



LABORE
STARE PACTO
LABORE

REVISTA DO
TRT 9^a
PARANÁ



LEX

REVISTA
DO TRIBUNAL
REGIONAL
DO TRABALHO
DA
9ª REGIÃO

DOUTRINA
JURISPRUDÊNCIA
SENTENÇA

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região/Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região, Serviço de Jurisprudência. v. 1, n. 1, 1976. --Curitiba, 1976 --

Semestral até o v.16, n.2, 1991.

Anual a partir do v.17, n.1, 1992.

Semestral a partir do v.21, n.1, 1996

1. Direito do Trabalho - Doutrina - Periódicos.

2. Direito - Doutrina - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região.

CDU: 34:331(05)

CDD: 341.605

Capa: Fotografia do afresco "**Mural do Trabalho**" executado pelo artista plástico **Jairo Fernando Culau**, servidor do TRT-9ª Região, exposto na sede do Tribunal Regional do Trabalho, em Curitiba.

Distribuição dirigida

Correspondência
Av. Vicente Machado, nº 147
CEP 80.420-010
Curitiba – PR

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO



**REVISTA
DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 9ª REGIÃO**

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

COMISSÃO DA REVISTA

Presidente: Juíza Ana Carolina Zaina

Membros: Juiz Marco Antonio Vianna Mansur
Juíza Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu

**SECRETARIA JUDICIÁRIA
COORDENAÇÃO:**

Diretor: Bel. Renato Wolf

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA:

Diagramação:

Diretora: Luciane Antunes de Oliveira
Cristiane Ribeiro Tkatch

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

(Composição do Tribunal em março de 2000)

Presidente: Juíza Adriana Nucci Paes Cruz

Vice-Presidente: Juiz Lauremi Camaroski

Corregedor: Juiz Fernando Eizo Ono

Composição das Seções de Dissídios Individuais e Coletivos

Seção de Dissídios Individuais I:

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Vice-Presidente)
FERNANDO EIZO ONO (Corregedor)
JOSE MONTENEGRO ANTERO
MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO
NACIF ALCURE NETO
ALFINO PEDROZO DOS SANTOS
MARCIA DOMINGUES
WILSON PEREIRA (Rep. Trabalhadores)
RICARDO MAC DONALD GHISSI (Rep. Empregadores)

Seção de Dissídios Individuais II:

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Vice-Presidente)
FERNANDO EIZO ONO (Corregedor)
WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA
NEY JOSE DE FREITAS
LUIZ CELSO NAPP
ARNOR LIMA NETO
MARIO ANTONIO FERRARI (Rep. Trabalhadores)
SERGIO KIRCHNER BRAGA (Rep. Empregadores)

SDC - Seção de Dissídios Coletivos

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Vice-Presidente)
FERNANDO EIZO ONO (Corregedor)
TOBIAS DE MACEDO FILHO
JOSE FERNANDO ROSAS
ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA
LUIZ EDUARDO GUNTHER
ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO

Juízes Togados do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região^(*)

Juiz Tobias de Macedo Filho
Juiz José Montenegro Antero
Juiz José Fernando Rosas
Juiz Manoel Antonio Teixeira Filho
Juíza Adriana Nucci Paes Cruz
Juiz Lauremi Camaroski
Juiz Fernando Eizo Ono
Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva
Juiz Nacif Alcure Neto
Juíza Rosalie Michaelle Bacila Batista
Juiz Luiz Eduardo Gunther
Juiz Ney José de Freitas
Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão
Juiz Altino Pedrozo dos Santos
Juiz Luiz Celso Napp
Juiz Arnor Lima Neto
Juíza Marcia Domingues

Juízes Classistas do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região^(*)

Juiz Mário Antonio Ferrari
Juiz Sérgio Kirchner Braga
Juiz Ricardo Mac Donald Ghisi
Juiz Wilson Pereira

^(*) *Ordem de Antigüidade - Situação em março de 2000.*

1ª Turma

TOBIAS DE MACEDO FILHO (*Presidente*)
MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO
NACIF ALCURE NETO
RICARDO MAC DONALD GHISI (*Representante dos Empregadores*)
WILSON PEREIRA (*Representante dos Trabalhadores*)

2ª Turma

NEY JOSÉ DE FREITAS (*Presidente*)
JOSÉ FERNANDO ROSAS
LUIZ EDUARDO GUNTHER
SÉRGIO KIRCHNER BRAGA (*Representante dos Empregadores*)
MÁRIO ANTONIO FERRARI (*Representante dos Trabalhadores*)

3ª Turma

ALTINO PEDROZO DOS SANTOS (*Presidente*)
WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA
ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA

4ª Turma

ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO (*Presidente*)
LUIZ CELSO NAPP
NAIR MARIA RAMOS GUBERT (*Convocada*)

5ª Turma

ARNOR LIMA NETO (*Presidente*)
JOSÉ MONTENEGRO ANTERO
MARCIA DOMINGUES

JUIZES DO TRABALHO PRESIDENTES DAS VARAS DO TRABALHO^(*)

VARA DO
TRABALHO DE
APUCARANA
Marcos Eliseu Ortega
VARA DO
TRABALHO DE
ARAPONGAS
Pericles Ferreira
Cortes
VARA DO
TRABALHO DE
ARAUCARIA
Maria Walkiria
Cavalcanti Brizoto
VARA DO
TRABALHO DE
ASSIS
CHATEAUBRIAND
Luz Alves
1ª VARA DO
TRABALHO DE
CASCAVEL
Sebastião T. da Silva
2ª VARA DO
TRABALHO DE
CASCAVEL
Ana Maria das Graças
Veloso
VARA DO
TRABALHO DE
CAMPO MOURÃO
Antônio Cesar
Andrade
VARA DO
TRABALHO DE
CASTRO
Sueli Gil El Rafih
VARA DO
TRABALHO DE
CIANORTE
Marcus Aurélio Lopes
VARA DO
TRABALHO DE
COLOMBO

Márcio Dionísio
Gapski
VARA DO
TRABALHO DE
CORNÉLIO
PROCÓPIO
Ziula Cristina da S
Sbroglho
1ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Célio Horst Waldraff
2ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Archimedes Castro
Campos Junior
3ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Nair Maria Ramos
Gubert
4ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Rubens Edgard
Tiemann
5ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Sérgio Guimarães
Sampaio
6ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Arion Mazurkevici
7ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Dirceu Buys Pinto
Junior
8ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA
Sandra Maria da
Costa Ressel

