não poderia ter poder de mando"* (fl. 851), o que significa, *contrario sensu*, que o reclamante, enquanto sócio majoritário, tinha poder de mando. Além disso, confirma o seu depoimento prestado à fl. 199, no qual refere que *"os empregados do posto são contratados e pagos pela empresa formada pelo operador do posto"*, que *"a empresa do operador do posto não tem participação da reclamada"* e que, na condição de preposto da reclamada, *"não dava ordens diretas aos empregados do posto"*.

A testemunha M. M. R., arrolada pela reclamada e ouvida por carta precatória, assevera (fls. 874/875, a carmim):

"que na época do reclamante o modelo de contrato exigia capital de giro de R\$ 60.000,00; que inicialmente o autor firmou um contrato de locação com a ré, rescindido e sucedido por um contrato de franquia; que no 1º tipo há apenas pagamento de alugueres, no 2º o reclamante integrou uma rede de franqueados, tendo que pagar royalties à franquizada; que para realizar o financiamento com a reclamada e operar este posto foi exigido do autor hipotecar um imóvel [...] que o interessado em operar o posto arca com todas as despesas desse curso de treinamento, inclusive hospedagem e deslocamento [...] que a reclamada não interfere no modo e quantitativo de 'remuneração dos sócios'; que a contratação de empregados para trabalharem nos postos ficava ao encargo do reclamante, inclusive no período de locação; que as demissões também ficavam ao encargo do reclamante; que o reclamante, sem qualquer interferência da ré, supervisionava o trabalho desses empregados [...] que a reclamada não repassa valores para pagamento de empregados, correm exclusivamente por conta do reclamante; que da mesma forma as despesas do posto correm exclusivamente por conta do reclamante [...] que o autor não estava vinculado às sugestões do assessor de vendas, podendo mesmo rejeitá-las sem qualquer sanção [...] que os débitos do autor alcançaram R\$ 268.000,00, motivo pelo qual a reclamada autorizou a venda da franquia para outra pessoa; que as despesas fiscais e previdenciárias correm por conta exclusiva do reclamante"

É verdade que a testemunha C. S. (fl. 850 e 254/255) que atuou como contador do posto durante 3 ou 4 meses, menciona que, em caso de se apurarem prejuízos, *"a orientação da reclamada é que neste caso haveria reembolso dos valores para o operador"* (nl. 255). Todavia, também refere que *"não se recorda se ocorreu reembolso para o reclamante"*. De qualquer forma, essa reposição de prejuízos, se existente, mitiga os riscos do operador; porém, não os elimina, na medida em que, comprovado o investimento de um capital inicial e de manutenção, é certo que o reclamante aceitou os riscos do negócio.

Essa testemunha salienta que a reclamada controlava a contabilidade do posto e determinava o número de empregados, mas que *"não tem conhecimento de advertência ou punição aplicada pela reclamada ao reclamante"* (fl. 255). Confirma que era o reclamante que fazia a seleção e contratação dos empregados do posto e arcava com as despesas de treinamento, bem como as referentes a encargos sociais, fiscais e de manutenção dos equipamentos.

P. A. T. S., ouvido como informante, referenda a versão de que *"o posto do reclamante tinha dívidas e foi vendido posteriormente"* (fl. 854), o que vai ao encontro da idéia de que o reclamante corria os riscos do negócio. Anote-se, ainda, que a testemunha A. M. M. da S., refere-se ao reclamante como sendo *"seu patrão"* e quem realizou sua entrevista para o emprego no Posto Tessari (fls. 852). Além disso, afirma que *"nunca viu o reclamante ser advertido pela reclamada"*, e que as advertências aos empregados do posto eram feitas apenas pelo reclamante.

Mencionem-se, ainda, as cláusulas contratuais prevendo a necessidade da empresa do reclamante contratar seguro referente aos bens materiais locados ou dados em comodato, e de assumir os encargos fiscais relativos a esses mesmos bens.

Outrossim, a reportagem das Os. 153/156, carreada aos autos pelo reclamante, demonstra a insatisfação aos varejistas, que não viram atendidas suas expectativas de ganhos no negócio. Na citada reportagem, um desses varejistas confirma a obrigatoriedade de realizar um investimento inicial e investimentos de manutenção do negócio, relatando que *"chego uma hora em que eu comecei a fazer as minhas contas e vi que o meu investimento inicial já não existia mais [...] Tive que fazer um empréstimo no banco para pagar a energia elétrica do posto. As ROMs simplesmente não cobriam mais as despesas. Vendi meus carros para arcar com o 13º dos funcionários"* (fl. 156). Essas informações, anote-se, são incompatíveis com a tese de que a reclamada ressarcia os prejuízos experimentados pelo reclamante.

Todas essas circunstâncias demonstram que o reclamante não era o sujeito subordinado de que cuida a legislação trabalhista, mas sim empresário, que, utilizando-se da credibilidade e nome da marca da reclamada no mercado, investiu valor razoável em negócio, visando a obtenção de lucro. Atuava com autonomia, em que pese a dependência negocial própria dos contratos que o vincularam à ré.

Não há falar, por isso, em vínculo de emprego.

Nesses termos, impõe-se dar provimento ao recurso ordinário da reclamada, para afastar o reconhecimento do vínculo de emprego e absolvê-la das condenações impostas na origem.

Resta prejudicada a análise dos demais itens do recurso da reclamada, bem assim do recurso adesivo do reclamante.

[...]

Ac. 01265-2005-026-04-00-9 RO

Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo - Desembargadora-Relatora

Julg.: 16.04.2009 – 5ª Turma

Publ. DOE-RS: 27.04.2009

Ac. 01425-2007-141-04-01-5 AI

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESERÇÃO. A discussão a respeito da caracterização do intuito procrastinatório dos embargos de declaração opostos à sentença, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atribuído a causa, por estar inserida no bojo do recurso ordinário, obsta o seu não recebimento por deserto, quer por se configurar vedação de acesso à Justiça, quer porque tal penalidade não tem o condão de ser computada no valor dado à causa pela parte e sobre ele se impor o recolhimento das custas processuais. Agravo de instrumento provido.

[...]

ISTO POSTO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESERÇÃO.

Valor das custas acrescido pelo cômputo da multa de 1% por embargos procrastinatórios no *quantum* atribuído à causa.

A julgadora da origem extinguiu sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, o procedimento monitorio ajuizado pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil-CNA contra Paulinho [...], condenando a autora ao pagamento de custas processuais de R\$ 18,87, calculadas sobre o valor atribuído à causa, R\$ 943,39 (cópia da sentença, fl. 21). Rejeitou, também, os embargos de declaração opostos pela confederação reclamante nos autos do referido procedimento, condenando-a ao pagamento da multa no importe de 1% sobre o valor da causa, a ser revertido à União. Decidiu nos seguintes termos: "Valor das custas que se acresce pelo cômputo do valor da multa no valor atribuído à causa, exceto se for o caso de aplicação do art. 789, *caput*, da CLT" (nl. 26).

Ao interpor recurso ordinário, a ora agravante recolheu as custas de R\$ 18,87, o que levou a não ser recebido o apelo, porque deserto, sob o fundamento de que "A CNA não atentou para os valores fixados nos embargos declaratórios" (fl. 43).

A matéria relativa à aplicação da multa *foi* objeto do recurso não recebido, configurando-se, portanto, como controvertida a questão. Sendo controvertida a questão, não há como obstar o processamento do apelo sem análise da matéria controvertida, especialmente quando considerada pela origem como pressuposto de admissibilidade extrínseco não preenchido, sob pena de negação de acesso ao Judiciário. Ademais, de acordo com o art. 789, 11, da CLT, as custas são calculadas sobre o valor da causa, quando houver extinção do processo sem julgamento do mérito. No caso, a despeito da aplicação da multa referida, a mesma não tem o condão de elevar o valor da causa atribuído pela parte em sintonia com os pedidos elencados na petição inicial, uma vez que se trata de penalidade, caso mantida, a ser cobrada da parte devedora, como item condenatório, à semelhança das custas processuais, mas não como condicionante ao recebimento do recurso, por falta de amparo legal, eis que restaria pendente de análise a questão exatamente considerada prejudicial à sua admissibilidade.

Por conseguinte, dá-se provimento ao agravo de instrumento para se determinar o destrancamento do recurso ordinário interposto pela CNA e seu regular processamento.

[...]

Ac. 01425-2007-141-04-01-5 AI

Maria da Graça R. Centeno – Juíza Convocada-Relatora

Julg.: 11.12.2008 -8 Turma

Publ. DOE-RS: 07.01.2009

Ac. 00292-2007-403-04-00-5 RO

RECURSO DO RECLAMANTE. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS RESCISÓRIAS E SALÁRIOS A PARTIR DE 01-07-2005. CONTRIBUIÇÕES A PREVIDENCIA PRIVADA. É de ordem legal a suspensão do contrato de trabalho na situação em que o empregado se afasta de suas atividades laborais na empresa para exercer encargo público, sendo assim qualificado o exercício de mandato eletivo para Deputado Estadual ou Federal, restando sustadas as obrigações contratuais recíprocas durante o período suspensivo.

[...]

ISTO POSTO:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS RESCISÓRIAS E SALÁRIOS A PARTIR DE 01-07-2005. CONTRIBUIÇÕES À PREVIDENCIA PRIVADA

Não se resigna o reclamante com a decisão *a quo* no aspecto em que indeferiu o pedido do autor de rescisão indireta do contrato de trabalho, decorrentes verbas rescisórias e salários do período posterior a julho de 2005, sob o precípuo fundamento de que o contrato de trabalho encontra-se suspenso. Argumenta, em síntese, que inexistente imposição legal para suspensão do contrato em face do afastamento do empregado em virtude de encargo público, bem como que inexistente legislação que vede ao deputado estadual a cumulação do exercício de cargo com emprego ou função em entidade privada. Refere-se à permissão à cumulação com o cargo de professor. Sustenta a possibilidade de cumulação das funções de Assessor para Assuntos de Regionalização com os de Deputado, invocando o princípio inculpidado no Código de Ética Parlamentar, artigos 31, incisos I e II, n.º 166, e artigo 21.

Analisa-se.

Infere-se dos autos que o autor ingressou na reclamada em 03-05-1990, exercendo inicialmente três mandatos consecutivos no cargo de Reitor da Universidade, passando, posteriormente (03 de maio de 2002), ao desempenho da função de Assessor Especial da Reitoria para Assuntos de Regionalização. No ano de 2002, em virtude de campanha eleitoral para o cargo de Deputado Estadual a que era candidato, o autor formulou e teve deferidos requerimentos de licenças não remuneradas abrangendo o período de 14-08-2002 a 10-10-2002 (fls. 132/134) e, ainda, na data de 31-01-2003 requereu e obteve a concessão de licença não remunerada a partir de 01-02-2003 "até o momento legal de poder usufruir do direito de encaminhar a aposentadoria complementar aprovada pelo Conselho Diretor da Fundação Universidade de Caxias do Sul" (fl. 132). Na data de 06-06-2005 o autor ingressou com requerimento junto à reclamada, solicitando a suspensão da licença (para tratamento de interesses particulares) e o retorno às suas atividades a partir de 01-07-2005 (fl. 25). Em resposta, a reclamada expediu o ofício adunado à fl. 26, esclarecendo a impossibilidade de seu retorno, tendo em vista sua licença para o exercício das funções de parlamentar junto à Assembléia

Legislativa do Estado, e considerando que não existem atividades previstas a lhe serem designadas. Diante desse posicionamento da reclamada, pretende o autor a declaração judicial de rescisão indireta do contrato de trabalho (ar. 483, "d", "g" e § 3º), pagamento das verbas rescisórias decorrentes e dos salários a partir de 01-07-2005, bem como, em face do retomo às atividades, o reembolso das contribuições à previdência privada. Infere-se, ainda, que após o mandato como Deputado Estadual e o autor foi eleito a mandato de Deputado Federal, o qual cumpre atualmente.

Preceitua o artigo 472, e seu parágrafo primeiro, da CLT:

Art. 472 - O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.

§ 1º- Para que o empregado tenha direito a voltar a exercer o cargo do qual se afastou em virtude de exigências do serviço militar ou de encargo público, é indispensável que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data em que se verificar a respectiva baixa ou a terminação do encargo a que **estava obrigado**. (grifou-se)

Não resta dúvida, pela exegese do artigo 472, e seu parágrafo primeiro, da CLT, que é de ordem legal a suspensão do contrato de trabalho na situação em que o empregado se afasta de suas atividades laborais na empresa para exercer encargo público, sendo assim qualificado o exercício de mandato eletivo para Deputado Estadual ou Federal. Conquanto o afastamento do autor tenha se dado, inicialmente, em razão de seus pedidos de licença não remunerada para fins de realizar campanha política, a partir do momento em que foi diplomado como Deputado Estadual e após Deputado Federal, o contrato de trabalho que mantém com a reclamada passou a condição de suspenso por força da lei e não a pedido para tratamento de interesses particulares. Não vinga, portanto, o argumento recursal de que a ré não pode forçar a manutenção de um afastamento decorrente de interesses particulares do trabalhador, já que o contrato está suspenso por força legal. Efetivamente, as disposições do artigo 472 da CLT têm por escopo estabelecer garantia ao trabalhador, no sentido de lhe assegurar a manutenção do emprego, que permanece suspenso nas hipóteses de afastamento para prestação de serviço militar ou exercício de encargo público. Compartilhando com essa finalidade assecuratória de direito, é compulsória a incidência dos efeitos legais da suspensão do contrato de trabalho, notadamente o efeito de sustação das obrigações contratuais recíprocas durante o período suspensivo, até a assunção da situação que dá causa à suspensão (no caso, o cumprimento de mandato eletivo), portanto, no mencionado lapso suspensivo o empregador não está obrigado a oferecer trabalho e a pagar salários.

Nesse passo, não tem sustentação a tese recursal, inclusive no tocante ao seu embasamento no princípio insculpido no artigo 31, incisos I e III, do Código de Ética Parlamentar (interesse e vontade popular) e no artigo 21 do mesmo Código, os quais não têm correlação ou, pelo menos, relevância em relação à matéria discutida nos autos. Importante notar, considerando a excepcionalidade legal, que o autor não exerce a função de professor na Fundação reclamada, fato incontroverso.

De outra parte, não merece reparos a decisão de origem no aspecto em que destaca a inviabilidade prática de o autor cumprir carga horária de 40 horas semanais na reclamada, em Caxias do Sul, cumulada com o desempenho do encargo público de Deputado na Assembléia Legislativa deste Estado e, após e atualmente, na Câmara Federal em Brasília. Não se trata de exercício de "futurologia", como afirma o recorrente, mas sim de fato óbvio a constatação de que o exercício concomitante das referidas atividades acarretaria prejuízo para um ou outro encargo, ou ambos. De notar que o autor defende a possibilidade de exercer cumulativamente as atribuições de Deputado Federal e de Assessor Especial da Reitoria para Assuntos de Regionalização, entretanto, não vem a Juízo em busca desse direito, visto que pretende a rescisão indireta do contrato de trabalho. Todavia, como visto, seu contrato de trabalho permanece suspenso. De todo modo, são primordialmente as questões legais, e não as questões práticas, que ensejam o indeferimento da pretensão contida na inicial, consoante apreciação supra.

Por conseguinte, não há falar em pagamento de verbas rescisórias e salários a partir de 01-07-2005, tampouco se cogita do reembolso de contribuições à previdência privada, uma vez que não acolhida a tese do autor no sentido de ser exigível o retorno normal às atividades.

ALTERAÇÃO CONTRATUAL. DIFERENÇAS SALARIAIS

Investe o autor contra a decisão que indeferiu o pagamento de diferenças salariais no período de maio de 2002 a janeiro de 2003, decorrentes da redução salarial referente à alteração da função de Reitor da Universidade para a de Assessor Especial da Reitoria. Aduz que a relação de natureza empregatícia existente entre as partes jamais foi objeto da lide, nem de controvérsia.

Decidiu a Julgadora de origem que:

O autor, enquanto Reitor, não era propriamente empregado da reclamada, na medida em que exercia não somente um cargo de direção, mas o mais alto cargo da Universidade, para o qual foi escolhido mediante processo eletivo. E ocupava este cargo em caráter precário, por período determinado, não obstante tenha sido reconduzido por duas oportunidades, por meio de novas eleições.

Assim, ao ser afastado do posto de Reitor, deixou o reclamante de fazer jus ao salário diferenciado até então auferido, na medida em que este remunerava não apenas o trabalho prestado, mas, principalmente, a responsabilidade inerente ao cargo de Reitor, a qual obviamente não se manteve após o afastamento.

Em verdade, somente após o desligamento da função de Reitor o autor passou a ser efetivamente empregado da reclamada, muito embora a CTPS já estivesse anotada no período anterior. Sendo o cargo eletivo, é decorrência lógica que a condução se dá em caráter precário. O salário elevado remunera a maior responsabilidade atrelada ao cargo, não se justificando a manutenção após o término do mandato.

Registro, outrossim, não se tratar, na espécie, de situação que se amolde àquelas que resultaram na edição da Súmula 372 do TST, invocada pelo autor na manifestação sobre a defesa. Isso porque a Súmula diz respeito à supressão de pagamento de gratificação de função por iniciativa imorivada da

empregadora, e no caso em exame o exercício da função de mais alta função depende de eleição pelo Conselho Diretor da Fundação mantenedora, conforme previsão estatutária, não sendo de livre disponibilidade da reclamada. Não se verifica, portanto, na espécie, ato unilateral da empregadora.

Assim, por entender que não restou ofendido o princípio da irredutibilidade salarial, indefiro o pedido de diferenças salariais do período compreendido entre maio de 2002 e janeiro de 2003 e respectivos consectários.

O autor impugna a referência de que não seria propriamente empregado da reclamada, enquanto Reitor da Universidade. Argumenta que esse fato não está em discussão nos autos. Entretanto, a Julgadora a quo, ao fazer tal comentário, não pretendeu colocar em dúvida a existência de vínculo de emprego entre as partes, que, efetivamente é incontroversa, mas tão somente enfatizar a distinção e especialidade da condição que ocupa o Reitor da Universidade, cargo mais elevado, preenchido mediante processo eletivo e ocupado em caráter precário durante o prazo do respectivo mandato. Com efeito, por tais razões, o término do cumprimento do mandato como Reitor, seguido do exercício da função de Assessor, não tem o condão de caracterizar alteração contratual lesiva. Serve de subsídio o entendimento expresso na Súmula nº 269 do TST:

Diretor eleito. Cômputo do período como tempo de serviço (Res. 2/1988, DJ 01.03.1988)

O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Sentença que se mantém.

[...]

Ac. 00292-2007-403-04-00-5 RO

Cláudio Antônio Cassou Barbosa - Desembargador-Relator

Julg.: 19.08.2009 - 9 Turma

Publ. DOE-RS: 01.09.2009

Ac. 00893-2008-013-04-00-3 RO

SERPRO. Função Commissionada Auxiliar - FCA. Incorporação ao salário. Parcela mensal paga habitualmente, sem nenhuma exigência outra que não o trabalho, a Função Commissionada Auxiliar - FCA consubstancia verdadeira gratificação ajustada, que integra o salário na forma do artigo 457, parágrafo primeiro, da CLT, não aproveitando a tese defensiva do disposto no artigo 468, parágrafo único, da CLT. Omissis na Súmula nº 372, inciso I, do TST. Parcela paga em valor equivalente a percentual variável, incidente sobre o salário. Inexistência de prova da existência de critérios regulamentares objetivos definindo a utilização de percentuais distintos segundo a atividade extraordinária ou adicional atribuída ao trabalhador. Reclamante que foi

designada, no lapso, sempre para as mesmas tarefas ordinárias e próprias do cargo efetivo sem exorbitar seu conteúdo ocupacional. Inaplicabilidade da Norma GP/053 que passou a regular a função Comissionada para Auxiliar - FCA, a contar de 1º11.2007, após a incorporação ao patrimônio jurídico da reclamante de critério mais benéfico. Recurso provido em parte.

[...]

Função Comissionada Auxiliar – FCA - Incorporação ao salário

A nobre juíza de origem indeferiu os pedidos "a" e "b", ao fundamento de que a Função Comissionada Auxiliar – FCA paga à reclamante desde julho de 2005, em percentuais variáveis, por força de norma interna do empregador, de interpretação restritiva (CC, artigo 114), e condicionada ao preenchimento de certos requisitos (GP/53, fls. 55 a 60), não é parcela salarial, razão porque inviável a sua manutenção indefinida, com agregação ao salário, assim como sua incorporação pelo maior percentual pago, sob pena de interveniência indevida do Poder Judiciário na vontade do empregador. Ademais, segundo a sentença, trata-se de gratificação de função, sendo que a CLT autoriza a reversão ao cargo efetivo sem considerá-la alteração contratual lesiva.

A recorrente sustenta que a função comissionada auxiliar – FCA foi concedida com a finalidade de contemplar os empregados da reclamada com vantagem salarial, como contraprestação do trabalho, pelo exercício de atividades técnicas inerentes ao próprio cargo, não estando condicionada a atividade extraordinária, tratando-se de verdadeiro aumento salarial dissimulado, remunerando somente as atividades ordinárias. Afirma fazer jus, assim, à incorporação da parcela salarial percebida habitualmente. Esta não pode ser suprimida ou reduzida, arbitrariamente, sendo devida a incorporação pelo percentual máximo já pago, de 60%, sobre o salário base, com as integrações **legais**, sob pena de redução salarial. Ressalta que em 2007 a reclamada modificou a forma de pagamento, desvinculando-o da matriz salarial, o que por si só já causou prejuízo em seu patrimônio jurídico. Pretende a declaração da natureza salarial da vantagem com a manutenção de seu pagamento mensal, a nulidade da alteração contratual lesiva com relação à desvinculação da matriz salarial, e manutenção da norma interna que estabelece o valor percentual da FCA ao salário base do empregado, com a incorporação desta ao salário para todos os fins. Invoca o disposto nos artigos 7º, incisos VI e XXX, da Constituição Federal, 461, 468 da CLT, na Súmula nº 51 do TST, e o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Examine.

Na parte expositiva da petição inicial e de seu aditamento, a autora, narra que, admitida em 11.3.1985 e com o contrato ainda em vigor, vem percebendo a parcela denominada "função comissionada (auxiliar/técnica)", instituída pelo empregador que, segundo regramento original, equivalia a valor resultante da incidência de um percentual sobre o salário básico. O percentual era variável e arbitrariamente fixado pela chefia. Nada obstante a nomenclatura, a parcela era desvinculada do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, paga habitualmente sem que houvesse a prestação de qualquer atividade excepcional às inerentes do cargo efetivo.

A alteração de percentuais, quando implicava redução, era prejudicial, da mesma forma que ilegal o caráter precário da vantagem proclamado pela reclamada. Em 2007 a ré alterou o critério de pagamento da vantagem, desvinculando-a da matriz salarial, passando a contraprestá-la em valores fixos, causando prejuízos em seu patrimônio jurídico, ao qual já havia se incorporado o critério regulamentar anterior, mais benéfico. Entendendo não se tratar de parcela com o caráter precário inerente à função comissionada (CLT, artigo 468, parágrafo único), afirmou devidos: o reconhecimento do caráter salarial da parcela; a incorporação desta ao seu patrimônio jurídico; a declaração de nulidade da alteração contratual lesiva em relação à desvinculação da matriz salarial, e a manutenção do pagamento mensal. Ainda, afirmou pretender a declaração do direito de receber a parcela de forma incorporada ao salário pelo maior percentual até então pago. Na parte do requerimento da peça inicial, pediu a condenação da reclamada a: "*a) Declaração da natureza salarial da parcela denominada FCA, e sua incorporação definitiva ao salário da autora; b) Manutenção do maior percentual de FCA recebido ao longo do contrato de trabalho, declarando-se a nulidade das alterações lesivas ocorridas, bem como a declaração de nulidade quanto à alteração da base de cálculo, e o pagamento das diferenças salariais decorrentes, parcelas vencidas e vincendas, com reflexos em férias com adicional, horas extras, 13º salário, aviso prévio, e FGTS*". Conforme aditamento, vindicou a substituição da nomenclatura "Função Comissionada Auxiliar" ou "FCA" para Função Comissionada (Auxiliar/Técnica), acrescentado ao item 3 e ao pedido "b", os reflexos em anuênios, quinquênios, triênios e repousas semanais remunerados e feriadões.

Na defesa, a reclamada, em síntese, negou a natureza salarial da função comissionada, afirmando seu caráter transitório, condicionado ao efetivo exercício de atividades excepcionais, que não são inerentes ao cargo. Admitiu que a partir de novembro de 2007 a FCA passou a ser paga em valores fixos distribuídos em níveis, observado o teto de 60% do salário de referência, sendo as designações limitadas à duração máxima de seis meses, com possibilidade de nova designação. Disse que a partir da alteração do critério regulamentar, a reclamante teve aumentada sua remuneração, inexistindo prejuízo. Invocou o *jus variandi* do empregador. Caso deferido o pedido, disse não ser razoável que a incorporação se dê pelo maior percentual. Quanto ao aditamento, afirmou que a reclamante enquadrada no cargo de Auxiliar com habilitação em Apoio Operacional, somente lhe pode ser atribuída a FCA, não a FCT.

A prova documental elucida que a reclamante foi admitida em 11 de março de 1985. Exerce o cargo de Auxiliar, com habilitação em Apoio Operacional, a quem incumbe, conforme Regimento de Administração de Recursos Humanos, fl. 83: *executar atividades de natureza simples e rotineiras que exijam nível básico de escolaridade (1º grau completo) e conhecimentos complementares à sua área de atuação*. Conforme o mesmo Regimento, as principais atribuições do cargo de Auxiliar são as de: *a) efetuar serviços auxiliares e complementares dos processos; b) operar equipamentos; c) efetuar apontamentos, registros e transcrição de informações ou documentos; d) receber, conferir, classificar, expedir, arquivar documentos e material de serviço; e) apoiar a operacionalização dos processos; f) executar outras atividades indispensáveis à consecução dos serviços*.

Incontroverso e demonstrado pelos documentos das fls. 39-41 e fichas financeiras das fls. 42-53, que a autora vem recebendo a parcela denominada "FCTIFCA" em percentuais variáveis (10%, 17%, 21%, 25%, 28%, 29%, 29%, 30%, 33%, e 28%) sobre o salário base, desde 1º.7.2005 até 31.10.2007, sendo a vantagem concedida com base em sucessivas (e ininterruptas) designações para realização das tarefas de: ***"Auxiliar na documentação de sistemas, conforme metodologia preconizada pelo PSDS e Auxiliar no Controle do Sistema Contratos, preenchimento de planilhas, etc"*** (61, 63, 65, 67, 69). A contar de 1.11.2007, passou a perceber a verba sob o mesmo título, em valor fixo "por nível", em razão da designação, com vigência até 30.4.2008, para realizar as atribuições de: ***"Receber, classificar, registrar, entregar, distribuir, controlar e arquivar formulários, documentos, correspondências, meios magnéticos e materiais, executando os procedimentos definidos e mapas; Cadastrar, registrar, e inventariar bens patrimoniais, bem como o controle de material, relatórios e mapas, Auxiliar na execução de desenhos técnicos e tabelas; Utilizar aplicativos de microinformática para edição de textos, planilhas, elaboração e montagem de documentação de sistemas e outros documentos; Operar aparelhos telex, fax, máquinas copiadoras, data show, projetores, equipamentos de microfilmagem e outros equipamentos auxiliares de produção; Prestar atendimento ao público."***

O Regimento de Administração de Recursos Humanos do SERPRO, Capítulo III, Cargos e Carreiras, Organização dos Cargos, itens 4, 5 e 6, autoriza a empresa fixar as Gratificações de Especialização Adicional (GEA) e de Qualificação Adicional (GQA), para os cargos de nível superior e médio, respectivamente, que exijam, também respectivamente, especialização adicional de conhecimentos profissionais, e qualificação adicional, a serem atribuídas em função da complexidade dos conhecimentos exigidos, e a Gratificação Especial de Assessoramento Técnico, nos casos em que necessária a atuação de profissionais cujas atribuições não correspondam às das especializações ou qualificações existentes e cuja quantidade requerida não justifique a criação de outras, todas elas equivalentes a um percentual incidente sobre o salário da Referência do empregado (fl. 84).

O mesmo Regimento elenca, ainda, no Capítulo IV, as funções comissionadas e gratificações adicionais, definindo-as da seguinte forma: a) Gratificação de Função de Confiança (Funções de Gerência, Assessoramento ou Supervisão); b) Gratificação de Especialização Adicional (atribuídas a Analistas); c) Gratificação de Qualificação Adicional (atribuídas a Técnicos); d) Gratificação Especial de Assessoramento Técnico (em função de conhecimentos profissionais legalmente requeridos para a atividade, que não correspondam às atribuições das Especializações ou das Qualificações existentes); e) Gratificação por Tempo de Serviço; f) Função Comissionada Técnica (para os ocupantes de cargos de Analista e Técnico que não ocupem função de confiança, designados para tarefas extraordinárias de natureza técnica).

Conforme item 3, das Disposições Preliminares do Capítulo IV já mencionado, ***"Os valores das gratificações serão definidos em normas complementares"***.

A Norma GP/053 regula a Função Comissionada para Auxiliar-FCA, com vigência somente a contar de 1.11.2007. O citado diploma define a parcela como sendo a Gratificação atribuída aos empregados ocupantes do cargo de Auxiliar, designados

para a **execução de atribuições extraordinárias ou adicionais de apoio, de caráter provisório**, não incorporável ao salário, e correspondente à complexidade, ao impacto no trabalho e à abrangência dos conhecimentos necessários ao desempenho das atividades que envolvem o desenvolvimento de uma atribuição. Fixa que para o empregado fazer jus à gratificação, deve ser efetuada a designação formal por meio do Sistema de Gerenciamento da FCA, e que o valor da gratificação atribuída ao empregado corresponde a um dos níveis constantes da tabela referente ao cargo de auxiliar, não podendo ultrapassar 60% de sua referência salarial.

É fato incontroverso e amplamente demonstrado nos autos que a reclamante percebe, **desde 2005** parcela sob a rubrica FCA, em valores correspondentes a percentuais variáveis incidentes sobre o salário da sua referência. Tal pagamento mensal e ininterrupto, ou seja, habitual, se destina a remunerar o desempenho de tarefas inseridas no espectro do conteúdo ocupacional do cargo efetivo, sem com isso guindar a autora a patamar inerente a cargo de confiança, ou impor qualquer exigência de esforço especial, extraordinário ou exorbitante ao cargo ocupado. Presente que se constituiu em parcela destinada a contraprestar o exercício do cargo efetivo, não há falar na possibilidade de reversão ao cargo efetivo, o que torna ineficaz a eventual tentativa de atribuir natureza precária ou temporária ao seu pagamento. Tendo sido paga à reclamante sem nenhuma exigência outra que não o trabalho, de forma habitual, a Função Comissionada Auxiliar consubstancia verdadeira gratificação ajustada, que integra o salário na forma do artigo 457, parágrafo primeiro, da CLT, não aproveitando a tese defensiva o disposto no artigo 468, parágrafo único, ou na Súmula nº 372, inciso I, do TST. Tampouco vinga a tese patronal no sentido de que a variação do percentual incidente sobre o salário da autora, decorria da alteração da atividade extraordinária ou adicional para a qual era designada. Além de inexistir nos autos prova da existência de critérios regulamentares objetivos que definam os percentuais distintos utilizados pela ré, segundo a atividade extraordinária ou adicional atribuída ao trabalhador, no caso específico dos autos, a autora foi designada a contar de julho de 2005 sempre para as mesmas tarefas, o que afasta a tese da contestação. De outra parte, como já dito, não se tratam, as tarefas designadas, de atividades extraordinárias ou adicionais. Ao contrário, são atividades próprias das atribuições do cargo Auxiliar e de seu conteúdo ocupacional, sem que se verifique nelas qualquer elemento distintivo.

Assim, a Norma GP/053 que passou a regular a função Comissionada para Auxiliar-FCA, a contar de 1º.11.2007, data em que a reclamante já percebia a parcela sob critério diverso - percentual incidente sobre o salário, não tem aplicabilidade ao contrato da autora no que implicar alteração lesiva.

Diante da evidência de que a verba paga tem inequívoca natureza salarial - porque destinada a contraprestar o trabalho - impõe-se a conclusão de que a autora tem direito a um provimento jurisdicional declaratório dessa natureza jurídica.

Considerando que a parcela FCA foi paga desde 2005 em percentual incidente sobre o salário, destinando-se a remunerar a atividade do cargo, sendo, portanto, salário, como tal incorporou-se ao patrimônio jurídico da trabalhadora, sendo patente a ineficácia, com relação a esta, da nova regra que passou a definir a FCA, como sendo parcela fixa de caráter precário não sujeita à incorporação, a contar de 1º.11.2007.

Portanto, impõe-se, também a conclusão pela procedência do pedido de incorporação da verba em questão ao salário, que se define pela causa de pedir, como sendo a manutenção do pagamento mensal da FCA, em razão da adesão ao contrato do critério mais benéfico adotado até novembro de 2007, inalterável por regulamento superveniente, a teor do artigo 468 da CLT, sendo o caso de adoção da jurisprudência sedimentada na Súmula 51 do TST.

Faz jus, assim, à autora, à incorporação da FCA no salário pelo critério inicial adotado de incidência de um percentual sobre o salário de referência.

Inexistindo prova da existência de critério regulamentar que defina o pagamento da FCA em percentuais variáveis, e considerando que, conforme já verificado, as atividades da autora permaneceram inalteradas, à vista das designações citadas, sendo inerentes ao conteúdo ocupacional do cargo efetivo, inclusive as tarefas atribuídas na forma do novo regulamento, em formulário próprio, a contar de novembro de 2007, e considerando o princípio basilar que veda a redução salarial. tem-se que também procede, só que em parte, o pedido formulado sob a alínea "b" do requerimento da petição inicial. Com efeito, ainda que não se encontre fundamento a amparar o deferimento da incorporação do maior percentual pretendido pela autora, sendo o de 60%, aliás, jamais percebido, já que nada impede que a gratificação ajustada tenha sofrido majorações em seu percentual, justamente pelo fato de o ordenamento jurídico vedar a redução salarial unilateral, não se justifica a redução do percentual, que se constata, com clareza solar, no registro das fls. 39-40, a contar de 1º de dezembro de 2006, quando passou de 33% para 28%. Vê-se que no lapso anterior os percentuais, embora variáveis, foram sempre majorados: de 10% para 17%, de 17% para 21%, de 21% para 25%, de 25% para 28%, de 28% para 29%, de 29% para 30%, de 30% para 33%.

Assim, no caso específico dos autos, a redução do percentual de 33% para 28%, não encontra amparo regulamentar, contratual ou legal, não se aplicando à autora o novo critério de cálculo vigente a contar de novembro de 2007, no que lhe é prejudicial. sendo, pois, devidas diferenças.

O entendimento adotado não viola os artigos 5º, inciso XXXVI, e 37, da Constituição Federal que são tidos, de qualquer sorte, por prequestionados para todos os efeitos legais, inclusive para o disposto na Súmula 297 do TST.

Assim, dá-se provimento ao recurso da reclamante para afastar o julgamento de improcedência da ação, declarar a natureza salarial da parcela Função Comissionada Auxiliar – FCA paga desde julho de 2005; condenando a reclamada a incorporá-la no salário da autora, com pagamento das diferenças decorrentes a contar de 1º.12.2006 pela observância do percentual de 33%, e a contar de 1º de novembro de 2007, pela observância do critério de incidência deste percentual sobre o salário de referência, parcelas vencidas e vincendas, com reflexos em férias com adicional de 1/3, horas extras, 13º salários, FGTS, e adicional por tempo de serviço. Não há reflexos em aviso prévio, dado que o contrato continua em vigor, tampouco em repousas semanais remunerados, visto que a reclamante era mensalista. Sobre a condenação incidem juros e correção monetária na forma da lei. Sinale-se que não há prescrição a

fulminar a exigibilidade do pagamento cujo direito foi reconhecido somente a contar de 1º.12.2006, na medida em que ajuizada a ação em 12.8.2008.

[...]

Ac. 00893-2008-013-04-00-3 RO

Carmen Gonzalez – Desembargadora-Relatora

Julg.: 02.09.2009 – 9 Turma

Publ. DOE-RS: 15.09.2009

Ac. 01310-2006-661-04-00-2 RO

Acidente de trabalho. Responsabilidade civil. Danos materiais. Lucros cessantes. Pensionamento. Constituição de capital. Danos morais. Nas relações laborais, há que se considerar que, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder. Constatada a existência de omissão em relação à prevenção do acidente de trabalho, a reclamada deve indenizar os prejuízos decorrentes do fato lesivo ao trabalhador, já que é o empregador quem assume os riscos do empreendimento.

[...]

ISTO POSTO:

I – MATÉRIAS COMUNS AOS RECURSOS.

1. Acidente de trabalho. Responsabilidade. Danos morais e materiais. Pensão mensal. Constituição de capital. Dano estético.

1.1. A julgadora condenou a reclamada ao pagamento de pensão mensal em valor correspondente a 7,33% do salário básico que o autor recebia na data do acidente, a ser paga desde essa data até que ele complete 71 anos de idade, abrangendo, inclusive a gratificação natalina e o adicional de 1/3 sobre as férias, com reajuste de acordo com os percentuais fixados na norma coletiva ou, na falta desses, de acordo com os reajustes do salário-mínimo; danos materiais, a título de danos emergentes; indenização por danos morais, no valor de R\$5.000,00. Foi determinada, ainda, a constituição de capital.

1.2. A reclamada insurge-se com a condenação, sustentando que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, requerendo, assim, seja afastada sua responsabilidade. Alternativamente, requer seja considerada culpa concorrente do trabalhador pelo infausto, com redução dos valores e percentuais em que a empresa foi condenada. Postula, ainda absolvição ao pagamento do pensionamento mensal, asseverando que o autor foi negligente com as atividades de reabilitação. Caso confirmada a condenação ao pensionamento, pede que, para o cômputo do termo inicial, seja utilizada a data do efetivo arbitramento. Em relação às parcelas vencidas, requer sejam distribuídas

proporcionalmente junto com o pagamento das vincendas, por se tratar de uma empresa *de* pequeno porte. Sob esse último fundamento, pugna pela substituição da constituição de capital por um bem corpóreo (material) da empresa ou dos sócios, como garantia do adimplemento das parcelas mensais do pensionamento. Por fim, busca a absolvição ao pagamento de despesas com tratamento médico – danos emergentes – no valor de R\$ 2.600,00 e indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00.

1.3. O reclamante, por sua vez, quer a majoração tanto do valor arbitrado a título de indenização por dano moral como do pensionamento, bem como a condenação da reclamada ao pagamento *de* indenização por danos estéticos.

1.4. Por partes.

1.5. É cediço no ordenamento jurídico pátrio que o dever de indenizar nasce quando alguém viola direito de outrem, acarretando-lhe prejuízo.

1.6. A responsabilidade civil, assim, implica a existência simultânea de uma conduta humana voluntária (ação ou omissão), de um dano e do nexo *de* causalidade a vincular aquele comportamento ao resultado produzido. O ato lesivo, para a teoria subjetiva, decorre do dolo ou da culpa do agente, que procede com negligência, imprudência ou imperícia, na forma dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

1.7. Em se tratando de acidente *de* trabalho, contudo, a matéria assume outra feição e passa-se a admitir que a presença do elemento de vontade na conduta do pretenso ofensor é dispensável. Defende a teoria objetiva. nesse contexto, que a coexistência dos dois últimos fatores é suficiente para o surgimento da obrigação de reparar, na medida em que o fundamento dessa corrente reside, tão-só, no risco da atividade.

1.8. Por isso, prescindir-se-ia de perquirir, em caso de infortúnio laboral, acerca das circunstâncias em que agiu o empregador, já que é ínsito à sua própria condição a assunção dos riscos oriundos do desenvolvimento da atividade econômica, como se vê no art. 2º da CLT.

1.9. Na hipótese dos autos, é incontroversa a ocorrência do acidente de trabalho, assim como o é o nexo causal *entre* o sinistro e a lesão sofrida pelo reclamante. A divergência restringe-se, então, ao preenchimento (ou não) dos demais requisitos.

1.10. Na inicial, o reclamante narrou que, no dia 07-06-2005, enquanto exercia a função de auxiliar de serviços gerais, por volta das 18h30min, após 10 horas de trabalho, por falta de segurança e equipamentos adequados de proteção na obra, despencou no poço do elevador, caindo de uma altura de aproximadamente 6m. Afirmou, ainda, que em consequência da queda, perdeu a consciência, sofreu lesões e fraturas múltiplas expostas no braço esquerdo, escoriações na cabeça e hematoma no pulmão.

1.10.1. Na contestação (fls. 71/86), a reclamada asseverou que o autor vinha puxando um carrinho de quatro rodas, com as costas voltadas para o buraco da escada, enquanto os colegas empurravam esse carinho de frente para o buraco. Em certo momento, uma das mãos do autor acabou por se soltar dos cabos do carrinho. o que fez com que ele se desequilibrasse e caísse no buraco (vão da escada).

1.11. A questão referente ao local e altura da queda do reclamante foi adequadamente dirimida na origem, transcreve-se, pois, como razões *de* decidir, o já dito às fls. 456/457:

Em que pese não haja negativa do acidente, a ré não cumpriu sua obrigação legal de emitir a CAT, providência essa que foi tomada pelo sindicato da categoria profissional, conforme faculta a lei, depois de transcorrido mais de um mês da ocorrência do evento (fls. 19 e 246). Na descrição desse documento, consta que o autor "Despencou escorregou no poço do elevador e caiu da altura, 5m80cm" (fl. 19). Pendente da emissão desse documento, o autor, incapacitado para o trabalho, recebera apenas o Auxílio-Doença (fl. 21 e 30), depois (dezembro de 2005) caracterizado como Auxílio doença decorrente de acidente do trabalho (fls. 26 e 29).

Posteriormente (05.08.2005), por provocação do INSS (nl. 248), a ré requereu retificação da descrição do evento, para que constasse que "Por desatenção [o autor] escorregou no poço do elevador, e caindo de uma altura de 4m e 80cm" (nl. 245). Outras descrições do evento são noticiadas nos autos (pela dona da obra, dando conta de que "O Funcionário estava transportando agregados com carrinho de quatro rodas, e a mão do funcionário escapou do cabo do carrinho e este caiu para traz dentro do buraco da escada, sofrendo a quebra no braço esquerdo" – fl. 241; e de que "Funcionário estava trabalhando e não viu buraco da laje, caindo até o andar inferior altura de 4,8m" – fl. 243), mas sem qualquer comprovação de que tenham sido formalmente informadas ao Órgão Previdenciário (aliás, sequer estão datadas ou firmadas).

Prevalecendo, portanto, as informações feitas ao INSS, **impõe-se reconhecer o poço do elevador como local da queda e sua altura entre 4m e 80cm e 5m e 80cm.** (grifou-se)

1.12. Todavia, independentemente do local e altura da queda, a responsabilidade civil da empresa resta configurada. Afinal, as medidas de segurança que protegem a saúde do trabalhador não foram tomadas (ou, se foram, não como deveriam), visto que o evento aconteceu. Não há falar, assim, em culpa exclusiva da vítima.

1.13. De outro lado, não é crível se pensar, como quer a empresa (razões recursais– fl. 491), que o empregado tenha resolvido, voluntariamente, agir de forma a causar o infausto. Ora, ninguém em sã consciência deseja cair num buraco, motivo pelo qual é de ser refutada a tese de culpa exclusiva da vítima.

1.14. José Affonso Dallegrave Neto[1] bem elucida a questão:

Sobre a assunção do risco da atividade econômica pela empresa, não há como negar que ela é sucedânea do próprio poder de comando do empregador; que ao traçar as suas linhas de atuação acaba se responsabilizando pelos desígnios da atividade: seus bônus e ônus; lucros e prejuízos (ubi emolumentum, ibi onus). [...] Quando o empregado celebra o contrato de trabalho acaba por assumir uma obrigação principal, qual seja, o compromisso de prestar serviço de ~~fora~~ subordinada (obrigação de meio) de acordo com a boa-fé e com o jus variandi do empregador. Tal poder patronal de comando encerra limites técnicos, o que vale dizer: dirige a atividade do empregado de acordo com as necessidades de serviço da empresa, vista em sua finalidade social. O empregador, por sua vez, quando da contratação do empregado, avoca a obrigação de remunerá-lo (obrigação de resultado), observando as normas

cogentes típicas do contrato-dirigido (art. 444 da CLT). Além disso, devido ao conceito atribuído pelo art. 2º da CLT, o empregador assume os riscos da atividade econômica, o que importa dizer que, na esfera contratual, o empregado se incumbe apenas da obrigação de trabalhar, correndo todos os demais riscos e despesas por conta exclusiva do empregador. A obrigação de trabalhar (obligatio facere) é de meio, enquanto a obrigação de remunerar (dare) é de resultado. Dessa forma, o empregador assume o resultado da atividade desempenhada pelo empregado. Vale dizer, em troca da energia despendida, o empregado receberá sem qualquer risco o salário ajustado e os direitos assegurados em lei.

1.15. A CF/88 garante a todo trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7, XXII), no mesmo sentido colocando o art. 157 da CLT.

1.16. O empregado, assim, tem o direito fundamental de laborar em ambiente hígido e salubre, de maneira tal a ter preservada a sua incolumidade. Tanto o é que o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 3.214/78, estabelece, por exemplo, na NR-I, item 7.1, que o empregador é obrigado a adotar medidas de prevenção contra a prática de atos inseguros e contra condições inseguras de trabalho, impondo, outrossim, a obrigação de cientificar seus empregados de todos os riscos a que estão sujeitos naquele ambiente.

1.17. O perigo, por isso, deve ser adequadamente limitado, não bastando a mera existência de fita "zebrada" no poço, porquanto dito instrumento, por si só, não assegura o necessário respeito à vida do operário.

1.18. A reclamada, portanto, foi omissa em relação à prevenção do acidente de trabalho. Sobre a omissão que gera consequência, Sérgio Cavalieri Filho⁽²⁾ comenta:

[...] tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou até de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

1.19. Logo, não há dúvida de que a empresa deve responder pelo dano causado ao reclamante.

1.20. No laudo das nls. 295/304, a perita, respondendo se as lesões apresentadas pelo reclamante trazem para ele incapacidade laborativa, apurou que: "Atualmente, sim. Porém, trata-se de quadro que poderá ser modificado. Atualmente apresenta uma redução de 33,3% do arco de movimento. A ausência total da mobilidade do cotovelo é de 8,33%. Esses valores foram baseados na tabela DPVAT de indenizações".

1.21. O que se vê, então, é que o dano resta demonstrado e a participação da empresa também. Nesse cenário, em tendo a perita constatado a existência de redução na capacidade laborativa, dúvida não há acerca do prejuízo.

1.22. Por isso, para o surgimento da obrigação de reparar, pouco importa o tamanho do dano. Por menor que seja a consequência, a conduta lesiva enseja o

dever de indenizar. Tanto o é que o art. 950 do Código Civil é taxativo a esse respeito: "Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu".

1.23. Logo, não há dúvida de que a empresa deve responder pelo dano causado à reclamante.

1.24. O dano, *conditio sine qua non* da indenização, pode ser de duas espécies: o material, que se subdivide em danos emergentes e lucros cessantes, e o moral.

1.25. Danos materiais. Lucros Cessantes. Pensão mensal. Conforme já analisado no item 1.21, o reclamante apresenta redução parcial da capacidade laborativa. Assim, a diminuição potencial do patrimônio do trabalhador, ainda que em relação ao ganho esperável, e a frustração da expectativa daquilo que ele razoavelmente estará deixando de auferir por consequência da patologia apurada dá azo ao ressarcimento dos lucros cessantes. Correta, portanto, a sentença ao fixar pensão mensal em valor correspondente a 7,33% do salário básico que o autor recebia na data do acidente, a ser paga desde essa data até que ele complete 71 anos de idade, abrangendo, inclusive a gratificação natalina e o adicional de 1/3 sobre as férias, com reajuste de acordo com os percentuais fixados na norma coletiva ou, na falta desses, de acordo com os reajustes do salário-mínimo.

1.25.1. Quanto ao termo inicial do pensionamento, perfilha-se a posição extemada na origem. Se o reclamante sofreu o acidente em 07-06-2005, certo é que a indenização (que tem por objetivo primeiro reparar os danos suportados) deve retroagir àquela data.

1.25.2. No que tange às parcelas vencidas, também não vinga o apelo. A matéria referente ao parcelamento deverá ser apreciada em momento oportuno, quando da execução da sentença.

1.25.3. A constituição de capital encontra amparo no art. 475-Q do CPC, aplicável à espécie. Nada a alterar, pois, na decisão que determina a formação da garantia necessária ao cumprimento da obrigação. Fica o juízo de origem incumbido de dar efetividade a esse comando, na forma que julgar pertinente, quando da liquidação do feito, inclusive quanto à substituição por um bem corpóreo.

1.26. Danos materiais. Danos emergentes. Neste tópico, compartilha-se com o entendimento da julgadora: "[...] evidenciada a necessidade de intervenção cirúrgica (laudo pericial, fl. 304), as despesas constantes do orçamento da fl. 31, deverão ser pagas pela ré, atualizadas, a título de danos emergentes".

1.27. No que diz com o dano moral, sabe-se que, na quantificação desse tipo de indenização, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo à reparação da lesão sofrida. De acordo com os critérios utilizados por esta Turma e o entendimento acima transcrito, tem-se que o montante equivalente R\$ 5.000,00, mostra-se suficiente para o fim pretendido e consentâneo com a natureza

jurídica da indenização, registrando-se que o reclamante não está incapacitado para o trabalho.

1.28. O dano estético pressupõe lesão aparente. Como, no caso dos autos, a perita informou à fl. 304 que o autor não apresenta dano estético, não há sequela visível a justificar a indenização pretendida. Provimento negado.

1.29. Nega-se provimento aos recursos das partes.

[...]

[1] Responsabilidade civil no direito do trabalho. *São Paulo: LTr, 2005, p. 123.*

[2] Programa de responsabilidade civil. 7. ed. *São Paulo: Atlas, 2007, p. 24.*

Ac. 01310-2006-661-04-00-2 RO

Marçal Henri Figueiredo - Juiz Convocado-Relator

Julg.: 17.06.2009—9 Turma

Publ. DOE-RS: 30.06.2009

*ACÓRDÃO DA CÁMARA NACIONAL
DE APELACIONES DEL TRABAJO,
ARGENTINA*

Acórdão argentino sobre despedida discriminatória. Atualmente, se encontra **pendente** de julgamento pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación*.

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Argentina

Expte. nº 144/05

Publicación en 14.06.2006.

SENTENCIA DEFINITIVA. 68536 EXPTE. N 144/05. SALA V. AUTOS: "PARRA VERA MAXIMA CI SAN TIMOTEO S.A. *SI* ACCION DE AMPARO (JUZGADO_N 49),

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 14 días del mes de JUNIO de 2006, se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y LA DOCTORA MARJA C. GARCÍA MARGALEJO dijo:

La parte actora apela la sentencia de grado (ver fs. 452/453), que rechaza las pretensiones deducidas en el escrito introductorio destinadas a obtener, entre otras cosas, la reincorporación de la accionante a su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos desde el despido (directo), en los términos del memorial obrante a fs. 457/465. Dicho recurso mereció la réplica de la contraparte a fs. 477/478. Por su parte, el perito contador Carlos A de la Fuente recurre sus emolumentos por entenderías escasos (ver fs. 474).

Para así decidir la magistrada de grado concluye que las declaraciones testimoniales sustanciadas en la causa no son eficaces para acreditar que el despido comunicado por la demandada obedeció a una actitud discriminatoria de su **parte**.

omñssis...

Las declaraciones resenadas dan cuenta de que la accionante efectivamente acompañó la actividad de los delegados gremiales y asumió un rol activo con el objeto de mantener inalterable el horario de trabajo del sector en el que aquella llevaba a cabo sus tareas; empero, tales actividades no son aptas en sí mismas para acreditar supuestas actitudes de hostigamiento de la empleadora hacia la demandante ni una conducta discriminatoria encubierta al disponer el despido, todo ello con motivo de su actuación sindical, a punto tal que los propios delegados (Cardozo, ver fs. 211 y Caballero, fs. 205-II) han sido contestes en que no presenciaron actitudes de hostigamiento.

En efecto, ninguno de los deponentes manifestó haber presenciado actitudes o conductas hostiles del personal jerárquico de la empresa hacia la actora y las

referencias en este sentido sólo se apoyan en meros comentarios. Por otro lado, si bien algunos de los declarantes "suponen" que la decisión rupturista guarda una relación de causalidad con la aludida actuación de la reclamante en resguardo de sus condiciones de trabajo, lo cierto es que de las constancias de la causa no se desprende elemento probatorio alguno que constituya evidencia concreta de dicha suposición.

om̃ssis...

Por todo lo hasta aquí expuesto sugiero confirmar el falia anterior en lo principal que decide.

om̃ssis...

EL DOCTOR OSÇAR ZAS manifestó:

I. Disiento respetuosamente de la solución propuesta por mi distinguida colega preopinante y en tal inteligencia me explicaré.

om̃ssis...

Estimo que **en el "sub-lite" guedó firme y consentida la decisión de la Sra. Jueza de la instancia anterior de considerar demostrado que Parra Vera llevó a cabo actos sindicales.**

om̃ssis...

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que -como intentaré fundamentar más adelante- ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba dei hecho discriminatorio o lesivo dei derecho fundamental.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional dei Trabajo, ai referirse ai Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, senala en lo pertinente:

"..Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el emplco o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba dei motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado. lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación dei perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en

manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación... **La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo...**"

"...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada...En un estudio general precedente, **la Comisión ya tuvo ocasión de subrayar que, en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical...**De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación).

omissis...

Frente a las críticas fundadas en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe destacar que el art. 5º de este ordenamiento internacional dispone que se aplica, efectivamente, "a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adaptado en el ámbito de una organización internacional". Pero luego agrega que esto es "sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional". Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de contrai, el objetivo de estas convenios -consistente en proteger los derechos sociales de los trabajadores- y hasta la naturaleza de los mismos -de carácter cuasilegislativo-, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la O.I.T. En efecto, si estas instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de "toda práctica ulteriormente seguida" en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio. Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarse a los principios del convenio respectivo.

Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T. El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la O.I.T. en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

de las Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. Gerdal Von Potobsky, "Los debates en tomo a la interpretación de los convenios de la OIT", en "Derecho Colectivo del Trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/10).

omissis...

Recientemente, el tribunal interamericano ha señalado en una Opinión Consultiva referida a la condición jurídica y a los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados:

"...18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. **Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones**".

"19. **En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección** -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- **que favorezcan la igualdad de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal**. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "Derecho se pretende justo -dice el tratadista español-, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial". Ahora bien, "la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad" ("La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior", en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656). **A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes...**" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19).

La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jerarquía constitucional precisada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la

Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2° de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación", L.L. 1995-D, p. 463).

El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (C.S.J.N., 3/05/2005, Y.856.XXXVIII, Recurso de Hecho "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus"; 14/06/2005, "Simón, Julio Héctor y otros", L.L. 2005-D, p. 845).

En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de contrai de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adaptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y suprallegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos.

En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi quede articulado de la siguiente manera.

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adaptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe

de grado de considerar demostrado que Parra Vera llevó a cabo actos sindicales, las constancias reseñadas precedentemente, analizadas a la luz de las mencionadas normas de la ley de asociaciones sindicales, me persuaden de que la trabajadora demandante ejerció derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical.

El carácter sindical de la acción desplegada por la actora fluye de un contexto conformado por su denuncia del intento empresarial de modificación de la jornada efectuada ante el sindicato y la comisión interna, su participación activa en las audiencias llevadas a cabo ante el Ministerio de Trabajo pese a su imposibilidad jurídica de tener voz y voto en esos actos, y la defensa de la intangibilidad del horario del grupo de trabajadores involucrados, más allá de la incidencia de la pretensión patronal en la esfera de su propio contrato de trabajo.

Es menester destacar que, sin perjuicio de la acción de los representantes del sindicato y de la comisión interna, actos como los realizados por Parra Vera coadyuvan a la defensa del interés colectivo de los trabajadores, más allá de su afiliación sindical, constituyendo, por ende, el ejercicio de derechos incluidos en la libertad sindical.

Los hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de una trabajadora concreta que había instado activamente la acción sindical tendiente a resistir la imposición de una modificación unilateral de la jornada en el sector donde aquélla se desempeñaba.

Corresponde puntualizar, en apoyo de la conclusión propuesta, que, en el marco de los expedientes administrativos tramitados, la demandada jamás se expidió clara y concretamente acerca de la imputación sindical relativa al cambio horario en terapia intensiva e intermedia, que las partes llegaron a un acuerdo en todos los demás temas de conflicto, y que el despido de la actora es contemporáneo al archivo del último expediente administrativo.

Estamos en presencia, por ende, de una sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción de que el despido de la actora obedeció verosímilmente a la actitud de esta última de resistir el cambio horario pretendido por la empresa para el sector donde prestaba servicios.

Si bien la primera denuncia sindical del intento de alteración de la jornada apoyada por la actora data del 25 de marzo de 2003 y el despido de esta última se produjo el 5 de enero de 2005, ello no obsta al juicio de verosimilitud formulado, toda vez que -a mi entender- no constituye condición *sine qua non* para apreciar la existencia de una represalia la automaticidad y la contemporaneidad de la respuesta empresarial a los hechos que la originan. Probablemente, este tipo de decisiones requieren de un determinado período de maduración y puesta en práctica, variable en función de múltiples circunstancias, y las decisiones discriminatorias no tienen por qué, por el hecho de serlo, constituir una excepción a dicha exigencia.

Por otra parte, la originaria denuncia sindical fue reiterada en sede administrativa el 25 de marzo y el 26 de abril ambos de 2004, con apoyo explícito de la actora en los dos casos, y Parra Vera continuó exteriorizando vivamente su oposición a la pretensión de cambio de la jornada con posterioridad a aquellas fechas y hasta el momento de su despido.

El hecho de que la actora haya sido una permanente luchadora y activista por los derechos propios y de los demás trabajadores, se haya enfrentado permanentemente a la patronal, y que -pese a esas circunstancias- la demandada hubiera mantenido el vínculo laboral por más de 20 años, no basta para descartar en el "sub-lite" el panorama indiciario de discriminación antisindical dei despido.

En efecto, una decisión empresarial dirigida a sancionar el ejercicio de los derechos fundamentales dei trabajador puede adoptarse en respuesta a una determinada actuación de aquél, pese a no haberse tomado en el caso de otras actuaciones anteriores, o puede adoptarse en el momento en que la acción del trabajador alcanza una dimensión o intensidad determinadas, pese a no haberlo hecho en fases iniciales o anteriores dei mismo proceso reivindicativo.

VI. Frente ai panorama indiciario descripto, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido de la actora haya tenido causas reales absolutamente extranas a la discriminación antisindical, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión del derecho fundamental de la trabajadora. Me explico.

En el responde se lee lo siguiente:

"...Omite decir la actora que su despido se debió a la decisión de San Timoteo **S.A.** de reestructurar sus recursos tanto materiales como humanos aplicados a sus operaciones."

"Asf fue comunicado ai Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con carácter previo y del modo en que lo establece el Decreto Nro. 328/88, que se encuentra vigente."

"En la fecha 10 de diciembre de 2004, mi representada notificó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación dicha decisión, que tramitó bajo el Número de Expediente 1.101.803."

"En concordancia con la normativa vigente mi mandante notificó también ai Sindicato de la Sanidad que en los términos y con los alcances previstos en el Decreto Nro. 328/88 y Resolución Nro. 317/88, a través de nota dei 6 de diciembre de 2004, recibida el día 14.12.2004, que desvincularía sin causa a Máxima Parra Vera, quien a la fecha de la comunicación revistaba en la nómina de mi mandante como personal con categoría de Enfermera, encuadrada en el Convenio Colectivo de Trabajo Nro. 122/75 - Actividad Sanidad."

"El expediente referenciado tramitó por ante la Unidad de Tratamiento de Situaciones de Crisis dei Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, unidad ésta que finalmente se expidió sobre la presentación efectuada dando por cumplido el Decreto Nro. 328/88 y su resolución reglamentaria."

"Esta resolución emitida por la Unidad de Tratamiento de Situaciones de Crisis, dependiente dei M.T. y S.S. de la Nación, tuvo a mi representada por cumplida la normativa vigente y la habilitó para que procediera a notificar el despido sin causa de la trabajadora."

"Así lo hizo San Timoteo S.A. a través dei Telegrama Nro. 7, cuya copia se agrega a la documental que se acompaña, cuyo texto rezaba: 'Prescindimos de sus servicios a partir del día de la fecha. Liquidación Final y Certificación de Servicios en término de ley a disposición'. Fecha 05.01.2005..." (ver fs. 119 va.).

Incumbía a la demandada acreditar las circunstancias precitadas, carga procesal que -insisto- no cumplió.

om̄ssis...

De todos modos, cabe destacar que, aunque por vía de hipótesis se consideraran acreditados los hechos alegados por la demandada, igualmente su planteo resultaría inadmisibles por las siguientes razones.

La constancia obrante a fs. 93/5, cuya autenticidad negada oportuna y categóricamente por la actora (ver fs. 146) no fue corroborada - insisto - por otro medio probatorio, pretende demostrar la existencia de un planteo fundado en el dec. 328/88 con la finalidad de **despedir** sin **causa** ai personal detallado en un supuesto anexo de síntesis informativa, añadiendo que se recurre a ese procedimiento conforme lo establecido en el dec. 265/02, aclarando que **la medida no afecta a más del 15% del personal**, tal como surgiría del anexo aludido.

Sin embargo, dei único anexo de síntesis informativa adjuntado (fs. 94/5) surge que la única empleada a despedir era la actora, de un total de 292 trabajadores ai 30 de noviembre de 2004, invocando medidas de reestructuración que serían "consecuencia de la situación económica actual que nos obliga a un replanteo de la estructura vigente", agregando que "Se adoptarán medidas para la reducción de gastos de funcionamiento operativo".

En este contexto, no luce consistente la propuesta de acudir ai procedimiento previsto en los dec. 265/02 y 328/88 para afectar a no más dei 15% dei personal de una dotación total de 292 trabajadores, fundada en una supuesta reestructuración económica, afectando sólo a una trabajadora: precisamente la actora.

La inclusión de Parra Vera como única afectada dei supuesto proceso de reestructuración, que supone por su propia detinición y por el encuadramiento pretendido por la demandada un fenómeno de alcance colectivo, descarta la argumentación de esta última y corrobora la conclusión de que se trató de un despido discriminatorio antisindical.

Por otra parte, y más allá de todas las consideraciones vertidas precedentemente, la accionada no produjo prueba idónea alguna acerca de la alegada reestructuración y de su eventual impacto en el puesto de trabajo ocupado por Parra Vera.

om̄ssis...

Así las cosas, estimo probado que **el despido de la actora fue un acto discriminatorio por motivos antisindicales**.

VII. Corresponde elucidar ahora si resulta fundada la pretensión de nulidad dei despido articulada por la actora en el escrito de inicio.

om̄ssis...

Es clásica e inexplicablemente olvidada la enunciación y conceptualización de Justo López de los distintos modos de protección contra el despido arbitrario.

El célebre jurista distinguió así respecto tres sistemas: 1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de propuesta de despido.

En virtud del primer modelo, el ordenamiento jurídico reconoce la validez del despido arbitrario, pero lo considera un acto ilícito y lo sanciona, por ejemplo, con el pago de una indemnización al trabajador despedido. Desde esta perspectiva, hablar de un despido válido pero ilícito tanto vale como decir que un determinado comportamiento humano es ilícito y sin embargo apto para crear una norma válida derogatoria de la que originó la relación individual de trabajo. Este es el sistema general adaptado por el ordenamiento jurídico laboral argentino y al que algunos califican de estabilidad relativa impropia.

En el sistema de ineficacia la voluntad arbitraria del empleador de despedir al trabajador no podría nunca lograr su propósito pues nunca se traduciría en un acto disolutorio de la relación de trabajo.

Por último, en el sistema de propuesta de despido, la derogación de la norma individual que originó la relación de trabajo y la consiguiente extinción de ésta son resultado de un acto complejo en el cual el empleador participa con su "iniciativa", pero no puede ponerlo por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea ésta judicial, administrativa o interprofesional (conf. Justo López, "Despido arbitrario y estabilidad", L.T. XXI-289 y ss.).

Más allá de la utilidad y pertinencia de la clasificación, lo relevante del aporte del Dr. Justo López es que el despido sin causa siempre constituye un acto ilícito, conclusión que comparto y que es rechazada por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que alude a un supuesto derecho del empleador a despedir, incluso sin expresión de causa.

om̃ssis...

"No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esta presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito.." (conf. Moisés Meik, "Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad", Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete, año 2003, inédito).

Me parece que esta cuestión ha sido zanjada definitivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente caso "Vizzoti" en los siguientes términos:

"...10) Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/5), la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ar. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7). a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)."

"Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el "derecho a trabajar" (art. 6.1), como el derecho del trabajador no ser privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Así surge, por otro lado, de los trabajos preparatorios de este tratado (v. Craven, Matthew, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Clarendon, 1998, págs. 197 y 223). Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ar. 5.e.i), debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. II.1.a)..." (C.S.J.N., 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido, considerando 10).

Es decir, el despido *ad nutum* es un acto ilícito violatorio de los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitraria y al trabajo, y de la estabilidad en el empleo.

om̄ssis...

Las consistentes reflexiones de Justo López resultan corroboradas y profundizadas luego de la reforma constitucional de 1994.

En efecto, sin perjuicio del acrecentamiento del catálogo de derechos sociales, generado especialmente por las declaraciones y pactos de derechos humanos constitucionalizados, el material normativo incorporado incluye un arsenal principista de notable importancia al momento de juzgar la constitucionalidad de la conducta positiva y omisiva de los poderes públicos y de evaluar las pretensiones deducidas ante los órganos jurisdiccionales.

El referido arsenal principista implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y conec., C.N.) y el de razonabilidad (art. 28, C.N.) (conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, "Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", p. 178).

En esta línea se inscribe el considerando 10) de la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Vizzoti" mencionada precedentemente.

Asimismo, y en lo específicamente vinculado al contenido y alcance de los derechos a la protección contra el despido arbitraria, al trabajo, o más genéricamente a la estabilidad del trabajador en el empleo, resulta relevante la regulación contenida en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en

materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Organización de Estados Americanos en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

Este ordenamiento internacional de derechos humanos, también denominado "Protocolo de San Salvador", fue aprobado por la ley 24.658, sancionada y promulgada con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

El art. 7 del Protocolo de San Salvador dispone en lo pertinente:

"Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el **derecho al trabajo** al que se refiere el artículo anterior, supone que **toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias**, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: "

"...d. **La estabilidad de los trabajadores en sus empleos**, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra **prestación prevista por la legislación nacional...**"

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, en el caso al trabajador (conf. arts. 75, inc. 22, C.N.; 29, inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 180).

Con posterioridad, y en la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se alzó:

"...156. Este Tribunal señala que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al **principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador.** Esto es de suma importancia ya que **no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador.** Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, **si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente..2"** (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

Por último, cabe recordar que el art. 18 del Código Civil dispone:

"Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no **designa** otro efecto para el caso de contravención".

El cuadro descripto precedentemente me lleva a formular las siguientes conclusiones:

1) El despido *ad nutum*, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo.

2) Es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descripto en el párrafo anterior, otorgue al trabajador el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo.

3) El contenido esencial de los derechos constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de la propiedad y de contratación, conferidos al empleador, no comprende la potestad de despedir a los trabajadores *ad nutum*, en forma incausada, injustificada, inmotivada o arbitraria.

Las consideraciones vertidas precedentemente tienen la exclusiva finalidad de fundar mi respetuosa discrepancia de uno de los argumentos substanciales expuestos por la Dra. García Margalejo para apreciar la fundabilidad de pretensiones como las que dan origen a este proceso de amparo, pero no implican expedirme en el sentido de que la nulidad del despido *ad nutum* sea la única sanción jurídica constitucionalmente aceptable frente a un despido incausado. Tampoco resulta pertinente ni insoslayable pronunciarse en esta causa acerca de la constitucionalidad de las normas de la L.C.T. (t.o.) que reglamentan los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, toda vez que -a mi modo de ver- las citadas normas no regulan la situación planteada.

X. De todos modos, y sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando por vía de hipótesis se compartiera la descalificación de un sistema genérico de nulidad del despido como modo razonable de reglamentación de los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, igualmente la pretensión de la actora resultaría fundada toda vez que la decisión rescisoria de la demandada quebranta el principio fundamental de no discriminación.

Es decir, la **accionada** no sólo ha vulnerado los derechos de la actora a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo al constituir el despido un acto incausado y, por tanto, ilícito, sino también ha **transgredido el derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal** integrante del *jus cogens*, configurándose de ese modo otra ilicitud escindible de aquella cuya sanción no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo.

Esta clara distinción de ilicitudes y de imputación de sanciones jurídicas resulta especialmente corroborada por la circunstancia de que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, por lo que su vulneración concretada través del despido de un trabajador habilita a este último a reclamar la nulidad del acto rescisorio y la readmisión en el empleo con fundamento en la ley 23.592.

Desde esta perspectiva, y por las razones jurídicas que expondré a continuación, **la sólo invocación de las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo para desestimar la pretensión de la actora, no sólo sería insostenible en el orden jurídico nacional, sino que comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.**

Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de **orden público internacional**, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado "*jus cogens*", incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre todo-, constatando la *universalidad* de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.

La noción de *jus cogens* está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en tanto "norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Las normas de *jus cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (conf. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en "Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20).

En similar sentido, explica Barbagelata que "todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales-, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *jus cogens* (conf. Héctor-Hugo Barbagelata, "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", en revista *Judicatura*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, N°41, p. 134).

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de no discriminación (conf. arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y conec. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y conec. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y conec. de la Convención sobre los Derechos del Niño; conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 181).

Cabe añadir a las normas internacionales mencionadas, los arts. 3.1 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio Nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

omissis...

"...84. En la presente opinión consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La **discriminación** se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos..."

"...85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional..."

omissis...

"...92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:"

"...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7)...".

"...98. El concepto de *ius cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *ius cogens* en el artículo 53

de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general". Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens supervivente*, al señalar que "si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará". El *ius cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales".

om̄zsis...

"...173. Por las razones expuestas,"

"LA CORTE;"

"DECIDE"

"por unanimidad,"

"Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva"

"Y ES DE OPINIÓN"

"por unanimidad,"

"1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adaptar medidas positivas. evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental."

"2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional."

"3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno."

"4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*."

"5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares..."

"...9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre

particulares (empleador-empleado). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

omissis...

En síntesis:

1) El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte dei jus cogens.

2) En el marco de una relación laboral privada, por la teoría dei Drittwirkung, ese principio debe ser respetado cabalmente por el empleador en relación con el trabajador, y su vulneración no sólo transgrede normas dei orden jurídico nacional de jerarquía constitucional y supralegal, sino también normas imperativas de orden público internacional.

3) En caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad dei despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar *in natura* el contenido esencial dei principio fundamental vulnerado.

En esa línea se inscribe el art. 1º de la ley 23.592, cuyo texto reza:

"Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido dei damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el dano moral y material ocasionados".

"A los efectos dei presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

En el mismo sentido, el art. 1 dei Convenio de la Organización Internacional dei Trabajo N° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, ratificado por la República Argentina, e incluido en la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento, dispone en lo pertinente:

"1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

"2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:.."

"..b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado:

"En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio N° 98" (Recopilación de 1985, párrafo 547; 211 informe, caso núm. 1054, párrafo 163; 241 informe, caso núm. 1287, párrafo 227; 292 informe, caso núm. 1625, párrafo 70 y 295 informe, caso núm. 1729, párrafo 36; "La libertad sindical", Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Cuarta Edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 153).

"Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas y la posibilidad de reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados en los casos de discriminación anti-sindical" (297 informe, casos núms. 1678, 1695 y 1781, párrafo 426; Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Cuarta Edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 162).

Desde esta perspectiva, concretado un despido discriminatorio por motivos anti-sindicales, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que se "deje sin efecto el acto discriminatorio", lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo.

El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado arbitrariamente amparado por las normas de jerarquía constitucional y suprallegal mencionadas y por el *jus cogens*, razón por la cual la garantía plena y eficaz de ese derecho es la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo.

De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles.

En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre "todos", son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por eso, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador.

Ese derecho fundamental no es ciertamente un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.

El citado derecho, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, y desde su incorporación al *jus cogens* por todos los

habitantes del mundo, cualquiera sea su condición personal o profesional, puede ser ejercitado desde luego por los sujetos de las relaciones de trabajo (y por los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquiere un *contenido o dimensión laboral sobreyenido*. Se produce así una "impregnación laboral" de un derecho de titularidad general o inespecífico por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados a propósito y en los dominios de un contrato de trabajo.

En síntesis, estamos en presencia de un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un **derecho laboral fundamental inespecífico** (cfr. Palomeque- López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación MAPFRE, pronunciada el 11/11/91 en el Paraninfo de dicha universidad, pub. en Actualidad Laboral n° 4-semana 27 de enero-2 de febrero 1992-, ps. 37/44).

Ahora bien, el art. 14 bis de nuestra Carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor.

Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica.

Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes de la Nación y una tutela constitucional laboral específica.

omZsis...

El art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional dispone en lo pertinente:

"Corresponde al Congreso:..."

"...Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con **justicia social**."

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

"...Se trata de la justicia en su más alta expresión...", cuyo contenido "...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a

alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (cfr. C.S.J.N., 13/99/74, "Bercaitz, Miguel Angel", Fallos 289:430).

Además, nuestro más Alto Tribunal había señalado con anterioridad que la justicia social es elemento integrante de la Constitución desde sus orígenes: "el objetivo pre-eminentemente de la Constitución, según expresa su Preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social" (cfr. Fallos: 278:313).

Asimismo, según la Corte Suprema, "las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar" (Fallos: 293:551 y 556) conjugándose con los valores de "cooperación" y "solidaridad" (C.S.J.N., 3/5/84, "Gutiérrez /Y.P.F.").

"El trabajo humano tiene características propias que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional", lo que "sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" (Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337).

om̃ssis...

Según el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el Congreso, entre otras medidas, deberá:

"...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad..".

Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos que condicionan y limitan la igualdad en los hechos.

Entre los destinatarios de las normas que, como medidas de discriminación positiva debe promover el legislador, obviamente se incluyen los trabajadores.

El carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, exigido -entre otras normas- por el art. 75, inc. 23, C.N. resulta claramente definido en una sentencia del Tribunal Constitucional de España, en términos que resultan aplicables a nuestro ordenamiento jurídico.

"...la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación...

De todo ello deriva el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales... Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando impone a los poderes públicos la obligación de *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas*, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tutiva o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, ya que el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador..." (STC 3/1983 de 25/1, cit. por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, "Estado Social y Derecho del Trabajo", en "Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)", coordinado por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 23).

La exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación del plexo normativo y principista descripto precedentemente, llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio contra un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una tutela jurídica más intensa.

omissis...

Deviene irrelevante el hecho de que la demandada haya depositado oportunamente la suma de \$ 75.423,79 concomitantemente y con motivo de la extinción del contrato de trabajo, tendiente a cubrir las indemnizaciones tarifadas por despido incausado e intempestivo, toda vez que la actora ha expresado firmemente su voluntad de permanecer en el cargo a través de la pretensión de nulidad del despido amparada por las normas citadas precedentemente, y esa voluntad debe prevalecer en el presente caso sobre cualquier otra interpretación posible por tratarse de una garantía de carácter personal fundada en el plexo normativo precitado.

El despido discriminatorio padecido por la actora es un acto nulo de objeto prohibido y, además, ilícito, por lo que propicio revocar la sentencia de grado, y hacer lugar a la acción de amparo, declarando la nulidad del despido, y condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo, y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y cones.. C. Civ.: Iº. ley 23.592).

Propongo fijar la reparación del dano material en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva

reincorporación, la que será calculada por el perito contador en la etapa de ejecución (conf. arts. 165, C.P.C.N. y 1º, ley 23.592).

Por otra parte, los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual (ar. 1.050, C. Civ.); de allí que -como postulo en el párrafo anterior- los salarios deben abonarse desde ese momento como consecuencia de la vigencia del contrato. en tanto el derecho a la remuneración se adquiere por la mera circunstancia de que la actora puso su fuerza de trabajo a disposición de la demandada (conf. ar. 103, L.C.T. -t.0.-) tratándose de una acción de cumplimiento fundada en el ar. 505, inc. 1º, C. Civ., máxime que en el caso la comunicación del despido se produjo el 5 de enero de 2005 y la acción judicial fue interpuesta el 1º de febrero de 2005 (ver cargo mecánico de fs. 76 vta.), es decir, en forma casi inmediata.

No obsta a la conclusión expuesta el hecho de que con posterioridad a la desvinculación material la actora haya prestado servicios como enfermera para la Clínica San Camilo, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque ese desempeño sólo se limitó al lapso comprendido entre el 4 de febrero y el 30 de abril, ambos de 2005 (ver respuestas de la actora a las preguntas 3º y 4º formuladas por la demandada - fs. 146-e informe de fs. 454)

En segundo término, y esto es decisivo y relevante, porque la demandada no alegó ni tampoco demostró que ese desempeño se superpusiera horariamente con la jornada comprometida por la actora en la Clínica del Sol explotada por San Timoteo S.A., ni que Parra Vera se desempeñase para esta última en forma exclusiva.

También considero fundada la pretensión de resarcimiento de dano moral, la que auspicio fijar equitativamente en la suma de \$ 5.000, calculada a valores vigentes a la fecha de este pronunciamiento, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso (conf. ars. 522, C. Civ. y 1º, ley 23.592).

omissis...

EL DQTRULIQ CISAR SIMON manifestó:

Adhiero al voto del Dr. Zas por compartir sus fundamentos y agregó: soy de aquellos que, siguiendo las enseñanzas de Justo López, sostienen que no existe un derecho del empleador a despedir al trabajador sin causa, antes bien existe un derecho del trabajador, garantizado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional a que no se lo despidan arbitrariamente.

El despido sin causa producido en el ámbito del derecho privado sería una violación a ese derecho y, por eso, es penado con una sanción.

Pero existen ciertos casos en que el empleador -aún aquél regido por el Derecho del Trabajo- no puede despedir sin recurrir a un procedimiento especial de autorización -- en algunos supuestos- o, agregó, cuando el despido es discriminatorio.

Esto último porque, según entiendo y disipadas las dudas que según algunos podía generar una norma como la del art. 11 de la ley 25.013 derogada por la ley 25.877, la

sanción de nulidad se produce porque el acto discriminatorio, como tal, está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

Esta prohibición resulta de infinidad de normas, algunas constitucionales como los arts. 14, 14 bis, 16, otras de jerarquía constitucional, así el Convenio 87 de la OIT, así que remiten los Pactos de Nueva York, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ese mismo pacto de Derechos Civiles y Políticos en su parte II, art. 2º, inc. 1º, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos, La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. También está plasmada en el art. 1º de la Declaración Socio Laboral dei MERCOSUR que dispone: "todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación sin distinción de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes" y aunque he formulado en lo personal algún reparo a la aplicación de sus normas en el derecho interno, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha citado como integrándolo en el leading case "Aquino".

Ahora bien, supuesto que nos encontremos frente a un despido discriminatorio, ¿qué normas del derecho interno deben aplicarse?. A mi juicio -coincidiendo por otro lado como en todo su voto con el Dr. Zas- no existe norma específica en el Derecho del Trabajo sobre el punto, recuérdese que esa disposición de la ley 25.013 derogada no alcanza el supuesto de autos -aclaro que, por lo demás, existían en su momento fundadas dudas sobre su vigencia, tanto por un veto cercenatorio cuanto por su oposición a normas de mayor jerarquía- pareciera que cabe aplicar, en primer término, el Código Civil.

omissis...

Por supuesto que reconozco la autonomía dei derecho del trabajo, es más la defiendo, pero reconozco -siguiendo también a López- que esta autonomía es relativa, ya que no cabe pensar en un aislamiento absoluto entre él y las demás ramas dei Derecho.

Ahora bien el maestro López indicaba que los límites a la aplicabilidad de las normas civiles se dan cuando existe incompatibilidad y tal incompatibilidad se muestra de dos maneras 1) la existencia de una norma laboral expresa distinta y 2) la incompatibilidad de la norma civil -incluso en el supuesto de carencia de norma laboral- con los principios generales especiales dei derecho dei trabajo.

~Existe, quizás, un principio dei derecho dei trabajo que autorice ai empleador a despedir arbitrariamente? No sólo nunca ha sido enunciado como tal, que yo sepa, ni se puede deducir -a mi entender- de los principios dei Derecho dei Trabajo generalmente conocidos (conf. Plá Rodríguez, Américo, "Los principios dei Derecho del Trabajo", Depalma, 1978).

Pareciera que lo que se quiere sostener cuando se pretende la inaplicabilidad de la ley 23.592 y el Código Civil es que el empleador tiene derecho a despedir sin

causa –lo que ya hemos aventado a la luz de lo dispuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pero de lo que carece, sin ninguna duda, es de derecho a despedir discriminatoriamente y que ese despido valga, esto es que el acto discriminatorio se consume, en este caso las normas aplicables lo impiden por vía de la nulidad (conf. "Es inconstitucional el derecho a la estabilidad", L.T. XVII-A, págs. 385 y ss.)

Lo dicho viene a cuento porque cuando nos encontramos frente a un despido discriminatorio –y coincido con el Dr. Zas que el de la actora lo fue- la nulidad se impondría por aplicación de lo dispuesto en los arts. 953 y 1044 del Código Civil. El despido discriminatorio es nulo porque está prohibido. Pretender que esas normas no se apliquen al trabajador implicaría una nueva discriminación inaceptable.

Quiero invocar por lo demás lo indicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mentado caso "Aquino" puesto que la intención de desplazar al Derecho Civil cuando este aporta soluciones que cumplen con el precepto constitucional de proteger el trabajo en sus diversas formas no es nueva, ya se intentó sin éxito en su momento con la aplicación del art. 1113 del Código Civil a los dependientes, más tarde con la Ley de Riesgos del Trabajo y, ahora, en lo atinente al despido discriminatorio.

Por lo demás se llega a idéntica solución por aplicación de la ley 23.592, en tanto que esa es la norma general de aplicación al acto discriminatorio. Sobre el punto reitero lo antes indicado en relación a la aplicación de normas generales, en el caso una específica en cuanto a la discriminación pero general en cuanto a su campo de aplicación personal, ya que ésta ordena reponer el estado de cosas anterior al acto lesivo, y en el caso, para lograr tal objeto, es necesario dejar sin efecto –nulificar- el acto del empleador.

omissis...

Adelanté que adhería a lo indicado por el Dr. Zas respecto de la carga de la prueba. La jurisprudencia de los organismos de control y aplicación del Convenio 87 llevan a esa conclusión y no puedo dejar de señalar que en el caso "Simón", tanto el Procurador General de la Nación, como los magistrados intervinientes señalan que cuando el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, refiere a las condiciones de vigencia pretende que se interpreten y apliquen tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional (con cita en el caso "Girolodi", Fallos: 328:514), esto implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina, tal como funcionan en el orden internacional incluyendo la jurisprudencia de dicho ámbito relativa a esos tratados.

omissis...

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, **el TRIBUNAL POR MAYORÍA RESUELVE:** 1) Revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por Máxima Parra Vera contra San Timoteo S.A., declarando la nulidad del despido dispuesto por esta última, y condenándola a reinstalar a la actora dentro del quinto día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, cuyo monto será fijado oportunamente por la señora jueza de grado (conf. arts. 666 bis, C. Civ. y 37, C.P.C.C.N.), y a abonar dentro del quinto día de quedar firme la liquidación que practicará el perito contador en la etapa

de ejecución en concepto de reparación de dano material, una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde el 5 de enero de 2005 hasta la efectiva reincorporación y, la suma de \$ 5.000 (PESOS CINCO MIL) en concepto de resarcimiento de dano moral. Los referidos importes devengarán intereses desde la fecha de su exigibilidad (la reparación del dano moral desde el 5/01/05) y hasta el efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (C.N.A.T. Acta 2357 del 7.05.02 ref. por Res. 8 del 30.05.02). 2) Dejar sin efecto lo resuelto en primera instancia en materia de costas y honorarios. Imponer las primeras, en ambas instancias, a cargo de la demandada y diferir la regulación de honorarios para el momento en que esté determinado definitivamente el monto de condena. Regístrese, notifíquese con carácter urgente y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.

María C. García Margalejo
Juez de Cámara

Oscar Zas
Juez de Cámara

Julio César Simon
Juez de Cámara

SENTENÇAS

Processo n 01287-2008-102-04-00-0

[...]

Vistos, etc.

1. G. G. da S. ajuíza reclamação trabalhista contra VOTORANTIN CELULOSE E PAPEL S/A. Alega a reclamante que trabalhou para a ora reclamada no período de 12.09.2005 a 02.06.2008 em atividades diversas que lhe exigiam esforços extremos, e que acabaram por ocasionar-lhe a doença diagnosticada como Síndrome do Túnel do Carpo. Esteve afastada do trabalho em auxílio doença e afirma ter sido despedida quando ainda estava inapta ao trabalho, inobservando a reclamada, a estabilidade provisória instituída em proveito do acidentado no trabalho. Diz que seu trabalho era insalubre e busca sua reintegração no emprego e/ou indenização do período de estabilidade, adicional de insalubridade com reflexos e o pagamento de indenização em face dos danos morais sofridos. Requer, outrossim, a concessão do benefício da Justiça Gratuita. Atribui à causa o valor de R\$ 20.000,00. Junta documentos.

A demandada responde, conforme razões de fls. 47/59. Sustenta que, embora expedida a CAT, o órgão previdenciário concedeu à reclamante benefício *auxílio doença* previdenciário, portanto, sem nexo de causalidade com as atividades desempenhadas, que foi prorrogado várias vezes. Após o último período de benefício prorrogado, demitiu a reclamante sem justa causa. Assevera não ter a autora direito à indenização por dano moral e nega a atividade insalubre. Junta documentos.

Produz-se prova pericial técnica (tls. 201/206) e médica (fl. 238). As partes apresentam razões finais remissivas. A conciliação resulta inexitosa.

É o relatório.

Isto Posto:

1. DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

Relata a autora ter gozado benefício previdenciário de agosto/2006 a setembro/2007 e que foi demitida em 02.06.2008 embora tenha apresentado atestado médico revelando sua inaptidão ao trabalho, no dia seguinte ao aviso prévio indenizado. Com amparo na Lei 8.213/91 que, em seu artigo 118, estabelece o direito do trabalhador acidentado no trabalho à garantia do emprego pelo período de doze meses após a cessação do benefício previdenciário (auxílio-doença acidentário), busca ser reintegrada no emprego ou, sucessivamente, ser indenizada pelo período da estabilidade provisória (junho a setembro/2008).

Defende-se a ré argumentando que, em virtude das diversas oportunidades em que a reclamante apresentou atestados médicos emitiu a CAT correspondente, permanecendo

a autora em benefício de auxílio doença previdenciário até que obteve alta do INSS. Retomando ao trabalho normal, foi submetida a exames médicos que a reputaram apta ao serviço e foi demitida.

É inequívoco no feito que a reclamante esteve afastada de suas atividades, em razão de doença profissional. Segundo se infere da CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho – juntada aos autos (fls. 74), o auxílio-doença foi concedido em razão de lesões por esforço excessivo. Ocorre que, embora o fato gerador do direito à estabilidade provisória de que trata a Lei 8.213/01 seja o auxílio doença acidentário, posteriormente a reclamante teve prorrogado o auxílio-doença previdenciário em diversas oportunidades, sempre em decorrência da doença profissional que originou o primeiro benefício. A perícia médica realizada no feito confirma que existe nexo entre a patologia apresentada e as atividades profissionais e que a autora não se encontra apta para o exercício de qualquer atividade, por estar ainda em tratamento.

O direito à garantia de emprego de que trata o art. 118 da Lei 8.213/91 pressupõe o gozo de auxílio-doença acidentário. No presente caso, entretanto, a prova produzida nos autos é farta no sentido de confirmar as alegações da autora de que, ao tempo da despedida, não estava no pleno uso de sua capacidade laboral.

Em primeiro lugar, a reclamante recebeu o aviso prévio em 02.06.2008 e o atestado médico de fl. 27 comprova que a mesma apresentava problemas de saúde de difícil tratamento.

A situação que se apresenta nos autos é inusitada. Buscou a reclamante a concessão de benefício previdenciário, por doença relacionada ao trabalho, sendo emitida a CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho – pela empresa, porém, usufruiu *auxílio doença previdenciário* por determinado período. Tivesse o órgão previdenciário acolhido a CAT e usufruído a reclamante do benefício acidentário, a reclamada inquestionavelmente reconheceria seu direito ao emprego porque configurada a hipótese do art. 118 da Lei 8.213/91. No caso em tela, contudo, a empregada, mesmo doente em razão das atividades desempenhadas, permaneceu prestando serviços normalmente após a cessação do auxílio doença. Tal circunstância resulta, à evidência, do temor da trabalhadora de perder sua colocação, o que, paradoxalmente, veio a ocorrer a despeito de seu sacrifício pessoal.

Em segundo lugar, a perícia médica realizada no feito, cujo laudo encontra-se à fl. 238, concluiu ser a autora, à época da despedida, portadora de doença ocupacional, relacionada ao trabalho. Da conclusão do médico do juízo, depreende-se que, de posse do diagnóstico de síndrome do túnel carpeano, a reclamada foi negligente em relação ao problema da autora, vez que não forneceu nova CAT nem a encaminhou para tratamento adequado, tendo o médico que assina o atestado de saúde ocupacional de fl. 64, considerado a autora apta ao trabalho *1111 dia antes* do atestado de fl. 27 registrar doença de difícil tratamento e dois dias antes do exame de fl. 28 atestar a doença *síndrome do trínef do carpo*.

O exame demissional, portanto, que considerou a autora apta para o trabalho, resta ineficaz diante do laudo pericial médico e demais documentos trazidos aos autos. Sabedora dos problemas de saúde da autora – frente às consultas anteriores e histórico da paciente, constante de sua ficha funcional - a reclamada limitou-se a considerá-la apta a trabalhar sem sequer requerer novos exames capazes de ampararem

sua conclusão. Além disso, o aviso prévio foi indenizado e a reclamada não logrou demonstrar tenha a autora, no curso do contrato, prestado serviços a outrem, hábeis a contribuir para o desenvolvimento da doença ocupacional.

Por fim, pedidos relacionados à configuração da doença profissional posteriormente à despedida do empregado e o respectivo direito à reintegração vem sendo reiteradamente apreciados pelos tribunais trabalhistas, como a seguir se verifica, inclusive pelo TST que editou Súmula sobre a matéria:

Processo 01285-2000-231-04-00-7 (RO)

Data de Publicação: 20/10/2005

Juiz Relator: BEATRIZ ZORATIO SANVICENTE

EMENTA: INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. Não há interrupção da prescrição se os pedidos não forem idênticos. Inteligência da Súmula nº 268 do TST. Apelo negado. GARANTIA DE EMPREGO. DOENÇA PROFISSIONAL. NEXO CAUSAL COM AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS. A garantia de emprego com fundamento no art. 118 da Lei 8.213/91 somente pode ser reconhecida mediante prova de que a doença teve sua gênese no trabalho. Não estabelecido o nexo causal entre a patologia detectada e as atividades desempenhadas em prol do empregador, o empregado não está ao abrigo de qualquer estabilidade. Provimento negado. (...)