^(*) Situação em março de 2000

**9ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Roberto Dala Barba
**10ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Fátima Terezinha
Loro Ledra Machado
**11ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Eneida Cornel
**12ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Aparecido Sérgio
Bistafa
**13ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Ney Fernando Olivé
Malhadas
**14ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Ana Carolina Zaina
**15ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Marco Antonio Vianna
Mansur
**16ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Marlene Teresinha
Fuverki Suguimatsu
**17ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Valdecir Edson
Fossatti
**18ª VARA DO
TRABALHO DE
CURITIBA**
Elder de Souza
Pedroza
**1ª VARA DO
TRABALHO DE FOZ
DO IGUAÇU**
José Aparecido dos
Santos
**2ª VARA DO
TRABALHO DE FOZ
DO IGUAÇU**
Paulo da Cunha Boal

**VARA DO
TRABALHO DE
FRANCISCO
BELTRÃO**
Ilse Marcelina
Bernardi Lora
**1ª VARA DO
TRABALHO DE
GUARAPUAVA**
Mauro Cesar Soares
Pacheco
**2ª VARA DO
TRABALHO DE
GUARAPUAVA**
Paulo Ricardo Pozzolo
**VARA DO
TRABALHO DE
IRATI**
Adayde Santos Cecone
**VARA DO
TRABALHO DE
IVAIPORÁ**
Lisiane Sanson Pasetti
Bordin
**VARA DO
TRABALHO DE
JACAREZINHO**
Edmilson Antonio de
Lima
**VARA DO
TRABALHO DE
JAGUARIAÍVA**
Odete Grasselli
**VARA DO
TRABALHO DE
LARANJEIRAS DO
SUL**
Janete do Amarante
**1ª VARA DO
TRABALHO DE
LONDRINA**
Dinaura Godinho
Pimentel Gomes
**2ª VARA DO
TRABALHO DE
LONDRINA**
Francisco Roberto
Ermel
**3ª VARA DO
TRABALHO DE
LONDRINA**
Neide Akiko Fugivala
Pedroso
**4ª VARA DO
TRABALHO DE
LONDRINA**
Eliane de Sá Marstiglia

5ª VARA DO
TRABALHO DE
LONDRINA
Manoel Vinicius de
Oliveira Branco
VARA DO
TRABALHO DE
MAL. CÂNDIDO
RONDON
Carlos Henrique O.
Mendonça
1ª VARA DO
TRABALHO DE
MARINGÁ
Claudia Cristina
Pereira Colombo
2ª VARA DO
TRABALHO DE
MARINGÁ
Casto Colombo Filho
3ª VARA DO
TRABALHO DE
MARINGÁ
Reginaldo Melhado
4ª VARA DO
TRABALHO DE
MARINGÁ
Nerde Alves dos Santos
VARA DO
TRABALHO DE
PARANAGUÁ
Eduardo Milleo
Baracat
VARA DO
TRABALHO DE
PARANAVÁ
Valéria Rodrigues
Franco da Rocha
VARA DO
TRABALHO DE
PATO BRANCO
José Eduardo Ferreira
Ramos
1ª VARA DO
TRABALHO DE
PONTA GROSSA
Suely Filippetto
2ª VARA DO
TRABALHO DE
PONTA GROSSA
Silvana Souza Netto
Mandalozzo
VARA DO
TRABALHO DE
ROLÂNDIA
Giana Malucelli
Tozetto

VARA DO
TRABALHO DE SÃO
JOSÉ DOS PINHAIS
Gesira Medeiros da
Hora
VARA DO
TRABALHO DE
TELÊMACO BORBA
Morgana de Almeida
Richa
VARA DO
TRABALHO DE
TOLEDO
Adilson Luiz Funêz
VARA DO
TRABALHO DE
UMUARAMA
Irã Alves dos Santos
VARA DO
TRABALHO DE
UNIÃO DA VITÓRIA
Rosiris Rodrigues de
Almeida Amado
Ribeiro
VARA DO
TRABALHO DE
WENCESLAU BRAZ
Lisete Valsecchi
Fávoro

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS^(*)

Jorge Luiz Soares de Paula
Waldomiro Antonio da Silva
Neide Consolata Folador
Sidnei Lopes
Bráulio Gabriel Gusmão
Ana Maria Mansur Mäder Gisi
Patrícia de Matos Lemos
Luiz Carlos Schroeder
Sandra Mara Flügel Assad
Audrey Mauch
Sonia Maria L. de Andrade
Mauro Vasni Paroski
Fabrcício Nicolau dos Santos Nogueira
Daniel José de Almeida Pereira
Ana Gledis Tissot Benatti
Luiz Antonio Bernardo
Paulo Cordeiro Mendonça
Carlos Martins Kaminski
Paulo Henrique Kretzschmar E Conti
Leonardo Vieira Wandelli
Ana Cristina Patrocínio Holzmeister
José Mário Kohler
Marieta Jesusa da Silva Arretche
João Luiz Wentz
Maurício Madeu
Adelaine Aparecida Pelegrinello
Panage
Angela Neto Roda
Sandra Mara de Oliveira Dias
Marcia Frazão da Silva
Helena Mitie Matsuda
Claudia Mara Pereira Gioppo
Marli Gomes Gonçalves
Bento Luiz de Azambuja Moreira
Amaury Haruo Mori
Emília Simeão Albino Sako
Fernando Hoffmann
Susimeiry Molina Marques
Liane Maria David
Ana Paula Seffrin Saladini
Simone Galan de Figueiredo
Ana Claudia Ribas
Derly Mauro Cavalcante da Silva
Luciane Rosenau

Daniel Rodney Weidman
Maurício Mazur
Líbia da Graça Pires
James Josef Szpatowski
Rosângela Vidal
Déborah Madruga Costa
Edilaine Stinglin Caetano
Anelore Rothenberger Coelho
Carlos Augusto Penteado Conte
Flávia Teixeira de Meiroz Grilo
Zappa
Hilda Maria Brzezinski da Cunha
Angélica Candido Nogara Slomp
Antonio Marcos Garbuio
Armando Luiz Zilli
Nancy Mahra de Mediros Nicolas
Oliveira
Patricia Benetti Cravo
Leonardo Frederico Fischer
Fabrcício Sartori
Sandra Cristina Zanoni Cambraneli
Correia

() Ordem de Antigüidade
Situação em março de 2000*

SUMÁRIO

DISCURSO

Discurso proferido pela Juíza-Presidente do TRT-PR, Adriana Nucci Paes Cruz, quando da posse da Solenidade comemorativa ao 23º aniversário da instalação do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região ----- 17

DOCTRINA:

- A responsabilidade da Administração Pública pelas contratações de serviços essenciais à sua atividade ou outros não-eventuais.
(ROSAS, José Fernando) ----- 19**
- O contrato-Realidade e a atualidade.
(HOFFMANN, Fernando) ----- 27**
- Greve dos servidores públicos: A experiência francesa.
(COUTINHO, Aldacy Rachid) ----- 43**
- A medida cautelar satisfativa e a tutela antecipatória.
(MAZURKEVIC, Arion) ----- 67**
- Antecipação da tutela e sua aplicação ao processo do trabalho.
(LORA, Ilse Marcelina Bernardi) ----- 77**
- Considerações sobre a tutela inibitória.
(MARINONI, Luiz Guilherme) ----- 97**
- Aspectos gerais da intervenção e da liquidação extrajudicial no processo do trabalho.
(WALDRAFF, Célio Horst) ----- 109**
- A ação pauliana na justiça do trabalho. Possibilidade jurídica do pedido.
(CECONE, Adayde Santos) ----- 127**
- Pressupostos e efeitos da fraude à execução.
(MORI, Amaury Haruo) ----- 145**
- Conflito de leis trabalhistas no espaço.
(DALLEGRAVE NETTO, José Affonso) ----- 171**
- Estabilidade do dirigente sindical e as interpretações do TST e STF.
(PASSOS, Edésio Franco) ----- 185**
- O contrato de experiência à luz dos Tribunais.
(BARROS, Alice Monteiro de) ----- 197**

JURISPRUDÊNCIA

- ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª - REGIÃO -	
- Contrato de parceria fraudulenta.-----	217
- Lei 8.878/1994. Anistia. Readmissão. -----	229
- Agravo de instrumento. Alterações introduzidas pela Lei nº 9.756/98. -----	235
- Legitimidade. Equívoco quanto ao nome do real empregador. -----	239
- Penhora de crédito futuro. Inexistência de direito líquido e certo do executado. -----	243
- Máximas de experiência. Ampla utilização pelo Juiz. Ausência de nulidade. -----	249
- Intimação de advogado.-----	255
- Mulher. Art. 384 da CLT. Inconstitucionalidade. -----	259
- Ação rescisória. Procedência. Título judicial de eficácia executiva. -----	267

SENTENÇA

- RT nº 530/97 – sentença – 21/01/1999, proferida pela Exma. Juíza Substituta Sandra Mara de Oliveira Dias. -----	279
- RT nº 1.344/98 – sentença – 03/12/1999, proferida pela Exma. Juíza Substituta Audrey Mauch. -----	285

DOCTRINA

**Discurso proferido pela
Juíza-Presidente do TRT-PR, Adriana Nucci Paes Cruz,
quando da solenidade comemorativa ao
23º aniversário de instalação do
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,
realizada em Curitiba, em 16 de setembro de 1999.**

O Tribunal do Trabalho desta Nona Região, como um jovem de vinte e três anos, que ainda há pouco atingiu sua maioridade, vê, sem espanto, que sua infância e adolescência não foram marcadas por atos inconseqüentes nem pelos perigos próprios dessas fases da vida. Embora possuísse tão-somente as virtualidades de um adulto, foi obrigado a nascer como tal, sob o peso do jurismo, sem direito a erros nem enganos.

Desde sempre participou da sociedade com responsabilidade sem limites; do processo da vida foi autor, réu e juiz, sem que lhe fosse permitido assumir riscos nem desconsiderar obstáculos.

Uma parede invisível o separou das crianças do seu tempo, do sono tranqüilo ou de sonhos inocentes. Não encheu balões que pudessem fazer sua imaginação sobrevoar o infinito, tendo que manter os pés pregados na realidade de tantos outros que em sua direção caminharam. Em lugar de bolas de vidro reluzentes, viu o cintilar de olhos que o fitaram com esperança, enquanto os seus estiveram proibidos de lacrimejar na compaixão.

Quando nasceu, mal se pressentia a primavera e, de repente, era tempo de agasalhar a tantos em sua atuação segura. Com as cordas que poderiam ter volteado seu corpo infante a saltar nos parques, teceu com firmeza a trama das suas convicções e, sem conhecer o calor do regaço materno, desde cedo arrimou família, amparando o meu, o seu e o nosso anseio de Justiça. Uma criança tão pequena quanto suas causas e tão valorosa quanto seus heróis.

Com suas próprias e reduzidas forças, logrou alimentar a todos quantos a viram crescer pura e saudável: ora como a criança dos operários que madrugam, ora como a dos empresários que já não dormem e sempre a dos desempregados, dos que talvez não venham a se empregar mais.

Adolescente, praticou o esporte do saber, ouviu a música do dever, dançou sob a regência da lei. Não se deixou embriagar pela suavidade

das canções nem se fez indiferente aos apelos hínicos, permanecendo sereno na obrigação de seguir sempre por um mesmo caminho.

Tribunal da minha região, cidadela da justiça trabalhista paranaense: depois dessa trajetória de luta e de glória, falam mal de você, no vigor da sua juventude.

Dizem que nada fez ou que se perdeu na escuridão de uma noite que eles não conhecem – noite da solidão dos seus juízes e da dedicação de seus servidores, em que somente o fanal do seu ideal os guia e incentiva. A trilha pela qual você segue sem esmorecimento é estreita, mas pela dignidade que a fortifica, conduzirá para longe da destruição dos ventos, a despeito dos defidentes. E, se no curso desta jornada, não for permitido parar para comer, pare para colher uma flor que alimente sua sublimidade.

Que Deus o mantenha sempre vivo no coração de todos que o amarem e na consciência de quantos o julgarem.

Feliz aniversário.

A Responsabilidade da Administração Pública pelas contratações de serviços essenciais à sua atividade ou outros não eventuais.

José Fernando Rosas^()*

As constituições da República tem estabelecido o concurso público como forma de investidura em cargos públicos, como se vê do art. 169, da Constituição de 1934; letra “b”, do art. 156, da Constituição de 1937; art. 186, da Constituição de 1946; § 1º, do art. 95, da Constituição de 1967; § 1º, do art. 97, da Emenda Constitucional de 1969; e, agora, o inciso II, do art. 37, da Constituição de 1988. As exceções são aquelas previstas nos próprios textos constitucionais, quais sejam, cargos de confiança e aqueles que a lei declare de livre nomeação e demissão em 1946 e, a partir de 1967, aqueles que a lei declare de livre nomeação e exoneração. Todavia, como os cargos públicos devem ser criados por lei – processo demorado – e o concurso público – também moroso – nem sempre é do interesse de alguns dos administradores públicos, tem estes burlado a determinação constitucional para satisfazer as suas necessidades de pessoal no órgão público sob sua responsabilidade. E o fazem, via de regra, pela contratação de empresas prestadoras de serviço. Em alguns casos o que se verifica é apenas a intermediação de mão-de-obra, eis que os empregados da empresa contratada ficam subordinados diretamente à Administração Pública. Normalmente são empregados que prestam serviços essenciais às atividades do órgão público. Em outros casos o que se verifica é a terceirização, situação em que os empregados ficam subordinados à empresa contratada pela Administração. Aqui, normalmente são serviços atinentes à atividade meio, embora não eventuais à Administração.