Processo 00627-2004-251-04-00-0 (RO)

Data de Publicação: 25/10/2005

Juiz Relator: JOSÉ FELIPE LEDUR

EMENTA: REINTEGRAÇÃO. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO POR AUXÍLIO-DOENÇA. NEXO COM A ATIVIDADE LABORAL. Para a aquisição da estabilidade no emprego prevista no art. 118 da Lei 8.213/91 é imprescindível a comprovação de nexo entre a moléstia laboral e a atividade profissional exercida. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Não há como distinguir a coleta de lixo em banheiros, sem proteção adequada, do lixo coletado por um gari. A exposição a agentes biológicos resta evidente nos dois casos. E a natureza desse lixo não se altera pelo fato de encontrar-se em banheiros localizados em Unidades de Saúde ou na calçada de rua. O Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTb 3.214/78 prevê que a insalubridade por contato com lixo urbano decorre de análise qualitativa. DIFERENÇAS SALARIAIS. Ainda que seja juridicamente possível a pactuação de jornada reduzida (art. 58-A, § 1º, da CLT), tal exceção deve ser ajustada entre as partes quando da contratação sob pena de pagamento de diferenças pela consideração do piso salarial regional. (...)

Processo 00627-2004-251-04-00-0 (RO)

Data de Publicação: 25/10/2005

Juiz Relator: JOSÉ FELIPE LEDUR

EMENTA: REINTEGRAÇÃO. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO POR AUXÍLIO-DOENÇA. NEXO COM A ATIVIDADE LABORAL. Para a aquisição da estabilidade no emprego prevista no art. 118 da Lei 8.213/91 é

imprescindível a comprovação denexo entre a moléstia laboral e a atividade profissional exercida. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Não há como distinguir a coleta de lixo em banheiros, sem proteção adequada, do lixo coletado por um gari. A exposição a agentes biológicos resta evidente nos dois casos. E a natureza desse lixo não se altera pelo fato de encontrar-se em banheiros localizados em Unidades de Saúde ou na calçada de rua. O Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTb 3.214/78 prevê que a insalubridade por contato com lixo urbano decorre de análise qualitativa. DIFERENÇAS SALARIAIS. Ainda que seja juridicamente possível a pactuação de jornada reduzida (an. 58-A, § 1º, da CLT), tal exceção deve ser ajustada entre as partes quando da contratação sob pena de pagamento de diferenças pela consideração do piso salarial regional. (...)

SÚMULA Nº 378 – ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. CONSTITUCIONALIDADE. PRESSUPOSTOS.

I. É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessão do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 -- Inserida em 01.IO.1997)

II. São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, *salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.* (Primeira parte – ex-OJ nº 230 – Inserida em 20.06.2001)

Acolho a pretensão da autora à declaração de nulidade da despedida, determinando sua reintegração no emprego em função compatível com sua capacidade laboral. As vantagens pecuniárias do período do afastamento são mera consequência da nulidade da rescisão e deverão ser satisfeitas pela reclamada, com juros e correção monetária.

[...]

3. DO ACIDENTE NO TRABALHO E DO DANO.

A reclamante alega ter sofrido acidente no trabalho de que resultou lesão prolongada, configurada em doença profissional. Postula, como decorrência, indenização por dano moral.

A reclamada nega a culpa exclusiva pela doença que acometeu a autora, afirmando não ter agido com culpa ou dolo.

É inequívoco, especialmente diante dos termos do laudo do perito médico, que a moléstia síndrome do Túnel do Carpo decorreu ou foi precipitada pela atividade desenvolvida pela autora junto à ré. Assinala-se que doutrina e jurisprudência são unânimes em admitir que basta a atividade laboral constituir concausa da doença profissional ou do acidente para que onexo causal reste configurado. O dano, então, efetivamente ocorreu, vez que existente nexo causal entre a doença e a atividade da trabalhadora. Cumpre definir, então, se o fato enseja o direito à indenização perseguida.

Segundo dispõe o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal. o trabalhador que sofra acidente no trabalho fará jus à indenização correspondente, suportada pela Previdência Social, sem prejuízo de indenização devida pelo empregador nas hipóteses de culpa ou dolo. Destarte, a responsabilidade do Estado, frente ao acidente de trabalho, é objetiva, pautada pela teoria extrema do risco integral, ou seja, o direito à indenização paga pela Previdência independe da concorrência de culpa, e se configura ainda que o próprio trabalhador tenha dado causa ao acidente. A Lei Maior garante ao acidentado no trabalho, ainda, a possibilidade de responsabilização do empregador acaso demonstrado seu dolo ou culpa, quando o obreiro fará jus a uma indenização adicional. Nessa linha de raciocínio, configurada a doença profissional – corroborada pelo laudo pericial médico – era de reclamada o ônus de demonstrar não tenha para ela concorrido com dolo ou culpa.

O laudo médico não foi impugnado. Do relato do perito, resta claro que as condições em que a autora prestou serviços foram determinantes na aquisição da moléstia. Isso porque, a repetitividade dos movimentos exigidos no desempenho de suas tarefas importa em excesso de esforço. Ao empregador cabe fornecer as condições adequadas para o trabalho – nestas incluída a orientação acerca da necessidade de realização de pausas na atividade de modo a evitar futura doença profissional, máxime considerando que a moléstia Síndrome do Túnel do Carpo acomete principalmente trabalhadores que realizam tarefas repetitivas – e também os equipamentos hábeis a minimizar eventual prejuízo à saúde. Nesse sentido inclina-se a jurisprudência do TRT da 4ª Região:

Processo 01455-2005-401-04-00-2 (RO)

Data de Publicação: 20/03/2007

Juiz Relator: JOSÉ FELIPE LEDUR

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. NOVA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. JURISPRUDÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM COMPATÍVEL COM O DIREITO DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. A matéria relativa à condenação do empregador em pensão mensal e vitalícia decorrente de dano patrimonial relacionado a acidente do trabalho vinha encontrando terreno fértil na Justiça Comum até a alteração da distribuição da competência material do Poder Judiciário pela EC 45/04. A jurisprudência do STJ e TJRS contempla entendimento perfeitamente compatível com a base axiológica e principiológica do direito do trabalho. bem como fornece solução conforme aos direitos fundamentais sociais para a temática em análise, razão pela qual deve ser seguida por esta Justiça Especializada. DANO MORAL. A redução da capacidade laborativa de quem necessita trabalhar para prover sua existência e de sua prole repercute na esfera íntima, ocasionando dor à sua psique em face do comprometimento da força física de seu corpo. A prova do dano moral é plenamente presumida em decorrência da lesão provocada pela empresa-ré, que não a preveniu com equipamentos de proteção apropriados e/ou diminuição dos riscos à saúde do ambiente de trabalho. Sentença parcialmente reformada. (...)

Processo 00001-2006-661-04-00-5 (RO)

Data de Publicação: 19/12/2006

Juiz Relator: REJANE SOUZA PEDRA

EMENTA: DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. Culpa do empregador configurada, vez que não comprovou ter adotado medidas preventivas à ocorrência de doença profissional causada pelo trabalho que envolve esforços repetitivos, mormente diante do alto número de incidência da enfermidade em empregados de estabelecimentos bancários. Decisão mantida. (...)

Processo 00344-2004-831-04-00-2 (RO)

Data de Publicação: 25/10/2006

Juiz Relator: LENIR HEINEN

EMENTA: LER. Doença profissional equiparada a acidente do trabalho. Nexo causal configurado. Indenização por dano moral devida. Nexo de causalidade entre a lesão e as atividades laborais é atestado pelo laudo médico, que corrobora o reconhecimento da ocorrência do acidente do trabalho por parte do INSS. Comprovada a culpa do reclamado. Omissão e negligência quanto às suas obrigações contratuais. Inobservância das regras de segurança e medicina do trabalho, em afronta ao disposto no art. 157 da CLT. Autora que sofreu evidente abalo moral em face da doença profissional adquirida que resultou na incapacidade parcial para o trabalho em face do que teve precocemente concedida aposentadoria (44 anos). O dano moral, no caso, é in re ipsa. Valor da indenização que é fixado em uma anuidade de remuneração percebida pela autora, a qual se mostra adequada para atingir a finalidade reparatória do dano sofrido, bem como a finalidade punitiva da conduta culposa do empregador além da finalidade pedagógica a fim de coibir reincidência. Recurso provido.(...)

Sobre o tema, ainda, propõem Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins, in "Dano Moral -- Múltiplos Aspectos nas Relações de Trabalho" (LTr, São Paulo, 2005, p. 263):

"Acreditamos que a solução está nos empregadores e nos empregados, cabendo a maior parte aos primeiros que detêm o poder diretivo e econômico. Ocorre que os empregadores precisam se conscientizar de que o trabalhador é uma peça importante para o desenvolvimento de seu empreendimento, e, por isso, o seu local de trabalho deve apresentar as melhores condições, não só para o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, mas também para a sua saúde, higiene e segurança."

É inquestionável que a autora sofreu abalo psíquico em vista da perda da aptidão para o trabalho, bem assim em virtude do sofrimento experimentado ao ser demitida enquanto ainda estava em tratamento médico e também sob a forma de dor – na submissão a procedimentos médicos para tentar a reversão do dano, – e de angústia – frente à inatividade forçada e incerteza acerca da possibilidade de recuperação da capacidade laboral. Deve, pois, a reclamada, indenizar a autora em razão do dano moral sofrido.

No pertinente ao montante da indenização devida, transcrevo, adotando-o como razões de decidir, o seguinte aresto:

"No arbitramento do dano moral, o julgador deve considerar não apenas a dor física sentida, a extensão da lesão, o tempo de recuperação e as seqüelas deixadas pelo acidente, mas também o grau de culpabilidade do agente e o que fez ele para reparar o mal causado pois influenciará, na fixação da indenização, o comportamento do agente antes e depois do infortúnio. Afinal, não se pode esquecer que a indenização por danos morais, além de ter natureza compensatória, possui também um caráter pedagógico para o infrator que, punido no aspecto econômico, procurará não repetir os erros cometidos." (TRT 24 Região, RO 1393/2001-000-24-00-7, Ac. 5.6.02, Relator Juiz Designado Amaury Rodrigues Pinto Júnior, publicada na revista LTr, ano 67-05, pág. 597).

Assim, observados os critérios definidos pela doutrina e jurisprudência e considerados, ainda, a posição social da vítima bem assim a condição econômica da responsável pelo dano, entendo razoável a fixação do valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos nacionais na forma pleiteada na prefaciai.

[...]

Angela Rosi Almeida Chapper – Juíza do Trabalho

2 Vara do Trabalho de Pelotas

Publicação em: 14.08.2009

Processo nº 00311-2006-025-04-00-7

[...]

ISTO POSTO:

O autor pretende, através da presente, discutir a atuária aplicada ao cálculo do benefício saldado que, segundo admite já na inicial, irá receber por força de adesão no Plano de Previdência que lhe era oferecido, já que, inequivocamente afastado dos quadros de pessoal da primeira reclamada, estava vinculado à segunda como participante autopatrocinado. A migração ao novo Plano da BrTPREV foi reconhecida pela segunda ré como ocorrida em 3/12/2002. Na inicial, o autor também admite que lhe foram oferecidas três opções para efeito da migração, havendo optado pela primeira. Diz não haver sido, naquele passo, sido informado dos problemas de déficit da reserva de transferência. Reconhece haver a migração sido procedida com base na reserva matemática de transferência dos participantes, calculada atuarialmente, com fundamento na nota técnica da BrTPREV, em virtude do benefício saldado constituído na data da transação. Admite, ainda, que os valores da reserva matemática de

transferência foram apresentados pela Fundação BrTPREV, através do documento chamado simulador de migração, pelo qual lhes foram oferecidas três opções de migração. Assim, em tal base expôs sua opção. Não nega seja o benefício saldado calculado na forma regulamentar. Diz que o valor do benefício saldado, que teve por base os valores referentes a sua reserva matemática de transferência foi calculado às ocultas. Afirma haverem contratado um atuário para promover os cálculos, já que o cálculo não teria sido "aberto" pela fundação, que não teria agido com transparência. Assim, diz que a reserva matemática atingiu valores muito inferiores aos efetivamente devidos. Desta forma, tem que o Plano não se sustenta perante os direitos que já adquirira.

Ora, apesar da aparente complexidade da questão posta a nosso julgamento, que, inicialmente, entendeu-se envolvia complexos cálculos atuariais, tem-se que a matéria comporta exame apenas singelo. Com efeito, não alegou o autor houvesse sido coagido a migrar de Plano, pelo contrário, se o fez é porque vislumbrou vantagens na opção, até porque não é de se presumir mesmo a possibilidade de vício de vontade quando o trabalhador não mais mantém o vínculo de emprego. Veja-se, por outro lado, que ao autor foi entregue o documento Simulador de Migração de Plano, o que se revela incontroverso. A análise do mesmo, vê-se que, no Plano de origem, o autor que contava com apenas com 53 anos à época, não fazia jus ainda ao benefício de aposentadoria – fl. 36, passando a fazê-lo apenas com 59 anos e oito meses. De resto, era, inclusive, autopatrocinado, o que importava, à evidência, reverter contribuições ao plano, como comprovado, aliás, a folha 54 e ss.. Já no novo Plano, pela opção adotada, de número 1, de imediato, o reclamante faria jus à aposentadoria antecipada, como se vê a folha 31. De resto, parece pueril a alegação de que os cálculos eram fechados e não transparentes, na medida em que o autor, alegando haver contratado atuário, chegou a novos valores bem superiores. Tal, à evidência, poderia ter sido feito antes da opção, o que resultaria, ou não, em escolha mais consciente, segundo a tese que parece tentar esgrimir o reclamante.

Ao final, o que se tem a concluir é que o reclamante, tendo feito opção consciente, livre e desimpedida pelo novo Plano, totalmente conhecido os valores a serem aplicados, agora pretende agregar à opção vantagens nunca concebidas pelo instituidor e certamente inviáveis à luz da atuária aplicável.

Com efeito, resta importante que se ressalte beirar a pretensão à má fê, limitando-se o juízo apenas a advertir o reclamante, para que evite, no futuro, o ajuizamento de lides como a presente que servem apenas a sobrecarregar as Varas Trabalhistas, já completamente congestionadas.

[...]

Inajá Oliveira de Borba – Juíza do Trabalho

25 Vara do Trabalho de Porto Alegre

Publicação em: 31.03.2008

Processo nº 00550-2008-401-04-00-1

[...]

Isso posto:

1. Relata a reclamante, na inicial, que, durante todo o período do contrato que manteve com a ré, foi impedida de se ausentar do caixa (local de sua prestação de trabalho), até mesmo para fazer suas necessidades fisiológicas (ordem esta que era prontamente cumprida pela autora, em vista da condição de estar na vigência do contrato de experiência - o qual teve início em 14.01.2008 e término em 14.02.2008). Relata, ainda, que, em 26 de janeiro de 2008, solicitou, várias vezes, à fiscal de caixa, autorização para ir ao banheiro, e, em vista da demora na concessão de autorização, durante o seu deslocamento do caixa ao banheiro, urinou na frente de outros empregados e clientes. Postula, em decorrência disso, o pagamento de indenização por dano moral.

Necessariamente, ao se falar em dano moral, trata-se de *agressão a valores extrapatrimoniais, de cunho personalíssimo*, quais sejam, lesão à honra do indivíduo, aos seus valores íntimos e/ou à sua imagem perante a sociedade, dependendo a reparação do dano da ocorrência de três fatores: a *conduta (omissiva ou comissiva)* do agressor, o *resultado lesivo* dessa conduta em relação à vítima, e a relação de causa e efeito, que deve ocorrer entre ambos, o dito *nexo causal*.

Sobre o tema, Carlos Alberto Bittar preleciona:

"...danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum - porque ligados à natureza humana - podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese sub item, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado."

(...)

"Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador; havendo-se, portanto, como tais, aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)." (sem grifo no original) - (in Reparação Civil por Danos Morais).

Ainda, consoante os ensinamentos de Antonio Chaves, dano moral é *"a dor resultante da lesão de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física, nascida de uma lesão material, seja a dor moral, de causa material"* (Tratado de Direito Civil. V. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 607-*apud* Síntese Trabalhista - nº 136 (outubro/2000) - Editora Síntese Ltda - pág. 117).

Segundo a lição de Yves Chartier, são numerosas as hipóteses em que pode ocorrer prejuízo moral: *"atentado à honra, à consideração e à reputação, difamação*

e injúria, ofensa à memória de um morto, atentado contra a vida privada, preservação da imagem, do nome e da personalidade, atentado à liberdade pessoal (Responsabilidade Civil - 2 Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1991, n° 49 - *apud* obra citada).

As informações prestadas pela testemunha Marlei confirmam as razões expostas na inicial. Relatou ela que *"o procedimento adotado pela reclamada, no caso do empregado-caixa se deslocar até o banheiro, consiste em o empregado solicitar ao fiscal de caixa autorização para tal e este fiscal repassar a solicitação ao fiscal-chefe"*, uma vez que *"o fiscal de caixa não pode praticar tal autorização"*. Disse, ainda, que, apesar de não ter presenciado o ocorrido, ficou sabendo do acontecido, porque *"todos os empregados ficaram sabendo dessa situação"*. Afirmou, também, que normalmente a autorização para ir ao banheiro demora de cinco a dez minutos (desde a solicitação até o recebimento da resposta da fiscal-chefe), mas que *"a autorização para deslocamento até o banheiro só é concedida após o caixa atender toda a fila de clientes; que se a fila for aumentando deve haver nova solicitação, a fim de verificar se existe algum outro empregado que possa substituir o caixa: que nessas situações o tempo anteriormente mencionado aumenta para 20 ou 25 min"* (sem grifos no original).

É relevante salientar, ainda, que a preposta do reclamado, no seu interrogatório (fl. 61), informou que, em vista do acontecido, *"foi concedido à reclamante dois dias de folga em decorrência do incidente em questão"*; informando, também, que *"a concessão dessas folgas não constitui situação normal na reclamada"*; salientando que *"tal concessão constitui ato de reconhecimento de fato grave ocorrido dentro do estabelecimento reclamado."* (grifos não contemplados no original), concluindo-se, pois, ante às disposições do inciso IV do art. 212 do CPC, sobre a veracidade das razões expostas na inicial.

O regramento estabelecido pelo reclamado, no que concerne ao momento propício para a utilização do sanitário, por seus empregados, excede dos limites do direito potestativo que possui para o desenvolvimento do empreendimento. Tal poder não lhe dá o direito de impor aos seus empregados limitações de ordem fisiológica (como a utilização do banheiro), desrespeitando, assim, *os limites individuais* daqueles que coloca sob o seu comando hierárquico, pois se trata, aqui, de violação da higidez física e mental do ser humano, as quais constituem bens fundamentais de sua vida, privada e pública. de sua intimidade, de sua auto-estima e afirmação social, inquestionavelmente tutelados pela Lei Maior (art. 5º, incisos V e X).

Traduzem-se impertinentes e desprovidas de razoabilidade as razões declinadas pelo réu, ao contestar o feito, no sentido de que não houve lesão significativa ao intelecto, à imagem, à honra e à intimidade da autora, uma vez que ele próprio reconhece a gravidade do fato (informações contidas no interrogatório da sua preposta). Não importa onde ocorreu o incidente relatado na inicial (se no caixa, no caminho do banheiro, ou mesmo no próprio banheiro). O fundamento do caso em discussão é a falta de cuidado, de respeito do reclamado em relação aos direitos da saúde física e mental dos seus empregados, impondo-lhes medidas opressoras que violam os direitos individuais garantidos constitucionalmente, situação que enseja a indenização perseguida pela reclamante.

Como bem ensina Sérgio Cavalieri Filho, o dano moral consiste em ofensa a valores humanos, que *"está insito na própria ofensa"*. Esta, portanto, *"decorre da gravidade do ilícito em si"*. *"Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio ato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras de experiência comum"*. (Sérgio Cavalieri Filho, "Programa de Responsabilidade Civil", 2003, p. 102.)

A atitude do reclamado demonstra, acima de tudo, menosprezo pelas necessidades dos seus empregados, e, especialmente, pelos sentimentos deles, colocando em risco, inclusive, a saúde deles, depreciando, sem qualquer dúvida, a moral desses trabalhadores submetidos a essa situação. Na ânsia de alcançar maior produtividade o reclamado excedeu os limites de atuação do poder diretivo que possui, e, ao limitar a liberdade da reclamante de satisfazer suas necessidades fisiológicas, impôs a esta uma situação degradante e vexatória, ferindo, assim, a intimidade dela. A violência psicológica sofrida pela empregada e a conduta ilícita do réu geram, sem qualquer dúvida, o direito dela ao recebimento de indenização por dano moral.

Tal conduta feriu, ainda, o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (inciso III, art. 1º da Constituição Federal), constituindo restrição à liberdade individual.

No entender de **Kildare** Gonçalves Carvalho (2004: 355) a dignidade da pessoa humana significa:

"não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa. (...) A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela próprio edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento Kantiano." - (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 10. ed. ver. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.)

O empregador deve ater-se às conseqüências jurídicas da inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana, respondendo pela irregularidade dos seus atos.

Nas palavras de Jorge Pinheiro Castelo (1995), *"O mais importante direito e a preciosa obrigação contratual do empregador inerente ao contrato de trabalho não tem natureza patrimonial. E, é, justamente, o leyer de respeito à dignidade moral da peso@do trabalhador, aos direitos relativos à personalidade do empregado, cuja violac@o significa diretamente violação de direito e obrigação trabalhista."* (sem grifo no original) - (CASTELO, Jorge Pinheiro. Do Dano Moral Trabalhista. **Revista LTr**. N. 4, v. 59, 1995).

O empregador, que durante a relação contratual, viola o direito à intimidade do empregado, submetendo-o ao ridículo, a tratamento degradante, ou, ainda, levando-o

a agir contra a sua vontade ou a sua consciência, será condenado a reparar os danos morais a ele causados. Esta é a situação aqui analisada, evidenciando-se a prática de ato, pelo reclamado, que gerou lesão passível de enquadramento nas situações preconizadas pelos arts. 186 e 927 do Código Civil, sendo oportuno, ainda, transcrever jurisprudência que segue:

"DIREITO À INTIMIDADE - VIOLAÇÃO - DANO MORAL Embora o Direito do Trabalho não faça menção expressa aos direitos de intimidade do trabalhador, eles são oponíveis contra o empregador, porque assegurados em preceito constitucional (artigo 5º, X, da Constituição da República). Não é o fato de o empregado encontrar-se subordinado ao empregador o que deter este último o poder diretivo, que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do trabalhador. Logo, procede a indenização por dano moral, quando comprovado que a reclamante foi proibida de ir ao banheiro pelo gerente do reclamado, durante a realização de jogos de bingo, vindo a urinar, em público, no horário de expediente. O rigor desmedido adotado pela empresa expôs a obreira a uma situação vexatória, devendo ser reparado o mal que lhe foi instantaneamente causado. Numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais do Direito do trabalho, o vigor dos direitos fundamentais deverá servir de antídoto para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia", permitindo a auto-realização do empregado como cidadão." (TRT-RO-18878/99, 2 T., Rei. Juíza Alice Monteiro de Barros, Publ. MG. 24.05.00)

Assim, à vista das disposições do art. 944 do Código Civil, e levando-se em conta a situação vexatória e desumana pela qual passou a autora, fixa-se tal indenização no valor de R\$ 30.000,00, a qual deverá ser atualizada a partir desta data, sem prejuízo da incidência de juros de mora, os quais deverão ser calculados a partir da data de ajuizamento da presente reclamatória. Trata-se de valor que se afigura razoável, frente ao dano em análise e as condições ora averiguadas.

A respeito do *quantum* indenizatório, merece transcrever as jurisprudências que seguem:

"ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - QUANTUM. Para que seja arbitrado o valor da indenização por dano moral deve-se ter em mente a dupla finalidade da condenação, ou seja, a de punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática de atos semelhantes, e a de compensar a vítima pela humilhação e dor indevidamente impostas, evitando-se, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo ao ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa. Assim, deve o Juiz, com muita cautela, atentar-se pela realidade dos autos, observando a situação econômica de ambas as partes e, verificando que o valor arbitrado se encontra em quantum que ultrapassa o razoável, o Recurso merece ser provido, para se reduzir a condenação". (TRT-RO-20242/99, 1 T., Rei. Juíza Beatriz Nazareth Teixeira de Souza, Publ. MG 30.06.00)

"DANO MORAL - INDEMNIZAÇÃO - ARBITRAMENTO DO VALOR. O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado pelo juiz (ar. 1553, do Código Civil), atendendo ao duplo caráter da reparação, ou-seja, o de compensação para a vítima e o de punição do agente. E, como critérios abalizadores, pesam a extensão do dano; a condição sócio-econômico e cultural da vítima e a sua participação no evento; a capacidade de pagamento e o grau de culpabilidade do agente; dentre outros definidos pela doutrina, pela jurisprudência, e por normas pertinentes a hipóteses semelhantes." (TRT-RO-15335/99, 2ª T., Rei. Juiz Antônio Fernando Guimarães, Publ. MG. 29.03.00)

[...]

6. Considerando que restou evidenciada a prática, pelo reclamado, de ato de violação da dignidade dos seus empregados, os quais têm sido submetidos a tratamento desumano, em direta ofensa àquilo que prevêm os incisos Ili e X do artigo 5º da Constituição Federal, determina-se a remessa, *de imediato*, de cópias, devidamente autenticadas, da petição inicial, da defesa, da ata das fls. 60/61 e da presente decisão, ao Ministério Público do Trabalho, para conhecimento dos fatos aqui verificados e para a adoção das medidas que entender cabíveis.

[...]

Marilene Sobrosa Friedl - Juíza do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul

Publicação em: 11.12.2008

Processo nº 01118-2005-512-04-00-7

[...]

I—FUNDAMENTAÇÃO

A) PRELIMINARES

1—COMPETÊNCIA MATERIAL

O acidente de trabalho pode acarretar diversas consequências jurídicas: a) ação penal quando configurado fato típico penal como, por exemplo, um homicídio culposo (ar. 121, § 3º, do CP); b) ação dos dependentes contra a previdência social para obtenção de pensão por morte (ar. 18, II, a, c/c 74 e seguintes da Lei 8213/91); c) ação da Previdência Social contra o empregador para obter direito de regresso quando afrontadas normas de segurança e higiene do trabalho (art. 120, Lei 8213/91); d) ação de indenização fundada na responsabilidade civil (art. 186 e 927 e seguintes do Código Civil, ar. 37, parágrafo 6º, da CFI88).

As ações fundadas na responsabilidade civil podem ser divididas em três subespécies: a) as ações que postulam indenização pelo dano sofrido pelo próprio empregado;

b) ações que postulam indenização sofrida pessoalmente pelos sucessores ou outras pessoas vinculadas à vítima do acidente de trabalho, no que se convencionou denominar dano em ricochete, indireto ou reflexo; c) ações movidas pela vítima ou pelo empregador contra outro empregado ou terceiros que ao agir com culpa causaram ou contribuíram para o acidente, nos precisos termos do art. 942, parágrafo único, do CC ou do art. 37, parágrafo 6º, da CF em se tratando de prestadores de serviços públicos.

A ação penal seguramente não é atraída para a competência da Justiça do Trabalho na medida em que o art. 7º, inciso VI é de clareza meridiana ao se referir a "ações de indenização por dano moral ou patrimonial". As ações nas quais o INSS é parte tem a competência disciplinada em razão da qualidade da pessoa litigante no art. 109, I, da CF/88.

A competência da Justiça do Trabalho abrange todas as repercussões civis resultantes do acidente de trabalho, com ou sem morte, de responsabilidade do empregador ou de terceiros.

O art. 114 da CF/88, com a redação anterior à Emenda Constitucional 45/2004, delimitava a competência da Justiça do Trabalho nos seguintes termos: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...)". A rigor a dicção da norma constitucional reserva à Justiça do Trabalho desde a promulgação em 5 de outubro de 1988 a competência para julgar as ações decorrentes de acidente de trabalho movidas pelo empregado contra o empregador. Entre outros fundamentos, pela simples razão de que somente é acidente de trabalho o que ocorre entre empregado e empregador. Nada mais evidente para estabelecer a competência da Justiça do Trabalho nos casos de acidente de trabalho que a supressão da exceção contida no parágrafo 2º do art. 142 da CF/67.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Conflito de Competência 7204-01/MG afirma categoricamente: a competência para julgar pedido de indenização por acidente de trabalho do empregado contra o empregador não foi introduzida pela EC. 45/04, mas era desde 5/10/1988 da Justiça do Trabalho.

Diante de tais constatações indaga-se: *será que nada mudou com a edição da Emenda Constitucional 45/2004?* A lei e, com muito maior razão, a Constituição Federal, não contém expressões inúteis. Não é possível deixar de atribuir significado à atual redação dos incisos I e VI da Constituição Federal, inseridos pela Emenda Constitucional 45/2004.

A competência da Justiça do Trabalho foi alterada e significativamente ampliada. Não por fruto do acaso, mas de tendência que remonta à origem da Constituição Federal em 5/10/1988, que estabeleceu sensível incremento estrutural à Justiça do Trabalho com a previsão de pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada estado e no Distrito Federal (art. 112), passando pela Lei 10.770 de 21/11/2003 que criou 269 Varas do Trabalho em todo o território nacional.

A alteração imposta pela Emenda Constitucional 45/2004 é efetivamente de paradigma. Com base na redação anterior da norma constitucional era corrente a afirmação de que a competência da Justiça do Trabalho era delimitada em razão da

qualidade das pessoas litigantes. A partir da Emenda Constitucional 45/2004 tomou-se irrelevante a qualidade dos litigantes. A competência não é mais definida em razão da pessoa, mas da matéria. A força inercial causada pelo hábito arraigado dos operadores jurídicos da Justiça do Trabalho de enxergar sempre e invariavelmente o empregado e o empregador nos pólos ativo e passivo das ações, eximindo-se de julgar sempre que isso não ocorre, precisa necessariamente ser rompida. Não há tarefa mais árdua que modificar o modo de pensar dos operadores jurídicos, resistente até mesmo a alterações na Constituição Federal.

A competência da Justiça do Trabalho passou a delimitar-se pela matéria, repita-se que independentemente da qualidade dos litigantes. São as matérias pertinentes à relação de trabalho e os danos morais e patrimoniais oriundos desta relação os critérios eleitos na Constituição para delimitar a competência da Justiça do Trabalho. Entre os diversos danos que em tese podem estar vinculados à relação de trabalho por liame de causa e efeito seguramente o mais relevante é o que atinge a integridade física do trabalhador.

O acidente de trabalho necessariamente nascido na relação de trabalho pode causar danos que se estendem para além do prestador do trabalho e atingem as pessoas que convivem com o empregado, como seus familiares. Da mesma forma, a responsabilidade pelo acidente de trabalho pode ir além da pessoa do empregador para estender-se a terceiros. Em outras palavras: o relevante não é perquirir se o autor ou o réu detém ou não a qualidade de empregado ou empregador, se estão ou não vinculados por relação contratual, mas investigar se o dano alegado na petição inicial guarda relação de causa e efeito com o acidente de trabalho e, por corolário lógico imediato, com a relação de trabalho.

É esta a única interpretação que confere efeito e significação jurídica à reforma introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004 ao acrescentar os incisos I e VI no art. 114 da Constituição Federal.

A distribuição de competência não é aleatória ou fortuita, desvinculada de razão e sentido. As competências são delimitadas levando em conta especialmente a afinidade da matéria com o respectivo ramo do judiciário escolhido e a necessidade de manutenção de coerência lógica visando evitar tanto quanto possível a contradição de decisões calcadas no mesmo fato. O Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que é a Justiça do Trabalho a habilitada para decidir sobre a observância das normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores (Súmula 736), assim como para dirimir os litígios decorrentes de acidente de trabalho (CC 7204-01/MG), atrai para esta Justiça todas as "ações de indenização" decorrentes do acidente, em conformidade com a literalidade da norma constitucional.

É a reunião em um único ramo do Poder Judiciário das controvérsias fundadas no mesmo fato que permite a aplicação das regras previstas na norma processual destinadas a evitar a contradição de julgamentos (arts. 102 e 103 do CPC). A unidade de convicção que serviu de fundamento para o voto do Min. Cezar Peluso no AI 527.105/SP é de extrema relevância para concluir-se pela competência da Justiça do Trabalho, *in verbis*:

"É que, na segunda hipótese, em que se excepciona a competência da Justiça do Trabalho, as causas se fundam num mesmo fato ou fatos considerados do ponto de vista histórico, como suporte das qualificações normativas diversas e pretensões distintas. Mas o reconhecimento dessas qualificações jurídicas, ainda que classificadas em ramos normativos diferentes, deve ser dado por um mesmo órgão jurisdicional. *Isto é, aquele que julga o fato ou fatos qualificados como acidente ou doença do trabalho deve ter competência para, apreciando-os, qualificá-los, ou não, ainda como ilícito aquiliano típico, para que não haja risco de estimas contraditórias*" (grifo nosso).

À Justiça do Trabalho compete pacificamente decidir se no acidente de trabalho estão presentes os requisitos que geram a obrigação de indenizar o dano principal – sofrido pelo empregado – estabelecendo a existência de nexo de causa, culpa ou dolo e o prejuízo e sua extensão. É um total despropósito remeter para outro ramo do Poder Judiciário a averiguação exatamente da presença dos mesmos requisitos em relação a idêntico ato para verificação dos danos em ricochete ou reflexos.

O dano moral em ricochete e a responsabilidade dos terceiros que participaram do acidente estão umbilicalmente vinculados por relação direta de causa e efeito com o acidente de trabalho. A competência da Justiça do Trabalho em circunstâncias que tais não resultará no conhecimento de controvérsia não íntima e diretamente adstrita ao acidente de trabalho.

Bastam regras ordinárias de bom senso para concluir que a mesma petição inicial que descreve os fatos que geraram o acidente e a existência do nexo de causa postule o dano sofrido pelo próprio empregado e os respectivos danos em ricochete a serem indenizados pelo empregador e por outros eventuais responsáveis, ao invés de exigir-se a impressão de nova via de idêntico teor distribuindo-a a Juízos diferentes, com flagrante possibilidade de decisões contraditórias.

A prevalecer o entendimento de que compete a distintos ramos do Poder Judiciário o julgamento do dano direto, do dano em ricochete e da responsabilidade de terceiros decorrentes do acidente de trabalho é possível antever fundadas controvérsias acerca do Juízo competente dada a tênue distinção entre as situações de fato e disciplina jurídica, com desperdício de energia para decidir qual Juízo julgará o mérito e sérios prejuízos para o jurisdicionado a quem interessa única e tão-somente a entrega da prestação jurisdicional de mérito e o restabelecimento da ordem jurídica.

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida em conjunto pelo C. Tribunal Superior do Trabalho por meio da ENAMAT e pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, debruçou-se sobre o tema da competência para o dano em ricochete na comissão V ligada ao acidente de trabalho e doença ocupacional. Da análise de duas propostas contrárias emergiu o enunciado número 36 aprovado em plenária:

"ACIDENTE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA POR HERDEIRO, DEPENDENTE OU SUCESSOR. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar ação de indenização por acidente de trabalho, mesmo quando ajuizada pelo herdeiro, dependente ou sucessor, inclusive em relação aos danos em ricochete."

A Constituição Federal ao estabelecer o direito dos trabalhadores a seguro contra acidentes de trabalho sem excluir a indenização quando o empregador incorrer em dolo ou culpa toma clara a preocupação em disciplinar questão social de alta relevância. São conhecidas as estatísticas da Organização Internacional do Trabalho de que a cada minuto três trabalhadores morrem no mundo como resultado de condições inseguras de trabalho. A atração da competência para dirimir os litígios decorrentes dos acidentes de trabalho para a Justiça do Trabalho é a garantia de eficácia da norma material constante no art. 7º, XXVIII da CF/88.

A interpretação das normas constitucionais deve conferir o máximo de eficácia aos seus preceitos, notadamente em se tratando de direitos sociais. Por isso, repugna ao sistema constitucional qualquer interpretação que restrinja os efeitos do acréscimo de competência da Justiça do Trabalho promovido pela Emenda Constitucional 45/2004.

Neste sentido a regra processual de distribuição da competência deve ser interpretada em estrita consonância com a estatura e relevância constitucional e social o direito material controvertido, sempre voltado a conferir a mais célere e, por isso, eficaz proteção ao bem da vida pretendido pela parte. Dada às características próprias da Justiça do Trabalho, a distribuição da competência é de significativa relevância para a concretização do direito constitucional previsto no art. 7º, XXVIII.

O Processo do Trabalho desde sua origem é marcado por nítido caráter inquisitivo (art. 765, da CLT) e pelos princípios da celeridade e oralidade. A prática demonstra que o Processo do Trabalho assegura a parte significativo ganho em eficácia na prestação jurisdicional comparativamente ao processo ordinário previsto no Código de Processo Civil, ao qual se submetem as causas de acidente de trabalho na Justiça Comum Estadual.

Não é razoável eleger o fator morte, consequência mais grave do acidente de trabalho, como excludente da competência da Justiça do Trabalho como fatalmente ocorrerá em prevalecendo o entendimento de que o empregado falecido não sofre dano próprio e que os danos em ricochete, moral e patrimonial, não se inserem na competência da Justiça do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal sinaliza firmemente em um primeiro sentido que a competência da Justiça do Trabalho para os acidentes de trabalho não se altera com a morte do empregado e em um segundo que a qualidade dos litigantes (se o empregado ou seus sucessores) igualmente é irrelevante para a delimitação da competência:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA OU ASSUMIDA PELOS DEPENDENTES DO TRABALHADOR FALECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIAL. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente de trabalho, nos termos da redação originária do artigo II4 clc inciso I, do artigo 109, da Lei Maior. Precedente: CC 7.204. Competência que remanesce ainda quando a ação é ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido, pois a

causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pelo trabalhador. Agravo regimental desprovido." (Rel. Ex. Min. Carlos Ayres Britto, Agravo regimental em Recurso Extraordinário n. 503.043-1-SP, publicado no DJ de 1º/06/2007).

"I-- Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. II – Competência. Justiça do Trabalho. Ação de indenização por danos resultantes de acidente do trabalho(...). 3. Irrelevante para a questão da competência que se cuide de ação proposta por viúvo de empregada das embargantes, falecida em decorrência de acidente de trabalho: trata-se de direito patrimonial, que, com a morte do trabalhador, se transmitiu aos sucessores" (Rel. E. Min. Sepúlveda Pertence, ED-RE 509.353-1-SP, publicado no DJ de 25/06/2007).

No mesmo sentido, as mais recentes decisões do C. Tribunal Superior do Trabalho nos Recursos de Revista n. 1341/2005-015-03-00.8 e 644/2006-002-07-00.6. No processo n. 1341/05 o E. Min. Rel. Alberto Bresciani é categórico em afirmar que "1.2–A competência, no caso, se estabelece em razão da matéria (STF, Conflito de Competência 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto). 1.3– Com efeito, foge ao propósito das regras definidoras de competência da Justiça do Trabalho pretender que a qualidade das partes modifique o juízo competente para a apreciação da causa(...)".

A Constituição Federal destina aos Juizes do Trabalho a árdua e relevante função de dirimir os conflitos resultantes dos acidentes de trabalho. Neste mister, cumpre ao Juiz do Trabalho dirimir a controvérsia por inteiro, dando a cada um o que é seu, ao invés de buscar argumentos para eximir-se de julgar ignorando os seres humanos (no caso uma viúva e duas filhas) que necessitam da prestação jurisdicional.

[...]

C) MÉRITO

1– RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

O dever do empregador indenizar os danos sofridos pelo empregado em razão da ocorrência de acidente de trabalho ou doença profissional equiparada está positivado em sede constitucional no art. 7º, inc. XXVIII, segundo o qual: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII – seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa" (grifo nosso). A norma infraconstitucional aplicável ao caso por força do art. 8º, da CLT é a genérica do art. 159, do Código Civil vigente à época do sinistro: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

A doutrina e a jurisprudência clássicas estruturam o dever de indenizar no tripé: a) culpa ou dolo do agente; b) nexos causal; c) dano. O dolo consiste no desejo de obter o resultado alcançado. Na culpa o agente não deseja o resultado, mas este decorre de negligência, imperícia ou imprudência. O nexos causal é a relação de causa e efeito entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima. O dano é o prejuízo, patrimonial ou não, a um bem jurídico da vítima.

No caso, o acidente, o dano e sua extensão e o nexo de causa são incontroversos. Os fatos que resultaram no acidente são igualmente incontroversos e descritos de modo idêntico pelas partes: 1) o reclamante era motorista; 2) transportava brita para a usina de asfalto da primeira reclamada; 3) ao descarregar a brita ergueu a caçamba sob fios de alta tensão que serviam a usina; 4) a caçamba encostou-se aos fios; 5) o empregado faleceu por eletroplessão. Destes fatos a petição inicial extrai a culpa do empregador e as reclamadas a alegação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

O Juízo conclui que há culpa exclusiva do empregador.

Para atender a necessidade de produção e economia do empregador o autor trabalhava com veículo de carga de grandes dimensões cujo conjunto com a caçamba erguida atingia 9,08 metros (laudo – fl. 644). Os fios da rede elétrica de alta tensão estavam a 6 metros do chão. O local de descarregamento da brita era exatamente sob os fios (laudo – fl. 642– 3º parágrafo; fotos – fl. 652). Era o empregador que controlava o processo de produção e determinava o local de descarregamento da brita. O autor não erguia a caçamba por capricho, como sugerem as defesas, mas como condição indispensável para o descarregamento da carga que se dá por gravidade. Além de erguer a caçamba, frequentemente há necessidade de deslocar o caminhão para frente e para trás para "balançar" a caçamba e concluir o descarregamento. Tudo isso, repita-se, sob os fios de alta tensão. De dentro do veículo é impossível ao reclamante visualizar os fios durante a operação.

Diante destas constatações, não poderia ser outra a conclusão do laudo da Delegacia do MTb/Caxias e do laudo do perito judicial, respectivamente:

"Apesar de bastante prejudicada pelo transcurso do tempo entre o acidente e esta análise, cremos estar diante de mais um acidente que teria sido facilmente evitado com a prevenção, enquanto tivermos atitudes que contemplam somente os fatores comportamentais do homem, sem lhe fornecer o conhecimento e o suporte para o exercício seguro de suas funções, continuaremos a relatar acidentes que se repetem como este" (nl. 29).

"À toda evidência, o acidente aconteceu pelo fato de estar sendo depositada a brita e/ou pó de brita sob ou nas imediações da rede. de modo a exigir manobras que se tornaram perigosas pela proximidade da mesma. Havia uma condição de risco, não controlada, muito embora tratasse de uma repetição de acidente (...)" (fl. 644).

O equívoco flagrante das defesas da primeira, segunda e terceira reclamadas está em afirmar que "o contrato de trabalho não assegura a integridade física do trabalhador" porque "acidentes acontecem" como se a morte do empregado fosse um fato inevitável, uma consequência normal e natural do trabalho. Não é. As defesas evidenciam única e tão-somente o descaso com o qual a empregadora tratava a segurança e a vida de seus empregados.

A completa despreocupação com a prevenção dos riscos de acidente de trabalho resta cabalmente comprovada no relato do Sr. R. V. à Polícia Civil: "uns dias antes o mesmo caminhão já tinha encostado nos fios, sendo avisado por outras pessoas" (fl. 391). O risco de acidente era evidente e perfeitamente previsível sem que nenhuma medida

simples de segurança fosse tomada pelo empregador. Medida como a sugerida no laudo do perito judicial: "a instalação de uma barra de madeira no chão que limitasse o avanço do veículo" ou a "adoção de manobrista" (fls. 644/5).

O art. 157, da CLT exige expressamente do empregador não só que cumpra as normas de segurança do trabalho, mas que as "faça cumprir" por seus empregados, assim como exige que os empregados sejam instruídos "quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes de trabalho". A Norma Regulamentar n. 1 fixa de modo mais específico que a obrigação do empregador é de prevenção e informação suficientes para garantir ao empregado um ambiente seguro de trabalho: "Cabe ao empregador: I -- prevenir atos inseguros no desempenho do trabalho; (...) c) informar os trabalhadores: I— os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho". O empregador por meio de seu engenheiro de segurança não se exime do dever legal alegando pura e simplesmente desconhecimento do risco (testemunha T. F. – nls. 726/7).

No mais, a empregadora ao determinar a execução de serviços de carga e descarga por caminhões sob a rede de energia elétrica fere também o regulamento de instalações consumidoras que veda: "a utilização da área sob o ramal de ligações para qualquer finalidade que venha por em risco a segurança" (laudo – fl. 643). Trata-se de medida óbvia de segurança exigível de todos e, com muito maior razão, do empregador a quem compete zelar pela segurança e saúde dos trabalhadores na execução dos serviços.

Ademais, ainda que assim não fosse, nos termos do art. 2º, da CLT cabe ao empregador assumir integralmente os riscos da atividade econômica como contrapartida para que possa auferir os respectivos lucros, apropriando-se da mais valia proporcionada pelo trabalho dos operários. Entre os riscos próprios do empreendimento econômico está o de ocorrência de acidentes de trabalho.

Pertence exclusivamente ao empregador o lucro do empreendimento. O empregador detém, ainda, o amplo poder de direção, controle e fiscalização dos serviços prestados pelos obreiros e de gerenciamento do processo produtivo e de seus custos. O corolário lógico imediato e direto destas prerrogativas é a responsabilidade do empregador por todos os potenciais riscos do empreendimento econômico, entre os quais se arrola o de acidentes de trabalho. Trata-se de adoção da teoria do risco criado.