Quando ocorre ajuizamento de ações pelos empregados das empresas contratadas, pelo inadimplemento de direitos trabalhistas, chama-se no pólo passivo tanto o formal empregador como o próprio órgão da Administração Pública, este como responsável solidário, ou ao menos subsidiário. E a defesa da Administração, de modo geral, vem vazada na isenção de responsabilidade preconizada no art. 71, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, qual seja:

^(*) *José Fernando Rosas, é Juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*

"O contratado é responsável pelo encargos trabalhistas previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Parágrafo 1º: A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis."

Resta saber, então, se aplicável mencionada lei à contratação efetivada. À tanto, cabe analisar a legislação invocada nas defesas apresentadas, bem como, em exegese teleológica, as normas anteriores que tratavam da organização da Administração Federal e das licitações e contratos. Assim e por primeiro:

DECRETO-LEI Nº 200 DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967.

O Decreto-Lei, que dispunha sobre a organização da Administração Federal, dizia no § 7º, do seu art. 10 que:

"Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução".

O Decreto-Lei em comento não estabelecia nenhuma isenção de responsabilidade da Administração pelo inadimplemento contratual do contratado com terceiros. Mas a disposição legal era usada como defesa nas ações movidas por empregados, quando estes pretendiam o reconhecimento da relação de emprego diretamente com o órgão tomador dos serviços e conseqüências daí decorrentes. Todavia, já quando da vigência de tal norma não havia como se entender possível a contratação para o fornecimento de mão-de-obra aos serviços essenciais ou mesmo outros não eventuais, apenas com a leitura isolada e interpretação meramente gramatical do § 7º do art. 10. É que o próprio Decreto-Lei, em seu art. 132, previa que nas licitações para obras ou serviços seriam admitidos os seguintes regimes de execução:

I - empreitada por preço global;

II - empreitada por preço unitário;

III- administração contratada.”

Vê-se, pela disposição legal, que os contratos admitidos o eram, para serviços eventuais, nos regimes de empreitada ou administração contratada, ou seja, contratos de execução diferida, não para serviços contínuos que exigem contratos de trato sucessivo. Ressalte-se que a administração contratada é regime em que o tomador dos serviços admite e assalaria os empregados efetua as compras, e somente a administração dos serviços é feita por terceiros. As exceções, nos casos em que dispensável a licitação, vinham no art. 126, § 2º, letras “d” e “h”, ou seja, na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, ou nos casos de emergência, como tal definida na própria disposição legal. Assim, salvo as situações nominadas acima, proibida era a contratação de serviços não eventuais.

Mas, ainda quando se faz a leitura do § 5º, do art. 127, que trata das modalidades de licitação, chega-se a conclusão de que o legislador se refere a contratos de execução imediata ou diferida, jamais contratos de execução sucessiva, eis que fala em compras ou serviços globais com preço certo fixado, o que não é da essência dos serviços continuados. Poder-se-ia argumentar que a contratação de uma obra envolve trabalhadores que mantém com a empreiteira relações de emprego, ocorrendo o mesmo, então, relativamente a empresas prestadoras de serviços. Todavia, no primeiro caso o objeto do contrato é a obra, e cujo contrato será de execução diferida, ainda que os contratos de trabalho mantidos com a empreiteira e seus empregados sejam de execução sucessiva. Já no segundo caso, a prestação de serviços diretamente ao órgão público é o objeto contratual, cujo objeto, ele próprio, é de trato sucessivo.

Decorre daí que, quando da vigência do Decreto-Lei 200/67 não havia possibilidade legal de licitação para a contratação com empresas prestadoras de serviços para o fornecimento de mão-de-obra dos serviços essenciais da Administração Pública, ou outros serviços não eventuais. Apenas para a licitação de empreitada ou de administração contratada, como se vê do art. 132 da norma em comento e, sem licitação, apenas a contratação de serviços profissionais de notória especialização, ou nos casos de emergência, situações últimas que raríssimo serviam de suporte às defesas apresentadas em juízo pelos órgãos da Administração Pública.

DECRETO-LEI Nº 2.300, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1.986. O Decreto-Lei nº 200-67 foi revogado pelo de nº 2.300-86, passando

este novo diploma a regular a contratação de obras, serviços e compras Seu art 5º, inciso II, especificava os serviços, quais sejam

“toda atividade realizada direta ou indiretamente, tais como demolição, fabricação, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, comunicação ou trabalhos técnicos profissionais ”

Vê-se, pela discriminação dos serviços, que não estão inseridos em tais aqueles necessários à atividade própria da Administração ou mesmo outros não eventuais Com efeito, são todos serviços por empreitada ou por administração Poder-se-ia argumentar que os serviços de conservação, manutenção e transporte são contínuos eis que abrangeriam limpeza constante e transporte de pessoas e coisas Todavia a conservação e manutenção de que trata o decreto é aquela atinente a serviços eventuais, como pintura de paredes, por exemplo, e o transporte é o específico, não o geral, tanto que o inciso VI, do mesmo artigo diz, claramente, que a execução indireta será efetuada nas seguintes modalidades

“a) empreitada por preço global quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo e total,

b) empreitada por preço unitário quando se contrata a execução da obra ou serviço, por preço certo de unidades determinadas,

c) administração contratada quando se contrata a execução da obra ou do serviço, mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração,

d) tarefa quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais ”

Conclui-se, pois, que os serviços o são por empreitada, por administração, ou ainda por tarefa para trabalhos de pequeno vulto

A corroborar as assertivas acima, é de se ver o contido no inciso VII, do mesmo artigo 5º, *verbis*

“projeto básico o conjunto de elementos que defina a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou serviços objeto da licitação, e que possibilite a estimativa de seu custo final e prazo de execução ”

Ora, em se tratando de serviços normais e contínuos da Administração Pública, não há falar em projeto básico, custo final e prazo de

execução, cujas características são próprias dos serviços por empreitada e por administração, ou ainda pequenas tarefas

Também o art 63 do mesmo diploma, *verbis*

“Executado o contrato, o seu objeto será recebido

I – em se tratando de obras ou serviços;

a)- provisoriamente, omissis

b)- definitivamente, omissis

O disposto no artigo leva a conclusão de que os contratos eram aqueles de execução imediata ou diferida, jamais aqueles de trato sucessivo em que não ha recebimento de seu objeto, provisoria ou definitivamente mas, sim, o recebimento constante da própria prestação dos serviços

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Posteriormente veio a Lei nº 8 666/93, que revogou o Decreto-Lei nº 2 300-86, cujo inciso II, do art 6º, repetia, com pequenas alterações, a disposição contida no inciso II, do art 5º, do decreto revogado Assim