2 – ACIDENTE DE TRABALHO COM MORTE – ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO

Com todo o respeito aos entendimentos em contrário, a indenização decorrente de acidente de trabalho com morte não é disciplinada pelo art. 948, do CC/02 ou pelo art. 1537, do CC/16 que se destinam a estabelecer critérios de indenização para os casos de homicídio. A disciplina da indenização decorrente de acidente de trabalho dá-se de modo específico e preciso no art. 950, do CC/02.

A indenização observa necessária e irrestrita correspondência com o dano (art. 944, do CC) pela aplicação do princípio consagrado em responsabilidade civil da *restitutio in integrum*. É exatamente por isso que o art. 950, do CC/02 estabelece que a indenização material decorrente do acidente de trabalho incluirá pensão "correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou".

O acidente de trabalho que reduz em 50% a capacidade de trabalho resulta em indenização equivalente a 50% da remuneração, assim como em remuneração integral o acidente que resulta em incapacidade total para o trabalho. O resultado mais grave que pode alcançar o acidente de trabalho – a morte do trabalhador – resulta em prejuízo material no mínimo equivalente à incapacidade total sem morte. A morte do trabalhador não pode ser eleita como critério a beneficiar o ofensor. Sob o aspecto exclusivamente patrimonial de auferir salários a morte equivale em tudo e por tudo à inabilitação plena para o trabalho.

O argumento de que o empregado ao morrer deixa de ser sujeito de direitos e, por esta razão, não sofre prejuízo não prospera diante de norma fundante de que o direito à reparação nasce no exato momento em que violado o ordenamento jurídico (art. 189, do CC). O direito à indenização nasce no exato momento em que se dá a prática do ato ilícito. Nascido o direito à indenização transmite-se inexoravelmente aos herdeiros (art. 943, do CC/02). A transmissão da herança considerada como um todo unitário (art. 1791, do CC) dá-se no exato momento em que aberta a sucessão, ou seja, quando ocorre o fato (art. 1784, do CC). O morto não é sujeito de direitos, mas o empregado necessariamente assim deve ser considerado e estes direitos são transferidos aos seus herdeiros. Afronta a lógica e o direito o argumento de que ser humano que morre no trabalho não sofre prejuízo próprio.

A aplicação e interpretação do art. 948, do CC de modo a excluir o prejuízo do *de cuius*, transferindo-o exclusivamente às pessoas a quem o morto devia alimentos gera consequência absurda: o fato mais grave que é a morte do trabalhador acarreta indenização inferior ao menos grave que é a incapacidade total ou parcial para o trabalho sem morte ou até mesmo a inexistência de qualquer tutela ou consequência jurídica bastando que o empregado não tenha dependente.

Não parece razoável que a norma jurídica deixe sem nenhuma tutela o empregado que morre no trabalho pelo simples fato de que não tem dependente. Caso a vítima tenha dependentes a indenização afasta-se do princípio da *restitutio in integrum* (art. 944, do CC) para desaguar em infundáveis hipóteses: a) existência ou não de remuneração própria dos dependentes; b) idade dos dependentes; c) devida ou não aos pais e caso afirmativo até quando e em que valor. Todas as hipóteses reduzindo a repercussão do dano efetivamente causado pelo ofensor.

A morte não tem para o direito o efeito transcendental próprio das **religiões de perdão** e exoneração do autor de ato ilícito de suas responsabilidades.

Não se argumente que adotada a natureza hereditária da indenização eventualmente pessoas que fossem dependentes do *de cuius*, mas não se constituíssem em sucessores (o que necessariamente ainda é uma exceção a regra geral) ficariam desprotegidas. Isso porque, do mesmo modo que se transferem ao espólio os créditos do *de cuius*, transferem-se as suas obrigações (art. 1792, CC) até os limites da herança.

É irrelevante a condição pessoal dos sucessores do *de cuius* simplesmente porque não tem nenhuma pertinência com a extensão do dano material. O dano consistente na impossibilidade material de prosseguimento da vida profissional do *de cuius* não muda em razão das condições pessoais dos sucessores. O dano existe e foi concretizado,

sendo sua respectiva indenização integrada ao patrimônio do *de cuius* e transferida aos sucessores no exato momento em que praticado o ato ilícito.

A indenização deve estar adstrita com perfeição à integralidade do dano, sob pena de transferência do prejuízo para a vítima em benefício do ofensor. A indenização patrimonial no presente caso afere-se nos precisos termos do dano como correspondente às remunerações do *de cuius* desde a data do óbito até completar a expectativa de vida própria de seu sexo e idade, incluída a gratificação de natal e o terço de férias. A expectativa de sobrevivência mede-se por tabela do IBGE confeccionada por força do parágrafo 7º, do art. 29, da Lei 8.213/91.

No caso do reclamante, levando em conta que quando do acidente contava com 45 anos (certidão de óbito - fl. 13) e o sexo masculino, a expectativa de sobrevivência é de mais 30,4 anos projetando-se para 78 anos ante a maior expectativa de vida no Estado do Rio Grande do Sul (Tabela disponível em Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, Sebastião Geraldo de Oliveira, LTr, 2005, pág. 219).

A responsabilidade civil do empregador decorrente do acidente de trabalho não se confunde com o benefício previdenciário a cargo do INSS. O art. 7º, inc. XXVIII da CF/88 é de clareza meridiana ao estabelecer que o seguro contra acidentes do trabalho não exclui a responsabilidade do empregador quando incorrer em dolo ou culpa. O art. 121, da Lei 8213/91 em sintonia com o comando constitucional estabelece que o pagamento pela Previdência Social das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa.

No mesmo sentido é a Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal e a Jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. Não poderia mesmo ser diferente na medida em que a prestação paga pela Previdência Social ou por plano privado de aposentadoria é meramente compensatória e de assistência social fundada em contribuição paga pelo empregado e pelo empregador, ao passo que a responsabilidade civil do empregador é indenizatória destinada a restabelecer a situação existente anterior ao dano.

A indenização por dano moral é de muito mais difícil atribuição em razão de seu caráter essencialmente subjetivo. Os critérios norteadores da indenização por dano moral são: a) a extensão do dano; b) as características pessoais e particulares das vítimas; c) o grau de culpa do ofensor; d) a capacidade econômica do ofensor **em** razão da natureza didático-punitiva da indenização.

A extensão do dano é a máxima possível: a morte do trabalhador. Não há dinheiro no mundo que possa recompensar a ausência de um pai ou marido morto tragicamente em acidente de trabalho facilmente evitável. A indenização por mais elevada que seja serve apenas para mitigar a dor e o sofrimento das autoras. As condições pessoais do *de cuius* - pai de família com duas filhas menores - agrava o prejuízo. A capacidade econômica da empregadora ao tempo do acidente era elevada na medida em que contava com capital social de **R\$ 7.065.000,00** (1. 532). O grau de culpa da empregadora é grave porque decorre da omissão na prática de atos elementares e simples que evitariam acidente de trabalho de alta gravidade plenamente exigíveis diante da previsibilidade do sinistro.

Arbitra-se a indenização por dano moral em R\$ 200.000,00 majorada em R\$ 100.000,00 em razão do grau de culpa do empregador, atualizável a contar da publicação da presente sentença.

[...]

4 – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O art. 37, parágrafo 6º, da CF/88 estabelece que: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (grifo nosso).

A clareza da literalidade do parágrafo 6º, do art. 37, da CF/88 conduz à uniformidade da doutrina e da jurisprudência quanto à responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público de eletricidade pelos prejuízos causados a terceiros na execução do serviço. Responsabilidade objetiva decorrente da adoção da teoria do risco administrativo que obriga a concessionária de serviço público a responder pelo dano única e exclusivamente porque há relação de causalidade entre a prestação do serviço público e o dano.

A controvérsia quanto à restrição ou não da responsabilidade da concessionária aos prejuízos causados ao usuário, incrementada a partir do julgamento do RE 262651/SP pelo Supremo Tribunal Federal (Iª Turma, Rel. E. - Min. Carlos Veloso, publicado no DJ de 6/05/05), é irrelevante no presente caso concreto na medida em que o autor ao se acidentar trabalhava como preposto do cliente da quinta reclamada. Vale dizer: a responsabilidade da quinta reclamada seria objetiva ainda que adotado o entendimento mais restritivo que prevaleceu no referido julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Afora a alegação de culpa exclusiva da vítima apreciada e rechaçada no item I da presente sentença, a quinta reclamada fundamenta a defesa no argumento de que "a ora contestante não era empregadora da vítima" e "desconhece as três primeiras demandadas sendo que com elas nunca travou qualquer tipo de relação" (fls. 444/5).

Ocorre que é precisamente porque a primeira, segunda e terceira reclamadas e, por consequência, o *de cuius*, não mantiveram outra relação com a quinta reclamada que não a de usuários que esta detém responsabilidade objetiva pela reparação do infortúnio. Caso contrário, o *de cuius* não seria terceiro em relação à concessionária de serviço público e seria inaplicável o art. 37, parágrafo 6º, da CF/88 ao presente caso concreto.

Vejam, a este respeito, a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

"A segunda conclusão a ser destacada está relacionada como vocábulo *terceiros*, constante do texto em exame. "Terceiro" indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente. Logo, o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade *extracontratual* do Estado. Não incide nos casos de responsabilidade contratual, porque aquele que contrata com o Estado não é *terceiro*" (in, Programa de Responsabilidade Civil, 6ª Ed., SP, Malheiros, p. 260).

O argumento lançado na defesa da quinta reclamada de que o valor da indenização deve ser reduzido porque a vítima era pobre encerra repugnante discriminação. O sofrimento, a dor e a perda irremediáveis da esposa e das filhas do *de cyprius* não podem ser tratadas com menoscabo em relação a idêntico sentimento experimentado por pessoa de classe social superior. É iniquidade sem precedentes sustentar que a vida do pobre merece tratamento jurídico distinto da vida de pessoa mais abastada.

Entre os diversos argumentos da defesa da quinta reclamada visando à redução do arbitramento da indenização o único que merece acolhida é de que não pode suportar o acréscimo de valor da indenização motivado pela excessiva culpa do empregador. Isso porque, a quinta reclamada responde objetivamente sem perquirição acerca da existência de culpa. A responsabilidade da quinta reclamada restringe-se ao valor da indenização por dano material e a indenização por dano moral arbitrada exclusivamente levando em conta a extensão do dano e as características específicas da vítima.

Está esclarecido no laudo pericial e na prova documental que acompanha a defesa da reclamada CEEE que o acidente de trabalho que vitimou o autor é posterior à cisão da CEEE e a assunção do serviço de distribuição de energia elétrica pela Rio Grande Energia S/A. Portanto, é a reclamada Rio Grande Energia S/A a responsável objetiva pelos prejuízos sofridos pelo *de cyprius*.

[...]

Maurício Machado Marca – Juiz do Trabalho Substituto
2ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves
Publicação em: 15.08.2008.

Processo nº 01585-2007-232-04-00-9

[...]

ISSO POSTO:

DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO.

O advento da Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08.12.2004, e publicada no DOU de 31.12.2004, trouxe significativa ampliação da competência material destinada à Justiça do Trabalho. Da alteração ocasionada na redação do artigo 114 da CF. a principal – e que maior debate enseja hoje no meio jurídico e acadêmico – é, não há dúvida, o deslocamento do foco da competência desta Justiça da relação de emprego para a relação de trabalho. Com efeito, o atual inciso I do artigo 114 da CF atribui competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar *"as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da*

administração pública direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios". Acende-se a discussão, por conseguinte, a respeito dos limites do conceito de "relação de trabalho" inserido no texto constitucional pelo Poder Constituinte Derivado, uma vez que, não obstante a sua aparente indeterminação, a regra de competência material estatuída ora vige, e requer aplicação imediata.

Nesse contexto, tenho por certo que não é toda e qualquer relação envolvendo o trabalho humano que passou à competência desta Justiça Especializada. E penso que a definição de relação de trabalho, para os fins do disposto no inciso I do artigo 114 da CF, há de ser buscada pela conjugação dos métodos de hermenêutica lógico, sistemático, histórico e teleológico, considerando-se em especial o espírito de manutenção, na Reforma, da especialização deste ramo do Poder Judiciário, não obstante a expressiva ampliação de competência operada.

Dito isso, noto que, muito antes da promulgação da EC 45, a doutrina já tomava, tradicionalmente, a expressão "relação de trabalho" como gênero da relação de emprego, na qual então focada a competência material da Justiça do Trabalho. Neste sentido, leciona Mauricio Godinho Delgado ("Curso de Direito do Trabalho", LTR, 3ª Edição, 2004, pp. 285-286): *"A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.)"* (grifei).

Ora, ao estipular a competência da Justiça do Trabalho para julgamento dos litígios decorrentes da relação de trabalho, o Poder Constituinte Derivado certamente não atuou divorciado da tradição da melhor doutrina juslaboralista nacional. O que a Reforma pretendeu foi, justamente, trazer para o âmbito da competência desta Justiça Especializada aquelas relações que, embora inseridas no gênero "relação de trabalho", como tradicionalmente concebida esta na doutrina (já que consubstanciadas na disponibilização de trabalho humano em proveito de outrem, no âmbito de um contrato de prestação de serviços), não se revestem dos requisitos próprios de uma relação de emprego, nos moldes do artigo 3º da CLT (à falta, normalmente, da subordinação hierárquica). Concentram-se, assim, no ramo próprio do Poder Judiciário, as lides atinentes a um dos valores constitucionais fundamentais – o valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da CE).

Pertinente, aqui, a advertência de Souto Maior (em artigo publicado na obra "A Nova Competência da Justiça do Trabalho", Ed. LTr, 2005, Coordenadores Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava), no sentido de haver que se reconhecer, pelo menos, que *"a competência da Justiça do Trabalho limita-se, natural e logicamente, às relações de trabalho que sejam próximas de uma relação de emprego"*. Também, a propósito, Francisco Rossal de Araújo (em artigo publicado na mesma obra recém citada) sinala que a relação de trabalho *"sempre será onerosa e 'in iure personae' em*

relação ao prestador do trabalho, quer o trabalho seja autónomo ou subordinado, contínuo ou eventual".

Quanto aos contratos de pequena empreitada, certo é que configuram relação de trabalho entre o pequeno empreiteiro (operário ou artífice) e o dono da obra. Inclusive, a CLT já trazia, desde muito antes, previsão expressa quanto à competência da Justiça do Trabalho para seu julgamento, dispondo, o inciso III do artigo 652 consolidado, acerca da competência desta Justiça justamente para apreciar os dissídios resultantes de contratos de empreitada **em que o empreiteiro seja operário ou artífice.**

Tenho, todavia, na esteira de todo o antes já exposto que, com relação aos contratos que não se enquadram no conceito de **pequena empreitada**, em que o empreiteiro não atua como mero prestador de serviços ("operário ou artífice"), mas sim como verdadeiro tomador de serviços, travestindo-se, em verdade, de empregador, a relação que se estabelece com o dono da obra não se configura como relação de trabalho, para os efeitos do artigo II4 da CF, remanescendo a competência para dirimir as controvérsias dela decorrentes com a Justiça Comum Estadual, da mesma maneira que antes do advento da EC 45. O traço diferencial, na espécie, é **a ausência de personalidade na prestação de trabalho**, mesmo que celebrado, o contrato, com pessoa física, desde que caracterizado o efetivo desempenho, por esta, mais do que de prestação de trabalho, de atividade econômica.

É este o caso dos autos.

Resta evidenciado, pelo narrado pelo próprio autor, em audiência, quando inquirido pelo Juízo, que a relação mantida com o reclamado não se deu *in virtute personae*, tendo a obra sido contratada e realizada, isto sim, com auxílio de terceiros, por ele contratados e remunerados ("**O reclamante informa que contratou um auxiliar, apenas, para realização da obra objeto de discussão no feito, por ele remunerado, bem como que também precisou recrutar 02 auxiliares para a realização da obra, também por ele remunerados**"). O afastamento, ademais, da obra ajustada entre as partes do conceito de pequena empreitada pode-se depreender, ainda, da sua dimensão e preço ajustados, cuidando-se de projeto, não há dúvida, de porte razoável. **O reclamante não atua, aqui, como mero operário ou artífice.**

A matéria dos autos refoge, pois, como se vê, ao âmbito de competência desta Justiça Especializada, mesmo após a ampliação trazida pela EC 45, estando afeta, isto sim, à Justiça Comum Estadual.

Nesse sentido, inclusive, a jurisprudência do C. STJ, como invocado pelo próprio demandante às fls. 144-8: "**O empreiteiro, pessoa física, que contrata ajudantes para executar o serviço, transforma-se em tomador de serviços ou empregador, o que afasta a competência da Justiça do Trabalho para julgar demanda envolvendo ele, empreiteiro, e quem o contratou**" (CC 89.171 - MG, julgado em 24.10.07, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

ANTE O EXPOSTO, e nos termos da fundamentação supra, **declaro a incompetência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento do**

presente feito e determino a remessa dos autos ao juízo competente, o da Justiça Comum Estadual, com fulcro no artigo 113 do CPC.

[...]

José Frederico Sanches Schulte – Juiz do Trabalho

2 Vara do Trabalho de Gravataí

Publicação em: 20.02.2008

Processo nº 00510-2008-008-04-00-1

[...]

2.2. RELAÇÃO JURÍDICA MANTIDA PELAS PARTES

Historia a autora que trabalhou para o réu, como enfermeira, de 20/5/2002 a 20/12/2006 e que, apesar de haver contrato formal como *prestadora de serviços*, atuava de fato como empregada.

Contesta a parte ré aduzindo que a demandante participava de equipe multidisciplinar de atendimento de doentes segurados pelo demandado. Nessa qualidade, a autora atendia pacientes seguindo orientações do médico chefe da equipe. Afiança a regularidade do contrato de prestação de serviços e a ausência do elemento subordinação.

São incontestas as atribuições funcionais da demandante. No exercício de suas atribuições de enfermeira, atendia pacientes do Programa de Gerenciamento de Pacientes Crônicos – PGC, diretamente em suas residências.

Constam nos autos documentos que formalmente atestam que a autora vinculava-se empresarialmente à GEAP – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL. Também há farta documentação de que, formalmente, o trabalho da autora para a requerida era desenvolvido a partir de contratos firmados entre com a previsão de prestação de serviços autônomos.

Não há, todavia, de se outorgar aos documentos pleno potencial de convencimento sobre a relação jurídica mantida pelas partes. O contrato de emprego diferencia-se basicamente dos demais negócios jurídicos pela compreensão de que as partes não são materialmente iguais. A profunda distância econômica entre os pactuantes necessariamente afasta o *dogma* civilista da plena liberdade de contratar e, conseqüentemente, a possibilidade de alterar a avença em seu curso. Parte-se, portanto, da certeza de desigualdade entre os pactuantes. E é justamente esta desigualdade entre quem detém os meios de produção (empregador) e aquele que apenas vende sua força de trabalho (empregado) que leva ao entendimento de que documentos produzidos durante o curso do contrato, com pretensões a produzir renúncia de direitos garantidos pela legislação tutelar, são inválidos de pleno direito.

Deve-se atentar que os elementos de caracterização da relação jurídica de emprego são produzidos pelo cotidiano dos fatos, pelos atos materiais executados, e

não por papéis. O contrato de trabalho é um contrato-realidade, aperfeiçoando-se independentemente da intenção das partes sobre a qualificação do pacto e mesmo sobre grande parte de seu conteúdo. A intenção de realização do negócio jurídico refere-se apenas à vontade de pactuar, a intenção de criar vinculação intersubjetiva com fim econômico. Ou seja, é o querer trabalhar para alguém, normalmente premido por necessidades básicas de sobrevivência. O ardid da reclamada de produzir documentos em contrário à materialidade dos fatos não serve à conclusão de veracidade em seu conteúdo. Apenas prova vontade já antes presente de produzir documentos e relações jurídicas substantivas paralelas com o fim de fazer valer como prova às suas alegações em futura demanda judicial. Não obstante, serviu apenas à confirmação da existência da relação de trabalho subordinado no trabalho pretendido.

Foram ouvidas duas testemunhas. Outorga-se maior relevância às informações prestadas pela primeira depoente, Sra. A. de A. A. Trata-se de pessoa que laborou diretamente com a autora durante grande parte do tempo, realizando as mesmas funções e submetendo-se à idênticas determinações formais e materiais de trabalho. A segunda testemunha pouco teve a esclarecer, pois trabalhou por período inferior. Ademais, ainda se trata de funcionário do réu, circunstância que pode lhe retirar a isenção pelo teto temor de perda do posto de trabalho.

A relação jurídica estabelecida no contrato de emprego diferencia-se, basicamente, dos demais contratos de trabalho, diante da configuração no plano fático da coincidência de cinco fatores: alterabilidade, subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade. Diante do Princípio da Primazia da Realidade – que rege o Direito do Trabalho -- é necessária a identificação, no presente caso de tais elementos, em cotejo com o conjunto probatório.

Alterabilidade é o requisito da relação de emprego que determina ser o empregador o sujeito do contrato que suporta os riscos da atividade econômica a que também está submetido seu funcionário. A admissão do funcionário, pagamento de seu salário e direção da força de trabalho não passam de consequência da assunção dos riscos da atividade econômica.

No caso dos autos, verificou-se que o trabalho prestado pela autora era fornecido pela reclamada, já que todos os pacientes atendidos eram provenientes de plano de saúde firmado com a ré. Também os demais funcionários da equipe de trabalho não eram contratados e pagos pela autora, mas diretamente pela reclamada. Restou por incontestado que a substancial estrutura de trabalho era suportada pela requerida.

Subordinação é o traço distinto e inconfundível presente no contrato de emprego que impede a confusão com os demais contratos de trabalho. Todo empregado deve, necessariamente, realizar seus serviços de forma subordinada. Dentro dos limites estabelecidos na avença, passa o empregador a possuir o direito de dispor da força de trabalho oferecida por seu funcionário. Tal pode se dar com efetividade, ou apenas na forma latente. Normalmente, se materializa com controle de horário, orientação e distribuição das tarefas, aplicação de sanções disciplinares, etc.

Tratando-se a autora de profissional enfermeira, a identificação da subordinação não pode permanecer limitada aos contornos históricos da subordinação dita *subjetiva*,

própria do contrato de emprego. Ocorre que o trabalho da enfermeira – como de grande parte das chamadas profissões liberais – possui elevada carga de tecnicidade e liberdade de condução pessoal na execução das tarefas. Há relevante independência no trabalho do profissional, pois **este**, e não o empregador, é possuidor da tecnologia da prestação do trabalho. Por esse motivo, historicamente, esses profissionais são chamados de liberais, recebendo sua remuneração na forma de honorários; recebiam honorários, pois trabalhavam pela honra do ofício e não simplesmente para o recebimento de contraprestação pecuniária.

Todavia, a contínua e atual *proletarização* das profissões liberais obriga o repensar dos critérios de subordinação subjetiva. A subordinação que deve se ter em mente, principalmente na análise de relação de emprego com detentores de profissão liberal, é a da modalidade *objetiva*. A necessidade é a de identificação do modo e motivo pelo qual havia o trabalho prestado pelo colaborador. Ou seja, verificar se o trabalhador inseria-se objetivamente nas engrenagens principais que movimentam a atividade empresária.

A prestação de serviços de enfermagem (a "venda" da cura e da saúde) é inerente às atividades de empresas de plano de saúde, quer se apresentem formalmente como sociedades limitadas, entidades filantrópicas ou mesmo cooperativas. A utilização de serviços de profissionais terceiros, com percepção indireta dos resultados econômicos do serviço, não se trata de simples contingência de necessidade do serviço, mas de objetivo que apenas pode ser obtido com o trabalho contínuo e sistemático das diversas classes de profissionais da saúde, incluindo os enfermeiros. Por lógica, forma-se clara inserção natural do trabalho do profissional de enfermagem, que se coloca como mecanismo humano imprescindível do empreendimento.

Mas o modo de exploração empresarial do trabalho do profissional liberal não modifica substancialmente as características técnicas do trabalho humano comprado. Permanece o enfermeiro empregado a exercer suas atribuições laborais com liberdade de escolha de método. O diferencial da atualidade é a agregação da característica de que esses profissionais cada vez mais tendem a se inserir nas engrenagens de grandes empreendimentos empresariais de exploração continuada de trabalho. O capital alcança também a exploração da venda de saúde e cura e, portanto, precisa da obtenção da mais valia dos elementos humanos que, objetivamente, produziam tal objetivo social.

Como efeito dessas novas conformações, remodelam-se as características da profissão liberal: é cada vez menos "liberal" o trabalho no que se refere à escolha dos tomadores. Apesar do método de trabalho se manter o mesmo, modifica-se bastante a forma como o serviço é oferecido. Ressalte-se que esse processo de *proletarização* não é exclusivo dos enfermeiros, mas estende-se a diversas outras profissões liberais, como médicos, odontólogos, publicitários, médicos, engenheiros, arquitetos e, até mesmo, advogados.

Mesmo o trabalho da autora sendo exercido sem supervisão técnica – o que é próprio das atividades da saúde – resta clara sua subordinação, pelo menos objetiva, no empreendimento. Também por efeito de tal consideração, não se pode ter como

válida a possibilidade de terceirização de atividades fins para pretensas sociedades médicas. Atente-se nesse aspecto o absurdo que se coloca na circunstância explicitada pela ré de que todos os seus profissionais de saúde são *autônomos*. Ou seja, a requerida pretende utilizar apenas funcionários pretensamente autônomos para a realização de suas atividades fins.

Por fim, pondera-se que a possibilidade de escolha em conjunto, pelo enfermeiro e empresa, dos horários dos atendimentos, não pode ser vista como exceção à subordinação subjetiva. Trata-se apenas de articulação conjunta, entre as partes de um contrato, de elementos que possibilitem sua execução de boa-fé. De qualquer forma, a prova testemunhal foi concluída também em relação à subordinação subjetiva, na medida em que informa que era o réu que determinava a quantidade de atendimentos que deviam ser realizados. Também relatou a ocorrência de reuniões mensais, com entrega de relatórios de atendimento e prontuários dos pacientes.

Refere-se a **personalidade** com a impossibilidade de substituição do empregado por outro sujeito no curso da mesma relação de emprego. Como refere a Professora Carmen Camino: *"A prestação de trabalho é personalíssima porque o objeto do contrato de trabalho não é o resultado do trabalho, mas o ato de trabalhar"*

Ao que se verifica da prova oral produzida, o trabalho era realizado apenas pela reclamante, sem que fosse substituída ou pudesse delegar a prestação dos serviços a outro enfermeiro que não fosse vinculado à reclamada.

Não se admite contrato de emprego gratuito. Presume-se que o empregado oferece sua força de trabalho em atividade econômica pela busca de salário. Daí a **onerosidade** inerente a tal modalidade avençal. Diante dessa regra, e em observância ao Princípio da Primazia da Realidade, pouco importa o nome que foi dado a modalidade de contraprestação dos serviços, bastando que se adapte aos demais elementos da relação de emprego.

É inconteste que a autora recebia contraprestação pecuniária pelos serviços prestados. Também não há dúvidas de que a atividade exercida pela autora junto à reclamada ocorria para obtenção de salário. Nada há a indicar que o trabalho fosse voluntário, altruísta. A circunstância do recebimento da remuneração ocorrer sem valores fixos, mas dependente do número de atendimentos não descaracteriza o caráter oneroso do contrato.

Por **continuidade** deve-se entender a caracterização dos serviços como não-eventuais. Pouco importa o lapso de tempo em que é prestado, mas sim a inserção natural da atividade nas necessidades normais da empresa. Trabalho contínuo, portanto, é aquele que não é circunstancialmente necessário, como numa situação de emergência, mas naturalmente inserido no dia-a-dia do empreendimento econômico.

Presente a continuidade no trabalho da autora, tendo em vista que, sendo a atividade da reclamada de prestação de serviços de enfermagem é não apenas usual como imprescindível ao desenvolvimento dos objetivos sociais da sociedade demandada.

¹CAMINO, Curmcn. Direito Individual do Trabalho. Porto Alegre. Síntese, 1999, p. 87.

, . Presentes, pois, todos os elementos de fato que caracterizam o trabalho subordinado, típico da relação de emprego.

Com efeito, declara-se que K. V. e GEAP – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL mantiveram contrato de emprego de 20/5/2002 A 20/12/2006.

Condena-se a parte demandada a anotar o contrato na CTPS da autora, no prazo de 10 dias, contados do trânsito em julgado desta decisão, sob pena de pagamento de multa diária (art. 461 do CPC) de R\$ 100,00 por dia de atraso, até o total de 30 dias, quando, sem prejuízo da multa, a anotação poderá ser realizada pela Secretaria da Vara. Para tanto, deverá a autora depositar sua CTPS na Secretaria da Vara, no prazo de 48 horas, contadas do trânsito em julgado da sentença. O cargo a ser anotado é o de "enfermeira". Tendo em vista que a autora recebia remuneração variável por atendimentos, deve ser registrado o valor do salário médio recebido: R\$ 2.000,00. Para fins de pagamento das demais verbas será observado o valor mensal efetivamente percebido, conforme documentos já presentes nos autos.

[...]

Rodrigo Trindade de Souza – Juiz do Trabalho Substituto

8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

Publicação em: 26.06.2009

Processo ne 00000-0000-000-00-00-0 (Segredo de Justiça)

f...l

MÉRITO

1. DANO MORAL – ASSÉDIO SEXUAL

A reclamante relata ter sido assediada moral e sexualmente no vestiário da empresa por V.D.A., responsável pelo setor montagem e seu superior hierárquico. Alega que V.D.A. passou a mão em suas nádegas, baixou as calças, mostrou o órgão genital e disse que era para ela praticar sexo oral. Informa que denunciou o fato à direção da empresa, sem que nenhuma providência fosse adotada. Assevera que, ao gritar por socorro, V.D.A. mandou que ficasse quieta, sob pena de perder o emprego. Diz que registrou ocorrência policial. Aduz que a conduta do chefe é criminosa e dá ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho por culpa do empregador, nos termos do art. 483, alínea "e", da CLT.

A reclamada defende-se. Diz serem gravíssimas as acusações da reclamante, dirigidas ao chefe do setor, funcionário da empresa há 20 anos, período em que, em sua maioria, foi responsável por diversos setores da reclamada. pessoa de ótima índole, de atitudes sóbrias e de comportamento ilibado, casado há 14 anos e pai de duas filhas. Aduz que o empregado acusado é incapaz de praticar qualquer ato indevido,

pois jamais teve qualquer atitude que pudesse gerar qualquer tipo de suspeita de comportamento inconveniente. Sustenta que a acusação é falsa, com a finalidade de causar a instabilidade de V.D.A. como empregado chefe de setor, além de objetivar o recebimento de valores indevidos por dano moral inexistente.

Ao exame.

A reclamante prestou depoimento às fls. 183/184, no seguinte sentido: "que o chefe da depoente, V.D.A., vinha assediando-a, convidando-a para sair; porém a depoente nunca aceitou; que a depoente e outras colegas deixavam as bolsas no vestiário; que quando dava o sinal, todos iam direto para o vestiário; que a depoente, como trabalhava na esteira, era responsável por desligar os equipamentos, chegando ao vestiário por último; que a colega da depoente chegou antes ao vestiário, pegou sua bolsa e saiu; que a depoente pegou sua bolsa, fechou o cadeado e, quando se virou para sair, se deu de cara com V.D.A.; que V.D.A. trancou a porta, chegou perto da depoente e abriu o zíper da calça; que colocou o órgão genital para fora e disse para a depoente fazer sexo oral, "dar uma chupada"; que a depoente empurrou V.D.A., disse que ele era um "monstro" e foi em direção à porta, que estava trancada; que, como o vestiário fica próximo à cozinha e havia barulho, V.D.A. disse para a depoente não gritar; que a depoente disse que iria contar para todos o "monstro que ele era"; que V.D.A. disse que, se a depoente falasse alguma coisa, iria para a rua sem direito a nada; que a depoente foi para o ônibus, sendo que os colegas questionaram o que havia acontecido; que a depoente não mencionou nada, com medo de perder o emprego; que a depoente falou para a colega do RH o que havia acontecido, não recordando se no dia seguinte ou em dia próximo; que a colega do RH disse para ela ter calma, "que outros processos tava tendo sobre ele", registra-se que a depoente está visivelmente abalada. Que a depoente falou com o procurador da empresa, aqui presente, que pediu para ela não sair da empresa; que a depoente foi trocada de setor, indo para o almoxarifado; que no almoxarifado trabalham apenas homens; a depoente informou que V.D.A. também passou a mão em sua "bunda" e saiu como se nada tivesse acontecido, uns dias depois do que aconteceu no vestiário; que a depoente não comentou com nenhuma colega; que o procurador da reclamada teria dito que V.D.A. iria ser despedido por justa causa e que não era para a depoente sair da empresa; que não havia mais condições de a depoente continuar na empresa. O procurador da reclamada confirma que houve essa conversa. Que a depoente teve que tomar antidepressivos, remédios que nunca havia tomado, sendo que a médica disse que não havia condições de ela continuar na empresa; que o procurador da reclamada disse que as providências seriam tomadas, após fatos serem provados" (grifamos).

Já o acusado do assédio sexual, V.D.A., prestou depoimento como informante (fls. 185/186), dizendo que "nunca convidou nenhuma colega para sair; que o grupo possui cerca de 40 mulheres, sendo que já aconteceu de algumas se insinuarem para o depoente; que o depoente "é extremamente profissional"; que o depoente procura ignorar essas ocorrências; que o depoente não sabe porque a reclamada fez as acusações, não sabendo se ela tem alguma coisa contra a sua pessoa; que a empresa chamou a atenção do depoente, "mas não aconteceu nada"; que o depoente é

casado e tem duas filhas: que o depoente tem um relacionamento muito bom com sua esposa; que depois que dá o sinal, as funcionárias vão para o vestiário e depois vão para casa; que não há como alguém ficar sozinho no vestiário; que nem mesmo a última pessoa a se trocar fica sozinha no vestiário; que o ônibus sai em torno de dez minutos após o encerramento do expediente; que o depoente sai uns quinze minutos após o encerramento do expediente; que a cozinha fica próxima ao vestiário; que conhece a testemunha convidada pela autora não sabendo porque ela saiu da empresa; que a testemunha da autora não trabalhou com o depoente, mas em outra unidade; que nunca foi acusado de assédio pela testemunha da autora; que depois dos fatos alegados pela reclamante ela continuou trabalhando, porém, teve diversas faltas; não sabe informar porque a reclamante faltava; que não chegou a conversar com a reclamante posteriormente; que o depoente foi advertido verbalmente; que o depoente está na reclamada há 20 anos e isso nunca aconteceu, que eles tem confiança no depoente; que possui uma relação boa com os sócios, mas profissional; que o depoente não possui nem possui processo semelhante antes". Veja-se que V.D.A., embora negue o fato, acaba afirmando que algumas colegas já se insinuaram para ele, que, de modo "extremamente profissional", procurou ignorar. Ou seja, não há dúvida de que existiam, no ambiente de trabalho, tentativas de sedução – ainda que o informante alegue que elas partiam das trabalhadoras e não dele.

O preposto da reclamada, por sua vez, embora não reconheça qualquer queixa de assédio sexual, acaba transparecendo que havia insatisfação das trabalhadoras com relação a V.D.A. (fl. 184): "que não ocorreram outros problemas semelhantes com V.D.A.; que V.D.A. é encarregado de montagem; que o encarregado é o chefe; que as máquinas são desligadas pelo encarregado; que V.D.A. ainda exerce a mesma função; que há vestiário na reclamada; que já hoje queixas de funcionária5g respeito de y.DA.porém "só antes da Dona [yete, posteriores n@o"; que as queixas eram de que V.D.A. era "mal-educado e grosso"; que não houve queixas de assédio; que o RH da reclamada teve conhecimento do caso: que V.D.A. foi advertido: que foi uma advertência verbal e outra escrita: que as duas advertências foram por causa do incidente com a reclamante; espontaneamente, o preposto informa que DA. não foi demitido. porque a empresa não conseguiu provar nada".

A alegação de V.D.A. de que as colegas se insinuavam para ele é fantasiosa. Em primeiro lugar, não se desconhece que, eventualmente, alguma trabalhadora possa se interessar pelo chefe. Todavia, essa situação não ocorre com a frequência sugerida pelo informante, de serem "algumas" e não uma ou duas e que procura ignorar essas ocorrências (também no plural, dando a entender que se trata de algo muito comum no dia-a-dia). Além disso, o preposto confessa que havia queixas das funcionárias quanto ao comportamento de V.D.A., que seria "mal-educado e grosso", características que notoriamente não contribuem para despertar o interesse do sexo oposto.

O depoimento da informante C.A.C.S. (fl. 185) deixa transparecer que havia assédio sexual no ambiente de trabalho. No entanto, por ser comprometida emocionalmente com a empresa e com o acusado do fato, busca justificar o comportamento colocando a culpa na vítima: "que a depoente já trabalhou em diversas empresas, sendo que as funcionárias que ingressam se mostram "provocantes"; que quando o chefe percebe

e "caifôra" começam esses boatos; que algumas funcionárias se dirigem ao chefe para obter alguma vantagem". Importante deixar claro, nessa senda, que, em momento algum, a reclamante, visivelmente abalada, revelou qualquer possibilidade de ter se insinuado para o agressor.

No ambiente de trabalho, havia cerca de 40 mulheres, possuindo o acusado ascendência sobre elas, situação que é propícia para a ocorrência do assédio. Nesse sentido, a doutrina:

O assédio sexual, como forma de lesar a liberdade do indivíduo, pode acontecer em quaisquer circunstâncias, mas tende a ocorrer mais nas relações onde há uma hierarquia: um indivíduo, por ter poder sobre outro, constrange-o a adotar procedimento sexual que não adotaria fora dessas circunstâncias.

Conseqüentemente, nas relações laborais, caracterizadas justamente pelo grau de subordinação do empregado em relação ao empregador, são muito propícias para a configuração do assédio sexual. (Sandra Lia Simon. A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 173)

Elucidativo o depoimento da testemunha C.P.S. (fls. 184/185): "que V.D.A. "cantava" a reclamante; que já ouviu V.D.A. convidando a reclamante para sair; que V.D.A. também convidou a depoente para sair: que ele tinha essa atitude com todos os empregados "mais óyinhas"; que a depoente não estava no dia em que ocorreu o incidente com a reclamante, porém ficou sabendo; que uma vez a depoente estava trabalhando na esteira e V.D.A. encostou em suas nádegas com o pêreto; que a depoente empurrou V.D.A. e ele caiu no chão; que V.D.A. estava vestido; que teve um dia que V.D.A. foi para a parte de trás da firma, dizendo que iria acender a luz, sendo que a menina que trabalhava lá veio com três "cálipões" no pescoço; que ela estava vermelha, mas não estava chorando; que a menina cobriu o pescoço com a gola do guarda-pó e fechou com uma fita adesiva branca; que em outra ocasião, V.D.A. perguntou se alguém tinha bolacha, dizendo que a depoente tinha leite, olhando para seus seios; que a depoente reclamou com V. do RH: que V. disse que não poderia fazer nada; que V.D.A. continuou assediando a depoente que, para não se incomodar com seu marido. "ficou largando atestados para eles mandarem ela embora"; que há uma colega chamada L. que viu o que aconteceu com a reclamante e com a depoente também; que a depoente não guardava suas roupas no vestiário; que a reclamante deixava as roupas no vestiário; que as máquinas geralmente eram desligadas por V.D.A. ou ele mandava alguma colega lá atrás desligar; que V.D.A. ficava aguardando; que viu a reclamante desligando as máquinas e a luz mais de uma vez; que sabe de diversos casos sobre V.D.A.: "que se a guria não sai com ele, vai pra rua e que se sai, também vai pro rua": que V.D.A. faz "clumtagem"; que a depoente falou com V., mas não com a direção da empresa; que o marido da depoente não a deixou ir a polícia".

Verifico, portanto, que a reclamada linha conhecimento dos fatos, o que inclusive, durante o depoimento da reclamante, é confirmado por seu procurador em audiência (fl. 184).

Analisando-se todos os depoimentos prestados nos autos, é inarredável a conclusão de que ocorreu o fato descrito na petição inicial.

Veja-se que, além de o depoimento da reclamante ser hannônico com aquele prestado perante a autoridade policial (fl. 14), estava visivelmente abalada por ocasião da audiência, não restando evidenciado nenhum motivo para que imputasse falsamente crime de tamanha gravidade ao superior hierárquico. Ainda, no depoimento do acusado, ouvido como informante (fls. 185-186), a negativa da prática do delito não se revestiu da indignação que merecia, tamanha sua gravidade. Seria esperado que V.D.A. fosse veemente em refutar as alegações da reclamante, caso fossem inverídicas. não medindo esforços para que a verdade sobre o caso viesse à tona. Não foi esse o procedimento, todavia. De maneira formal, como se estivesse negando um fato corriqueiro e sem importância, limitou-se a dizer que é "extremamente profissional" e que não sabe o porquê de a reclamante ter feito as acusações. Frise-se que o depoimento da testemunha da reclamante, C.P.S. (fls. 184-185), é esclarecedor em declarar que Y.D.A. "cantava" a reclamante, e que tinha essa atitude com todas as empregadas "mais novinhas". Ao contrário de V.D.A., C.P.S. mostrou-se extremamente verdadeira em seu depoimento, não tendo este juiz a menor dúvida de que tudo o que disse é verdade.

Ainda, vale dizer que nos delitos sexuais a palavra da vítima deve receber urna atenção especial, haja vista que dificilmente existirão testemunhas oculares. Nesse sentido a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL ATO INFRAACIONAL ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PALAVRA DA VÍTIMA. A palavra da vítima, em consonância com o contexto probatório, é suficiente para demonstrar a autoria e materialidade da infração imputada ao adolescente. Recurso desprovido. (Apelação Cível N 7002526513, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 07/08/2008).

CRIMES CONTRA OS COSTUMES. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. I- Em termos de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do (ato de que ||||| a pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar desconhecido Ia prática de ||||| delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, tratando-se de pessoa idônea, sem qualquer animosidade específica contra o agente, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo e acusar um inocente. Foi o que ocorre|| no caso em julgamento. A ofendida, em depoimentos seguros e convincentes, informou que foi estuprada e violentada pelo apelante. Seus depoimentos encontram apoio na prova apurada na instrução, inclusive na confissão extrajudicial do próprio recorrente. II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a prática, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a desarmonia de espécies dos crimes considerados. Sendo esta a posição

daquela Corte, a quem cabe emitir a última palavra sobre aplicação da lei federal, padronizando sua interpretação no território nacional, deve este Órgão Fracionário se render ao entendimento referido. DECISÃO: Apelos defensivo e ministerial desprovidos. Unânime. (Apelação Crime nº 70025139296, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 07/08/2008, grifamos).

Se para o Juízo criminal a palavra da vítima é suficiente, em certos casos, para demonstrar o atentado violento ao pudor, ainda mais no Juízo trabalhista, onde não está em questão a liberdade do acusado, deve ser ela admitida, mormente quando amparada pelo restante da prova dos autos. Entendo não haver dúvida, portanto, quanto à ocorrência do assédio sexual relatado na petição inicial, causador, sem dúvida, de grande sofrimento à reclamante.

A responsabilidade do empregador se evidencia pelo fato de ter permitido a ofensa aos direitos de personalidade da autora dentro do estabelecimento, não tomando qualquer providência, mesmo após a denúncia efetuada. Nos autos, ficou demonstrado que diversas pessoas sabiam do comportamento de V.D.A. (*v. g.*, a autora, a funcionária encarregada do departamento de pessoal, a testemunha C.P.S., o preposto, o procurador da reclamada e até mesmo a testemunha C.A.C.S. – embora esta prefira acreditar que a culpa é das meninas e não do chefe). Dentro desse contexto, a ocorrência de um fato grave – como se não fossem todos aqueles ocorridos até então – era questão de tempo, não tendo a reclamada tomado nenhuma providência. Como se depreende da contestação e do depoimento do acusado, V.D.A. era um excelente funcionário há mais de 20 anos e possuía bom relacionamento com os sócios, circunstâncias que tiveram mais importância para a reclamada do que a integridade física e moral de suas empregadas. A alegação do preposto de que *"V.D.A. não foi demitido, porque a empresa não conseguiu provar nada"* busca justificar o injustificável (até mesmo porque foi feita de forma espontânea, revelando o desconforto do depoente com a situação). Se a empresa não tinha provas, que despedisse V.D.A. sem justa causa, assim como faz com as empregadas que possuem muitas faltas em razão de problemas de saúde (vide depoimento de C.P.S., que "largou atestados" para ser mandada embora). Inadmissível é sujeitar as trabalhadoras à situação em exame, que culminou com o fato narrado na petição inicial.

O art. 5º, V e X, da Constituição prevê o direito à indenização por dano moral, que corresponde à lesão injusta a um interesse extrapatrimonial (sem equipolência econômica), mas juridicamente protegido.

A responsabilidade pelo dano moral decorre do simples fato da violação, sendo desnecessária a prova do prejuízo (*damnum in re ipsa*).

O dano moral, em face da natureza jurídica do direito atingido, jamais poderá ser indenizado nos moldes do dano patrimonial. A reparação do dano moral busca "compensar" o lesado (pois não há equivalência econômica) e "sancionar" o lesante (desestimulando a prática da conduta antijurídica). Não há critério estabelecido no ordenamento jurídico, para fixação de indenização reparatória por dano moral. Dessa forma, o *quantum* deve ser fixado de acordo com as circunstâncias do caso.

Assim, considerando todos esses fatores, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

2. RESILIÇÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO

Em virtude do assédio sexual sofrido pela reclamante, reconheço a **resilição** indireta do contrato de trabalho, com fulcro no art. 483, "e" da CLT.