‘Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos tecnico profissionais ’

Aplica-se aqui, o mesmo entendimento quando da análise do art 5º, inciso II, do Decreto-Lei nº 2 300-86 ou seja, que os serviços especificados não dizem respeito aqueles necessários ao desenvolvimento normal da atividade da Administração ou mesmo outros não eventuais Com efeito, basta fazer a leitura de incisos seguintes, a chegar a tal conclusão Vejamos o inciso VIII

‘ Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, por quaisquer das seguintes modalidades

a) empreitada por preço global – quando se contrata o execução da obra ou do serviço por preço certo e total,

b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas,

c) (vetado)

d) *tarefa* – quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais,

e) *empreitada integral* – quando se contrata um empreendimento omissis ,’

Também o inciso IX

“*Projeto Básico* – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou *serviço*, omissis ”

Além das disposições acima mencionarem, claramente, o regime de empreitada ou tarefa para pequenos trabalhos por preço certo, estabelecem o projeto básico que, como já dito alhures, não se presta a contratações de trato sucessivo mas, sim, de contratos cuja execução é diferida Corroboram mais tal assertiva quando se vê o art 7º dizer

“*As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços* obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, a seguinte seqüência

I projeto básico,

II projeto executivo,

III execução das obras e serviços.”

Também o § 1º, do art 8º, e o art 11 da mesma lei levam ao mesmo entendimento, eis que tratam da divisão de parcelas e projetos padronizados, que são características do regime de empreitada

Poderia causar alguma dúvida o contido no inciso II, do art 57, da lei em comento, que estabelece a prestação de serviços de forma contínua. Todavia, como a própria lei estabelece o regime de empreitada e de tarefa para pequenos trabalhos por preço certo, entende-se que o referido inciso dirige-se aos **Serviços Técnicos Profissionais Especializados**, de que trata o art 13, e que se referem a trabalhos por tempo determinado, embora de forma contínua. E o dizemos por prazo fixado, tanto pela natureza de tais serviços como tais especificados na lei, como pelo contido no § 3º, do art 57, verbis

‘ *É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado* ’

Veja-se, também, que o art. 73 repete o disposto no art. 63 do decreto revogado, no que diz respeito ao recebimento da obra ou dos serviços, valendo aqui, o mesmo raciocínio lá expandido.

Finalmente, é o próprio art. 71 invocado pela Administração Pública, para isentar-se de responsabilidade, a levar a conclusão de que os contratos a que a lei se refere são os de execução imediata ou diferida, eis que refere-se a impossibilidade de onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das **obras e edificações**, inclusive perante o registro de imóveis.

Vê-se, pela seqüência legislativa, que a vontade do legislador foi de regular aquelas contratações de execução imediata ou diferida, ou seja, no caso de serviços, a empreitada ou tarefa para pequenos trabalhos por preço certo, ou ainda, a consecução a prazo determinado de serviços técnicos profissionais especializados. Assim, não se ajustam aos moldes legais em comento, contratações de empresas prestadoras de serviços para o fornecimento de mão-de-obra essencial às atividades da Administração ou outra não eventual, razão porque, inaplicável a Lei nº 8.666/93 a tais contratos e não se beneficia a Administração Pública da isenção de responsabilidade prevista em seu art. 71.

Resulta que, em casos de inadimplementos oriundos de contrato de trabalho, sejam por ação ou omissão da empresa prestadora de serviços em relação aos seus empregados, responde a Administração Pública tomadora dos serviços, ainda que de forma **subsidiária** pelo entendimento consubstanciado no enunciado da Súmula nº 331, do TST. E não há argumentar-se a falta de lei – ou da vontade das partes – para caracterização da responsabilidade solidária – ou subsidiária como quer o TST – posto que a Constituição Federal de 1988, quando trata da **Administração Pública**, em seu art. 37, § 6º diz, e claramente:

*“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.”*

Também há que se levar em conta que, se o agente público resolve suprir as deficiências quantitativas de pessoal do órgão da Administração que tem a seu cargo, contratando empresas prestadoras de serviços, está burlando a legislação. Aí perfeitamente aplicável o inciso III, do art. 1.521, do CCB eis que, em situação real, a Administração Pública é

comitente e a empresa contratada é **preposta**. Acrescente-se o entendimento consubstanciado na Súmula nº 341 do STF, *verbis*:

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

CONCLUSÃO

1. É defeso à Administração Pública contratar nos moldes da Lei nº 8.666/93, serviços essenciais às suas atividades e outros de natureza não eventual, salvo os Técnicos Profissionais Especializados, em contrato por tempo determinado;

2. Inaplicável a Lei nº 8.666/93 às contratações que refogem ao seu âmbito de regulamentação, não se beneficia a Administração Pública da isenção de responsabilidade prevista no seu art. 71;

3. Na esteira do inciso III, do art. 1.521, do CCB e do § 6º, do art. 37, da CF-88, é responsável a Administração Pública pelos inadimplementos contratuais resultantes da relação de emprego mantida pela empresa prestadora de serviços, por ela – Administração – contratada, e seus empregados;

4. Na esteira da Súmula nº 341, do STF, é presumida a culpa da Administração Pública relativamente aos inadimplementos contratuais de trabalho da empresa prestadora de serviços contratada;

5. A responsabilidade, conforme entendimento consubstanciado no enunciado da súmula nº 331, do TST, é **subsidiária**.

O Contrato-Realidade e a atualidade

Fernando Hoffmann^()*

1. INTRODUÇÃO

Esta investigação científica tem por objetivo a análise do posicionamento do autor mexicano MARIO DE LA CUEVA exposto em sua obra intitulada “*Derecho Mexicano del Trabajo*” a respeito do contrato-realidade, de sua confrontação ao princípio da primazia da realidade e da possível utilidade daquela teoria para enfrentar alguns obstáculos impostos ao desenvolvimento do direito do trabalho como ciência autônoma.

No capítulo XVI da referida obra, DE LA CUEVA trata, com muita propriedade, da natureza jurídica da relação de emprego e difunde a idéia da existência do contrato-realidade, expressão muito utilizada posteriormente para retratar o princípio da primazia da realidade que informa o direito do trabalho.

Não obstante o juslaboralista mexicano não tenha sido o criador desta expressão, inegável que foi através do alcance de seus ensinamentos que o direito do trabalho mundial conferiu reconhecimento à teoria do contrato-realidade, sendo utilizada ora para explicar a natureza jurídica do vínculo que une empregado e empregador, ora para retratar um dos princípios cardeais da ciência laboral.