Reconhecida a resilição indireta, determino à reclamada a anotação da data de saída na CTPS da reclamante, com data de 24/01/2008. Condeno a reclamada ao pagamento de saldo de salário do mês de janeiro de 2008, aviso-prévio, férias vencidas e proporcionais com 1/3 e 13º salário proporcional.

Diante da ausência de parcelas incontroversas, resta inaplicável a regra do art. 467 da CLT.

Indefiro a multa do artigo 477, § 8º da CLT, pois havendo controvérsia a respeito da causa para a rescisão contratual, aplica-se, na espécie, a Orientação Jurisprudencial 351 da SDI –I do TST.

A reclamada deverá entregar à autora as guias para encaminhamento do seguro-desemprego, sob pena de pagar indenização correspondente ao valor do benefício.

A reclamada não comprova os depósitos de FGTS relativos a todo o período contratual, inclusive o acréscimo de 40%, devido em face da rescisão indireta. Condeno a reclamada ao pagamento de diferenças de FGTS, com acréscimo de 40%, devendo os valores ser recolhidos à conta vinculada da reclamante e posteriormente liberados, em virtude do reconhecimento da rescisão indireta por culpa do empregador.

[...]

Max Carrion Brueckner – Juiz do Trabalho Substituto

1ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul

Julgamento em: 25.09.2008.

SÚMULAS DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 4 REGIÃO

SÚMULAS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Súmula II 1

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE INCIDÊNCIA. DL N 2.351/87. No período de vigência do Decreto-Lei nº 2.351/87, a base de incidência do adicional de insalubridade era o piso nacional de salários e não o salário mínimo de referência. *Resolução Administrativa nº 07/92 – Publicada no DOE-RS no dia 08 de junho de 1992.*

Súmula nº 2

URP DE FEVEREIRO/89. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 14/95 – Publicada no DOE-RS no dia 07 de julho de 1995.*

Súmula nº 3

LEI N 8.177/91, ART. 39, § 2. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional o §2º do art. 39 da Lei nº 8.177 de 1º de março de 1991. *Resolução Administrativa nº 19/92 – Publicada no DOE-RS no dia 09 de novembro de 1992.*

Súmula nº 4

CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR INAUDITA ALTERA PARTE. A concessão de medida cautelar, sem audiência prévia do réu, fora da hipótese de exceção prevista no art. 804 do CPC, atenta contra direito líquido e certo ao devido processo legal e ao contraditório que lhe é inerente. *Resolução Administrativa nº 2395 – Publicada no DOE-RS no dia 06 de dezembro de 1995.*

Súmula nº 5

REGIME COMPENSATÓRIO. ART. 60 DA CLT. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 03/99, que aprovou o Enunciado de Súmula nº 7 – Publicada no DOE-RS nos dias 10, 11 e 12 de maio de 1999.*

Súmula nº 6

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. A norma do art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal não é auto-aplicável, no que concerne ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. *Resolução Administrativa nº 25/95 – Publicada no DOE-RS nos dias 10, 11 e 12 de maio de 1999.*

Súmula nº 7

COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS. ATIVIDADE INSALUBRE. Desde que facultada, mediante acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, é regular a adoção do regime de compensação de horários em atividade insalubre, independentemente da licença prévia de que trata o art. 60 da CLT. *Resolução Administrativa nº 03199 – Publicada no DOE-RS nos dias 10, 11 e 12 de maio de 1999.*

Súmula nº 8

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ILUMINAMENTO. Após a revogação do Anexo nº 4 da NR-I5 da Portaria MTb nº 3.214/78, que se operou, de acordo com as disposições do art. 2º, § 2º, da Portaria **GMIMTPS** nº 3.751/90, em 24.02.1991, o iluminamento deficiente deixou de gerar direito ao adicional de insalubridade. *Resolução Administrativa nº 04/99 – Publicada no DOE-RS nos dias 10, 11 e 12 de maio de 1999.*

Súmula nº 9

BANRISUL. INTEGRAÇÃO DO ADI NA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 08/2000 – Publicada no DOE-RS nos dias 24, 25 e 26 de janeiro de 2001.*

Súmula nº 10

HONORÁRIOS PERICIAIS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. Os honorários periciais devem ser atualizados de acordo com a Lei nº 6.899/81, sendo inaplicáveis, dada a sua natureza, os índices de atualização dos débitos trabalhistas. Revisada. *Resolução Administrativa nº 09/2000 – Publicada no DOE-RS nos dias 24, 25 e 26 de janeiro de 2001.*

Súmula nº 11

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI Nº 8.666/93. A norma do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços. *Resolução Administrativa nº 07/99 – Publicada no DOE-RS nos dias 10, 11 e 12 de maio de 1999.*

Súmula nº 12

FGTS. PRESCRIÇÃO. A prescrição para reclamar depósitos de FGTS incidentes sobre a remuneração percebida pelo empregado é de 30 (trinta) anos, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho. *Resolução Administrativa nº 0899 – Publicada no DOE-RS nos dias 10, 11 e 12 de maio de 1999.*

Súmula nº 13

CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIOS. REVISADA PELA SÚMULA Nº 21. Os débitos trabalhistas correspondentes a salários, cujo pagamento deveria ter sido efetuado até a data limite prevista no parágrafo único do art. 459 da CLT, sofrerão correção monetária a partir do dia imediatamente posterior ao do vencimento (Lei nº 8.177, de 13.03.1991, art. 39, *caput* e § 1º). *Resolução Administrativa nº 09/99 – Publicada no DOE-RS nos dias 14, 15 e 16 de junho de 1999.*

Súmula nº 14

CEEE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS EX-SERVIDORES AUTÁRQUICOS. A Lei Estadual nº 3.096/56 (Lei Peracchi) não assegura a igualdade entre os proventos de aposentadoria dos ex-servidores autárquicos da Companhia Estadual de Energia Elétrica-CEEE e a soma das parcelas de natureza salarial percebidas em atividade. *Resolução Administrativa nº 10/99 -- Publicada no DOE-RS nos dias 14, 15 e 16 de junho de 1999.*

Súmula nº 15

CEEE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS. A gratificação de férias não integra a complementação dos proventos de aposentadoria dos ex-servidores autárquicos da Companhia Estadual de Energia Elétrica-CEEE. *Resolução Administrativa nº 11/99 – Publicada no DOE-RS nos dias 14, 15 e 16 de junho de 1999.*

Súmula nº 16

CEEE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS EX-SERVIDORES AUTÁRQUICOS. As horas extras e as horas de sobreaviso não integram a complementação dos proventos de aposentadoria dos ex-servidores autárquicos da Companhia Estadual de Energia Elétrica-CEEE. *Resolução Administrativa nº 12/99 – Publicada no DOE-RS nos dias 14, 15 e 16 de junho de 1999.*

Súmula nº 17

APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 14/2006 – Publicada no DOE-RS nos dias 10, 13 e 14 de novembro de 2006.*

Súmula nº 18

BANRISUL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. A parcela denominada 'cheque-rancho', paga pelo Banrisul aos seus empregados, não integra a complementação dos proventos de aposentadoria. *Resolução Administrativa nº 14/99 – Publicada no DOE-RS nos dias 14, 15 e 16 de junho de 1999.*

Súmula nº 19

HORAS EXTRAS. REGISTRO. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. REVISADA PELA SÚMULA Nº 23. O tempo despendido pelo empregado a cada registro no cartão-ponto, quando não exceder de 5 (cinco) minutos, não será considerado para a apuração de horas extras. No caso de excesso de tal limite, as horas extras serão contadas minuto a minuto. *Resolução Administrativa nº 15/99 – Publicada no DOE-RS nos dias 14, 15 e 16 de junho de 1999.*

Súmula nº 20

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 14/05 – Publicada no DOE-RS nos dias 30 de setembro, 03 e 04 de outubro de 2005.*

Súmula nº 21

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DÉBITOS TRABALHISTAS. REVISÃO DA SÚMULA Nº 13. Os débitos trabalhistas sofrem atualização monetária pro rata die a partir do dia imediatamente posterior à data de seu vencimento, considerando-se esta a prevista em norma legal ou, quando mais benéfica ao empregado, a fixada em cláusula contratual, ainda que tácita, ou norma coletiva. *Resolução Administrativa nº 04/2002 – Publicada no DOE-RS nos dias 29 de novembro, 02 e 03 de dezembro de 2002.*

Súmula nº 22

CEEE. PRIVATIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS SUBSIDIÁRIAS. Os créditos dos empregados da Companhia Estadual de Energia Elétrica que não tiveram seus contratos de trabalho transferidos ou sub-rogados às empresas criadas a partir do processo de privatização são de responsabilidade exclusiva da CEEE. *Resolução Administrativa nº 05/2002 – Publicada no DOE-RS nos dias 29 de novembro, 02 e 03 de dezembro de 2002.*

Súmula nº 23

HORAS EXTRAS. REGISTRO. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. REVISÃO DA SÚMULA Nº 19. No período anterior à vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, o tempo despendido pelo empregado a cada registro no cartão-ponto, quando não exceder de 5 (cinco) minutos, não é considerado para a apuração de horas extras. No caso de excesso desses limites, as horas extras são contadas minuto a minuto. *Resolução Administrativa nº 06/2002 – Publicada no DOE-RS nos dias 29 de novembro, 02 e 03 de dezembro de 2002.*

Súmula nº 24

FGTS. ATUALIZAÇÃO. Cancelada pela Resolução Administrativa nº 24/2003 – Publicada no DOE-RS nos dias 08, 09 e 12 de janeiro de 2004.

Súmula nº 25

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. São cabíveis, independentemente de sua previsão no título judicial, resguardada a coisa julgada. *Resolução Administrativa nº 08/2002 – Publicada no DOE-RS nos dias 29 de novembro, 02 e 03 de dezembro de 2002.*

Súmula nº 26

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. Os descontos previdenciários apuram-se mês a mês, incidindo sobre o valor histórico sujeito à contribuição, excluídos os juros de mora, respeitado o limite máximo mensal do salário-de-contribuição, observados as alíquotas previstas em lei e os valores já recolhidos, atualizando-se o valor ainda devido. *Resolução Administrativa nº 09/2002 – Publicada no DOE-RS nos dias 29 de novembro e 02 e 03 de dezembro de 2002.*

Súmula nº 27

DESCONTOS FISCAIS. BASE DE CÁLCULO. Os descontos fiscais incidem, quando do pagamento, sobre o valor total tributável, monetariamente atualizado, acrescido dos juros de mora. *Resolução Administrativa nº 10/2002 – Publicada no DOE-RS nos dias 29 de novembro, 02 e 03 de dezembro de 2002.*

Súmula nº 28

RFFSA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA. As empresas concessionárias são responsáveis pelos direitos trabalhistas dos ex-empregados da Rede Ferroviária Federal S/A cujos contratos de trabalho não foram rescindidos antes da entrada em vigor do contrato de concessão de serviço respectivo, permanecendo a R.F.F.S.A., nessas

hipóteses, como responsável subsidiária. *Resolução Administrativa nº 11/2002 – Publicada no DOE-RS no dia 29 de novembro de 2002. Republicada no DOE-RS de 02 de dezembro de 2002 por ter havido incorreção relativamente ao número da simula editada – Publicada no DOE-RS nos dias 03 e 04 de dezembro de 2002.*

Súmula nº 29

MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ. QÜINQÜÊNIOS. LEI Nº 260/86. Os servidores celetistas do Município de Gravataí admitidos antes da Lei Municipal nº 681/91 fazem jus aos qüinqüênios previstos na Lei Municipal nº 260/86, desde que preenchidos os pressupostos e requisitos nela elencados. *Resolução Administrativa N 23/2003 – Publicada no DOE-RS nos dias 08, 09 e 12 de janeiro de 2004.*

Súmula nº 30

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-ALIMENTAÇÃO. Não incide contribuição previdenciária sobre vale ou ticket alimentação quando seu pagamento decorrer de decisão ou acordo judicial, ressalvada a hipótese de que trata a Súmula nº 241 do TST. *Resolução Administrativa 11º 2512003 – Publicada no DOE-RS nos dias 08, 09 e 12 de janeiro de 2004.*

Súmula nº 31

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTE INDENIZADO. Não incide contribuição previdenciária sobre o vale-transporte indenizado em decorrência de decisão ou acordo judicial. *Resolução Administrativa nº 26/2003 – Publicada no DOE-RS nos dias 08, 09 e 12 de janeiro de 2004.*

Súmula nº 32

RECURSO. CONHECIMENTO. LEI Nº 9.800/99. É válida a comprovação do instrumento de mandato, do pagamento das custas e do recolhimento do depósito recursal respectivo, via fac-símile dirigido ao juízo, desde que apresentados os originais no prazo legal. *Resolução Administrativa nº 27/2003 – Publicada no DOE-RS nos dias 08, 09 e 12 de janeiro de 2004.*

Súmula nº 33

CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. LIDE ENTRE SINDICATO PATRONAL E INTEGRANTE DA RESPECTIVA CATEGORIA ECONÓMICA. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 12/05 -- Publicada no DOE-RS nos dias 30 de setembro, 03 e 04 de outubro de 2005.*

Súmula nº 34

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. CONTRATO DE TRABALHO. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 15/05 – Publicada no DOE-RS nos dias 30 de setembro, 03 e 04 de outubro de 2005.*

Súmula nº 35

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. A ausência de submissão de qualquer demanda de natureza trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, não autoriza a extinção do processo sem julgamento do mérito. *Resolução Administrativa nº 09/2004 – Publicada no DOE-RS nos dias 02, 05 e 06 de julho de 2004.*

Súmula nº 36

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DIFERENÇAS DA INDENIZAÇÃO COMPENSATORIA DE 40%.

Responsabilidade-Prescrição-Interesse processual. I – É do empregador a responsabilidade pelo pagamento da diferença de 40% do FGTS decorrente da aplicação sobre o saldo da conta vinculada dos índices expurgados pelos Planos Econômicos e reconhecidos ao trabalhador. II – O prazo prescricional para reclamar as diferenças da indenização compensatória de 40% sobre o FGTS corrigido pelos índices dos expurgos inflacionários e reconhecidos ao trabalhador após a extinção do contrato conta-se a partir da data em que as diferenças do FGTS forem disponibilizadas ao trabalhador, seja por decisão judicial, seja pela adesão de que trata a Lei Complementar nº 110/2001, neste último caso da primeira parcela ou parcela única. III – Tratando-se a indenização compensatória de 40% de direito acessório, para fins de reclamar as diferenças decorrentes da incidência sobre o FGTS corrigido pelos índices dos expurgos inflacionários, deve o trabalhador comprovar nos autos a disponibilização das aludidas diferenças, sob pena de extinção do processo, sem julgamento do mérito." *Resolução Administrativa nº 10/2004 – Publicada no DOE-RS nos dias 02, 05 e 06 de julho de 2004.*

Súmula nº 37

HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO.

Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação. *Resolução Administrativa nº 15/2004 – Publicada no DOE-RS nos dias 15, 16 e 17 de dezembro de 2004.*

Súmula nº 38

INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO POR NORMA COLETIVA. INVALIDADE.

Constituindo-se o intervalo intrajornada em medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, é inválida a cláusula de acordo ou convenção coletiva que autoriza sua supressão ou redução, neste caso quando não observado o disposto no § 3º do ar. 71 da CLT. *Resolução Administrativa nº 16/2004 – Publicada no DOE-RS nos dias 15, 16 e 17 de dezembro de 2004.*

Súmula nº 39

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO. DISCRIMINAÇÃO DAS PARCELAS.

Nos acordos em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas objeto da conciliação, a contribuição previdenciária incide sobre o valor total acordado, não se admitindo a mera fixação de percentual de verbas remuneratórias e indenizatórias. *Resolução Administrativa nº 17/2004 – Publicada no DOE-RS nos dias 15, 16 e 17 de dezembro de 2004.*

Súmula nº 40

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO. PARCELAS NÃO POSTULADAS. PROPORCIONALIDADE.

Na fase de conhecimento, a inclusão no acordo de parcelas não postuladas ou a não-observância da proporcionalidade entre as parcelas de natureza remuneratória e indenizatória objeto da ação, não caracterizam, necessariamente, simulação ou fraude à lei. *Resolução Administrativa nº 18/2004 – Publicada no DOE-RS nos dias 15, 16 e 17 de dezembro de 2004.*

Súmula nº 41

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO SEM VÍNCULO DE EMPREGO. Incide contribuição previdenciária, observada a alíquota própria, quando firmado acordo sem reconhecimento de vínculo empregatício, mas com prestação de trabalho e o tomador for empresa ou a ela equiparada na condição de contribuinte individual na forma do parágrafo único do art. 15 da Lei nº 8.212/91. *Resolução Administrativa nº 19/2004 - Publicada no DOE-RS nos dias 15, 16 e 17 de dezembro de 2004.*

Súmula nº 42

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÕES IONIZANTES. Devido. *Resolução Administrativa nº 13/2005 - Publicada no DOE-RS nos dias 30 de setembro, 03 e 04 de outubro de 2005.*

Súmula nº 43

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. *Revisada pela Súmula nº 49, editada pela R. A. nº 14/2009.* Não incide a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Súmula nº 44

FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO. *Cancelada pela Resolução Administrativa nº 18/2009 - Publicada nos dias 07, 08, 09 e 13 de outubro de 2009.*

Súmula nº 45

ECT. DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS. ISENÇÃO. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT se equipara à Fazenda Pública no que diz respeito às prerrogativas previstas no Decreto-Lei nº 779/69, estando dispensada da realização do depósito recursal e do recolhimento das custas processuais. *Resolução Administrativa nº 13/2006 - Publicada no DOE-RS nos dias 10, 13 e 14 de novembro de 2006.*

Súmula nº 46

EMBARGOS DE TERCEIRO. PRAZO. No Processo do Trabalho aplica-se o art. 1.048 do CPC. *Resolução Administrativa nº 12/2007 - Publicada no DOE-RS nos dias 15, 16 e 17 de outubro de 2007.*

Súmula nº 47

MULTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. O tomador de serviços é subsidiariamente responsável pelas multas dos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT, inclusive se for ente público. *Resolução Administrativa nº 13/2007 - Publicada no DOE-RS nos dias 15, 16 e 17 de outubro de 2007.*

Súmula nº 48

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AUXILIAR E TÉCNICO DE ENFERMAGEM. POSSIBILIDADE. A ausência de habilitação formal como Técnico de Enfermagem, por si só, não é óbice ao pleito de equiparação salarial, diferenças salariais por desvio

de função ou 'plus' salarial formulado por Auxiliares de Enfermagem. *Resolução Administrativa n° 13/2009, disponibilizada no DOE-RS dias /9, 20 e 21 de agosto de 2009, considerada publicada, respectivamente, dias 20, 21 e 24 de agosto de 2009, na forma do Provimento n° 03/2008.*

Súmula n°49

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

Incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. *Resolução Administrativa n° 14/2009, disponibilizada no DOE-RS dias 19, 20 e 21 de agosto de 2009, considerada publicada, respectivamente, dias 20, 21 e 24 de agosto de 2009, na forma do Provimento n° 03/2008.*

Súmula n° 50

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA.

TERMO INICIAL. Fixada a indenização por dano moral em valor determinado, a correção monetária flui a partir da data em que prolatada a decisão, sob o pressuposto de que o quantum se encontrava atualizado naquele momento. *Resolução Administrativa n° 15/2009, disponibilizada no DOE-RS dias 24, 25 e 26 de agosto de 2009, considerada publicada, respectivamente, dias 25, 26 e 27 de agosto de 2009, na forma do Provimento n° 03/2008.*

PRECEDENTES NORMATIVOS DO
TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 4ª REGIÃO

PRECEDENTES NORMATIVOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Precedente nº 1

NEGOCIAÇÃO PRÉVIA EXTRAJUDICIAL. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 2

PÓLOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL COLETIVA. SINDICATOS. "Não se conhece de ação coletiva, salvo as declaratórias, que não tenha como parte entidade sindical, ressalvadas as categorias econômicas sem representação na jurisdição deste Tribunal."

Precedente nº 3

ADICIONAL. HORAS EXTRAS. "As horas extraordinárias subsequentes às duas primeiras serão remuneradas com o adicional de 100% (cem por cento)."

Precedente nº 4

ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO-QUINQUÊNIO. *Cancelado. DOE-RS 14.08.1995.*

Precedente nº 5

ADICIONAL. TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS. "O trabalho prestado em domingos e feriados, quando não compensado, será contraprestado com adicional de 100% (cem por cento), sem prejuízo da remuneração do repouso semanal."

Precedente nº 6

ADICIONAL. TRABALHO NOTURNO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 7

ANOTAÇÃO DA FUNÇÃO NA CTPS. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 8

ATESTADOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 9

AUXÍLIO-CRECHE. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 10

AUXÍLIO-ESCOLAR. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 11

AUXÍLIO-FUNERAL. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 12

AVISO PRÉVIO. DISPENSA DE TRABALHO NO PERÍODO. *Cancelado.*
DOE-RS 25.08.1995.

Precedente nº 13

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL ADAPTADO PARA LIMITAR A 60 (SESSENTA) DIAS O PRAZO MÁXIMO DO AVISO. DOE-RS DE 14.08.1995.
Cancelado. DOE-RS 21.11.2002.

Precedente nº 14

CIPA. RELAÇÃO DOS ELEITOS. "É de 10 (dez) dias, a contar da data da eleição, o prazo para os empregadores comunicarem ao sindicato profissional a relação dos eleitos para a CIPA."

Precedente nº IS

CÓPIA DO CONTRATO DE TRABALHO. "É obrigatória a entrega da cópia do contrato, quando escrito, assinada e preenchida, ao empregado admitido."

Precedente nº 16

CÓPIA DO RECIBO DE QUITAÇÃO. "É obrigatória a entrega, ao empregado, de cópia do recibo de quitação final, preenchida e assinada."

Precedente nº 17

DESCONTO ASSISTENCIAL. "O empregador **deverá** recolher aos cofres do sindicato beneficiado, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da publicação do acórdão, as contribuições assistenciais determinadas pela decisão normativa. O não recolhimento implicará acréscimo de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e de multa de 10% (dez por cento), sem prejuízo da atualização do débito."

Precedente nº 18

DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA INJUSTA.
Cancelado. DOE-RS 21.11.2002.

Precedente nº 19

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. *Cancelado,*
fáce ao ar: 118 da Lei nº 8.213, de 24.07.1991.

Precedente nº 20

GARANTIA DE EMPREGO. DELEGADO SINDICAL. *Cancelado.*
DOE-RS 25.08.1995.

Precedente nº 21

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. VÉSPERAS DA APOSENTADORIA.
"Fica vedada a despedida sem justa causa, no período de 12 (doze) meses anteriores à aquisição do direito à aposentadoria voluntária ou por idade junto à previdência oficial. do empregado que trabalhar há mais de 5 (cinco) anos na mesma empresa, desde que comunique o fato, formalmente, ao empregador."

Precedente n" 22

FALTA JUSTIFICADA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR DE FILHO. (REDAÇÃO ALTERADA EM SESSÃO DE JJ.JJ.2002. DOE-RS DE 21.JJ.2002) "O empregado não sofrerá qualquer prejuízo salarial quando faltar ao serviço por 1 (um) dia para internação hospitalar ou acompanhamento para consulta de filho, com idade de até 12 (doze) anos, ou inválido de qualquer idade."

Precedente n" 23

FÉRIAS PROPORCIONAIS. *Cancelado. DOE-RS 02.06.1992.*

Precedente n" 24

GRATIFICAÇÃO NATALINA. ADIANTAMENTO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente n" 25

GRATIFICAÇÃO NATALINA. GOZO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. *Cancelado. DOE-RS 21.11.2002.*

Precedente n" 26

MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. *Cancelado. DOE-RS 25.08. 1995.*

Precedente n" 27

QUADRO DE AVISOS. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 28

CONTRATAÇÃO DE SUBSTITUTO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 29

SUBSTITUIÇÃO EVENTUAL. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 30

UNIFORMES E EPI. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente n" 31

ABONO DE FALTA AO ESTUDANTE (NEGATIVO). *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 32

PAGAMENTO DE SALÁRIO EM SEXTA-FEIRA E EM VÉSPERA DE FERIADO. "O pagamento de salário em sexta-feira e em véspera de feriado deverá ser realizado em moeda corrente, ressalvada a hipótese de depósito em conta bancária."

Precedente n" 33

DESCONTO DE CHEQUES. "É vedado o desconto salarial de valores de cheques recebidos de terceiros, sem provisão de fundos ou fraudulentamente emitidos, quando cumpridas as determinações escritas do empregador, que deverão ser de inequívoco conhecimento do empregado."

Precedente nº 34

ASSISTÊNCIA SINDICAL. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 35

CÓPIA DO RECIBO DE SALÁRIO. DISCRIMINAÇÃO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 36

PIS - DISPENSA DE SERVIÇO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 37

ATRASOS. REMUNERAÇÃO DE REPOUSO E FERIADO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 38

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. "É vedada a contratação a título de experiência por menos de 15 (quinze) dias."

Precedente nº 39

REMESSA DE RELAÇÃO ANUAL PARA O SINDICATO OBREIRO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 40

QUEBRA DE CAIXA. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 41

CONFERÊNCIA DE CAIXA. "O empregado não responderá por eventual diferença de caixa quando a conferência não for realizada em sua presença."

Precedente nº 42

DATA-BASE. FIXAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INSTRUMENTO NORMATIVO ANTERIOR. "Assegura-se a fixação da data-base da categoria profissional no dia primeiro mais próximo à data do ajuizamento do dissídio coletivo originário."

Precedente nº 43

COMPROVANTE DE ENTREGA DE DOCUMENTOS. "A entrega de documento pelo empregado ao empregador será feita contra-recibo."

Precedente nº 44

DISPENSA DO CUMPRIMENTO DO AVISO PRÉVIO PELO EMPREGADOR. "A dispensa do cumprimento do aviso prévio concedido pelo empregador deverá ser anotada no documento respectivo."

Precedente nº 45

CURSOS E REUNIÕES. "Os cursos e reuniões promovidos pelo empregador, quando de frequência e comparecimento obrigatórios, serão ministrados e realizadas preferencialmente, dentro da jornada. O empregado fará jus à remuneração extraordinária quando se verificarem fora de seu horário de trabalho."

Precedente nº 46

DESCONTOS DE MENSALIDADES. "As mensalidades devidas ao sindicato que representa a categoria profissional, quando autorizadas pelos empregados, serão descontadas dos salários pelos empregadores e recolhidas aos cofres da entidade até o 10º (décimo) dia do mês subsequente."

Precedente nº 47

INÍCIO DAS FÉRIAS. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente Nº 48

INTERVALOS CPD. (REDAÇÃO ALTERADA EM SESSÃO DE 30.08.2004 – DOE-RS DE 15.09.2004) "Nas atividades de entrada de dados deve haver, no mínimo, uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, não deduzidos da jornada normal de trabalho."

Precedente nº 49

REDUÇÃO DO HORÁRIO DURANTE O AVISO PRÉVIO. *Cancelado. DOE-RS 25.08.1995.*

Precedente nº 50

ACRÉSCIMO SOBRE FÉRIAS PROPORCIONAIS. (REDAÇÃO ALTERADA EM SESSÃO DE 30.08.2004. DOE-RS DE 15.09.2004) "O empregado que se demitir antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais, com o acréscimo do terço (L/3) constitucional."

Precedente nº 51

ADICIONAL FACA. FRIGORÍFICO. "Aos trabalhadores que laboram em frigoríficos no trabalho de corte com uso de faca, é assegurado um adicional salarial no valor de 10% (dez por cento) do salário normativo da categoria."

Precedente nº 52

AMAMENTAÇÃO. "O horário destinado à amamentação, ou seja, meia hora por turno de serviço, poderá ser convertido em uma hora, sendo concedido no início ou término da jornada, à livre escolha da trabalhadora."

Precedente nº 53

AVISO PRÉVIO. OPÇÃO. "No início do período do aviso prévio, o empregado poderá optar pela redução de 02 (duas) horas no começo ou no final da jornada de trabalho."

Precedente nº 54

AVISO PRÉVIO. SUSPENSÃO. "O aviso prévio será suspenso se no seu curso o empregado entrar em gozo de benefício previdenciário ou em licença saúde, completando-se o tempo nele previsto após a alta."

Precedente nº 55

CIPA. "O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea "a", do ADCT da Constituição de 1988."

Precedente N 56

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. NOVO. "Readmitido o empregado no prazo de 1 (um) ano, na função que exercia, não será celebrado novo contrato de experiência, desde que cumprido integralmente o anterior."

Precedente n° 57

CTPS. ANOTAÇÃO DA SAÍDA. "A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder a do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado."

Precedente nº 58

ESTAGIÁRIOS. ADMISSÃO. "As empresas só poderão admitir ou aceitar estagiários desde que estas admissões não impliquem demissões de empregados e que o seu número não ultrapasse a 10% (dez por cento) dos empregados restantes por estabelecimento."

Precedente n° 59

ESTAGIÁRIOS. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. "É vedada a realização de contrato de experiência para os estagiários, após a conclusão do estágio, na mesma função."

Precedente nº 60

GESTANTE. LICENÇA REMUNERADA. "Concede-se abono de falta para a empregada gestante, à base de um dia por mês, para exame pré-natal, mediante comprovação."

Precedente nº 61

MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. "Impõe-se multa, por descumprimento das obrigações de fazer, no valor equivalente a 10% (dez por cento) do salário básico, em favor do empregado prejudicado, excetuadas as cláusulas que já contenham multa específica ou previsão legal, desde que constituído em mora o empregador."

Precedente n° 62

RELAÇÃO DE SALÁRIOS. "Os empregadores, mediante requerimento, fornecerão a relação de salários de contribuição ao empregado demitido."

Precedente nº 63

SUBSTITUIÇÃO NÃO EVENTUAL. "Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído."

Precedente n° 64

VÍRUS HIV. "Desde que ciente o empregador, é vedada a despedida arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus do HIV, assim entendida a despedida que não seja fundamentada em motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro, assegurando, neste caso, a readaptação ou alterações que se fizerem necessárias em função da doença."

Precedente nº 65

ABONO DE PONTO. PAGAMENTO DO PIS. "É assegurada aos empregados a dispensa do serviço em até meia jornada de trabalho, sem prejuízo salarial, para saque dos rendimentos do Programa de Integração Social (PIS), ampliando-se a dispensa por toda a jornada no caso de domicílio bancário em município diverso, exceto em relação às empresas que mantêm convênio com a Caixa Econômica Federal."

Precedente nº 66

RETENÇÃO DA CTPS. INDENIZAÇÃO. "Será devida ao empregado a indenização correspondente a 1 (um) dia de salário básico, por dia de atraso, pela retenção de sua carteira profissional após o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, limitada a multa a seis meses do salário básico do empregado prejudicado."

Precedente nº 67

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS VIGIAS. "No caso dos empregados que exercem a função de vigia, a empresa prestará assistência jurídica sempre que, no exercício regular das suas funções, incidirem na prática de ato que os leve a responder ação penal, desde que seus interesses não entrem em conflito com os do empregador."

Precedente nº 68

RADIOLOGIA. AFASTAMENTO DA EMPREGADA GESTANTE. "Fica assegurado às empregadas gestantes lotadas no setor de radiologia, radioterapia e medicina nuclear, o afastamento destas durante o período de gestação, garantindo-se a mesma jornada de trabalho e o retorno ao setor após o gozo de suas licenças específicas, sem prejuízo do aproveitamento em outro setor."

Precedente nº 69

EMPREGADOS MOTORISTAS. ACIDENTES. "Aos empregados motoristas que sofrerem acidentes, quando no exercício de suas funções, será assegurada assistência jurídica gratuita, desde que seus interesses não entrem em conflito com os do empregador."

Precedente nº 70

VACINAÇÃO. "O empregador se obriga a colocar à disposição do empregado, sem ônus para o mesmo, a vacina contra Hepatite "B", respondendo por sua aplicação, quando houver risco de exposição ao vírus no local de trabalho."

Precedente nº 71

LANCHE. PLANTONISTAS. "Os empregadores, às suas expensas, devem fornecer aos empregados que estiverem de plantão, por 12 (doze) horas ou mais, um lanche de bom padrão alimentar."

Precedente nº 72

LOCAL PARA REFEIÇÕES. "Obrigam-se as empresas, quando concederem intervalo entre turnos, para lanche, sem dispensarem os empregados, a manter local apropriado, em condições de higiene."

Precedente nº 73

SALÁRIO DE ADMISSÃO. "O empregado admitido para função de outro dispensado sem justa causa, terá garantido salário igual ao do empregado de menor salário na função, sem considerar vantagens pessoais."

Precedente nº 74

JUSTIFICATIVA DA DEMISSÃO MOTIVADA. "Quando invocada a justa causa para a despedida, o empregado será informado, por escrito, dos motivos da dispensa."

Precedente nº 75

ASSENTOS NOS LOCAIS DE TRABALHO. "Para atividade cujo trabalho seja realizado de pé, é obrigatória a colocação de assentos para descanso em local ou locais que permitam a utilização por todos os trabalhadores durante as pausas."

REGISTROS

Discurso do E^{mo} Desembargador *Flavio Portinho Sirangelo*, em nome do TRT da 4^a Região, na solenidade em homenagem aos Ex.^{mos} Desembargadores *Paulo José da Rocha* e *Mario Chaves*, por motivo de suas aposentadorias

"Senhor Presidente. Senhoras, Senhores e Desembargadores que compõem este Egrégio Tribunal. Caríssimos colegas homenageados. "O juiz", já disse Calamandrei, "é o direito feito homem". Pode ser ele aquele juiz que apenas vocalizava a vontade que estava escrita na lei: o juiz de Montesquieu, com a sua concepção de atuação judicial que, em boa medida, persistiu até o final do século XX. Ou, então, pode ser o julgador que, para produzir o direito, vê-se às voltas com a necessidade de ponderar valores, de harmonizar princípios, de compreender o alcance de cláusulas gerais de Direito e encontrar o campo adequado da sua aplicação; o juiz, por fim, que aplica regras de leis escritas – leis estas, aliás, que seguem a sua própria regra: são geralmente mal escritas ou mal resolvidas porque provêm de um processo político de negociação ou porque são rapidamente superadas por uma realidade complexa que, nas suas mudanças contínuas, as ignoram. São regras que, às vezes, vêm para complicar e não para resolver. Nosso estimado Ruy Rosado de Aguiar Júnior, com a lucidez que lhe é peculiar, explica: "(...) a incapacidade do estado em regular, pela via formal da lei, as multifacetadas relações sociais, termina por colocar nas mãos do juiz o encargo de fazer a adaptação da ordem jurídica ao mundo real", notando que não se trata de dizer que o estado deixou de legislar mas que, "ao contrário, legisla cada vez mais, mas cada vez pior". Por isso é que sobre o juiz recai, então, e cada vez mais e mais intensamente o peso de traduzir o direito e de adequá-lo à realidade do lugar e da época para que ele e o seu Tribunal possam ter o sentimento da missão cumprida, isto é, de que contribuíram para fazer justiça social, fortalecer a democracia, tornando efetiva a constituição; tudo isso, é claro, fazendo-o em tempo justo e razoável. A marca do mundo no qual atuamos está selada no texto paradoxal do grafite estampado em um muro de uma cidade, conforme lembrado por Luís Roberto Barroso: "Chega de ação. Queremos promessas." A partir do que, explica o jurista: espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Explico agora aos queridos colegas Paulo José da Rocha e Maria Chaves e a todos os presentes a minha desajeitada introdução. É que, de todas as reflexões que me pus a fazer desde que o Desembargador-Presidente me honrou com o convite para saudá-los

em nome do Tribunal no dia de hoje, esteve sempre presente nos meus pensamentos um sentimento: o de que os tempos que correm não são, definitivamente, os tempos nos quais uma instituição que deve produzir justiça poderia se dar ao luxo de perder a contribuição do poder de liderança, da inteligência e da capacidade de cultivar amigos e agregar pessoas em sua volta, que são, dentre outras qualidades, características de Paulo José da Rocha e Mario Chaves. Saudemos, então, esta que é, como já tive oportunidade de dizer em outra ocasião, uma das nossas singulares e mais louváveis tradições, a sessão na qual rendemos a devida homenagem aos juízes aposentados que tanto honraram as suas togas e sob as quais tanto fizeram pelo conceito da nossa instituição. É o que podemos – e devemos – fazer, congratulando-nos com os familiares, que agora poderão usufruir com muito mais intensidade do seu convívio, já que não podemos fazê-los retomar para que nos auxiliem na tarefa que nos parece cada vez mais desafiadora. As organizações, de um modo geral, estão invariavelmente envolvidas em processos de mudança. Nosso Tribunal trilhou, ao longo dos últimos anos (e continua percorrendo), um movimento acelerado de melhorias e de modernização. Não se faz mudança sem a presença de lideranças que possuam credibilidade institucional, poder de posição e capacidade de reunir as pessoas em tomo dos projetos que trarão as transformações e as melhorias. Os Desembargadores Paulo José da Rocha e Mario Chaves estiveram presentes e/ou lideraram os principais projetos de inovação e de melhorias introduzidos na 4 Região. Ambos exerceram funções de Vice-Corregedor e de Corregedor Regional. Paulo Rocha foi Vice-Corregedor de 1991/1993 e Corregedor-Regional de 1993/1995. Mario Chaves foi Vice-Corregedor de 1999/2001 e Corregedor-Regional de 2001/2003. Sendo eles magistrados ocupantes, no Tribunal, de cadeiras reservadas ao quinto constitucional da advocacia, e portanto não tendo passado pela experiência da judicatura no primeiro grau de jurisdição, poderiam gerar nos incautos a suposição de que enfrentariam adversidades nos misteres daquelas funções. Muito ao contrário: administraram a jurisdição trabalhista gaúcha de primeira instância com rara eficiência e impuseram noções de capacidade gerencial, notabilizando-se pela empatia que criaram em relação à grande maioria dos juízes e juízas, aos quais sempre preferiram orientar, antes de simplesmente fiscalizar; dialogar e aconselhar nos momentos difíceis, antes de meramente propor penalizações. Paulo e Mario tiveram atuações decisivas em momentos que certamente marcarão a história institucional da Justiça do Trabalho gaúcha. É possível que muitos não saibam, mas é preciso revelar: apesar de ostentar, ao longo de praticamente 20 anos, à vista de todos, no gabinete de trabalho do 7º andar, a sua flamante máquina de escrever portátil Olivetti Línea 98, fabricada nos anos 1950, o Desembargador Paulo José da Rocha é um dos fundadores da era da informática na Justiça do Trabalho da 4 Região, já que integrou, em torno de 1990, a comissão de informatização – a primeira da história do TRT, que efetivou o projeto de planejamento estratégico, fazia o relacionamento com os representantes dos serviços até então todos terceirizados e que plantou as bases para o ingresso do nosso Judiciário Trabalhista do RS no mundo informatizado. Paulo Rocha soube sempre ser amigo, líder e agregador de colegas e, na mesma medida, amigo dos seus servidores colaboradores; alguém para quem, como poucos, se pode usar a palavra resiliência – palavra ainda pouco usada entre nós e que, se quisermos utilizá-la numa acepção simples, perfeitamente cabível aqui: resiliente

é quem possui a qualidade de não se abater facilmente diante da adversidade; de não culpar os outros pelos seus dissabores e que tem um humor invejável. Paulo é um homem sereno, na concepção elevada que Norberto Bobbio empresta a esta virtude, quando lhe opõe, como virtude que é, à arrogância, à insolência, à prepotência. Diz o pensador italiano: "acima de tudo, a serenidade é o contrário da arrogância, entendida como opinião exagerada sobre os próprios méritos, que justifica a prepotência".

Prezado colega Paulo Rocha, tive a honra de saudá-lo neste mesmo plenário, também num final de tarde como este, há vinte anos atrás, em 07 de abril de 1988, quando Vossa Excelência tornou posse no cargo de Juiz do Tribunal, ocasião em que disse: "a designação de Paulo José da Rocha é desses casos exemplares de obediência às prescrições legais que regem a matéria, seja na sua mera literalidade, como também, e especialmente, no sentido de que são impregnadas." Não preciso dizer que não estava errado e que a advocacia gaúcha mais uma vez se enobreceu, ao longo desses vinte anos, na representação da classe que Vossa Excelência corporificou. Louvei, naquela ocasião, as suas qualidades de advogado experiente e de professor de Direito, obrigado a seguir as tradições do seu pai, que praticamente plantou o pensamento e a grande tradição do Direito do Trabalho do RS. Só não sabia, naquele momento, que nos tomaríamos os grandes amigos, quase-irmãos, que nos tomamos durante esses 20 anos, até ao ponto de te acompanhar e te ver tocar furtivamente, nós três – tu, a Bela e eu – escondidos dos seguranças, o piano tradicionalmente reservado a Leonard Bernstein numa sala da Suprema Corte dos EUA. Que Deus abençoe a nossa amizade. O Desembargador Maria Chaves é desses inovadores incontidos. Não se enganem: é da inquietude de pessoas inteligentes como o Maria Chaves que vivem e sobrevivem as organizações. O Desembargador Marie Chaves tomou posse no TRT em 06 de agosto de 1993 e aposentou-se cerca de 15 anos depois, no dia 06 do mês de maio passado. Foram quinze anos em que ele passou voando, já que, segundo impressão geral, tinha muito por fazer – e nisto acho que não erro – vontade não lhe faltava, não fosse o caráter compulsório da jubilação. Maria Chaves também trouxe para o TRT, tal como o Paulo Rocha, a longa experiência profissional da realidade da advocacia e a perspectiva peculiar dessa atuação profissional, que tanto enriquece o Colegiado. Mario percebeu a necessidade de interação da magistratura de 1º grau com a magistratura de 2º grau e foi um dos mentores dos encontros institucionais, hoje consagrados em nossos calendários como eventos importantes e produtivos para todos. Incentivou e promoveu a criação da Ouvidoria, que é atualmente tão atuante e que tão bons serviços tem prestado à nossa instituição. Foi de Mario Chaves, dentre outros, a iniciativa de incentivar também a realização de cursos de treinamento para os assessores e assistentes dos gabinetes dos Desembargadores do Tribunal. E, finalmente, Maria foi o principal protagonista do movimento que desencadeou, na gestão do presidente Denis Molarinho, a criação da Escola Judicial, coisa da qual muito me orgulho, até porque me tornei, naquele momento, o seu "secretário executivo". Mario, como já disse, é também um líder e agregador. Sua presença contribuiu em muitos momentos para a resolução de questões internas importantes e encaminhou soluções. Maria incorpora também, como juiz, virtudes nobres, e tinha ele, estando em exercício, um certo papel paradigmático para os juízes mais jovens, coisa que é tão necessária neste momento em que se vê, tristemente, uma tendência de indução de comportamentos de uma

magistratura meramente "funcional", quase burocrática. Numa aula proferida nos últimos dias em nossa Escola Judicial, o magistrado estadual e professor Eugenio Facchini Neto, discorrendo sobre o papel do juiz nos dias de hoje, lembrou, a partir das lições de Norberto Bobbio (elogio da serenidade), que costumamos distinguir as virtudes fortes das virtudes fracas. É que o juiz sempre foi incentivado a desenvolver as chamadas virtudes fracas: humildade, modéstia, moderação, recato, castidade, continência, sobriedade, temperança, simplicidade, inocência. São boas virtudes, salientou o professor Facchini, mas observou que, nos dias de hoje, a sociedade necessita de juízes que cultivem as virtudes fortes: coragem, firmeza, ousadia, audácia, descortino, criatividade. E arrematou: ausência de defeitos não significa virtude. Terminei concluindo, por óbvio, que subscrevo as ponderações acima. Juízes não têm que ser perfeitos; são humanos; mas as suas virtudes têm que ser aquelas adequadas aos seus graves misteres. Nosso Tribunal teve a fortuna de ser agraciado com o convívio e de ter recebido a contribuição, durante todos esses anos, de homens dotados dessas virtudes, próprias 'daqueles que têm o ofício de governar, dirigir, comandar, guiar', nas palavras de Bobbio, magistrados que honraram a Corte e que são grandes pessoas e cidadãos como os Desembargadores Paulo José da Rocha e Maria Chaves, exemplares na sua vida profissional e merecedores do nosso eterno reconhecimento e gratidão. Muito obrigado."

(Ata nº 11/008 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 07/1/2008)

Discurso do Ex.mo Desembargador Paulo José da Rocha, na solenidade em sua homenagem, por motivo de sua aposentadoria

"E." Desembargador João Ghisleni Filho, Presidente deste Tribunal, ex-aluno, amigo. Saúdo os integrantes da mesa, o representante da OAB, Dr. Jorge Fernando Estevão Maciel, o Ex." Desembargador Mario Chaves, A E." Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, a representante do Ministério Público do Trabalho, Dra. Silvana Ribeiro Martins, saúdo os Desembargadores ativos e inativos, saúdo meus familiares aqui presentes. Pela ordem, agradeço as manifestações da Procuradoria, da OAB e do Desembargador Flavio Sirangelo, amigo e irmão, cujas palavras e revelações denotam bem a intimidade que a gente teve, tem e terá. Agradeço, também, o Desembargador Maria Chaves, que devido a sua modéstia não referiu o trabalho feito à frente da Comissão da Revista do Tribunal. Saúdo, ainda, os servidores do Gabinete, que aqui se encontram, a minha primeira assessora, Ione, a Elisabeth Tanscheit; nas secretarias, por todas em que estive, a Ana Maria Franceschini, que hoje digitou o meu discurso, no Pleno, a Cláudia, nas salas de sessões eu escolhi um, o Luiz Antônio Chagas da Silva, que é o mais antigo e na pessoa de quem eu saúdo os demais. Rigorosamente, pelo que foi dito, eu poderia encerrar o meu discurso, mas eu trouxe alguma coisa escrita, da qual faço a leitura agora. Senhoras e Senhores. Em 03 de junho de 1977, com mais algumas pessoas, fui ao aeroporto de Porto Alegre receber meu pai, Eloy da Rocha, que naquela data, completando setenta anos de idade, deixara o exercício da magistratura por imposição de norma constitucional. Quando pude abraçá-lo, cumprimentei-o pelo aniversário. A resposta que recebi foi um obrigado, acrescido da expressão que guardei como: 'meu filho, perdi a jurisdição'. Confesso que, na época e por um bom tempo, quando contava o fato, ressaltava a excentricidade do comportamento de meu pai, que, deixando de lado a festividade da data e o início do período em que, com boa saúde e experiência, poderia aproveitar a vida, estava fixado na perda do poder de julgar. Hoje não mais estranho. A perda da função jurisdicional atinge a própria personalidade. Uma parte de nós, enquanto Juizes, que deixa de existir. Há a perda do poder que, mais do que tudo, estava inserido em nós. Na aposentadoria por idade, há benesses de uma inatividade que, na verdade, não provocamos. Tomei posse no cargo de Juiz deste Egrégio Tribunal em 27.04.88. A sessão do Tribunal realizou-se nesta sala. Presentes, além dos convidados do Tribunal, familiares e amigos, em que destaco minhas duas filhas, Cristiana e Gabriela, e meu pai, Eloy da Rocha, já falecido. Sublinho, contudo, as ausências de minha esposa, Maria Beatriz, e minha mãe, Juracy Souza da Rocha, também agora falecidas. O Tribunal, na época, era integrado por Juizes togados e classistas. Ali estavam em bom número, Juizes que foram colegas na Universidade, uns dos bancos escolares e alguns outros do magistério universitário. Fui saudado, como quase sempre em todas as oportunidades, nestes vinte anos, pelo Desembargador Flavio Portinho Sirangelo. Hoje, passados esses anos, vejo Gabriela com Eduardo e os netos Rafaela e Rodrigo representando a

Cristiana, o Dan e os netos Bruno e Felipe, que residem noutra Estado e não puderam comparecer. Além desses, irmãos, cunhados e sobrinhos. No Tribunal, o Desembargador Flavio Portinho Sirangelo, o Juiz remanescente da época da posse, tem a companhia de Juizes, amigos que fiz, com expressivo número de ex-alunos nas cadeiras outrora ocupadas por ex-colegas. É o passar dos anos. Cheguei para compor a representação do quinto constitucional correspondente aos exercentes da advocacia. Na OAB, Secção do Rio Grande do Sul, no início de 1959 prestei compromisso de solicitador perante o seu primeiro presidente, Dr. Osvaldo Vergara. E a partir daí, exerci a advocacia até o dia de minha nomeação para o cargo de Juiz deste Egrégio Tribunal, em abril de 1988. O exercício da advocacia por todos aqueles anos explicou o ingresso na Corte e, vale registrar, serviu para orientar a atuação de Juiz, no trato com os advogados, também e naturalmente, na apreciação das razões e procedimentos adotados nos processos em que atuaram. Não posso deixar de mencionar, neste passo, as experiências adquiridas enquanto professor dos cursos de bacharelado em Direito, na PUC e na UFRGS, durante os anos de 1963 até 1997. Mas a tudo, devo acrescentar ensinamentos passados por meu saudoso pai. enquanto advogado. meu professor e Juiz. ensinamentos esses que chegaram até meus irmãos. cunhados e mesmo aos seus netos. todos com atuação no campo do Direito. Juiz, adotei a postura de entendimento que mantenho, segundo o que os integrantes do Tribunal oriundos da Advocacia e do Ministério Público, quinto constitucional, constituem, na verdade, mera garantia aos jurisdicionados de que terão, na apreciação de suas questões, Juizes dotados da experiência e conhecimento de todas as bases dos operadores do Direito. Assim, os Juizes vindos para compor o quinto, desde suas investidas, não mais são ex-advogados, ex-procuradores, mas com os Juizes de carreira se somam para formar nosso Tribunal. Tive oportunidade de participar de reuniões, sessões, congressos, onde aprendi tanto com os mais antigos quanto com os Juizes mais novos. Na impossibilidade de nomear os colegas, prefiro estender a menção a todos com quem tive o privilégio de trabalhar. Devo mencionar, também, o aprendizado que auferi relativo ao período em que fui Vice e depois Corregedor-Regional de nosso Tribunal. O tempo foi passando e chegou a minha vez de perder a jurisdição. Há razões para tristeza pelo findar de uma grande e importante etapa de minha vida e enriquecedora convivência com meus pares, procuradores, advogados e servidores. É que desejo aproveitar o que está reservado para os que trabalharam por mais de cinquenta anos. O certo é que devo agradecer ao bom Deus e a todos, todos mesmo, que contribuíram para que pudesse chegar a esse ponto da caminhada. com saudade, mas ainda com alegria de viver. Obrigado."

(Ata nº 11/2008 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 07/11/2008)

Discurso do Ex.mo Desembargador *Mario Chaves*, na solenidade em sua homenagem, por motivo de sua aposentadoria

"De novo, estou recebendo do Tribunal, dos seus fraternos integrantes, a gratificação de uma homenagem. Esta para exaltar o período em que, como juiz, procurei honrar a indicação do meu nome pela Ordem dos Advogados do Brasil para compor seu Quadro de magistrados. Este momento, que me enternece, passa a valer como uma nova dívida minha na conta corrente dos acontecimentos e eventos que ajudaram a produzir uma biografia profissional relacionada quase por inteiro à Justiça do Trabalho. Renovo agora palavras que já proferi anteriormente: aqui, recebi mais do que proporcionei, e por isso me considero devedor. É possível que essa dívida tenha começado bem antes do tempo do exercício da magistratura, ainda quando advogado, ou mesmo quando estudante, acompanhando a história e o crescimento da Justiça do Trabalho, lembrando até dos prédios que a abrigaram desde o edifício Santa Marta, na rua Capitão Montanha, no denominado centro histórico de Porto Alegre, sua passagem para a Av. Julio de Castilhos e sua atual localização aqui na Av. Praia de Belas. Relembro que minhas primeiras e tímidas incursões ao ambiente sempre buliçoso do Foro Trabalhista ocorreram no já afastado ano de 1968, na Av. Julio de Castilhos, acompanhando inicialmente o inesquecível advogado, amigo e mestre, Afrânio Vida! Araújo, e seus filhos, meus irmãos por eleição, também advogados, Carlos Franklin Paixão Araújo, aqui presente, de quem fui sócio, e em quem descobri a mais comovedora paixão pela causa dos trabalhadores, especialmente dos mais humildes, e Luiz Heron Araújo, meu colega de curso clássico e bancos da faculdade de Direito, tragado do nosso convívio aos 45 anos de idade, e sobre quem os que o conheceram têm sempre uma referência de saudade e emoção. Na companhia desses profissionais, forjei o caráter que balizou, durante todo tempo, meu procedimento como advogado e, mais tarde, a partir de agosto de 1993, como juiz. Nunca me arrependi de ter absorvido, fanaticamente, os princípios da ética, da gratidão, da humildade, da compreensão e da combatividade com que a família Araújo se apresentava e ainda se apresenta, hoje pelo Carlos e seus filhos, Leandro e Paula, no mundo das lides forenses. Graças a esse comportamento, pude percorrer o caminho que permitiu abrandar minhas deficiências pessoais e granjear a amizade e a benevolência de quantos tornaram possível este momento e esta homenagem. São 40 anos de atividade profissional no âmbito da Justiça do Trabalho, no trato com clientes, advogados, juízes, peritos e servidores. Os dissabores, tão raros, já os esqueci. Diferentemente, a todo momento, relembro e perpasso as alegrias, os êxitos, os gestos de grandeza, a solidariedade, o carinho e o respeito de todos com quem tratei. Como advogado, tive adversários admiráveis, como o saudoso e amantíssimo Carlos César Cairolí Papaléo, dono de uma trajetória profissional invejável inteiramente dedicada à Justiça do Trabalho. Por pouco tempo, felizmente para mim, enfrentei Flavio Portinho Sirangelo, chamado em seguida, ainda bem jovem, e já na condição de Procurador do Trabalho,

a compor a representação do quinto constitucional neste pretório. Lembraria, ainda, Francisco José da Rocha, Elio Englert, este também colega de bancos acadêmicos, Dante Rossi, Emílio Rothfuchs Neto, Sergio Juchen e tantos outros, e especialmente Paulo José da Rocha, meu vizinho e consorte nesta homenagem, merecedor de todos elogios, em especial os que exaltam a sua dignidade, equilíbrio, discrição e cordialidade no trato cotidiano como advogado e como juiz. Entre os advogados de trabalhadores como não lembrar e homenagear à destemida Elida Costa, ao comovente e digno Victor Douglas Nuiiez, ao talentoso Fernando Krieg da Fonseca, meu contemporâneo também na condição de magistrado, e àqueles que, a exemplo do Fernando, que foi Presidente da Seccional da OAB em nosso Estado, sempre encontraram tempo para compor e trabalhar nas entidades representativas de advogados e juizes, dando exemplos de solidariedade e desprendimento. Entre os primeiros, o sempre lembrado Luiz Heron Araújo, e mais Tarso Genro, Renato Gonçalves de Oliveira, Reginald Felker, Bemadete Lau Kurtz, Luiz Lopes Burmeister e outros tantos, ex-presidentes da Agetra. Entre os juizes, Paulo Orval Particheli Rodrigues, Magda Biavaschi, Maria Helena Malmann, Carmem Camino, Ricardo Fraga, Roberto Siegmann, representativos de tantos outros, ex-presidentes da Amatra, entidade para cuja presidência, ineditamente pela minha condição de integrante do quinto constitucional, concorri em 1998, recebendo o voto e a confiança da exata metade dos eleitores no resultado também inédito de empate, resolvido estatutariamente, talvez para sorte de todos, em favor da candidata da situação, minha amiga Maria Madalena Telesca. Os nomes citados, quer de advogados quer de juizes não deslustram outros tantos igualmente valiosos para a continuidade e qualidade da história da Justiça do Trabalho na nossa região e todos representam para mim a lembrança de um tempo precioso talvez irrepetível na vida da advocacia e da judicatura em nosso meio. É dessa época também a minha colaboração em várias gestões da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, como conselheiro e integrante de suas câmaras de julgamento, onde desfrutei, com honra, respeito e carinho da companhia inolvidável de Ajadil de Lemos, professor de Direito Constitucional de tantos de nós e advogado exemplar, na memória de quem homenageio a todos advogados com quem militei a serviço da Ordem e também aqueles a quem, agora, na minha reinscrição, reencontrei, deles recebendo gestos de acolhimento e fraternidade, em especial do Presidente Claudio Lamachia, repetidamente amistoso e afável. Nessas minhas reminiscências falei de um tempo anterior à judicatura porque **ele** está gravado de forma indelével na minha memória e tem grande influência no período seguinte, vivido nesta instituição, como juiz, ou quase juiz, uma estranha espécie de advogado-juiz, inflamado nas teses e nos argumentos, às vezes longe do tempero que o perfil do magistrado ideal sugere, mas encorpado na autenticidade e na transparência, natureza que parece ter sido sempre entendida por todos e, por isso, tolerada e, por vezes, generosamente acolhida. Aqui, vivi um tempo de participação, de coletivismo, de esforço para que o nosso Tribunal voltasse a ser tratado segundo a sua verdadeira dimensão e pudesse consolidar sua posição entre os maiores Tribunais trabalhistas do país. Defendi acirradamente a necessidade de uma exposição de índole política indispensável para o nosso fortalecimento institucional. Testemunhei a seqüência de administrações marcadas por sabedoria e desprendimento e vi o quanto é possível realizar quando se age coletivamente, mobilizando mentes e esforços na

consecução de metas bem refletidas. Pugnei ao lado do Fabiano, do Denis e do Flavio pela criação da nossa Escola Judicial, uma realidade que hoje nos orgulha e projeta organização e aperfeiçoamento para nossos juízes e servidores. Esse desiderato, a que também se dedicaram muitos dos magistrados aqui presentes, tomou possível elevar ainda mais o grau de credibilidade e reconhecimento público atribuído a este Tribunal. Acredito ter ajudado na tarefa ingente, por muitos enfrentada, de fazer com que esta instituição alcançasse o patamar elevado em que se encontra, tendo voltado, inclusive em termos orçamentários, ao lugar que sempre o distinguiu como um dos principais Tribunais do país. Nos muitos setores em que atuei, nas responsabilidades institucionais para as quais fui designado ou no voluntariado administrativo, tão necessário para o êxito de qualquer projeto, não teria condições de medir a utilidade ou a qualidade do meu auxílio, mas não vejo como ser modesto sobre o tamanho da minha dedicação. É esta que guardo como um trunfo íntimo que embala minha saudade solitária e me autoriza a ter orgulho da minha passagem de quase quinze anos por aqui. Sobre ter sido, em determinados momentos, mais do que apenas um voluntário, lembraria o período em que, eleito, como Vice-Corregedor, participei da gestão do hoje Desembargador aposentado Darei Carlos Mahle, e como Corregedor, da administração da hoje Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, na companhia dos Desembargadores Fabiano Bertolucci (então Vice-Presidente) e Pedro Luiz Serafini (então Vice-Corregedor). Foi honroso e gratificante o convívio com essas pessoas amigas, ricas na inteligência, na cordialidade e na capacidade de se doar pela causa pública e pelo engrandecimento da Justiça do Trabalho. Foi na gestão do Mahle, em meio a dificuldades orçamentárias imobilizantes, melhor suportadas pelo bom humor dele, sempre disposto a mais uma piada do seu invejável repertório, compensatória dos nossos desânimos, que iniciamos a projetar os convênios, hoje plenamente exitosos, com a Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil para o financiamento parcial da estrutura de prédios e equipamentos utilizados na Justiça do Trabalho, em favor de toda coletividade judiciária. Relativamente à Rosa Maria, invoco como um legado inestimável ter participado da sua administração, recebendo dela e dos demais integrantes de sua gestão lições silenciosas diárias de serenidade, equilíbrio e sabedoria na condução dos destinos de uma instituição importante como a nossa. Nos órgãos coletivos em que trabalhei, relembro a companhia de Sebastião Alves de Messias, colega e amigo dos bancos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e das salas de julgamento deste tribunal, especialmente da 3 Turma, onde também encontrei uma magistrada de excepcional qualidade, a hoje Desembargadora aposentada Nires Maciel de Oliveira, a quem saúdo carinhosamente. Sobre a 6 Turma, a que tive a honra de presidir, a saudade é arrasadora. Ali, junto com os hoje Desembargadores Rosane Serafini Casa Nova, João Alfredo Borges Antunes de Miranda, Ana Rosa Zago Sagrilo e, ultimamente, Beatriz Renck e Maria Cristina Schaan Ferreira foi possível o exercício ameno da nossa capacidade de conviver amavelmente, de dialogar e de compreender com nobreza a forma, o conteúdo e a expressão de um órgão decisório colegiado, fazendo-nos avançar e aprimorar o resultado do nosso trabalho e das nossas responsabilidades. Esta, a da 6 Turma, é a lembrança mais afetiva e comovida, sem embargo do carinho com que sempre fui tratado, e pelo qual agradeço, nas demais Turmas e Seções em que officiei.

Referência especial neste inventário merecem os servidores de toda quarta região, com quem sempre mantive relações da mais lídima cordialidade. Em todos os setores e quadrantes fui distinguido com carinho e colaboração, característica dos quadros funcionais do nosso Tribunal. Convivência mais estreita estabeleci com os servidores das Secretarias das Turmas e Seções em que atuei, com aqueles da secretaria da Corregedoria, ao tempo em que Vice-Corregedor e Corregedor, e com os meus estimadíssimos colaboradores do gabinete de trabalho. Durante todo tempo, pude contar com o empenho, a discrição e a qualidade da ajuda prestada por esses servidores. O mérito do que produzi pertence antes a eles. Com eles, indiferentemente, mas especialmente no meu gabinete, foi possível estabelecer um ambiente de sadia, franca e criativa participação na solução dos processos e na elaboração de estratégias de trabalho. Lembrarei sempre do ambiente afetuoso que os servidores do Tribunal me proporcionaram, sem nunca vê-los perder a dimensão e o peso de suas responsabilidades. Não podendo fazer mais, resta-me elogiá-los coletivamente, agradecer pelo tanto com que me distinguiram e desejar a todos felicidade permanente. Emociona recordar esse tempo, para mim generoso e que, felizmente, na minha esperança, ainda não acabou. O cutelo as vezes áspero da cronologia (forma eufemística de dizer que o tempo, imperdoavelmente, passa) afastou-me da intimidade deste Tribunal e do exercício da magistratura. A força da biologia (forma eufemística de acreditar que talvez ainda reste algum vigor) há de permitir que eu continue a advogar nos espaços e instâncias não vedados pela lei até que chegue o tempo da desincompatibilização completa, quando espero reencontrar ainda, no dia a dia, muitas das mesmas e admiráveis pessoas com quem convivi nesse período inesquecível. Agradeço aos Desembargadores que integram este Tribunal por esta homenagem, para mim honrosa e emotiva, ao seu presidente, meu amigo fraterno, Desembargador João Ghisleni Filho e aos demais e prezados integrantes da administração. Estendo meu agradecimento aos servidores, em especial aos que trabalharam comigo em cada dia dos quase 15 anos em que aqui estive como magistrado. Todos tomaram a minha tarefa mais amena e agradável. Desembargadores, incluindo muitos já aposentados e que são meus amigos queridos, juízes de primeiro grau e servidores, eu os guardo carinhosa e comovidamente no meu coração. Obrigado."

(Ata nº 11/2008 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 07/11/2008)

Discurso da Ex.ma Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região, Dra. *Silvana Ribeiro Martins*, na solenidade em homenagem aos Ex.mos Desembargadores *Paulo José da Rocha e Mario Chaves*, por motivo de suas aposentadorias

"Excelentíssimo Senhor Desembargador-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, João Ghisleni Filho, autoridades presentes e já nominadas, senhores Desembargadores, senhores Magistrados, senhores membros do Ministério Público do Trabalho, senhores advogados, senhores familiares e amigos dos Desembargadores aposentados, servidores, senhoras e senhores aqui presentes: é com satisfação que o Ministério Público do Trabalho da 4ª Região se faz presente nesta solenidade em homenagem aos Desembargadores aposentados Paulo José da Rocha e Mario Chaves. Para mim, especialmente, não se trata de uma incumbência, e sim um privilégio. Privilégio porque estes ilustres Desembargadores, com suas realizações, inscreveram com nobreza seus nomes na memória institucional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. São homens de características similares daquela linhagem que enfrenta com segurança e alto rigor técnico as questões mais complexas, sempre voltados para o sentido do justo e alvo da nobre função jurisdicional. Muito queridos entre os seus pares, são de excelente caráter, bom humor e cavalheirismo. Neste momento, desfilam em suas retinas sensações ímpares, entretanto o instante que vivem é idêntico: de evocação ao passado, de avaliação do presente, e de conjecturas sobre o futuro. A passagem de uma fase da vida para a outra, certamente mexe com as emoções, mas nesta casa, onde atuaram mais de vinte anos com exclusiva dedicação à justiça, tarefa que cumpriram com muito brilho, equilíbrio, coleguismo, devoção e virtude, só há espaço para agradecimentos! Esta sensação é o norte deste momento, onde cada um dos presentes guarda uma lembrança especial. Quanto a mim, Silvana, que hoje por uma dádiva divina me encontro na condição de Procuradora-Chefe, faço um agradecimento especial àquele que em determinado momento da minha vida foi decisivo. A ele reservo estas palavras finais, com um poema de Pablo Neruda: *"Todos me perguntavam. Todos me perguntavam quando parto, quando me vou. Assim parece que houvesse selado em silêncio um contrato terrível: ir-se de qualquer modo a alguma parte ainda que não quisesse ir-me a nenhum lugar. Senhores, não me vou, eu sou de Iquique, sou das vinhas negras de Parral, da água de Temuco, da terra salgada sou e estou.* Muito obrigado."

(Ata nº 112008 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 07/11/2008)

Discurso do Dr. *Claudio Pacheco Prates Lamachia*, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Rio Grande do Sul, na solenidade em homenagem aos Ex.^{mos} Desembargadores *Paulo José da Rocha e Mario Chaves*, por motivo de suas aposentadorias

"Boa tarde a todos. Na pessoa do Dr. Ghisleni, Presidente do Tribunal, saúdo a todos os componentes da mesa e trago aqui a palavra de saudação ao Dr. Mario Chaves e ao Dr. Paulo José da Rocha, juristas que integraram este Tribunal na qualidade de representantes da classe dos advogados e que tiveram uma trajetória no mundo jurídico que os fez merecedores da homenagem que hoje recebem com este Plenário lotado, com a vinda da Ministra para homenageá-los nesta ocasião, o que mostra que efetivamente integraram este Tribunal e aqui deixaram toda uma história de competência, da mesma forma como fizeram no exercício da advocacia, e isso muito nos orgulha como advogados porque mostra que a instituição do quinto constitucional tem realmente uma condição de, através desses representantes, que estão se renovando agora com a posse do Dr. Cláudio Antonio Cassou Barbosa também nesta Corte, trazer ao Judiciário a visão do advogado, daquele que no seu dia-a-dia é o primeiro julgador da causa, é o que recebe a questão bruta trazida pelo cidadão e tem encargo de moldá-la, de incluí-la, efetivamente, no mundo jurídico. É o primeiro profissional do Direito que analisa e decide se aquele fato que lhe foi trazido de uma forma bruta tem efetivamente condições de ingressar no mundo jurídico; se pode alcançar a guarida através de um julgamento. Então, é com muito prazer que estou aqui presente, representando o Dr. Claudio Lamachia que não pôde se fazer presente por estar em compromissos fora do estado, mas fez questão de pedir que eu e a Dra. Maria Helena Camargo Domelles, advogada trabalhista, nossa Secretária-Geral Adjunta, viéssemos aqui para trazer a nossa saudação e o nosso acolhimento a vocês dois de volta ao mundo da advocacia depois de terem essa experiência na judicatura. Sejam bem-vindos. A Ordem está de braços abertos para acolhê-los novamente. Muito obrigado."

(Ata nº 11/2008 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 07/11/2008)

Discurso do Ex.^{mo} Desembargador *Cláudio Antônio Cassou Barbosa*, representando o TRT da 4^ª Região, na solenidade de posse do Ex.^{mo} Desembargador *Emílio Papaléo Zin*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4^ª Região

"Ex." Sr. Desembargador João Ghisleni Filho, Digníssimo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4^ª Região. Demais autoridades presentes, magistrados, advogados, procuradores do Ministério Público do Trabalho, servidores, familiares e amigos do Desembargador Emílio Papaléo Zin, senhoras e senhores. Seguindo a tradição deste tribunal, coube a mim, como Desembargador também oriundo do quinto constitucional pela classe dos advogados, saudar a chegada do novo colega a esta corte, o que faço grande alegria e satisfação. De início, peço licença para fazer uma pequena confidência pessoal. Não irei aqui apenas ventilar palavras gentis, pois na realidade a história engendrou uma coincidência. Isto porque Emílio e eu fomos colegas de Colégio Anchieta, nesta capital, nos idos de 1978 a 1981, quando lá concluímos o 2^o grau. Seguiu cada um o seu caminho, para cursar a Faculdade de Direito, Emílio na Pontifícia Universidade Católica do RS e este orador na UFRGS. Anos mais tarde, voltamos a nos encontrar nas salas de audiência da Justiça do Trabalho, no mais das vezes em lados opostos, onde pude perceber que o meu colega de escola havia se tomado brilhante advogado. Quis o destino que, no intervalo de poucos meses, estes dois ex-anchietanos tivessem o reconhecimento da OAB, deste TRT e a nomeação oficial pelo Executivo Federal, para assumir o importante cargo de Desembargador Federal do Trabalho. Assim, é com a emoção de um velho amigo, não apenas de um novo colega, que faço esta saudação de boas vindas. Emílio Papaléo Zin assume como Desembargador Federal do Trabalho na vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Maria Chaves. Necessário homenagear Mario Chaves, querido por todos, que deixou este TRT devido a aposentadoria compulsória. Mario Chaves, que retoma a advocacia, na sua trajetória como magistrado nos legou o traço da sua conduta exemplar e da visão humanista, um paradigma para todos nós. Natural de Porto Alegre, aos 44 anos de idade, Emílio é separado judicialmente, e tem dois filhos, Mariana, nove anos de idade, e Antônio, com cinco anos. É o segundo filho da união de Olyntho Orêncio Zin e Maria Helena Papaléo Zin, precocemente falecidos. A trajetória profissional de Emílio se inicia como estagiário do Departamento de Pessoal do antigo Estaleiro Só, em 1984. Ainda em 84, ingressa como estagiário no escritório de advocacia do saudoso Carlos César Cairolí Papaléo. No final de 1987, ao se formar no Curso de Direito da PUC, é admitido como sócio no escritório, e a partir de então passa a exercer a advocacia trabalhista na sua plenitude. Nosso novo Desembargador dedicou-se, também, ao magistério. Lecionou Direito do Trabalho na PUC-RS, durante quase 10 anos, tendo sido diversas vezes homenageado pelos formandos. Também ensinou Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da UniRitter,

e em cursos de preparação ao Exame de Ordem no IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural. Emílio recebeu de seus colegas advogados, por diversas vezes, a representação e o encargo da defesa das prerrogativas da classe, a saber: em duas gestões, como diretor da AGETRA – Associação Gaúcha de Advogados Trabalhistas; como diretor, vice-presidente, e presidente da SATERGS – Sociedade de Advogados Trabalhistas de Empresas do RS; membro do Conselho seccional da OAB/RS, e membro suplente do Conselho Federal da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. Participou, ainda, de quatro (4) bancas examinadoras em concursos públicos para cargo de Juiz Substituto do TRT da 4º Região, nos anos de 1997, 2003, 2004, e 2006. Conhecedor do Direito do Trabalho, saberá colaborar para que este Tribunal mantenha o seu conceito perante a sociedade gaúcha e brasileira, não apenas pela sua celeridade, mas também pela qualidade das suas decisões. E para fechar esta breve apresentação com "chave de ouro", registre-se que o Desembargador Emílio Papaléo Zin é conselheiro do centenário Sport Clube Internacional, desde 1997, o que revela, sem dúvida, seu gosto pelas vitórias e pelas melhores tradições desportivas. Portanto, Emílio reúne condições de sobra para o exercício da judicatura. Nesta passagem, deixa-se a advocacia, a defesa dos clientes, e passa-se a posição de julgador. A experiência que vive-se antes, enquanto advogado, constitui-se em atributo do agora juiz. O novo Desembargador assume suas funções num cenário mundial de grandes incertezas e de transformações. A forte crise econômica, gerada no centro financeiro das potências ocidentais, atinge as condições de vida de milhões de pessoas. A queda das atividades industriais, dos serviços e do comércio internacional acaba por refletir-se globalmente. Estes fatos trazem à tona uma reflexão mais profunda acerca do mundo em que vivemos. No Brasil, embora os efeitos desta crise não se façam sentir com tanta gravidade, algumas empresas efetuam demissões coletivas, fruto de quedas nos negócios. Neste contexto, cresce em importância social a Justiça do Trabalho, como foro para a solução de conflitos entre o capital e o trabalho. E o faz com os olhos voltados para a proteção dos empregos e a redução dos danos gerados por esta crise. Impossível não citar, também, as transformações próprias da era digital e da revolução tecnológica. O advento da *internet*, da rede mundial de computadores, e da velocidade da comunicação instantânea tal como existe hoje, todas essas inovações e outras, por certo estão a influenciar novas formas de relacionamento entre as pessoas, inclusive as relações de trabalho. Para 2010, espera-se a chegada do processo eletrônico na Justiça do Trabalho, o que irá modificar radicalmente nossos hábitos e formas de trabalhar. Sabe o colega Emílio, por outro lado, que chega a este Tribunal num momento em que a demanda processual toma-se a cada dia mais volumosa. Em parte por consequência da Emenda Constitucional nº 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, desde 2005 é crescente o ingresso de novas ações e de novos recursos. A prestação jurisdicional, ao menos nos prazos exíguos que se atingiu nesta corte em anos recentes, tornou-se tarefa quase impossível. Em razão disso, diversas medidas foram adotadas para responder a esta situação, como é exemplo a criação da 9 Turma, com a convocação de Juízes do 1º grau, e mesmo a polêmica alteração da figura do revisor nos julgamentos. Faz-se imperiosa a aprovação e a implantação de novos cargos de magistrados e servidores para este Tribunal, projeto que tramita na Capital Federal, para que a prestação jurisdicional volte a ser célere, como deve ser. Não posso deixar

de destacar, ainda, a relevância da Escola Judicial, criada pelo TRT da 4ª Região no ano de 2007, que rapidamente se consolida como um centro de estudos e pesquisas, oferecendo cursos jurídicos e diversas atividades de formação, imprimindo ritmo e permanência no constante aprimoramento técnico de magistrados e servidores. Como magistrados, temos o dever de atuar com independência e isenção na aplicação do Direito: a tarefa de buscar em cada processo a melhor decisão, sopesando a incidência das regras e dos princípios jurídicos, e observando os fatos e as provas em cada caso específico. Neste TRT gaúcho, vale ainda destacar, desde há várias gestões busca-se o compartilhar da sua gestão. Trata-se de uma experiência viva de democratização interna, ainda em curso e a se aprimorar, mas que seguramente vem escrevendo a história de renovação e modernização do poder judiciário. Encerro esta saudação, sem delongas, atendendo ao pedido do meu amigo e colega Emílio, que deseja uma cerimônia simples e breve. Que Deus, e todos os santos, nos iluminem. Bem vindo Desembargador Emílio. Muito obrigado."

(Ata nº 0212009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 13/03/2009)

Discurso de posse do Ex.^{mo} Desembargador *Emílio Papaléo Zin*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4ª Região

"Hoje este Tribunal ratifica o ato de posse, havido em 06 de fevereiro passado, cumprindo previsão constitucional reservada à classe dos advogados, apresentando-me à sociedade, em geral, como Desembargador Federal do Trabalho. E aqui estou com a difícil missão de, após ouvir as afetuosas palavras dos oradores que me antecederam, controlar minhas emoções diante dessa seleta assistência. Composta de meus familiares, queridos amigos, recentes ex-colegas de advocacia, recentes atuais colegas desta corte e de primeira instância, autoridades e servidores desta casa. Embora disfarce a emoção. minha alegria é incontida, pois realizei desejo que persegui durante todo ano que passou. O caminho, porém, não foi fácil. Fui distinguido, em primeira votação, por expressiva escolha dos conselheiros da OAB para integrar a lista sêxtupla. O reconhecimento de minha então entidade de classe, aliado aos ilustres integrantes que comigo participaram. João Paulo Lucena, Denise Fincato, Luiz Antônio Schimit de Azevedo, Vitor Saydelles, Fernando Mattos, Susana Metz, Cláudio Garcez, José Inácio Fay de Azambuja. Paulo Cavalheiro, Lidia Herzbeg, entre outros, já foi motivo de profunda realização. E foi com enorme honra que, a seguir, recebi a notícia que este Tribunal me concedera o destaque de ser o primeiro profissional indicado a compor a lista tríplice. É na pessoa do Dr. Claudio Lamachia, Presidente da OAB Seccional Rio Grande do Sul, que agradeço o maciço apoio dos conselheiros estaduais. E é na pessoa de V. Exa., Sr. Presidente, que também agradeço esta Corte a distinção conquistada. Registro por derradeiro, a acolhida que tive em Brasília, tanto na Casa Civil, quanto no Ministério da Justiça. Pois bem. Trago a este Tribunal a experiência de 24 anos dedicados exclusivamente ao direito do trabalho. Embora filho de advogado, o gosto pela advocacia trabalhista tem como responsável Carlos César Cairoli Papaleo que, tenho certeza, acompanha esta solenidade neste momento. Foi com meu tio, padrinho e amigo de todas as horas que aprendi tudo que sei e com quem dividi, até os últimos dias de sua vida, as vitórias, as derrotas, os sabores e as angústias da profissão. Homem digno e honrado, profissional obstinado, que também integrou, por cinco anos esta Corte, fez de sua competência e generosidade características inspiradoras de minha existência. Obrigado Carlos César. E foi nesta realidade que cresci e amadureci. Naquela época, nem tão distante, nos corredores da Justiça do Trabalho, aqui na Praia de Belas, quando não havia shopping, nem computador, literalmente, passava meus dias. Pelas 14 Juntas de Conciliação e Julgamento que existiam. olhava com urna inveja saudável advogados com muito mais experiência que eu. Lá estavam Paulo e Francisco Rocha, Mario Chaves, Luiz Heron, Burmeister, Bernardete, Felker, Élida Costa, Fernando Fonseca, Emílio Rothfuchs, Dante Rossi, Milton Camargo, Maineri, Roberto Siegmann, Pedro Ruas, Renato e Renan Gonçalves e tantos outros. Além dos muito mais experientes, havia os mais experientes como o Leandro Araújo, Vargas, Beatriz Reck, Castro, Pedro Osório, Marcelo Medeiros,

Cláudio Barbosa, Carmen Gonzalez, Silvia Burmeister, Cristina Carrion, Manoel Skrebsky, Luciano Benetti e tantos outros. O convívio com esse universo de pessoas foi mais do que salutar, a ponto de não importar a defesa de direitos eventualmente antagônicos. Aprendi que é possível conviver com idéias diferentes de modo fraterno e respeitoso. Este talvez tenha sido o meu maior ensinamento. E foi ali, no prédio das Varas do Trabalho, que compreendi a exata dimensão do papel do advogado. Não cabe ao profissional que abraça uma causa apenas a defesa do direito de seu cliente, mas lutar para que seu cliente compreenda, em linguagem não formal, o complexo mundo do processo, a qualidade e a repercussão das decisões que são proferidas em cada caso. E talvez aqui resida o maior fundamento de ser da representação dos advogados nos tribunais, assegurada pela Constituição Federal: A denominada visão que tem o advogado do que chamamos de "o outro lado do balcão". E é também por isto que presto sincera homenagem à classe que até ontem pertenci, simbolizando na figura de Mario Chaves, a quem sucederei, o paradigma do quinto constitucional. Amigo Mario. És, para dizer o mínimo, um exemplo para todos nós. Por outro lado, por maior que seja minha alegria e em que pese a circunstância dessa solenidade, chego a este Tribunal em momento histórico de apreensão. A mídia veicula diuturnamente a quebra de bancos, o desaparecimento de empresas e que os trabalhadores engrossam as filas do desemprego. Ontem se discutia que os salários perderam seu valor e que a tecnologia reduziu a força de trabalho. Hoje se vivencia não apenas o desemprego, mas a míngua dos próprios meios de produção dos quais o capital sempre foi detentor. Para o direito do trabalho, as soluções preconizadas vêm tituladas pela flexibilização. Rompe-se com princípios fundamentais, substituindo-os pela ênfase à produtividade, competitividade e qualidade. Fomenta-se formas mercantis ou cooperativadas de exploração da mão de obra. Privilegia-se a contratação temporária em detrimento da continuidade da relação de trabalho, pouco se questionando sobre distribuição de justiça. A Justiça do Trabalho, ao longo de sua existência, tem se revelado instrumento de realização da justiça social. Não há dúvida que a crise econômica que a todos atingiu desembocará no judiciário trabalhista. A constatação da crescente necessidade de prestação jurisdicional aponta para a existência de uma justiça ainda mais especializada, ainda mais forte, ainda mais equipada, que preste jurisdição com celeridade e independência. Este, Senhor Presidente, a meu sentir, o grande desafio. Aos Senhores Magistrados de primeiro grau, que acompanharam meus passos até recentemente, externo o mais profundo respeito pelo operoso trabalho que desenvolvem. Por ter advogado tantos anos, sei da importância da convicção de V. Exas. na coleta da prova e condução do processo. Aos senhores Desembargadores, uma vez mais, ratifico que minha responsabilidade de bem desempenhar o encargo é redobrada. Não faltará disposição, humildade, colaboração e, por que não, bom humor. Repito o que disse em fevereiro passado, no salão nobre desta Casa: "mais importante que o destino do percurso é a companhia da viagem". Obrigado a V. Exas. pela acolhida e pelas manifestações de carinho e apoio. Em especial, às integrantes da 6 Turma, a qual pertenço, já impressionadas com a destreza de meus votos e com meu domínio da informática. Aos senhores Advogados, obrigado pelas mais variadas formas de solidariedade e pela amizade que cultivamos ao longo desses anos de convívio saudável e harmônico. Asseguro-lhes que não esquecerei minhas origens e que corresponderei

com trabalho o incentivo depositado. Aos funcionários, deste Tribunal e de toda a Justiça do Trabalho, agradeço a fidalguia com a qual sempre fui tratado. A excelência dos serviços prestados pelos senhores não é opinião isolada deste orador. Saudando a Alda, Reich, Jaque, Cláudia, Linda, Denise, Adriana, Fábio e Binho, tenho certeza que abraço a todos os servidores da 4ª Região. Da mesma forma, assim faço em relação aos meus amigos, abraçando os Drs. Alexandre Chaves Barcellos, Alexandre Pasqualini, Roberto Siegmann, Marcelo Medeiros, Paulo Goldenfun e Armando Perin. Somos amigos para sempre! Aos integrantes do Escritório Papaléo Advogados, agora liderados pelos Drs. Tomás Vieira e Marcelo Papaléo, o sincero desejo de muito sucesso. E por fim, senhor Presidente, permita-me uma saudação especial aos meus familiares. Ao José Paulo e Beto obrigado pelo apoio e pela vibração. Meu cunhado Antônio Pedro, sábio profeta do cotidiano, um abraço muito afetuoso. Meus tios Raul e Maria Tereza, distantes pelas circunstâncias da vida, mas sempre presentes em meu coração. Meus sobrinhos Luiza e Roberto, belos exemplos de que uma juventude saudável é possível. Meus amados filhos, Mariana e Antônio. Minha fé e esperança em um mundo melhor com a singela receita das palavras mágicas: Por favor, Obrigado, Bom dia... Minha irmã Luciane, simplesmente minha melhor amiga. E por último, representando a ausência sentida de meus saudosos pais, Olyntho e Maria Helena, minha tia Eleonor: a pessoa mais especial que conheci na vida e que torce, incondicionalmente, por mim, há 44 anos. Do fundo da minha alma, obrigado a todos por testemunharem um dos mais importantes momentos da minha vida".

(Ata nº 02/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 13/03/2009)

Discurso da Ex.^{ma} Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região, Dra. Silvana Ribeiro Martins, na solenidade de posse do Ex.^{mo} Desembargador Emílio Papaléo Zin, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4 Região

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região, Dr. João Ghisleni Filho, autoridades presentes e já nominadas, Senhores Magistrados, Senhores Membros do Ministério Público do Trabalho da 4 Região, Senhores Advogados, familiares e amigos do Excelentíssimo Desembargador empossado, senhoras e senhores aqui presentes. O Ministério Público do Trabalho da 4 Região se sente honrado em participar da presente sessão solene realizada com a finalidade de ratificar posse ao Dr. Emílio Papaléo Zin no cargo de Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região em vaga do quinto constitucional decorrente da aposentadoria do Desembargador Dr. Mario Chaves. Expresso-me em nome do Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Otávio Brito Lopes e de todos os membros do Ministério Público do Trabalho da 4 Região. Minha primeira palavra é no sentido de enfatizar o instituto do quinto constitucional como mecanismo de oxigenação da estrutura judiciária trazendo para os tribunais a vivência e a experiência dos advogados e dos membros do Ministério Público. A inserção nos quadros da magistratura, de profissionais combativos, legítimos representantes de classe da qual se originam, revitaliza o poder judiciário, renova postura e retira do direito qualquer posição estática, transformando-o em um complexo fenômeno que acompanha as mudanças do seu tempo. Com efeito, as eventuais mudanças engendradas por um tribunal heterogêneo só trazem benefícios à evolução do direito, à emancipação do cidadão e à concretização da justiça. A segunda palavra é em homenagem ao desembargador empossado de tradição familiar no seio judiciário trabalhista. Características pessoais marcantes são tantas que apenas ressalto seu espírito conciliador, docilidade no olhar e amizade cativa. Profundo militante da advocacia trabalhista contribuirá com um outro olhar sobre a prestação jurisdicional que será dada, reafirmando efetividade prática quanto a presença de magistrados egressos da advocacia nesta conceituada corte. Agrego a este momento a disposição do Ministério Público do Trabalho da 4 Região de sempre prestar apoio na transcendental missão de fazer justiça, que seus membros buscam incansavelmente, tomando-a efetiva e igual para todos os cidadãos, e não apenas um privilégio de poucos. Como o brilho deste dia especial serão as palavras do nobre desembargador, finalizo com um poema de um escritor libanês chamado Kahlil Gibran: "Ontem à noite, eu dizia para mim mesmo: a consciência de uma planta no meio do inverno não está voltada para o verão que passou, mas para a primavera que irá chegar. A planta não pensa nos dias que já foram, mas nos que virão. Se as plantas estão certas de que a primavera virá, porque nós os humanos não acreditamos que um dia seremos capazes de atingir tudo o que queremos?"

(Ata nº 02/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 1 3/03/2009)

Discurso do Dr. *C/udio Pacheco Prates Lamachia*, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Rio Grande do Sul, na solenidade de posse do Ex^{mo} Desembargador *Emílio Papaléo Zin*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4ª Região

"Saudação às autoridades presentes e ao Desembargador empossado. São por demais conhecidos os sentimentos de admiração e respeito que me ligam a esse Egrégio Tribunal. Na realidade, eles vêm de longa data. Primeiramente, no início da minha militância profissional, quando passei a compreender o imenso significado social da Justiça do Trabalho para o nosso País. Posteriormente, quando, em razão do exercício de honrosos cargos de representação de meus pares, passei a manter com essa Corte, uma excelente relação institucional que se fortaleceu no tempo e no meu espírito. E foi essa tão cara relação institucional que sinto revigorada nestes dois últimos anos, precisamente desde que tive a honra e o privilégio de assumir a Presidência da OAB/RS, que me inspira confiança, certeza e gratidão. Não sabia eu o quanto de profícuo e prazeroso seria para mim, o fiel cumprimento de meus encargos de Presidente, especialmente quando tivesse eu que tratar, como o tenho feito inúmeras vezes, com a Presidência, a Vice-Presidência e/ou a Corregedoria do TRT. Não hesitei nunca em aqui trazer para exame, com respeito e franqueza, questões que considere relevantes para os interesses da advocacia. A acolhida sempre fidalga e igualmente respeitosa enriqueceu sobremodo nossas relações. Desde então, comemoramos extraordinários avanços e a participação dos advogados na administração da Justiça, o que tem proporcionado para todos imenso prazer. A integração da Ordem com esse Tribunal é notável, exemplar, e a OAB/RS também faz justiça ao proclamar essa fundamental circunstância para toda a nossa comunidade. Cumpro por isso, neste solene momento de posse de mais um desembargador membro do quinto constitucional, o indeclinável dever de agradecer aos desembargadores que integraram anteriormente a administração desse Tribunal e, de um modo muito especial, os que hoje o dirigem com tanta competência, equilíbrio e fidalguia. Aqui, tenho recebido sempre, na representação que muito me honra, dos mais de setenta e cinco mil advogados e advogadas, a medida adequada, judiciosa, cristalinamente elevada do senso de equidade e justiça que orna a vida profícuo desse Tribunal. É, portanto, a oportunidade que tenho para enaltecer os extraordinários serviços que o TRT presta à advocacia rio-grandense e brasileira, reconhecendo na plenitude a importância que ela tem para a administração da Justiça. Para o homem do povo, o cidadão que clama por Justiça, que acredita firmemente na Justiça, ela representa a mais excelsa das virtudes. É a soberana entre as demais. A JUSTIÇA foi, é e continuará sendo sempre a virtude por excelência. Na linguagem do Judiciário, Justiça significa, comumente, a conformidade com o direito. Mas foi na luta diuturna, no exercício da militância profissional, que aprendi uma importante lição:

- Para o povo, a conceituação de justiça não se além apenas ao Direito. A Justiça, na concepção popular, está impregnada de moral, de ética, de dignidade, de honra. Daí, a constante exigência da sociedade por uma prestação jurisdicional rápida, moderna, baseada nos conceitos fundamentais da dignidade humana e de uma verdadeira ordem social justa, como expressa a nossa Constituição, como quer a nossa gente. E isto, Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, explica os inúmeros pedidos de audiência, de dezenas de representações comunitárias, que provenientes de todos os quadrantes do Estado, aqui chegam, para pedir, para suplicar, para expor suas angústias e suas razões, todos querendo uma Vara do Trabalho ou mais uma Vara do Trabalho em sua cidade ou em sua Região. E o que mais querem essas comunidades? Juízes afinados com a conduta exemplar desse Tribunal. Juízes que residam nas cidades do interior, se integrem com as populações de sua jurisdição. Absorvam sua cultura e seus costumes. Conheçam seus propósitos, seus anseios, participem com sua simples presença e respeitável autoridade do processo de desenvolvimento dessas comunidades. E se capacitem, cada vez mais, para sua nobre missão de conciliar e/ou julgar. Sim, Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, muito antes dessas movimentações promovidas pelas lideranças representarem queixas das populações, elas simbolizam concretamente a confiança que suas comunidades têm no prestígio, na segurança, na garantia constitucional de uma prestação jurisdicional pronta e competente. Elas conhecem, elas proclamam o prestígio e a competência que não falta para esse Tribunal. Por isso, a destacada posição do TRT da 4 Região, entre as demais Cortes do Trabalho do País, é motivo de orgulho e satisfação para todos nós. O POVO GAÚCHO CONFIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. E muito maior é a dimensão desse sentimento em agudos momentos de crise, como vivem até as mais poderosas nações do universo. O Brasil, não obstante a privilegiada situação que desfruta de País produtor de alimentos, de reiteradas notícias do controle inflacionário, reservas cambiais, autonomia energética, futuro promissor, tem vivido nos últimos dias o temido flagelo social do desemprego em massa em importantes setores da economia. Já se fala em crescimento zero em 2009 e a imprensa noticia a preocupação do Governo com a crise real. E, é justamente nessa hora de dificuldades que a Justiça do Trabalho, responsável pela solução dos conflitos entre empregadores e empregados, revela sua extraordinária importância. Por esse motivo, os advogados gaúchos aqui estão, por mim representados, para confirmar a Vossa Excelência e a seus nobres pares, esse sincero sentimento de confiança na permanente garantia dos direitos constitucionais, na mediação das soluções de maneira fraterna, amistosa, respeitosa, ética e justa. E para que isso aconteça, nós, os advogados, estamos preparados para agir. Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, nesta tarde de gala, que reafirma os mais elevados princípios consagrados na Constituição, em que se cumpre mais um ritual solene da democracia, no qual esse Tribunal promove publicamente sua convicção quanto à importância do quinto constitucional, empossando mais um de seus membros, apresento a Vossa Excelência os mais efusivos cumprimentos, em meu próprio nome e especialmente em nome da Ordem dos Advogados do Brasil. O ingresso de um advogado no Tribunal do Trabalho da 4 Região, representando o Quinto Constitucional, ganha notável dimensão depois que, em equivocada interpretação, tentou-se desmerecer a importância dessa participação legal, que antes de ser dos

advogados é da própria cidadania. Trata-se de uma investidura revestida de legalidade constitucional, que, certamente, será brevemente proclamada pelo Supremo Tribunal Federal e, por isso mesmo, a OAB/RS cuida que se cumpra rigorosamente sem reparos. E quando a ORDEM consegue atender ao disposto na lei, aliando excepcional critério de mérito pessoal pelo trabalho advocatício desenvolvido e pela personalidade que será investida, então a Ordem não só cumpriu seu dever, mas tem justos motivos para rejubilar-se. Quando o constituinte pátrio inseriu e consagrou no artigo 133 da Constituição Federal que o advogado é essencial para a plena realização da justiça, refletiu um forte e arraigado sentimento do povo brasileiro. Sentimento traduzido em todas as pesquisas de opinião continuamente publicadas, que o brasileiro confia e sempre confiou na Justiça, posto que ela traduz equilíbrio, equidade e harmonia, quando conta com a participação dos juízes, dos promotores de justiça e dos advogados. E quando para constituir o refúgio superior da justiça, o cidadão passou a contar com membros do Ministério Público e de advogados, na representação do Quinto Constitucional, aí, sim, consolidou-se a convicção de que ao lado do imprescindível saber jurídico dos Juízes e dos Promotores, da sua laboriosa caminhada pela primeira instância, soma-se a experiência e a visão necessariamente humanista do advogado que, ao longo dos anos, militou na defesa dos direitos e das garantias constitucionais da população. A regra do quinto constitucional do atual art. 94 repete a regra do art. 144 da Constituição de 67, com a Emenda nº 1 de 69, do art. 104, b da Constituição de 46 e do art. 104, § 6º da Carta de 34. Quis o constituinte colocar nos tribunais a experiência aurida pelos advogados e pelos membros do Ministério Público. Por esse mandamento são transformados em magistrados, profissionais do MP e da Advocacia pública ou privada com mais de dez anos de efetivo exercício da profissão, de notório saber jurídico e indiscutível competência. A ORDEM, na plenitude da sua consciência e da sua imensa responsabilidade perante a sociedade brasileira, não admitirá retrocesso em relação às questões relativas aos interesses da cidadania que representamos. Quem duvida da posição corajosamente assumida pela ordem, ao longo da sua existência, na permanente e intransigente defesa das nossas prerrogativas porque são as da própria sociedade, não está sintonizado com os ditames da melhor consciência jurídica e da ordem democrática que nós advogados lutamos muito para que fosse implantada no país. A questão do quinto constitucional consagrada na carta magna, a chamada constituição cidadã, não está em debate, não é passível de interpretações equivocadas, como a do STJ, porque aperfeiçoada, resultante de idênticos princípios expressos em cartas anteriores, não pode ser mal interpretada, ignorada, ofendida. Principalmente por quem tem o dever de fazer justiça. Por isso, a ordem chamou o supremo federal para intervir imediatamente nesta questão. Para nós, advogados, a questão do quinto é questão de direito, ponto fundamental do estado democrático de direito. Assim, vem para essa Corte um dos mais ilustres advogados inscritos nesta Seccional. Jovem, de destacada atuação profissional, invejável conduta profissional, de reconhecido mérito como excelente professor das ciências jurídicas, notadamente do Direito do Trabalho. Sua brilhante passagem pela advocacia o levou a obter consagrada votação na constituição da lista sêxtupla elaborada pela OAB/RS. Integrou uma lista tríplex de extraordinária qualificação, o que valorizou muito mais sua merecida escolha para integrar o TRT.