Mas, como será visto adiante, o que se pretendeu dizer com a locução “contrato-realidade” nem sempre correspondeu ou corresponde ao objeto abordado pelos intérpretes do direito laboral que, por desaviso ou por leitura equivocada da teoria, terminam, de certa forma, por baralhar conceitos básicos de institutos fundamentais deste ramo especializado do direito.

Aliado ao já exposto anteriormente, a investigação também tem como objetivo perquirir a possibilidade de revitalização da teoria defendida por DE LA CUEVA no direito do trabalho brasileiro, uma vez que, para regular o conflito existente entre capital e trabalho, o legislador adotou o

^(*) *Fernando Hoffman é Mestrando pela Universidade Federal do Paraná Professor Substituto de Prática Trabalhista da Universidade Federal do Paraná Ex-Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*

contrato individual de emprego como centro principal dos direitos e obrigações de empregados e empregadores

2. IMPORTÂNCIA DO TEMA

Poder-se-ia até cogitar que o objeto de abordagem não justifica o empreendimento da investigação científica pelos operadores do direito do trabalho

Tal conclusão, entretanto, não se sustenta, sendo que qualquer posicionamento neste sentido afigura-se inaceitável, principalmente por aqueles que se prestam a estudar o direito do trabalho de forma seria e como ciência autônoma

Ademais, tratando-se de expressão largamente utilizada no meio jurídico, correta ou incorretamente, não se pode negar que as conclusões acerca do contrato-realidade aludem a natureza jurídica da relação de emprego e ao princípio da primazia da realidade, de tal maneira que o estudo revela-se de extrema importância, qualquer que seja o ângulo tomado pelo intérprete

Portanto, de um lado tem-se a sempre necessária análise da essência do principal instituto do direito individual do trabalho, qual seja, o contrato individual de emprego, enquanto opção realizada pelo legislador para reger o conflito capital-trabalho, de outro, observa-se a indispensabilidade do exame do princípio da primazia da realidade que, sabido de todos, ao lado dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da continuidade da relação de emprego informam a ciência laboral

Necessário esclarecer que não se pretende “criar” uma lacuna no corpo do direito do trabalho para se efetuar digressões destinadas a vagar pelo meio acadêmico. O problema efetivamente existe e, muito embora não se possa afirmar que os efeitos deletérios da utilização equivocada da expressão “contrato-realidade” não sejam nitidos, nem por isso se descarta, neste particular, a necessidade de enfrentamento do tema

Ademais, nem sempre se presta o contrato para proporcionar a solução do conflito obreiro-patronal, o que tende a se agravar com as reformas que despontam no horizonte do direito do trabalho, sendo certo que se trata de opção do legislador para disciplinar um dos fatores do processo econômico-produtivo do sistema capitalista ocidental, qual seja, o trabalho humano⁽¹⁾

⁽¹⁾ *Alias* nesta linha de raciocínio consignou JOSE AFFONSO DALLEGRAVE NEIO em sua dissertação de mestrado intitulada *Elementos do Contrato*

3. ORIGEM DA EXPRESSÃO “CONTRATO-REALIDADE”

Ao contrário do que se tem apresentado na maioria dos estudos doutrinários a respeito do tema, quem primeiramente formulou a expressão “contrato-realidade” foi ALFREDO INÑÁRRITU, Ministro da Suprema Corte de Justiça do México⁽²⁾, e não DE LA CUEVA.

Entretanto, revela-se perfeitamente explicável que os louros desta terminologia sejam atribuídos ao juslaboralista mexicano, em face do mencionado alcance mundial de sua obra e das clareza e estruturação de sua sedutora teoria sobre o contrato-realidade. Por outro lado, importante registrar que, na história do direito do trabalho, nenhuma teoria foi tão bem retratada em poucas palavras, tal como se deu com a formulada pelo juslaboralista mexicano.

Entretanto, há que se ressaltar, como o fez LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA SILVA⁽³⁾, que, num primeiro momento, o termo “contrato-realidade” foi conferido pelo Ministro Alfredo Infiárritu à sua idéia de que contrato de trabalho existe não no acordo abstrato de vontades e sim na realidade da prestação de serviços, porque é o fato mesmo do trabalho e não o acordo de vontades que o produz e determina a aplicação do Direito do Trabalho.

Com base nesta premissa, MARIO DE LA CUEVA inicia seu estudo asseverando que a vigência e aplicação do direito do trabalho pressupõe a existência de efetiva prestação de serviços; esta, e não o contrato, seria a instituição fundamental do direito do trabalho e ensejaria a sua aplicação, afastando, de tal sorte a incidência das normas de direito comum.

Individual do Trabalho - Reflexões acerca da gênese civilista, caracteres, elementos essenciais e acidentais”.

“Admitimos que pequenas mudanças e adaptações sejam necessárias na atual legislação trabalhista, contudo “estou convencido que a imiscuição estatal deve permanecer nesta seara contratual Não podemos ir de forma desenfreada na onda da modernidade europeia para defender, como alguns mais afoitos, a total desregulamentação da relação capital-trabalho”

⁽²⁾ *Competência 133/36, suscitada entre a Junta Federal de Conciliação e o Décimo Juz Cível da Cidade do México, para conhecer da reclamação apresentada por José Molina Hernández contra a Companhia Mexicana de Petróleo “El Aguila”*

⁽³⁾ *SILVA, Luiz De Pinho Pedreira da Principiologia do direito do trabalho, p 205-208*

4. CONTRATO-REALIDADE

Interessante notar que, à época da formulação da teoria do contrato-realidade, as doutrinas mexicana e estrangeira tinham como certo que o vínculo que unia empregado e empregador era contratual e a única dificuldade a ser superada, naquele momento, seria o enquadramento num dos tipos contratuais do direito civil.

Mutatis mutandi, é o que se verifica no direito do trabalho contemporâneo, no qual é aceita, como se dogma fosse, até em função da legislação vigente, a idéia de que o contrato de trabalho é o marco inicial da relação de emprego e, por conseqüência, da aplicação das normas trabalhistas.

Mas o ideal defendido ardorosamente por MARIO DE LA CUEVA, embora relativamente utópico, permanece atual, valendo a transcrição da seguinte passagem de sua obra, onde são tratadas as duas concepções relacionadas ao direito do trabalho:

Uma, a concepção que poderíamos chamar privatística do direito do trabalho, segundo a qual, seria um estatuto destinado a regular as relações obreiro-patronais, consideradas como um negócio de direito civil; e outra, a idéia publicista e humanista do direito do trabalho, que postula, como princípio essencial, a tese de que o direito do trabalho e a norma que procura dar satisfação às necessidades do homem que trabalha, tornando efetivo o direito do homem a alcançar uma existência digna.