O distinto colega e professor EMÍLIO PAPALETTO ZIN, que tanto enobreceu a advocacia, haverá de honrar sua investidura na magistratura do Trabalho e certamente será um destacado e competente membro efetivo desse Tribunal. A sua Excelência, trago as respeitadas homenagens da OAB/RS extensivas a seus familiares e amigos. E as Vossas Excelências Senhores Desembargadores a reafirmação do meu reconhecimento e da minha estima. Muito obrigado."

(Ara nº 0212009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 13/03/2009)

Discurso do Ex.^{mo} Desembargador *Luiz Alberto de Vargas*, representando o TRT da 4^a Região, na solenidade de posse da Ex.^{ma} Desembargadora *Vania Maria Cunha Mattos*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4 Região

"E." Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, Dr. João Ghisleni Filho, na pessoa de quem saúdo as autoridades já nominadas pelo protocolo; senhores, senhoras, Exma. Sra. Juíza empossanda, Vania Cunha Mattos: Celebramos, hoje, a passagem do tempo, o contínuo processo de renovação que marca a existência de todos os seres e, também, das instituições. O tempo que nos propicia tantas alegrias, mas que também pode ser fonte das nossas tristezas pois, dependendo das circunstâncias, ele pode parecer passar rápido demais ou lento demais. No caso presente, o da aguardada posse da Dra. Vania Cunha Mattos neste Tribunal, podemos dizer que, sem dúvida, o tempo prolongou-se em demasia, contrariando nossa expectativa de que chegasse logo a ocasião em que veríamos a nossa Vania assumindo o cargo de Desembargadora deste Tribunal. Esse dia chegou! Celebramos, hoje, a chegada ao Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região de uma das mais dedicadas, operosas e brilhantes Juízas que já passaram pela Justiça do Trabalho do RGS, uma juíza que orgulha a magistratura nacional e que é um exemplo para todos seus colegas. Tal como um paciente lavrador que, na semente recém-plantada, já antevê a prosperidade da colheita, acompanhávamos as sucessivas convocações da Dra. Vania neste Tribunal, aguardando que chegasse o dia em que ela pudesse, por fim, como Desembargadora, colocar a serviço dos jurisdicionados todo seu potencial de trabalho, de dedicação, de compromisso com a justiça e com esta instituição. Nesses momentos, em que pensamos no tempo, não se pode negar a beleza da vida: ainda que efêmera (talvez por isso mesmo), a vida nos proporciona momentos como esse, que merecem ser intensamente vividos. Dizia Nietzsche, na boca de seu personagem Zarathustra, que a visão das borboletas e das bolhas de sabão o levava a lágrimas e canções, porque estes seres leves eram os que mais entendiam da felicidade, flutuando pela vida, desafiando a precariedade da existência. O que Nietzsche nos ensina é que, longe de nos fixarmos no amargo da vida e imprecarmos o tempo porque não nos dá de pronto tudo que almejamos, ao contrário, devemos apreciar os momentos poéticos e sublimes que a vida nos dá, sendo agradecidos por isso, ainda que esses momentos sejam breves, fugazes, ainda que esses momentos demorem a chegar. Nossa instituição, nosso Tribunal, também inserido no contínuo do tempo, periodicamente se renova: alguns queridos colegas se retiraram, passando a usufruir sua merecida jubilação. Para nós que ficamos, restam a saudade e as boas recordações. Em contraponto, sempre há a alegria da chegada de novos colegas. E, assim, a instituição prossegue seu caminho. Uma querida colega, a Desembargadora Eurídice Josefina Bazo Torres se aposenta e, na sua cadeira, hoje toma posse outra colega, igualmente estimada, a

Dra. Vania Cunha Manos. Cabe lembrar um pouco da brilhante trajetória profissional da Dra. Vania até aqui: Porto-alegrense, formada em Ciências Jurídicas e Sociais, pela UFRGS; Pós-graduada em Planejamento Governamental pela Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos e Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas São Judas Tadeu de Porto Velho, Rondônia; Pós-graduada em Economia do Trabalho e Sindicalismo, pela Universidade Estadual de Campinas. São Paulo, Vânia foi advogada da Associação de Assistência Técnica e Extensão Rural de Roraima; advogada do Território Federal de Roraima, foi funcionária de nosso Tribunal, trabalhando como assistente administrativa em vários gabinetes deste Tribunal. Aprovada no concurso público para Juíza Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 2. Região, tendo ali atuado no período de agosto/86 a fevereiro/87. No mesmo mês, tendo sido aprovada em 1º lugar no concurso para Juiz do Trabalho Substituto do TRT 4. Região, tomou posse no cargo em 11/2/87. Chegava, assim, a Dra. Vania à magistratura do trabalho gaúcha depois de uma variada gama de experiências profissionais, vivenciadas de norte a sul do país, o que, talvez, em parte, explique a segurança, a maturidade e a desenvoltura com que marcaram, desde o primeiro dia, sua atuação como juíza. Assumindo o cargo de Juíza Substituta, junto com outros 11 colegas (inclusive este que vos fala) naquele início de 1987, em um tempo de efervescente debate nacional, em meio a instalação do Congresso Constituinte, em plena construção dos chamados direitos sociais constitucionais. Iniciava-se, ali, uma participação marcante da Dra. Vania em nossa entidade de classe, que a levou a integrar sucessivas diretorias, ocupando os mais diversos cargos: Coordenadora dos Substitutos (88-89); Secretária de Finanças (96-98); Secretária de Valorização do Jovem Trabalhador e para a Erradicação do Trabalho Infantil (98-2000); Conselheira Fiscal (2002-4); Secretária Cultural (2004-2006). Com a mesma atitude ativa, independente e participativa que a notabiliza, também naqueles tempos, a recém-empossada Juíza Vania tomou à frente de seus colegas e, junto com outros tantos colegas reunidos na nossa Amatra, participou ativamente dos debates que os juizes trabalhistas levaram como subsídio, através da Anamatra, à Assembléia Constituinte, propondo o avanço do Direito do Trabalho, mas também o aperfeiçoamento do Processo do Trabalho, a democratização e o fortalecimento do Poder Judiciário. Naqueles tempos difíceis, onde as condições de trabalho eram bastante precárias, a moderna Vania, juntamente com colegas substitutos (alcunhados, na época, de "os metaleiros"), foi uma das pioneiras a adquirir, com seus próprios recursos, um assombroso computador CP500, com um moderníssimo processador de texto PROTEXTO e uma rapidíssima impressora PRÁXIS 20 (capaz de imprimir uma página inteira em menos de oito minutos) e, assim, agilizar a produção e a impressão das sentenças que eram produzidas, á época, sem o apoio de assessores ou de digitadores. Entregavam-se as sentenças em folhas datilografadas, em quatro vias, sendo três em cópias carbonadas. Líder sempre, Vania foi uma das criadoras da Coordenadoria dos Substitutos da Amatra, junto com outros que aqui estão (Ledur, Ione, Cristina, Vanda, Flávia, Clóvis), sendo eleito como primeiro coordenador o Ricardo Carvalho Fraga. A principal reivindicação na ocasião era a melhoria das condições de trabalho e que não fosse exigida dos Juizes Substitutos uma carga excessiva. Naquela época, quando pela falta de juizes, era relativamente comum que o Juiz Substituto trabalhasse fazendo audiências em dois turnos, de

manhã e de tarde, de segunda a sexta. Falava-se em uma "pauta humana", ou seja, uma pauta de audiência que não exigisse do Juiz Substituto a prolação de mais do que quarenta sentenças por mês. Pedia-se que aos Juizes Substitutos fosse garantido o direito de também gozar férias no verão e que, nas férias dos Juizes-Presidentes, o número de processos diários na pauta não fosse muito superior ao da pauta normal. Vania, corajosamente, sempre se destacou na defesa dos colegas, especialmente os mais novos; sempre advogou pela independência do juiz e pela inviolabilidade das prerrogativas da magistratura. Enfim, sempre foi uma líder que mereceu o respeito e a admiração de seus colegas, ainda que isso tenha lhe trazido alguns dissabores, o que talvez seja inevitável para aqueles que, como ela, não transigem na defesa de seus ideais. Foi também nessa época, que Vania passou a escrever artigos doutrinários, tendo publicado com outros colegas o livro "Aspectos dos Direitos Sociais na nova Constituição", coordenado pelo colega Ricardo Carvalho Fraga (1987). Posteriormente, também participou de outros livros coletivos; "Modernização do Direito Processual do Trabalho", coordenado pelo colega José Felipe Ledur (1990). Colaborou no livro sobre Procedimento Sumaríssimo (Organizado pela Amatra, 2000) e nos livros "Sentenças Gaúchas", dos anos 1997, 1999 e 2002. Além disso, publicou diversos artigos doutrinários nas Revistas mensais HS (da qual integra o Conselho Editorial), Suplemento da LTr e na Revista do TRT 4º Região. Suas preocupações não se limitaram à área do Direito. Em 2008, recebeu o prêmio BISA, sendo classificada em segundo lugar no concurso de monografia realizado pela Amatra RJ, com o trabalho "A financeirização da economia nas décadas de 70/80 e o impacto no mercado de trabalho". Foi condecorada com a medalha do TST, na comemoração dos 55 anos de instalação da Justiça do Trabalho e 50 anos da integração da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, em 2000. Condecorada, também, com a Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, no grau de Oficial, do TST, em 2002. Participou da Banca Examinadora do Concurso para Provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto no ano de 2003. Como Juíza, sua carreira foi igualmente notável. Seja como Juíza Substituta, seja como titular, Vania sempre liderou as estatísticas de produtividade e presteza na prolação de sentenças e despacho, sem prejuízo da profundidade e da extrema qualidade que caracterizam suas decisões. Depois de peregrinar pelo Estado, como todos os Juizes Substitutos, Vania chegou ao cargo de Juíza Titular em 1990, tornando-se presidente da então JCJ de Lajeado, onde permaneceu até maio/92, quando assumiu como Juíza Titular da então 13ª JCJ de Porto Alegre e, em seguida, 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Apenas para citar duas comarcas onde mais atuou como substituta, citam-se as Varas de Osório e a Nona de Porto Alegre. Foi convocada para atuar no TRT da 4ª Região na cadeira da Juíza Beatriz Brun Goldschmidt nos anos de 2000 e 2001 e, em regime de exceção, nos anos de 2002 e 2007. Convocada na cadeira da Desa. Eurídice em 2009. Em todas as comarcas e turmas por que passou a Juíza Vania imprimiu o selo de qualidade de seu trabalho. Um trabalho de uma magistrada que coloca o interesse do jurisdicionado acima de tudo, um trabalho intenso e extenso, que inicia, em geral, às 6h30min/7h da manhã e que não termina antes das 19h/20h, todos os dias da semana e, não raro, também nos fins de semana e feriados. Um trabalho tão dedicado que somente é possível por alguém que ama sua profissão e que nasceu para ser magistrada. Aqui, permito-me uma inconfidência e, desde já, peço que nossa

homenageada me perdoe. Um dia, em Barcelona, onde foi visitar-me, perguntei a Vania se não tinha interesse em também realizar um curso de doutorado na Universidade Pompeu Fabra, onde estudaram também nossos colegas Francisco Rossal e Juraci Galvão. Vania disse-me que, embora fosse tentada a aceitar o convite, para ela seria demasiado penoso afastar-se da jurisdição, da sua 13ª Vara de Porto Alegre, dos "seus" funcionários (que ela considerava como de sua família), da rotina de audiências e despachos, dos bate-papos informais na Secretaria, no início e no fim do expediente; da continuidade do trabalho que ali realizava e que encarava, verdadeiramente, como uma missão. E, disse isso (aqui a inconfidência) com lágrimas nos olhos, que não poderia ficar dois anos afastada do trabalho que amava. Esse amor pelo trabalho, essa consciência da importância de sua função social como magistrada é que faz da Vania um exemplo para todos, o que explica que ela seja uma das mais admiradas e estimadas juízas de nossa região. Os que tiveram a oportunidade de com ela trabalhar destacam seu caráter, sua integridade, sua honestidade, sua transparência, mas, acima de tudo, sua generosidade e seu imenso coração, pois, apesar de chefe exigente, é uma pessoa atenciosa, prestativa, compreensiva e humana, uma líder motivadora, entusiasmada e criativa. Trabalhar com Vania é trabalhar em um ambiente de muita discussão jurídica, muita integração, de grandes desafios, de intensa camaradagem. Ambiente também de muito bom gosto, porque ela sempre se esmerou em manter a Vara sempre bonita, pintada com cores alegres e decorada com objetos de arte. Também um ambiente alegre. Pois, por onde passou Vania, sempre houve muito trabalho, mas também muita alegria. Com Vania, sempre há um motivo para comemorar. Fazem parte da antologia de nosso Tribunal as festas da 13ª Vara, ponto obrigatório de encontro de juízes, funcionários, advogados, auxiliares e seus familiares, onde, na verdade, se comemorava a satisfação de um trabalho bem feito, para o qual todos participaram e pelo qual todos, merecidamente, se orgulhavam. Intelectualmente inquieta, Vania gosta de música, de teatro, de cinema e de literatura. Excelente fotógrafa, já expôs seu trabalho (belas fotografias da Praça da Matriz) no nosso Espaço Cultural do TRT. Quando sobra tempo, Vania pratica golfe. Os que a conhecem melhor sabem que não há amiga mais leal, mais sincera, mais solidária. Ainda que assumindo o risco de omitir muitos nomes, quero citar algumas pessoas que acompanharam Vania nesses anos, sendo seus fiéis escudeiros: a Chefe de Secretaria da 13ª Vara, Ana Diemer; seu atual chefe de gabinete José Rudinei Aita; seu secretário especializado da 13ª Vara e hoje assistente Dagoberto Muniz; ainda os funcionários aposentados Marco Antonio (que fez 30 anos de 13ª Vara), Lea Costa, Marilene Schetert. Também os servidores do seu atual gabinete e que, inspirados pela confiança e pela energia de sua nova chefe, enfrentam, com ela, os novos desafios da jurisdição de segundo grau: Rodrigo Corra (assessor), Sheila, Giovanni, Paulo, Carla, Simone e Rosilene. Não se pode esquecer que Vania tem, na sua família, o estio e a força imprescindíveis para ser a extraordinária magistrada que é, pois, sem a compreensão da família, não seria possível à Vania dedicar tanto tempo à sua atividade profissional. Infelizmente, seu pai, Ivan partiu muito cedo, quando Vania ainda era uma menina. Mas Vania tem o amor presente de sua mãe, Glaci, de seus irmãos Ivan, Rejane, Luiz Felipe, Luiz Fernando, de seus sobrinhos, Lúcio, Fábio, Guilherme, Bárbara, Camila, Nathalia e Sofia; de sua querida afilhada Beatriz. Uma família unida e feliz.

Todos merecem aqui nosso profundo reconhecimento pela sua compreensão, pelo seu apoio, pela sua generosidade. Por certo, este dia significa muito para este Tribunal, para advogados, para servidores, mas, permitam-me dizer, tem um significado especial para os que são magistrados. Talvez somente aqueles que vivenciam cotidianamente as dificuldades de julgar seus semelhantes, a angústia inerente à profissão de juiz, é que sabem valorizar devidamente a importância de ter, nesse momento, uma magistrada como Vania em nosso Tribunal. Conforme Dalmo de Abreu Dallari, o Judiciário brasileiro está fora do tempo e, mesmo trabalhando muito, produz pouco, deixando de produzir justiça, de garantir os direitos de todas as pessoas do povo, deixando de resolver rapidamente e com equidade os conflitos de direito. Dalmo Dallari aposta numa saudável rebelião dos juizes que, conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade, assumam um papel de liderança num processo de reformas que tenha por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que se cumpra sua função de garantidor de direitos e de distribuidor de Justiça. Nesses tempos de ampliação da competência trabalhista, com sua liderança, a Desembargadora Vania Cunha Mattos terá uma contribuição inestimável nesse processo de construção de um renovado Judiciário do Trabalho, mais forte, mais democrático, mais transparente, mais próximo da sociedade. Por isso, os magistrados do trabalho gaúchos estão, nesse dia, particularmente felizes e, em nome deles – em especial dos Desembargadores desse Tribunal – é que, querida Vania, sintam-se homenageada como a filha tão esperada, sintam-se acolhida nesta tua casa, sintam-se abraçada, beijada, bem-vinda!"

(Aia nº 09/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 21/08/2009)

Discurso de posse da Ex.ma Desembargadora *Vania Maria Cunha Mattos*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4º Região

"A história individual somente tem algum sentido se inserta em um contexto mais amplo, que a identifique com uma idéia, com um objetivo, com um trabalho, com um ideal ou apenas com uma razão mais forte do que o puro instinto de sobrevivência. Em Sêneca, Sobre a Brevidade da Vida, pág. 25 "(...) Não é curto o tempo que temos, mas dele muito perdemos. A vida é suficientemente longa e com generosidade nos foi dada, para a realização das maiores coisas, se a empregamos bem (...)". Esse é o sentido, esse é o destino, essa é a forma de estar na vida. No livro de Étienne de la Boétie – Discurso da Servidão Voluntária – em uma interpretação livre, entende que o indispensável é ter-se a capacidade de servir com uma finalidade; essa a razão de haver 'servidão voluntária' porque remete ao próprio destino finalista de cada ser humano. Não parece fácil, num mundo como o atual, em que os valores mínimos da ética e da moralidade são rejeitados por outros de menor escala, que ainda haja espaço para se falar em honra, em honestidade, em integridade e em trabalho. No entanto, esses foram os valores que nos foram transmitidos inicialmente pela família e aprimorados, ao longo do tempo, pela educação e pelo trabalho. Registro nesse ponto, porque importante, que a minha geração foi a que se desenvolveu intelectualmente e teve a sua formação integral em escolas públicas de qualidade, o que infelizmente não constitui a realidade atual, pela distorção da concepção pública dominante de não valorização da educação como a única forma do ser humano ter alguma possibilidade de alterar a sua condição. É indispensável resgatar determinadas idéias, parâmetros, comportamentos, porque são o que de mais importante as pessoas traduzem na sua trajetória por **esse** mundo. Num dia como o de hoje. por todo o significado que encerra. retomo um pouco no tempo. Nas minhas lembranças estão todos por aqui neste momento, ainda que alguns apenas em pensamento, nessa fase da minha vida, em que vários mundos se fundem num dinamismo constante. A primeira pessoa que menciono é aquela que me outorgou essa toga num tempo não muito distante deste, na condição de Juíza Convocada deste Tribunal, e que hoje recebo em definitivo – Juíza Beatriz Brun Goldschmidt. Beatriz Goldschmidt sempre foi e sempre será um exemplo de magistrada que serve de norte para todos aqueles que têm compromisso com o trabalho, com a celeridade e com a Justiça. Não foi por nada que os nossos caminhos se cruzaram nas mais diferentes épocas, exatamente porque os nossos objetivos e ideais sempre foram idênticos. Eu espero poder honrar com dignidade esse legado transmitido juntamente com essa simbologia, quase que num continuar de um caminho interrompido, mas não desfeito. Agradeço por ter me transmitido um pouco do seu próprio tempo. Não poderia deixar de mencionar também os colegas e amigos Heloisa Gonçalves da Silva e Luiz Fernando Egert Barboza, que me estimularam e foram os grandes responsáveis pelo meu ingresso na Magistratura do Trabalho. Agradeço a ambos pelos exemplos de dedicação ao trabalho,

mas principalmente pela visão da simplicidade no ato de julgar os conflitos entre o capital e o trabalho, na busca incessante pela imediata prestação jurisdicional. Foi com eles que aprendi que as sentenças devem ser objetivas e simples, mas eficazes e céleres. Registro os mestres de todos nós, o Ministro Gelson de Azevedo, e o Ministro dos Ministros, Ronaldo José Lopes Leal, que foram meus professores em cursos de preparação à magistratura, meus colegas e amigos ao longo de uma vida dedicada à Justiça do Trabalho. Os exemplos de suas vidas devotadas até o limite da superação em favor da Justiça são mais do que suficientes para que se acredite que o mundo poderá ser melhorado. E dentre os advogados, nessa oportunidade, gostaria de homenagear o Dr. Ney Rosa que, mesmo em outra esfera, continua entre nós. Lembro quando foi reintroduzido no Processo do Trabalho o procedimento sumariíssimo, o Dr. Ney foi o primeiro a rapidamente se readaptar porque essa sempre foi a sua forma de proceder na defesa dos seus clientes – iniciais líquidas, objetivas e certas. Tenho esperança que talvez com o advento do processo eletrônico, que em breve será realidade em nosso Estado, como já ocorre em outras unidades da Federação, voltem as iniciais a ter mais objetividade. A Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul sempre foi padrão de excelência desse País, talvez por influência de nossas tradições, pela condição do Estado quase fora do mapa da Federação, mas, indiscutivelmente, por causa das pessoas que década após década trabalharam pela causa da Justiça. O Estado do Rio Grande do Sul, como é de conhecimento de todos, enfrentou inúmeras revoluções; é o Estado, por excelência, da guerra; o único a deter a coragem, sob a visão dos gaúchos, e parece ter uma outra conformação em relação aos demais. O nosso grande escritor Érico Veríssimo, em sua saga prefigurada no "O Tempo e o Vento", cruza o desenvolvimento do Estado do Rio Grande do Sul, que, de certa maneira, é personagem indissociável com as figuras e as revoluções deste pedaço de Brasil desvinculado, em grande medida, das demais unidades da Federação. O autor integra na saga eventos importantes da História do Brasil, o que atesta a grande contribuição do escritor sobre a sua visão de mundo, de país e de destino individual. Os homens da trilogia, de regra, morrem cedo e nas guerras, enquanto as mulheres simplesmente envelhecem e morrem de morte natural. As grandes mulheres do romance – Ana Terra, Bibiana, Maria Valéria, Flora e Silvia – significam a identificação do escritor com a não-violência, com a coragem universalista da permanência. E são as mulheres que, na visão do autor, são as responsáveis pelo desenvolvimento deste Estado. Aos homens estava destinado o ofício da guerra; eram os que determinavam as degolas e a matança, que encharcavam de sangue as coxilhas e as pradarias. Não raro, gerações inteiras eram dizimadas nas revoluções. No entanto, o "guerrear" estava legitimado pela contínua manutenção da posse efetiva do território, ao mesmo tempo em que quase se confundia com divertimento. A defesa da terra era também a defesa do Rio Grande do Sul. As mulheres criavam os filhos, cuidavam das estâncias, da educação e se resignavam a esperar pelo fim de mais uma revolução, em que talvez não se concretizasse o retorno de seus filhos e maridos, para um interregno de paz. Mais tarde dirigiram as fábricas, as caves, as estâncias, enfim, tudo o que teoricamente diria respeito ao "serviço de homem". As mulheres significam, na trilogia, as raízes na terra e com coragem muito maior designada pela espera. Não raro, eram as únicas a permanecer junto com os velhos e as crianças em seus lares, enquanto os homens

estavam metidos em 'assuntos de guerra', como diria Ana Terra. Essa a condição impregnada em cada um de nós. E com base em tais fundamentos é que a Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul trilhou os mais diversos caminhos e pautou as suas decisões, tanto de primeiro quanto de segundo graus, pela coragem e pela inovação. O presente, no entanto, exige muito de todos nós, em que conceitos e fundamentos se alteram muito rapidamente, talvez fruto da vertiginosa aceleração do tempo em busca do futuro. Registro que o próprio conceito de trabalho foi substancialmente alterado. O trabalho, hoje – quando consolidada a idéia de ser uma das mais importantes formas de desenvolvimento do ser humano. tanto na esfera pessoal quanto na profissional, e ainda fator de sua inserção definitiva no mundo, por proporcionar a satisfação de necessidades básicas –, passa indiscutivelmente por uma espécie de crise estrutural, na medida em que alteradas as formas de acumulação de capital. Ora, na medida em que prevalentes as formas de geração de capital pelo próprio capital, ou seja, o capital gerando capital de forma independente em detrimento da esfera produtiva, parece óbvio que o papel do trabalho do ser humano não mais terá a importância que desempenhou em outros momentos históricos. E talvez em um futuro muito próximo a tendência seja a de desaparecer ou, no mínimo, constituir-se em diminuta parte de um complexo processo de transformação que se opera na sociedade capitalista. Por certo, será muito mais produtivo alavancar lucros através da esfera puramente financeira, sem qualquer interveniência do trabalho humano. Na medida em que a especulação financeira passa a ter papel central na forma de acumulação de capital em detrimento da esfera produtiva, e como tal geradora de empregos. não resta maior futuro para o trabalho humano. E pouco importa que a economia e a própria sociedade se transformem em algo que possa prescindir do homem. mesmo porque valores éticos já estão em acelerada fase de desagregação. A filósofa Marilena Chauí, na conferência "Intelectual engajado: Uma figura em extinção?" adverte sobre a ideologia do que denomina de "política pós-moderna": "(...) A ideologia pós-moderna, sob a ação das tecnologias virtuais, faz o elogio do simulacro, cuja peculiaridade na sociedade contemporânea se encontra no fato de que por trás dele não haveria alguma coisa que ele simularia ou dissimularia, mas apenas outra imagem, outro simulacro (...)" "(...)A "política" pós-moderna opera, assim, três grandes inversões: substitui a lógica da produção pela da circulação (os micropoderes e o nomadismo das singularidades) e por isso substitui a lógica do trabalho pela da informação (a realidade como narrativa e jogos de linguagem), e, como consequência, substitui a luta de classes pela satisfação-insatisfação do desejo (...)". Em síntese, em uma era que prevalece a simulação, como adverte a filósofa, e o nomadismo do capital, como estrutura primordial de enriquecimento, muito pouco espaço haverá para o trabalho na forma original que foi desenvolvida ao longo dos séculos. O também filósofo Dany-Robert Dufour, em recente entrevista no Jornal Valor, caderno Fim de Semana, pág.15, dos dias 14, 15 e 16 de agosto de 2009, preleciona sobre o poder do mercado: "Em todos os tempos. o mercado soube integrar o princípio altruísta que dá à cultura o seu lugar. Ao contrário, o que caracteriza o mercado da era ultraliberal é a destruição das culturas. Ele é, abertamente, a promoção da anomia. a suspensão das interdições". E, ainda, sobre o mundo ultraliberal: "(...) a distinção entre um perverso e outro moral, não somente não se sustenta como se trata de um puro trompe-l'oeil,

ilusório e mentiroso". No entanto, ainda que as condições sejam muito adversas, porque constatada diariamente a degradação das condições de trabalho, a ausência de emprego para os mais jovens, as precárias condições das pessoas de desenvolverem as suas possibilidades e potencialidades, ainda assim, é preciso ter esperança. Não de um mundo utópico, como prefigurou Platão, em sua obra 'A República', em que as questões políticas estariam destinadas aos filósofos, mas de um mundo que tenha a capacidade de introduzir um pouco mais de solidariedade, harmonia e desprendimento. Adverte o filósofo - "(...) Sócrates - Pois. a autoridade só se deve confiar aos que não a ambicionam; do contrário a rivalidade suscitará contendas entre os pretendentes (...)". No cotidiano do nosso trabalho, a realidade, na grande maioria dos casos, é muito difícil. Não raro o juiz de primeiro grau fica absolutamente impotente frente à impossibilidade de concretização da prestação jurisdicional pela ausência total de meios para proceder a execução eficaz. A análise da efetividade da prestação jurisdicional, consubstanciada na satisfação ao credor - pólo ativo da relação jurídico-processual -, na esfera da execução trabalhista, em um largo espaço de tempo, que ora ultrapassa mais de duas décadas, conduz a uma inevitável constatação da não-efetividade, em grande escala motivada, na maioria das vezes, pela impossibilidade econômica do devedor. A execução trabalhista, como de resto qualquer outra espécie, estanca quando constatada inexistência de bens passíveis de excussão ou mesmo adjudicação, a qual objetiva, em concreto, o pagamento dos direitos declarados em sentença. Em todos esses casos, se opera a transmutação da prestação jurisdicional em mera certificação de direitos, sem resultado tangível no universo dos fatos. A impossibilidade de prosseguimento da execução revela a face mais trágica de um longo processo de desagregação econômica, já que inviabiliza não só a efetividade da prestação jurisdicional, mas, em especial, qualquer noção de Justiça em sentido amplo. Não há a menor dúvida de que todo o processo de conhecimento se direciona à execução - coativa ou não -, tendo como finalidade a concreção no mundo dos fatos daquilo que foi gestado no âmbito da esfera processual e, como tal, abstrata, porque criação dentro do mundo jurídico. Por certo, o autor, em qualquer tipo de processo - e muito especialmente no Processo do Trabalho, dado o caráter eminentemente alimentar -, na grande maioria das hipóteses, não visa ao mero reconhecimento de direitos, mas essencialmente à satisfação de direitos já antes sonogados, como sentido finalístico da execução. Já indiquei, em outros trabalhos, como forma de solução desse grave problema, a impossibilidade da execução daquilo que denominei de Fundo Nacional das Execuções, com a finalidade de reverter, pelo menos dentro da finita esfera processual trabalhista, no Processo de Execução, o que o ilustre autor Dominique Plihon, com acuidade, direciona, no entanto em escala muito mais ampla e complexa, como "(...) uma política para reverter a lógica perversa da finança fundada na acumulação de fundos próprios, com o objetivo de reequilibrar a relação de forças entre trabalho e capital (...)". E isto porque a lógica recursai que o sistema processual permite, no caso dos processos trabalhistas, oportuniza a que o devedor direcione os recursos (valores), que seriam destinados ao credor, para aplicações de curto ou médio prazo que resultam num lucro muito superior comparativamente ao valor da condenação trabalhista em último grau de jurisdição, ainda que aplicados os índices de correção monetária e os juros de mora. No que concerne aos bancos, independentemente dos

ciclos inflacionários, a concentração dos depósitos judiciais produz efetiva geração e apropriação de mais capital em decorrência de realimentação do próprio capital. E, portanto, parece muito claro que parte do referido lucro deve ser direcionado para a formação do denominado Fundo Nacional de Execuções, gerido pelos Tribunais, abrindo espaço para que os bancos oficiais, no caso, contribuam com a redistribuição da riqueza em atividade produtiva. Não parece justo que o capital gerado em razão exclusivamente dos processos trabalhistas, e, portanto, em decorrência do trabalho, ainda que pretérito, não seja capaz de gerar benefício ao próprio trabalho, em ratificação à lógica capitalista, que visa maior acumulação de riqueza. A inversão da lógica financeira, com a utilização do capital em favor da concreção de valores mais conformados com ideal de Justiça, é solução sistêmica significativa de aperfeiçoamento das instituições. A alteração do quadro grave de desemprego no Brasil passa indiscutivelmente por reformulação das políticas de emprego do governo federal, bem como pela ampliação do total de gastos direcionado às faixas etárias dos mais jovens e dos segmentos não formalizados no mercado de trabalho. A implementação de políticas públicas de qualificação para o trabalho – diversa do modelo do que até então se produziu no país, em que dispersos recursos em programas não integrados com a política industrial -- como medida compensatória do mercado de trabalho. De outra parte, é importante haver regulamentação legislativa capaz de estabelecer parâmetro do que pode ser conformado como demissões ditas massivas, diversa das meramente individuais porque envolvem, não raro, a massa trabalhadora de uma unidade produtiva ou, por vezes, empresas inteiras. No caso das demissões coletivas, deveria haver uma política de preservação dos empregos, com a inversão de recursos para o pagamento de salários por determinado período, ou em determinado percentual – quando abrange uma expressiva massa de trabalhadores de todo o País. Esses são ainda projetos que espero ter condições de desenvolver como contribuição para aperfeiçoamento e efetividade da jurisdição. Não há dúvida, no entanto, que o espaço de tempo que nos está destinado nem sempre corresponde ao nível de expectativa que temos em termos de futuro. Mas penso que, mesmo que não consiga realizar tudo aquilo que imaginei, as idéias poderão servir de indicativo para outros que seguirão por outras vias. E nesse ponto, uma palavra especial aos meus colegas do primeiro grau: aproveitem o espaço de liberdade que lhes está destinado nessa difícil e solitária tarefa de julgar. Esse, sem dúvida, é o melhor tempo de todos vocês; e isso é dito por alguém que o vivenciou por mais de vinte anos. Por fim, acredito que a vida é a arte do encontro, e alguns essenciais, pelo que acrescentam à nossa própria existência. Dos inúmeros momentos vivenciados somente permanecem aqueles que são profícuos de humanidade e de beleza, como se fosse um filme de alta definição e a rapidez das imagens selecionasse os fatos importantes de cada existência individualmente considerada. De outro lado, entendo que o encontro entre determinadas pessoas resta plasmado pelo destino existencial de cada um. Não há dúvida de que os encontros estão programados por alguma estranha força que aproxima ou afasta os seres humanos, sendo certo que rumos são refeitos, em muitos casos, por delimitação individual. Não por acaso, determinadas pessoas, por definição, devem estabelecer relações afetivas nessa passagem. Tal mistério de encontros e desencontros não revelado estabelece, de forma inequívoca, que, nessa vida, há seres humanos que devem, necessariamente, em algum espaço do tempo,

manter contacto com outros. As razões são as mais diversas, mas destaco uma que considero fundamental – o aprendizado da solidariedade interpessoal. Essa é a justificativa, não tenho dúvida, a única, que conduz a um maior aprimoramento individual. E é por esse encontro, nesse dia, que agradeço a todos pela presença, minha família – entendida esta como integrada dos Bertaso, Bertaso Goldani, Mósca, Kley Santos e, agora, também pelos Goldschmidt e os Rosa –, os juízes de primeiro e segundo graus, jubilados – destacando a Juíza Alcina Surreaux, que me deu posse neste Tribunal, como Juíza Substituta, e a Juíza Catharina Dalla Costa, amiga de tantas e infindáveis horas e de embates na defesa da nossa Associação de Magistrados; advogados. os servidores, em especial os que trabalharam comigo na então JCJ de Lajeado, na 13 VT de Porto Alegre, os do Gabinete dos Convocados na 'Prefeitura de New York', dos componentes do meu gabinete atual que, de forma responsável, me auxiliam em todos os dias; os peritos, amigos, enfim, a todos os que me honraram com a presença nesse dia. Muito obrigada."

(Ata n° 09/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 21/08/2009)

Discurso da E¹ª procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 4¹ Região, Dra. *Silvana Ribeiro Martins*, na solenidade de posse da E.¹ª Desembargadora *Vania Maria Cunha Mattos*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4^o Região

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região, João Ghisleni Filho, autoridades presentes e já nominadas, Senhores Desembargadores, Magistrados, Membros do Ministério Público do Trabalho, advogados, familiares e amigos da Desembargadora empossada, senhoras e senhores aqui presentes. Representando o Ministério Público do Trabalho e, em especial, a Procuradoria Regional do Trabalho da 4 Região, tenho o privilégio de saudar, nesta solenidade de Ratificação de Posse, a Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4^o Região Vania Maria Cunha Mattos, que ocupará a vaga decorrente da aposentadoria da Desembargadora Federal do Trabalho Eurídice Josefina Bazo Torres. Juíza de carreira destacou-se pela sua eficiência e visão transformadora nas sentenças proferidas quando de sua atuação perante o 1^o Grau de Jurisdição. Foi designada Juíza do Trabalho Titular da 13^a Vara do Trabalho de Porto Alegre no ano de 1992, tendo aí permanecido até sua nomeação para o cargo de Desembargadora Federal do Trabalho. Sua atuação junto ao TRT iniciou em agosto do ano de 2000, e perdurou por vários anos, de forma intercalada, com constantes convocações. Ao longo de sua carreira foi agraciada com menção elogiosa, Medalha do TST, Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho - Grau de Oficial e Prêmio Bisa. No campo Doutrinário publicou Livros de Direito do Trabalho e também de Direito Processual do Trabalho, bem como, colaborou em outros vários livros e periódicos. Como ouvimos por esse breve relato, a trajetória profissional dessa Ilustre Magistrada é uma verdadeira declaração de competência e sabedoria jurídica, a que se somam a objetividade e o potencial de trabalho, características reveladas no seu dia a dia. Portanto, todos esses atributos só poderiam levar ao ápice de sua profissão, e é por isso que hoje estamos reunidos para homenagear a mais nova Desembargadora Federal do Trabalho. Parabéns à nobre Desembargadora empossada pelo brilho de sua carreira, pela conquista de mais um degrau que galgou com ética, sabedoria e retidão. Muito Obrigada."

(Ata n^o 09/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 21/08/2009)

Discurso do Dr. *Claudio Pacheco Prates Lamachia*, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Rio Grande do Sul, na solenidade de posse da Ex.^{ma} Desembargadora *Vania Maria Cunha Mattos*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4 Região

"Excelentíssimo Senhor Desembargador João Ghisleni Filho, Digníssimo Presidente do TRT 4 Região. Excelentíssimos Senhores Desembargadores, Excelentíssimas autoridades já nominadas pelo protocolo, estimados colegas, minhas senhoras e meus senhores. Aqui venho, mais uma vez, representando a OAB/RS. Desta feita, em momento de auspiciosa significação. Trata-se da posse de uma Desembargadora que tem se notabilizado pela sua destacada ação jurisdicional. Ao participar deste evento, sumamente honroso, cumpro prazerosamente uma missão institucional, a de realizar o desejo de permanente fortalecimento, das já tradicionais e excelentes relações da Ordem com este Egrégio Tribunal. O TRT da 4 Região é motivo de orgulho para todos os gaúchos e disso estão cientes principalmente os mais de 77.000 advogados da OAB/RS, especialmente os que aqui exercem a advocacia. Minhas vindas a este Tribunal me têm ensejado sempre proficuas trocas de idéias e experiências, com magistrados, incluindo membros do quinto constitucional e Procuradores do Trabalho que são motivo de orgulho para o povo rio-grandense. São todos, indistintamente, referência para as gerações do presente e ainda um notável exemplo para a magistratura de todos os quadrantes do País, ao darem exemplo de luta contínua pelo incremento da prestação jurisdicional. Isto, por si só, bastaria para justificar minha satisfação de representar a Ordem dos Advogados do Brasil nesta Casa, mas o verdadeiro motivo que reveste de importância este momento é a posse de mais um membro desta Corte, nos fazendo renovar as esperanças. O advogado é indispensável à administração da justiça, já nos diz a Constituição Federal, em seu artigo 133, não somente porque peticiona, requer, fala, produz provas, apresenta razões, recorre das decisões proferidas até o trânsito em julgado da sentença; mas sim, porque o faz em nome da cidadania, do pleno exercício das garantias individuais e coletivas do povo brasileiro, de quem emana, efetivamente, com exclusividade, o poder. Grande e honrosa responsabilidade histórica é impingida a nós, advogados, manter permanente vigilância, ser corajoso e intransigente também na defesa das garantias constitucionais dos juízes, sem os quais não haverá justiça, e sem justiça não existe respeito aos direitos da cidadania e não há reconhecimento do Estado Democrático de Direito. A posse, hoje, nesta Corte, de uma juíza credora de nossa admiração e respeito por sua brilhante trajetória na Justiça do Trabalho, é fato a ser comemorado por todos por ser a demonstração de que permanecemos na senda do aprimoramento e da melhoria jurisdicional. Afinal, este sempre será o caminho pelo qual se chega à concretização dos anseios de JUSTIÇA, reclamados pela sociedade que quer ação, transparência,

exposição da verdade e erradicação definitiva da corrupção e da impunidade. A Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul – congratula-se com a Ora. Vania Cunha Mattos, por sua merecida promoção e solene investidura, como Desembargadora deste Tribunal, augurando-lhe profícua atividade jurisdicional, muito êxito, muitas realizações e felicidade pessoal. A Vossas Excelências, minha admiração e apreço. Muito obrigado."