... (omissis);

O direito do trabalho diferencia-se do direito civil pelos fundamentos e pela finalidade. Aquele não se destina a regular a conduta dos homens com as coisas, mas se trata de um direito para o homem. Não se destina a regular somente a energia humana de trabalho, mas também a assegurar a cada trabalhador uma posição social adequada” (*sem grifos no original*).⁽⁴⁾

E, por mais que se façam críticas à teoria eminentemente anticontratalista exposta pelo autor mexicano, inegável que seu discurso seduz, não só pela estruturação de sua argumentação, como se disse há pouco, mas, principalmente, pela sempre presente preocupação com a figura do empregado e, em última ratio, com o ser humano que se sujeita a prestar de serviços e atribuir os frutos de seu trabalho a outrem.

⁽⁴⁾ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 460.

Isto justifica, em parte, o repúdio manifestado por DE LA CUEVA contra as teorias civilistas sobre a relação de trabalho (arrendamento, compra e venda, sociedade e mandato), cujos defensores jamais aceitariam o posicionamento anticontratalista, por significar uma revolução na teoria das fontes das obrigações.

Para ele, o direito dos contratos e das obrigações serve para regular a tradição das coisas que estão no patrimônio de uma pessoa ao patrimônio de outra; o homem, como pessoa, não é contemplado por este direito, pois sua condição pessoal não importa para fixar o direito sobre as coisas; a idéia de contrato tende a permitir a aplicação do direito dos contratos e das obrigações à relação de trabalho, o que não pode ser aceito pelo direito do trabalho em função de sua essência e, também, de sua existência em harmonia com os valores do homem.

O que se indaga e nos interessa responder nestes mares atribulados pelos quais singra o direito do trabalho é o seguinte: não estaria tal disciplina prestando-se pura e simplesmente ao regramento de uma categoria econômica do sistema capitalista, qual seja, o processo produtivo, em regime de total subserviência? Que relação contratual é esta em que uma das partes é carente de poder e à outra é assegurada ampla gama de poderes? Haveria, enfim, outra alternativa a ser adotada?

Ora, segundo o autor mexicano, os civilistas equivocam-se porque partem de uma falsa premissa para explicar a natureza jurídica da relação de emprego, qual seja, o contrato. Isso porque as relações jurídicas podem modificar-se quando mudam os pressupostos jurídicos, sociais e econômicos nos quais se fundamentam. A partir do momento em que o direito do trabalho desprende-se do direito civil e conquistou sua autonomia como direito do homem, a premissa passou a ser outra, que não fulcrada no contrato.

Seria inviável adotar este posicionamento hodiernamente? Assim não nos parece, uma vez que cada ciência do direito deve ser aplicada consoante suas natureza, principiologia e finalidade. Nesta linha de raciocínio, veja-se o ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO⁽⁵⁾ a respeito do tema.

⁽⁵⁾ “Preceito preliminar e fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo, além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável

Reconhece-se que o abandono do contratualismo que impera no direito do trabalho é tarefa quase que impossível, ou melhor, inviável, mormente se consideradas as condições sócio-econômicas vigentes no Brasil (em especial, a constitucionalização da ordem econômica que adotou postulados básicos do capitalismo, dentre os quais, a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência - artigo 170, *caput*, II e IV, da Constituição Federal).

Mas isto não impede que sejam feitas críticas e abordagens a respeito do tema ventilado nesta investigação. Ao contrário, em face do conteúdo manifestamente econômico que assume o direito do trabalho, parecem extremamente atuais e recomendáveis as incursões nesta seara⁽⁶⁾ e ⁽⁷⁾.

Ora, na quase totalidade dos contratos de trabalho, o que se observa é a “admissão” do empregado no momento da pactuação. Admissão

conforme fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e frequentes” In Hermenêutica e aplicação do direito, p 303.

⁽⁶⁾ Assim o fez VITAL MOREIRA, em sua obra intitulada *A ordem econômica do capitalismo*, p 75, valendo destacar a seguinte passagem “Porém, no direito liberal, o direito não é verdadeiramente o regulador da vida econômica. Direito de propriedade, contrato, não são institutos econômicos, mas sim institutos da ordem jurídica geral da sociedade, não sendo essa por sua vez mais do que a expressão da ordem natural da sociedade. As categorias econômicas, empresa, empresário, mercado, concorrência, trabalho, são desconhecidas do direito. Não existe ordem jurídica no mercado, do trabalho, da empresa. O direito ignora a fábrica, para aos seus portões, dentro desta é ainda o direito geral da propriedade que dá ao empresário o poder regulamentar do processo do trabalho (*jus utendi, fruendi*). A propriedade da empresa não se distingue da propriedade de qualquer outro bem. O contrato de compra da força do trabalho é apenas mais um contrato entre pessoas livres

⁽⁷⁾ Também, neste sentido, o ensinamento de ARION SAYÃO ROMITA “Outro mito que é preciso desmontar é o que alude à pretensa intervenção do Estado a favor das classes trabalhadoras. Afinal, o regime econômico é o capitalista! Observa com propriedade Ralph Miliband que, sempre que os governos decidiram intervir diretamente nos conflitos entre empregadores e empregados, eles o fizeram em detrimento dos últimos. Os governos sempre desempenharam papel decisivo no fracasso das greves, muitas vezes valendo-se do próprio Estado e usando a violência direta. Argumentam com o respeito à lei, com o interesse público, com a preservação de ordem, etc e embora não declarem um apoio direto aos empregadores, o certo é que a intervenção não é menos útil para estes” *In Globalização da economia e direito do trabalho*, p 42

tida não no sentido de ingresso ou entrada, mas sim no de aceitação das normas internas da empresa e do estatuto mínimo vigente, o qual também será observado pelo empregador.

E, por mais que se tenha presente a crítica de ORLANDO GOMES⁽⁸⁾, no sentido de que os anticontrualistas confundem formação (indispensabilidade do consentimento para o nascimento do vínculo, mesmo que por adesão) com conteúdo da relação (que pode ou não estar pré-regulamentado normativamente) e liberdade (não necessariamente presente na contratação) com vontade (sempre presente) é inegável que a autonomia privada - categoria fundamental do próprio sistema capitalista - sofre grave violação, gerando impactos deletérios, inclusive, na corrente contratualista.

Ademais, nossa legislação afigura-se contraditória, ora adotando o contratualismo (e, conseqüentemente, o patrimonialismo) quando conveniente, ora baseando-se no anticontrualismo para regrar situações um pouco mais complexas ou “desinteressantes”.

Cite-se o caso de cometimento de justa causa pelo empregador, quando, na maioria das vezes, o empregado deverá provocar a Justiça do Trabalho para a declaração da rescisão indireta do contrato de emprego. Ora, salvo as excepcionallíssimas hipóteses nas quais o empregador deverá se valer do inquérito de apuração para falta grave, nada impede que este dispense seu empregado por justa causa, mesmo se detentor de garantia no emprego.