*(Ata n° 09/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal **Regional** do Trabalho da Quarta Região. Em 21/08/2009)*

Discurso da Ex.ma Desembargadora *Carmen /zabel Centena Gonzalez*, representando o TRT da 4ª Região, na solenidade de posse da E.^{ma} Desembargadora *Denise Pacheco*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4º Região

"Excelentíssimo Desembargador João Ghisleni Filho, Presidente deste Tribunal, digna autoridade em nome de quem saúdo as demais nominadas pelo protocolo. Prezados colegas, juízes substitutos, titulares e desembargadores, senhores advogados, membros do Ministério Público do Trabalho, servidores desta Casa, familiares e amigos da empossada. Senhoras e Senhores, a magistratura de primeiro grau é vivenciada solitariamente. Encerradas as audiências e concluídos os despachos de cada dia, deverá o juiz, na solidão de seu gabinete, no foro ou em casa, sentenciar, ato que dificilmente não é sofrido pois implica luta quotidiana em busca da verdade, da razão, do direito e da justiça. Tarefa que é fonte de alegria e satisfação pelo sentimento de dever cumprido, mas também de medo, e somente quem vivencia a responsabilidade da decisão disso tem plena ciência. Conta o folclore da fronteira que, na época das guerras castelhanas, montava guarda em Santana do Livramento um capitão brasileiro que, caminhando de um lado a outro, mosquetão no braço esquerdo, cuia de mate na mão direita, indumentária num misto de soldado e gaúcho, meditava, em espanhol, pela influência dos vizinhos: "Cuando pienso que soy Capitán del Tercero Regimiento, tiemblo y tengo miedo de mi mismo". Parafrazeando o conterrâneo, penso que o juiz também tem medo de si mesmo quando diz o direito. Medo de não bem avaliar a prova produzida; que a Constituição se transforme apenas em letra morta da lei; que o volume de processos implique a preocupação de apenas dar conta do trabalho e relegue a segundo plano o que está em julgamento. Medo de não ter tempo para estudar mais do que o imprescindível para a faina de decidir, ou nem isso; de não conseguir observar as mudanças que as novas tecnologias impõem na prestação de trabalho e na vida das pessoas e, em consequência, não responder adequadamente aos justos anseios dos jurisdicionados. O medo, entretanto, esmorece. Especialmente nos dias de hoje, quando o magistrado conta com a Corregedoria Regional que cada vez mais se preocupa em oferecer plenas condições materiais e pessoais para a efetividade da prestação jurisdicional e com a nossa primorosa Escola Judicial, que tantos cursos tem propiciado, permitindo concretizar a utopia de obter a delicada equação entre presteza e qualificação, além de contar com a AMATRA IV, associação que a todos integra e nos substitui impecavelmente na defesa de interesses e prerrogativas da magistratura. Todavia, é no segundo grau que se pode vivenciar na plenitude a decisão que não tenha a solidão como companhia, uma vez que o trabalho em Colegiado implica democrática divisão da responsabilidade. Ancorada no debate público onde cada magistrado tem a oportunidade de aprender e ensinar, convencer e convencer-se, não raras vezes ceder, resistir, insistir, retroceder ou avançar, em processo dialético

que deve chegar a consenso ou pelo menos resultar no pensamento médio do órgão julgador e que portanto contém rasgos importantes de humildade e solidariedade. E, justamente em razão de sua promoção para integrar esta Corte de Justiça, coube-me a honra e a alegria de, em nome dos desembargadores que a compõem, saudar a prezada colega e minha querida amiga Denise Pacheco. E como parte desse rito, impõe-se rememorar a sua criteriosa e iluminada carreira. Licenciada em Educação Física pela UFRGS em 1981 e em Direito pela PUCRS em 1987, ingressou nos quadros deste Tribunal, como servidora, em 1981, onde exerceu diversas funções, tendo sido, de janeiro a setembro de 1990, assessora da hoje ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, cuja vocação para a magistratura é paradigma para quem abraça esta carreira. Em 04.09.1990, após aprovação em concurso de provas e títulos, Denise assumiu o cargo de Juiz do Trabalho Substituto em Santa Catarina, do qual se exonerou para assumir o mesmo cargo no Rio Grande do Sul, em 24.09.1990. Promovida em abril de 1993, pelo critério de merecimento, foi Presidente das então Juntas de Conciliação e Julgamento nas cidades de Uruguaiana, Lajeado, Sapiranga, tendo depois exercido a titularidade na 2ª VT de São Leopoldo e na 15ª VT de Porto Alegre. Em São Leopoldo foi Diretora do Foro no período de outubro de 1997 a junho de 2001 e a partir de 1999 e até julho de 2009, foi diversas vezes convocada para atuar neste Tribunal, em regime de exceção e em cadeira na substituição de Desembargadores, merecendo destaque a convocação para atuar no Projeto de Conciliação em segundo grau e na elaboração do Juízo Auxiliar de Precatórios. Tem experiência no magistério superior, lecionando direito processual do trabalho e rotinas e cálculos trabalhistas na UNISINOS, prática de sentença na FEMARGS – a inovadora escola da magistratura do trabalho, única fundação entre as congêneres no país –, e também na nossa pujante escola judicial, em cursos de técnica de conciliação. Foi secretária de atualização legislativa na gestão 2006-2008 da AMATRA IV e é Conselheira da Escola Judicial do nosso TRT. Em 2006, recebeu a Comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, no grau de Oficial, concedida pelo Tribunal Superior do Trabalho. Foi promovida, na vaga decorrente da aposentadoria da Desembargadora Denise Maria de Barros, pelo critério de merecimento, em 16.07.2009. A mais nova integrante deste Tribunal encanta pela amabilidade e afabilidade no trato que a todos dirige; é pessoa leal, franca e generosa. que não desiste ou renuncia mesmo quando as dificuldades se apresentam; incansável na prestação jurisdicional baseada no conhecimento do direito e também na sensatez, no detalhamento, na firmeza e na justiça. É dona de opiniões e convicções próprias que tem na ética e na responsabilidade o mais profundo enraizamento. É verdadeiramente amiga dos seus amigos, mãe amorosa e dedicada de Bruna Pacheco Gil, que concluiu agora, com brilho, curso de Marketing e Publicidade no Instituto de Artes Visuais, Design e Marketing em Lisboa/Portugal. É companheira leal e amorosa do nosso colega George Achutti, sendo prazeroso conviver com o casal que tem em comum, além do amor pelo trabalho e pela magistratura, a fidalguia e elegância no trato com os colegas e amigos que com eles tem o privilégio de conviver. É filha de Renato Pinto Vieira Pacheco, de saudosa memória, e de Dalva Pacheco, aqui presente, aos quais devota amor e cuidados especiais. É irmã atenta e generosa de Ricardo, Virgínia e Desirée e tia carinhosa de Thiago, Guilherme, André, Fernanda e Arthur.

Todos, com justo motivo, se orgulham e alegram com esta conquista que iniciou ao nascer no seio dessa família íntegra, carinhosa e espiritualizada. Seja bem vinda, Desembargadora Denise Pacheco, muita sorte e alegria nesta nova etapa. Muito obrigada."

(Ata N 08/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 17/08/2009)

Discurso de posse da Ex.ma Desembargadora *Denise Pacheco*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4ª Região

"Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Desembargador João Ghisleni Filho, na pessoa de quem saúdo todas as digníssimas autoridades que compõem a mesa e demais presentes e representadas, já nominadas pelo cerimonial. Senhores Magistrados de 1º e 2º graus; Membros do Ministério Público; Senhores Advogados; servidores desta Casa; meus amigos e familiares. Senhoras e Senhores. À minha família devo tudo o que sou, por isso inicio homenageando meu saudoso pai Renato, pelo seu inestimável legado de carinho, exemplos de virtudes e ética. À minha mãe Dalva, fortaleza de mulher e exemplo de superação, que tece a cada dia, com suas invisíveis mãos de amor, o mais profundo e verdadeiro sentimento de união familiar, ensinando-nos a trilhar o caminho do bem. À Bruna, o bem mais precioso que a vida me deu. Se ascender a este Tribunal é uma inegável distinção. À minha amada filha dedico este momento, pois certamente no curso desta longa trajetória muitas foram as horas de convívio frustrado em razão da dedicação que sempre me impus ao invencível volume de trabalho. Ao George, meu companheiro, homem de ternura simples e gentileza gratuita. Amigo de todos, de quem colho exemplos silenciosos de firmeza e altivez nas horas de dificuldade, das quais, contudo, saímos fortalecidos. Aos meus amados irmãos Ricardo, Virginia e Desirée, os verdadeiros amigos de primeira hora. Aos meus queridos sobrinhos, dos quais muito me orgulho, minhas cunhadas e meus cunhados. Agradeço também as generosas palavras que me dirigiram a Dra. Maria Helena Camargo Dornelles, representando a Seccional Gaúcha da OAB, o Dr. Ivan Sérgio Camargo dos Santos, Procurador-Chefe Substituto da Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região, e a colega e amiga, a Desembargadora Carmen Gonzalez, creditando-as muito menos aos meus méritos e muito mais à amizade e ao convívio fraterno consagrado ao longo desses anos de atividades afins e em torno de uma mesma causa. Ao assumir neste Tribunal o cargo de Desembargador na vaga decorrente da precoce aposentadoria da colega Denise Maria de Barros, por todos admirada e respeitada, reafirmo o meu propósito de continuar servindo à causa da Justiça. Em razão da finitude de nossa existência, e com a convicção de que a centelha divina que trazemos em nosso ser nos iguala a todos diante de Deus, tenho a consciência de que a carreira da magistratura, acima de tudo, atribui imensa responsabilidade social àqueles que decidem abraçá-la (não como meio de vida, mas como forma de realização em vida), pois não é o cargo, e sim o propósito, que o torna especial. Assim, é legítima a expectativa da sociedade em relação aos juízes, atribuindo-lhes, no dizer parafraseado de José Saramago, a "responsabilidade de ter olhos quando os outros os perderam". O juiz dirige a sua unidade judiciária com os olhos de seu tempo e, por força de sua natureza humana, imprime no conteúdo de suas sentenças as convicções resultantes de sua formação e experiência pessoal. Seu dever de imparcialidade não é sinônimo de neutralidade,

atuando, principalmente o juiz do trabalho, sobre relações jurídicas entre desiguais por definição, cabendo-lhe, por isso, lançar mão dos princípios informadores deste ramo do Direito, de modo a compensar as desigualdades cada vez mais presentes nas relações capital x trabalho. Sirvo com muito orgulho a esta Instituição há 28 anos. Nesta longa caminhada, inicialmente como funcionária, e desde o ano de 1990 como magistrada, muitas foram as pontes que construí, por meio das quais alcancei incontáveis pessoas que contribuíram para a solidificação da minha carreira, muitas amizades fiz e muito sou devedora de tantos artífices anônimos. Entre estes, e correndo o risco de pecar pela omissão, não posso deixar de mencionar os ensinamentos recebidos, nos idos dos anos 80, de duas devotadas servidoras desta Casa: Mathilde Moreira, Chefe de Secretaria da então Iª Junta de Conciliação e Julgamento de Canoas; e Theresinha Scolari, Diretora Substituta da 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre. Minha gratidão, também, aos juízes Policiano Konrad da Cruz e Teresinha Signori Correia, pelo especial apoio recebido em momentos de dificuldade; ao juiz Luiz Fernando Egert Barboza, pela primeira oportunidade concedida de exercer uma função de confiança, como Diretora de Secretaria Substituta da 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre. Registrando o quanto me honra integrar a magistratura do trabalho gaúcha, saúdo os meus colegas de 1º e 2º graus, e enfatizo a carga de trabalho enfrentada por todos, que não é pequena nem concede tréguas. Lembro também as dificuldades naturais enfrentadas ao longo da carreira, superadas, no mais das vezes, com absoluta abnegação, renúncia e denodo. Meu reconhecimento à classe dos advogados, com especial destaque à valorosa advocacia trabalhista de São Leopoldo, onde colhi as mais ricas experiências da minha carreira como juíza de primeiro grau. Buscando ilustrar o cenário institucional em que vivemos, valho-me das palavras de Piero Calamandrei, em sua obra "Eles, os juízes, vistos por um advogado", quando o autor, ao referir a interligação entre os advogados e os juízes, menciona que ambos funcionam no mecanismo da justiça como, na pintura, funcionam as cores complementares, que precisamente por serem opostas brilham mais ao estarem próximas, concluindo que entre o juiz e o advogado não é necessária admiração, mas sim a confiança em sentirem-se servidores do mesmo dever. A busca deste ideal – de uma convivência serena e harmônica, mesmo que firme em posições por vezes bastante antagônicas, mas centradas em razões de fato comprometidas com a verdade – compreende tarefa ímpar e árdua, compondo etapas que devem ser vencidas com dispêndio de energia, o que forçosamente conduz à busca de fontes para sua renovação diária. Tais referências cabem também em relação ao Ministério Público do Trabalho, igualmente parceiro da Justiça, a quem confiado o nobre encargo constitucional de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Agradeço, ainda, aos juízes classistas temporários com os quais trabalhei até o ano de 1999, quando extinta a representação classista na Justiça do Trabalho, os quais sempre colaboraram na tarefa de composição dos conflitos por meio da conciliação. A máquina do Poder Judiciário está assentada em complexa estrutura funcional. Os servidores, há muito selecionados pelo difícil acesso do concurso público, montam o campo no qual serão realizadas as batalhas jurídicas. Atendem aos atores do cenário jurídico, do qual também são participantes. Ao destacar a inestimável colaboração de todos eles, presto a minha homenagem aos servidores

com os quais convivi mais longamente na 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo e, por fim, na 15ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, e ressalto a confiança na minha dedicada e competente equipe de gabinete no Tribunal, sob a orientação do Éverton e da Cristina. Divido, ainda, a alegria desta promoção com todos aqueles colegas que, assim como eu, atuaram ao longo da última década neste Tribunal como juízes convocados em diversos 'regimes de exceção', com os quais por vezes compartilhei das mesmas angústias e dificuldades. Agradeço também aos Desembargadores que me confiaram os seus gabinetes em diversas convocações, oportunidades em que contei com a valorosa colaboração de seus servidores. Entre tantas experiências que até hoje colhi ao longo da carreira, agradeço especialmente a oportunidade que me foi dada por este Tribunal de integrar o primeiro Conselho Consultivo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, criada em 2007 em decorrência da Emenda Constitucional nº 45, escola que está voltada para a formação inicial de novos juízes e para o desenvolvimento profissional permanente da magistratura, assim como para a capacitação do quadro de servidores, de modo que uma melhor e mais humana Justiça seja oferecida aos jurisdicionados no século XXI. Ainda que jovem, a nossa Escola Judicial já é referência em todo o país como centro de excelência em capacitação de juízes, atuando norteada pelos princípios que valorizam o pluralismo de idéias, a formação ética e multidisciplinar do magistrado, e a sua atuação independente. Para encerrar, uma última homenagem. À magistrada por excelência, a Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, em quem desde cedo observei o trato apaixonado do direito e da justiça, e de quem, por todo o seu legado junto a este Tribunal, espero ter colhido lições que me inspirem e orientem no cumprimento do que o futuro me reservar. Finalizo com uma palavra de esperança, citando Fritjof Capra, o filósofo da física quântica: "A esperança não é a convicção de que as coisas vão dar certo, mas a certeza de que as coisas tem sentido, como quer que venham a terminar". É preciso, pois, digo eu, ir além das próprias capacidades, das próprias ilusões. É preciso ir além do desejo de acertar. Façamos, portanto, o melhor possível, ainda que seja necessário exercitar "a arte de sorrir cada vez que o mundo nos diz não". Agradeço a Deus por tudo que já me concedeu, rogando-lhe que me guie nesta nova caminhada e abençoe sempre esta Casa de Justiça. Muito obrigada."

(Ata nº 08/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 17/08/2009)

Discurso do E.^o procurador-Chefe Substituto da Procuradoria Regional do Trabalho da 4^o Região, Dr. Ivan Sérgio Camargo dos Santos, na solenidade de posse da Ex.^{ma} Desembargadora Denise Pacheco, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4 Região

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região, João Ghisleni Filho, autoridades presentes e já nominadas, Senhores Magistrados, Membros do Ministério Público do Trabalho, senhores advogados, familiares e amigos da Excelentíssima Desembargadora empossada, servidores, senhoras e senhores aqui presentes. É uma grande honra para o Ministério Público do Trabalho da 4 Região se fazer presente nesta sessão solene de Ratificação da Posse da Desembargadora Denise Pacheco, que, sem dúvida, vem construindo uma brilhante carreira neste Tribunal. Gostaria Desembargadora Denise, de lhe trazer um pouco de saudosismo neste momento em que, tenho certeza, muitas lembranças lhe vêm à mente, desde a infância, a adolescência, a faculdade, o primeiro emprego. Lembro bem quando éramos servidores deste Tribunal, eu lotado na então 12 Junta de Conciliação e Julgamento e Vossa Excelência na 14 Junta de Conciliação e Julgamento, aqui em Porto Alegre. Vossa Excelência, assim como eu e outros tantos Juizes e Procuradores que aqui já foram forjados, encontraram nesta casa uma escola. Eram tempos difíceis pela estrutura precária da Justiça do Trabalho, aquela época baseada que estava nas velhas fichas para controle de processos, máquinas de escrever, sem uma calculadora sequer e sem outros instrumentos que hoje temos como indispensáveis para a prestação jurisdicional. A dedicação, a colaboração e a amizade entre todos: magistrados, procuradores, servidores, advogados, peritos, leiloeiros e partes processuais, eram elementos importantes para a construção da Justiça. Nesse contexto, lembro que a Desembargadora Denise, por vezes, adentrava na Secretaria da 12 Junta de Conciliação e Julgamento para troca de experiências na execução do trabalho, e em face da boa relação que tinha com alguns de seus colegas de trabalho, em especial, com a Diretora Terezinha Scolari. Recordo que a Diretora Terezinha sempre exaltava a sua capacidade e determinação para se tomar uma magistrada. Seguidamente, aliás, citava Vossa Excelência como um exemplo para mim e outros colegas que queriam crescer profissionalmente. Digo isto porque este é um momento em que na sua mente os valores do afeto e da amizade de todos que fizeram parte dessa sua empolgante trajetória, acabam trazendo motivação para que possa enfrentar mais essa etapa na concretização dos ideais de justiça. Afirmo, com a admiração e o respeito de todos os membros do Ministério Público do Trabalho, que são novos desafios para os quais Vossa Excelência está plenamente capacitada. A sua posse como Desembargadora contribuirá, sem sombra de dúvida, para que cada vez mais o nosso Tribunal Regional do Trabalho consolide a qualificação e o respeito que já possui perante toda sociedade. Parabéns e sucesso nesta nova jornada! Muito Obrigado."

(Ata n° 08/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 17/08/2009)

Discurso da Ex.^{ma} Secretária-Geral Adjunta da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rio Grande do Sul, Dra. *Maria Helena Camargo Dornelles*, na solenidade de posse da Ex.^{ma} Desembargadora *Denise Pacheco*, no cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4^a Região

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Doutor João Ghisleni Filho, muito Digno Presidente deste Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região; Excelentíssimo Senhor Doutor Ivan Sérgio Camargo dos Santos, digno Procurador-Chefe Substituto do Ministério Público do Trabalho da 4^a Região; na pessoa do nosso mais novo representante da OAB/RS, Dr. Emílio Papaléo Zin, gostaria de cumprimentar a todos os Desembargadores aqui presentes e, em nome dos Presidentes das Subseções do Estado do Rio Grande do Sul, em número de 104, gostaria de cumprimentar o Dr. Carlos Schultz, aqui presente, representando a Subseção de São Leopoldo. Gostaria de cumprimentar a todos os advogados e advogadas presentes, familiares e, em especial, a nossa querida e Excelentíssima Desembargadora Doutora Denise Pacheco. Doutora Denise Pacheco, em primeiro lugar, gostaria de esclarecer que aqui me encontro em razão de o nosso Presidente, Claudio Lamachia, ter viajado para cumprir compromissos anteriormente agendados. A nossa querida Desembargadora formou-se em agosto de 1987 na PUC, mas antes disso, muito preocupada com a carreira que iria iniciar, sabendo de tudo que vinha pela frente, no seu esforço, nas suas batalhas, antes, em 1981, graduou-se em Licenciatura de Educação Física para ter o preparo físico para este Tribunal. No seu currículo, tenho a destacar o exemplo de profissional, de qualificação, de cultura e de sabedoria. Não precisamos ir muito longe, Dra. Denise Pacheco, para abrilhantar o seu currículo dizendo que Vossa Excelência, em 1990, para exemplo de todos nós, tirou simplesmente o 4^o lugar como Juíza do Trabalho da 12^a Região, mas não foi só isso, a Dra. Denise Pacheco não se satisfaz apenas com o 4^o lugar da 12^o Região e, no mesmo mês, foi aprovada em 1^o lugar no TRT da 4^a Região. Isto, para nós, é um grande exemplo, pelo qual temos orgulho de tê-la como gaúcha, como profissional. Na época de sua formatura, e também antes disso, procurou ter uma formação não só catedrática, não só de conhecimentos técnicos, não só de conhecimento cultural, mas ela procurou se formar de fato e de direito, e para isso ingressou no nosso Tribunal em 1981, como Auxiliar Judiciário. E depois, continuando seu caminho, em janeiro de 1990, a nossa Digna Desembargadora foi Assessora da nossa querida e eminente Ministra Rosa Maria da Rosa. Após, em setembro 1990, tomou posse como Juíza Substituta em Santa Catarina e, no mesmo mês, tomou posse como Juíza no nosso querido TRT da 4^a Região. Em abril de 1993, tomou posse como Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Uruguaiana. Depois, passou por Lajeado, Sapiranga, São Leopoldo e pela 15^a Vara do Trabalho de Porto Alegre. Em 1999, a nossa Digna Desembargadora foi convocada por este Egrégio Tribunal

para a 4ª Turma e, de certa forma, não sei se a Dra. Denise gostou tanto da 2ª instância ou se o Tribunal gostou tanto do trabalho da Dra. Denise que não a deixou mais retomar para a 1ª instância; na verdade, hoje se toma de direito o que de fato vinha fazendo por 10 (dez) anos como convocada. Dra. Denise Pacheco, Digna Desembargadora hoje empossada, apenas teve a oportunidade de pegar algumas palavras rápidas de Gabriela Neves Delgado, em sua obra, "O Direito Fundamental ao Trabalho Digno - Princípios Fundamentais do Direito do Trabalho", explana com mestria a sedimentação filosófica sobre o direito universal ao trabalho digno no estado democrático de direito. Consoante acentua a referida autora: "Não há como se concretizar o direito à vida digna se o homem não for livre e tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também digno. Da mesma forma, não há possibilidade real de exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna". Assevera, ainda, que "onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo), com o respeito à integridade física e moral ao trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima, não haverá dignidade humana que sobreviva". É, portanto, mediante o trabalho que o homem encontra sentido pela vida, para seu desenvolvimento pessoal e moral, pois, sem trabalho, não há vida digna e saudável e, sem vida, não há falar no respeito à dignidade da pessoa humana em um Estado Constitucional Democrático. Por isso vigora o princípio fundamental internacional de que o trabalho não é uma mercadoria." De acordo com o disposto no artigo 133 da Constituição Federal, a advocacia é a única profissão indispensável à administração da justiça. Neste trabalho, nobre Desembargadora, de dignidade social, da dignidade da cidadania, do estado democrático de direito, estamos nós, os advogados, sempre presentes para administrar a justiça da forma mais ampla, mais lúcida e mais transparente. A OAB sente-se muito orgulhosa em estar aqui hoje para trazer o abraço a Vossa Excelência. Temos certeza de que este Tribunal cada vez mais estará iluminado com a presença de Vossa Excelência, porque temos certeza, Desembargadora Denise Pacheco, de que, com os seus olhos cristalinos, azuis como o mar e vibrantes como o sol, Vossa Excelência iluminará cada vez mais este Tribunal para que sempre possamos, através do nosso esforço e do esforço da própria lei, do próprio direito, conseguir ultrapassar as montanhas das injustiças para alcançarmos, sempre, a justiça social. Para isso, confiamos em Vossa Excelência e confiamos neste Tribunal como pessoas e como profissionais indispensáveis à justiça. Que Deus ilumine Vossa Excelência, e que, cada vez mais, sua sabedoria não seja guardada para si, iluminando a todos aqueles que a rodeiam, e que traga cada vez mais justiça aos nossos trabalhadores e a nossa cidadania, que seja muito feliz. Um abraço e muito obrigada. Um abraço da OAB/RS."

(Ata nº 08/2009 de Sessão Extraordinária e Plenária do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Em 17/08/2009)

ÍNDICE ANALÍTICO E REMISSIVO
DOS ACÓRDÃOS

A

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA

- **Crimes** de vigilância. Conflito entre segurança patrimonial e direitos da personalidade. Princípio da Proporcionalidade. Aceitável a monitoração de locais com acesso de pessoas estranhas ao ambiente de trabalho. Insuficiência de prova acerca de danos coletivos aos trabalhadores. (Ac. 00037-2008-371-04-00-3 RO) 218
- **Ponúrio**. 1. Obrigação de contratação com vínculo empregatício II prazo indeterminado restrita aos trabalhadores especificados em lei. 2. **Ponúrios** registrados no OGMO. Prioridade na obtenção de trabalho nos portos. 3. Exploração de terminal privativo que não **exime** a empresa da obrigatoriedade de utilização de trabalhadores avulsos na movimentação de mercadorias. Arts. 4º, § 2º, e 26 da Lei nº 8.630/93. (Ac. 00522-2006-121-04-00-2 RO) 175

ACIDENTE DE TRÂNSITO

- v. acidente do trabalho

ACIDENTE DO TRABALHO

- Acidente de trânsito. **Incapacidade** para o trabalho e para todos os atos da vida civil, sequelas físico-motoras e traumas neurológicos irreversíveis. Responsabilidade civil do empregador; aplicação dos arts. 927, parágrafo único, do CC, 2º e 4º da CLTe 19 da Lei nº 8.213/1991. Indenização por danos patrimoniais e morais devidos. Pensão mensal correspondente à diferença entre a última remuneração do empregado e o que passou a receber da Previdência Social, como aposentado por invalidez. (Ac. 00983-2006-702-04-00-6 RO) 194
- Danos moral e material. Fato exclusivo de terceiro. Exclusão do nexo causal. Indenização indevida. (Ac. 00421-2007-332-04-00-2 RO) 163
- Marinheiro. Acidente de trabalho com amputação do pé direito. Culpa do empregador. Autarquia estadual. Negligência das normas de segurança. Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Majoração das

indenizações por danos morais e estéticos. (Ac. 01005-21m-ICM-0400-5 ROREENOC) 276

- Medidas de segurança ausentes ou insuficientes. Omissão da empresa. Inexistência de culpa exclusivo da vítima. Responsabilidade civil. Risco da atividade. Devidas indenizações por danos morais e materiais. Pensionamento. Constituição de capital. Ausência de lesões aparentes. Indevida indenização por dano estético. Art. 950 do Código Civil. An. 475-Q do CPC. (Ac. 01310-2006-661-04-00-2 RO) 305
- Morte do empregado. Acidente ocorrido por negligência do empregador. Responsabilidade civil. Dano moral. Dano material. Pensão para a viúva e a filha do empregado falecido. Manutenção do plano de saúde. (Ac. 00277-2008-812-04-00-1 RO) 259
- v. dano material, dano moral e prescrição

ACÚMULO DE FUNÇÕES

- Configuração. Cumulação das funções de porteiro e zelador, com acréscimo da jornada de trabalho, sem a correspondente remuneração. *Plus* salarial devido. (Ac. 00143-2007-009-04-00-1 RO) 257
- Não caracterização. Atividades correspondentes às contratadas. **Exigência de igual capacitação** técnica. *Plus* salarial indevido. (Ac. 00011-2008-521-04-00-5 RO) 251

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- v. dano moral e repositório de emprego

ADVOGADO

- v. mandado de segurança

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Acréscimo de 1% ao valor atribuído à causa por embargos de declaração protelatórios, que não reflete nas custas, quando a questão é discutida no recurso. Deserção afastada. **Agravo** provido. (Ac. 01425-2007-141-04-01-5 AI) 294

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

- v. mandado de segurança

APOSENTADO

- v. dano moral

ASSÉDIO MORAL

- Cárcere privado. Insuficiência de prova. Manutenção ou não do contrato de trabalho que decorre do exercício de poder do empregador. Indenização incluído. (Ac. 00627-2008-021-04-00-5 RO) 265
- Dano moral. Limitação do uso do hllnhciro. Controle excessivo **exercido** pela empregadora. Extrapolação dos limites do poder diretivo. Ato atentatório à garantia constitucional **de** intimidade do empregado. Exposição a situações constrangedoras e vexatórias de forma continuada **e** sistemática. Indenização devida. (Ac. 00639-2008-521-04-00-0 RO) 274

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

- v. contribuições previdenciárias

B

BASE DE CÁLCULO

- v. pensionamento mensal

BEM DE FAMÍLIA

- v. penhora

e

CÂMERAS DE VIGILÂNCIA

- v. ação civil pública

CAPACIDADE LABORAL

- v. acidente do trabalho. **dano material** e dano moral

CARGO DE CONFIANÇA

- e v. horas extras

CARGO EM COMISSÃO

- v. salário

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Nilo caracterização. Princípio da Persuasão Racional. Art. 76S da CLT. Art. 5º, LXXVII, da CF88. (Ac. 00895-2007-003-04-00-4 RO) 229

CLÁUSULA NORMATIVA

- v. mandado de segurança

COMPETÊNCIA

- v. mandado de segurança

CONFLITO DE NORMAS

- v. penhora

CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL

- v. acidente do trabalho

CONTRATO DE FRANQUIA

- v. relação de emprego

CONTRATO DE LOCAÇÃO

- v. relação de emprego

CONTRATO DE TRABALHO

- Jomalista. Novação objetiva do contrato afastada. Faculdade do **empregador de** exigir atividades lícitas na jornada normal. desde que compatíveis com a natureza do trabalho pactuado. *Plus* salarial indevido. Art. 456 da CLT. (Ac. 00895-2007-003-04-00-4 RO) 229
- v. mandato eletivo

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

- Fato gerador. Perfeccionamento com o transitio em julgado da **sentença** condenatória liquidada, **ou de** acordo homologado. Inocorrência de vencimento da obrigação em marco **temporal anterior**. Incidência de juros **de** mora e multa apenas quando ultrapassado o prazo previsto no § 3º do ar. 43 da Lei nº 8.212/1991. Art. 195, I, "a", da CF88. (Ac. 01280-2005-231-04-00-9 AP) 172

COOPERATIVADO

- v. relação de emprego

CULPA

- v. acidente do trabalho

CUSTAS

- v. agravo de instrumento

O

DANO ESTÉTICO

- v. acidente do trabalho

DANO MATERIAL

- Acidente do trabalho típico. **Redução da** capacidade laboral. Indenização devida. Pensionamento mensal a partir da ocorrência do acidente do trabalho e pelo período que perdurar a incapacidade laborativa. Apuração da extensão do dano em liquidação de sentença. (Ac. 01318-2007-122-04-00-6 RO) 242
- v. acidente do trabalho

DANO MORAL

- Acidente do trabalho. Motorista. Jornadas estafantes em atividade de risco. Perda integral da capacidade

laboral relativamente à atividade desempenhada. Valor da indenização. Forma ideal de arbitramento. Adoção do critério baseado em precedentes. Majoração. (Ac. 00405-2006-701-04-00-3 RO)	185		
• Administração Pública. Despedida discriminatória. Empregado aposentado. Ato arbitrário do empregador. Nulidade. Reintegração. Ar. 37 da CF/88. Art. 187 do CC. Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-I do TST. Indenização devida. (Ac. 00692-2008-029-04-00-1 RO)	216		
• Configuração. Práticas humilhantes pela chefia imediato. Submissão do empregado o situações de desprestígio, constrangimento c desonra. Exposição a vergonha diante de colegas e superiores hierárquicos. Responsabilidade do empregador pela manutenção de um ambiente de trabalho sadio . Indenização devida. (Ac. 00806-2008-004-04-00-7 RO)	160		
• Dano moral pós-contratual. Uso indevido do nome. Manutenção do nome da empregada na página eletrônica da empregadora após a despedida. Ausência de prova de prejuízo à imagem. Indenização indevido. (Ac. 00050-2008-211-04-00-0 RO)	255		
• Motorista. Acidente com carga mal acondicionada. Despedida logo após o acidente. Ato arbitrário e discriminatório. Indenização devida. (Ac. 00011-2008-521-04-00-5 RO)	251		
• Professor. Dispensa motivada cm avaliações negativas feitas por alunos no sistema <i>on line</i> da ré niio demonstrada. Prejuízos à imagem e boa fama não caracterizadas. Despedida sem justa causa. Direito potestativo do empregador. (Ac. 01859-2007-402-04-00-4 RO)	164		
• Prova vaga. imprecisa e insuficiente para demonstrar a ocorrência do alegado dano. Indenização indevida. (Ac. 00269-2008-001-04-00-6 RO)	248		
• v. acidente do trabalho e assédio moral			
DANO PATRIMONIAL			
• v. acidente do trabalho			
		DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO	
		e v. pensionamento mensal	
		DEPOIMENTO	
		• v. mandado de segurança	
		DEPOSITÁRIO INFIEL	
		• Prisão civil. Cabimento somente nu hipótese de devedor de alimentos. Ar. 7º,n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José du Costa Rica. ratificada pelo Brasil. (Ac. 00473-1995-028-04-00-0 AP)	268
		DESERÇÃO	
		• v. agrnvo de instrumento	
		DESPEDIDA	
		• v. dano moral, mandado de segurança c reintegração	
		DEVER DE OFÍCIO	
		• v. mandado de segurança	
		DIFERENÇAS SALARIAIS	
		• v. relação de emprego e salário	
		DIREITO À INTIMIDADE	
		• v. assédio moral	
		DIREITO DE IMAGEM	
		e v. dano moral	
		DIREITO POSTESTATIVO DO EMPREGADOR	
		• v. dano moral	
		E	
		EMPREGADO PÚBLICO	
		• v. equiparação salarial	
		ENQUADRAMENTO	
		• Jornalista. Anotação na CTPS. {Ac. 00895-2007-003-04-00-4 RO)	229
		EQUIPARAÇÃO SALARIAL	
		Empregado público. Impossibilidade de aplicação da norma infraconstitucional previsto no art. 461 da CLT, diante do ar. 37, XIII, da CF/88. OJ n" 297 do TST/SDI-1. (Ac. 00360-2008-281-04-00-7 RORENEC)	254
		EXECUÇÃO	
		• Execução fiscal. Multa por infração a urtigo da CLT. Massa falida. Penhora no rosto dos autos. Impossibilidade. (Ac. 01547-2007-104-04-00-9 AP)	270

- Falência. Enceramento sem satisfação de todos os créditos. Ausência de fraude. obuso ou outra irregularidade na dissolução da empresa. Impossibilidade de redirecionamento da execução contra o patrimônio dos sócios. (Ac. 00075-1996-141-04-00-3) 223
- Penhora de bem de sócio. Fraude de execução. Não caracterização. Alienação do bem antes do redirecionamento do execução. (Ac. 00089-2005-003-04-00-4 AP) 169
- v. mandado de segurança e penhora

F

FALÊNCIA

- v. execução e mandado de segurança

FRAUDE DE EXECUÇÃO

- v. execução

FUNÇÃO COMISSONADA

- v. salário

G

GARANTIA DE EMPREGO

- v. mandado de segurança e reintegração

GRATIFICAÇÃO

- v. salário

GRATIFICAÇÃO NATALINA

- o Pensionamento mensal. Inclusão na base de cálculo. (Ac. 01005-2006-101-40-5 ROREENECO) 276

H

HORAS EXTRAS

- Cargo de confiança. Pagamento das horas excedentes da oitava diária. Requisitos do an. 62, *caput* e incisos I e II, do CLT, não observados pela reclamada. (Ac. 00806-2008-004-04-00-7 RO) 160

IMPENHORABILIDADE

- v. penhora

INDENIZAÇÃO

- v. acidente do trabalho, assédio moral, dano material e dano moral

INTERVALO

- Intervalo para repouso e alimentação. não concessivo. Pagamento devido. (Ac. 00143-2007-009-04-00-1 RO) 257

J

JORNALISTA

- v. contrato de trabalho, enquadramento e reolço de emprego

L

LIMITES DO PEDIDO

- v. responsabilidade

M

MANDADO DE SEGURANÇA

- Advogado. Sigilo profissional. Dever de ofício. Recusa legítima de depor como testemunha em processo em que figura como parte litigante pessoa a quem assiste profissionalmente. Segurança concedida, confirmando liminar deferida. (Ac. 04795-2008-000-04-00-9 MS) 158
- Empresa em recuperação judicial. Bloqueio de créditos em contas bancárias. Impossibilidade. Sujeição dos créditos trabalhistas líquidos à habilitação perante o Juízo Universal. Princípio do *Par Condicio Creditorum*. Entendimento atual do STF. Competência da Justiça Comum. (Ac. 00288-2009-000-04-00-7 MS) 154
- Garantia de emprego. Despedido. Empregada acometido de doença grave. Cláusula normativa e de conteúdo pessoal. Ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Antecipação de tutela. Princípio da Ultratividade da Norma Coletiva ou da "Vantagem Individual Adquirida". Segurança concedida para manter o liminar de reintegração no emprego. (Ac. 03538-2008-000-04-00-0 MS) 147

MANDATO ELETIVO

- Licença. Suspensão do contrato de trabalho para o exercício de encargo público. Pedido de rescisão indireta indeferido. Alteração contratual não caracterizada. Ar. 472, § 1º, da CLT. Reembolso de contribuições à previdência privado e diferenças salariais indevidos. (Ac. 00292-2007-403-04-00-5 RO) 296

MARINHEIRO

- v. acidente do trabalho

MASSA FALIDA

- v. execução e mandado de segurança

MOTORISTA

- v. dano moral

MULTA

- Reparação de dano moral. Aplicação do art. 475-J do CPC quanto aos itens do condenação em que o sentença se apresto líquida. (Ac. 00405-2006-701-04-00-3 RO) 185
- v. execução

N

NORMA COLETIVA

- v. mandado de segurança

P

PENHORA

- Bem de família. Crédito trabalhista. Confronto entre princípios constitucionais. Reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel. Lei nº 8.009/90. (Ac. 00997-2006-261-04-00-6 AP) 170
- v. execução

PENSIONAMENTO MENSAL

- Inclusão. na base de cálculo do pensionamento, de parcela equivalente ao 13º salário. (Ac. 00405-2006-701-04-00-3 RO) 185
- Indenização por danos materiais, consistente em pensionamento mensal. Reclamante aposentado. Inclusão da gratificação natalina na base de cálculo da pensão. Súmula nº 207 do STF. (Ac. 01005-210065-104-00-5 RORENECO) 276
- v. acidente do trabalho e dano material

PLANO DE SAÚDE

- v. acidente do trabalho

PLUS SALARIAL

- v. acúmulo de funções e contrato de trabalho

PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

- v. assédio moral, rescisão indireta e salário

PORTUÁRIO

- v. ação civil público

PREJUÍZOS À IMAGEM E BOA FAMA

- v. dano moral

PRESCRIÇÃO

- Acidente do trabalho. Natureza civil. Decurso de prazo de três anos. Prescrição total do direito de ação. Prazo excepcional de dez anos que se aplica somente em relação a ações declaratórias envolvendo direitos personalíssimos. Art. 206, 5º 3º, V, do Código Civil (Ac. 01232-2007-030-04-00-0 RO) 180
- Reexame necessário. Autarquia. Pedido de indenização por dano moral decorrente de acidente do trabalho. Causa de pedir tipicamente civil. Prazo prescricional de vinte anos. Lesão ocorrida antes do vigência do novo Código Civil. (Ac. 01005-2006-104-04-00-5 RORENEC) 276

PREVIDÊNCIA PRIVADA

- v. mandato eletivo e salário

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

- v. mandado de segurança

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

- v. salário

PRINCÍPIO DA PAR CONDICIO CREDITORUM

- v. mandado de segurança

PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL

- v. cerceamento de defesa

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

- v. ação civil pública e acidente do trabalho

PRINCÍPIO DA ULTRATIVIDADE DA NORMA COLETIVA

- v. mandado de segurança

PRISÃO CIVIL

- v. depositário infiel

PROFESSOR

- v. dano moral e reintegração

PROVA

e v. cerceamento de defesa e dano moral

Q

QUADRO DE CARREIRA

- v. salário

R

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

- v. mandado de segurança

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO

- v. execução

REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL

- v. dano material e dano moral

REEXAME NECESSÁRIO

- v. prescrição

REINTEGRAÇÃO

- Dispensa de professor de ensino superior por ato monocrático do Reitor. **Nulidade**. Exigência de prévia submissão ao Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade. Coibição de eventuais abusos de poder. Preservação do pluralismo de idéias e da liberdade científica. Devida a reintegração ao emprego. Art. 53, parágrafo único, V, da Lei nº 9.394/196. Arts. 206 e 209 da CF/88. (Ac. 01859-2007-402-04-00-4 RO) 164
- v. dano moral e mandado de segurança

RELAÇÃO DE EMPREGO

- Cooperativado. Administração Pública. Terceirização. Tratamento isonômico entre os empregados da empresa prestadora e empregados públicos. Inviável o reconhecimento de vínculo de emprego. Diferenças salariais indevidas. (Ac. 00011-2008-551-04-00-7 RO) 224
- Jornalista. Configuração. Funções relacionadas à atividade-fim da empresa jornalística. Ausência de autonomia. Art. 302, § 1º, da CLT. An. 2º, I, IV e V, do Decreto nº 83.284/79. (Ac. 00895-2007-003-04-00-4 RO) 229
- Contratos de locação e franquia de posto de combustíveis. Utilização da credibilidade e do nome da marca

no mercado. Investimentos de capital objetivando lucro. Autonomia empresarial. Inexistência de vínculo de emprego.

(Ac. 01265-2005-026-04-00-9 RO) 283

RESCISÃO INDIRETA

- Não caracterização. Poder diretivo do empregador. Jornalista. (Ac. 00895-2007-003-04-00-4RO) 229

e v. mandato eletivo

RESPONSABILIDADE

- Limites do pedido. Alusão, no recurso, à responsabilidade solidária. Reconhecida a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, na forma como postulada na petição inicial. (Ac. 01318-2007-122-04-00-6 RO) 242

RESPONSABILIDADE CIVIL

e v. acidente de trabalho

S

SALÁRIO

- Quadro de camiru. Piso de mercado diverso para cada região. Ofensa ao Princípio da Isonomia. Diferenças salariais devidas. Parecia CTVA. Natureza salarial. Integração ao salário-de-contribuição para previdência privada. (Ac. 01316-2007-304-04-00-1 RO) 205
- Função Comissionada Auxiliar-FCA. Natureza salarial. Integração ao salário. Parcela paga habitualmente. Desvinculação do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança. Gratificação que não estava condicionada a atividade extraordinária ou adicional. Diferenças salariais devidas. (Ac. 00893-2008-013-04-00-3 RO) 299

SIGILO PROFISSIONAL

- v. mandado de segurança

SINDICATO

- Eleições sindicais. Nulidade. Cédulas de votação sem o registro de uma das chapas concomitantes. Não atingimento do quorum eleitoral previsto. Requisito necessário à legitimidade da eleição. (Ac. 00964-2007-027-04-00-0RO) 182
- v. substituição processual

SOBREAVISO

- Uso de telefone celular. No configuração. OJ **n** 49 da SDI-I do TST.
(Ac. 00011-2008-521-04-00-5 RO) 251

SÓCIO

- v. execução

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

- Associados de sindicato que não constaram da lista de substituídos costada com a petição inicial. Rol que, não obstante não seja obrigatório, se fornecido limita a atuação do sindicato aos nomes nele incluídos. Impossibilidade de inclusão na fase de liquidação da sentença.
(Ac. 00831-2004-662-04-00-7 AP) 272

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

- e v. mandato eletivo

T

TERCEIRIZAÇÃO

- v. relação de **emprego** e responsabilidade

TESTEMUNHA

- v. mandado de segurança

TRABALHADOR AVULSO

- v. ação civil pública

TUTELA ANTECIPADA

- e v. mandado de segurança

V

VINCULO DE EMPREGO

- v. relação de emprego

ÍNDICE ANALÍTICO E REMISSIVO
DAS SENTENÇAS

A

ACÇÃO DE COBRANÇA

- v. competência

ACIDENTE DO TRABALHO

- Morte do empregado por electrocussão. Serviço de carga e descarga sob rede de energia elétrica. Dano moral. Valor da indenização. Culpa exclusiva do empregador. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. (Processo O1118-2005-512-04-00-7) 353
- v. competência. dano moral e estabilidade provisória

ASSÉDIO MORAL

- v. dano moral

ASSÉDIO SEXUAL

- e v. dano moral

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

- v. previdência complementar

e

COMPETÊNCIA

- Competência material da Justiça do Trabalho. Acidente do trabalho. Morte do empregado. Ação ajuizada por dependentes/sucessores. Dano moral. Emenda Constitucional n.º 45 da CF/88. (Processo n.º 01118-2005-512-04-00-7) 353
- Incompetência da Justiça do Trabalho. Ação de cobrança de serviços de pequena empreitada. Empregador que não atuou como prestador de serviços, mas como tomador. Ausência de personalidade na prestação do trabalho. Remessa dos autos à Justiça Comum Estadual. (Processo n.º 01585-2007-232-04-00-9) 364

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

- v. previdência complementar

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

- v. acidente do trabalho

D

DANO MORAL

- Assédio moral e sexual. Superior hierárquico. Conhecimento dos fatos pela reclamada. Responsabilidade por

permitir a ofensa aos direitos de personalidade da autora dentro do estabelecimento, sem tomar providências. Valoração da palavra da vítima.

(Processo n.º IXXJOO-0000-000-Segredo de Justiça) 371

- Caixa de supermercado. Limitação da liberdade para satisfação das necessidades fisiológicas. Necessidade de autorização expressa para uso dos sanitários. Configuração de excesso na atuação do poder diretivo do empregador. Ofensa ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e ao direito à intimidade. Indenização devida com juros de mora, calculados a partir da data do ajuizamento da reclamatória. (Processo n.º 00550-2008-401-04-00-1) 349
- Doença profissional equiparada a acidente do trabalho. Síndrome do Túnel do Carpo. Existência de nexo causal entre a doença e a atividade laboral. Indenização devida. (Processo n.º 01287-2008-102-04-00-0) 341
- v. acidente do trabalho e competência

DEFEITO DO NEGÓCIO JURÍDICO

- v. previdência complementar

DIREITO À INTIMIDADE

- v. dano moral

DOENÇA PROFISSIONAL

- v. dano moral e estabilidade provisória

E

EMPREITADA

- v. competência

ESTABILIDADE PROVISÓRIA

- Doença profissional equiparada a acidente do trabalho. Caso em que, não obstante a emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, o órgão previdenciário concedeu auxílio doença previdenciário e não benefício acidentário. Configuração da hipótese do art. 118 da Lei n.º 8.213/91. Nulidade da despedida. Reintegração em função compatível com a capacidade laboral. (Processo n.º 01287-2008-102-04-00-0) 341



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

A Escola, segundo a Resolução Administrativa N° 03/2007, passou a zelar pelo planejamento, edição e publicação desta Revista, que contém doutrina, decisões, súmulas, precedentes normativos e registros.

Sede da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, inaugurada em 13 de junho de 2008.