E, ainda, sabido de todos que, no direito comum, a todo direito corresponde uma obrigação, que, inadimplida, ensejará a execução das cláusulas contratuais. No direito do trabalho, entretanto, o não cumprimento das obrigações de prestar serviços, diligência, fidelidade e obediência ensejam a aplicação do poder punitivo do empregador, observados, é bem verdade, certos limites.

Mas não é digna de credibilidade a conclusão de que o contratualismo estaria presente nestas hipóteses, assim como em outras tantas (férias, prescrição, adicional de insalubridade, apenas a título exemplificativo).

Seguindo a linha de raciocínio de MARIO DE LA CUEVA, há que se observar que o autor adverte para o fato de que a subordinação deriva não do cumprimento do contrato mas do adimplemento da principal obrigação desta pactuação, que é a de prestar serviços; não iniciado o serviço, não está o trabalhador obrigado a obedecer ao empregador.

⁽⁸⁾ GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*, p. 152-160.

Tal situação remete o intérprete e o aplicador do direito do trabalho à questão dos efeitos da pré-contratação sem efetiva prestação de serviços (e também da competência para julgamento), a qual suscita acirradas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, evidenciando que a corrente contratualista, assim como a anticontratualista (fato inegável), tem as suas deficiências.

E, após enfatizar a prestação de serviços como marco inicial da aplicação do direito do trabalho, conclui DE LA CUEVA, empregando pela primeira vez a locução “contrato-realidade”, que:

Em atenção a estas considerações, tem-se denominado o contrato de trabalho como contrato-realidade, pois existe, não no acordo abstrato de vontades, senão na realidade da prestação do serviço e porque é o fato mesmo do trabalho e não o acordo de vontades, o que determina a sua existência.⁽⁹⁾

Interessante registrar que não há negativa de que, num primeiro momento, deve haver a concorrência de vontades para a formação da relação de trabalho. Mas haverá casos em que não há a convergência das vontades dos contratantes⁽¹⁰⁾. Assim sendo, como restou admitido pelo próprio DE LA CUEVA, os críticos de sua teoria não contratualista equivocam-se ao afirmar que tal corrente nega que a relação de trabalho sempre decorra de um acordo de vontades, quando, em verdade, tal concepção é aceita em alguns casos (trabalho doméstico e pequena indústria, nos quais prevaleceria o contrato mínimo) e refutada em outros (grande indústria, quando predominaria os contratos coletivos de trabalho).

Em momento nenhum é desprezada a vontade do trabalhador para prestar os serviços e o consentimento do empregador para receber os frutos deste trabalho. O que se discute é que nem sempre o acordo de vontades determinará a aplicação do direito do trabalho, sendo certo que, em tais situações, apenas a efetiva prestação de serviços que atrairá a incidência das normas reguladoras dos conflitos entre o capital e o trabalho.

⁽⁹⁾ DE LA CUEVA, Mario. *Obra citada*, p. 475

⁽¹⁰⁾ *Verbi gratia* a “cláusula de exclusão de ingresso” existente do direito mexicano - pela qual, no caso de vacância de um posto, cabe ao sindicato indicar o novo ocupante, somente não contratável em caso de inaptidão ou ausência de honestidade - e o contrato originariamente de prestação de serviços que, com o tempo, descamba para o contrato de emprego

5. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Uma leitura atenta do enunciado pelo autor MARIO DE LA CUEVA a respeito da natureza jurídica da relação de emprego elucida um dos maiores erros na interpretação da expressão “contrato-realidade”, que consiste no seu emprego como se fosse apenas e tão-somente o princípio da primazia da realidade.

Com muita propriedade, LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA SILVA asseverou que a expressão contrato-realidade destina-se à formulação de uma teoria sobre o contrato de trabalho e não um princípio de Direito do Trabalho⁽¹¹⁾, sendo certo, ainda, que a locução em comento foi alvo de críticas por autores de renome⁽¹²⁾, o mesmo ocorrendo com a teoria formulada a respeito⁽¹³⁾.

Apenas à guisa de ilustração quanto ao já exposto, transcreve-se passagem dos estudos feitos pelo autor acima nominado, nos quais há certa confusão quanto ao real alcance do que se pretendeu dizer com o termo “contrato-realidade”:

É este um dos mais novos princípios do Direito do Trabalho Formulou-o Plá Rodriguez, servindo-se para a sua construção de materiais como as considerações de Devali quanto à prevalência da situação de fato sobre a ficção jurídica em todas as fases da relação de trabalho, a teoria do contrato-realidade de Mário [sic] de La Cueva e a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (lifting of the corporate veil)

Mas, no início do estudo sobre o princípio da primazia da realidade, ao tratar do contrato-realidade, adverte o próprio AMÉRICO PLÁ

⁽¹¹⁾ “Mario de La Cueva sistematizou e adotou essa teoria até abandonar totalmente a concepção contratualista da relação de trabalho (omissis) Mas, paralelamente, foi-se usando princípio de Direito do Trabalho, da realidade sobre escritos e formas O próprio La Cueva de certo modo autorizou esta acepção secundária quando escreveu que “O contrato de trabalho é um contrato-realidade, pois existe nas condições reais de prestação dos serviços independentemente do que se houver pactuado entre o trabalhador e o patrão ” SILVA, LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA *Principiologia do direito do trabalho*, p 205-208

⁽¹²⁾ Evaristo de Moraes, citado por Amauri Mascaro Nascimento em sua obra intitulada *Curso de direito do trabalho história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*, p 279

⁽¹³⁾ GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson *Obra citada*, p 133-134, e DÉLIO MARANHÃO in SUSSEKIND, Arnaldo et alu *Instituições de direito do trabalho* p 234

RODRIGUEZ que “a rigor, essa expressão foi usada por De La Cueva com um sentido algo diferente, vinculado à concepção da relação de trabalho que expõe, se bem que também lhe atribua o significado que, no momento, estamos definindo”⁽¹⁴⁾. Prossegue o juslaboralista uruguaio asseverando que várias idéias afins e distintas resultam da teoria de MARIO DE LA CUEVA sobre o contrato-realidade⁽¹⁵⁾, o que explica, de certa forma, a confusão verificada na doutrina e na jurisprudência.

Interessante registrar, também, a conclusão formulada por ALFREDO J. RUPRECHT, na qual afirma que o princípio da realidade consiste na primazia desta sobre os fatos consignados, por escrito, no contrato e que, geralmente, é referido pela expressão formulada por MARIO DE LA CUEVA, qual seja, “contrato-realidade”⁽¹⁶⁾.

E, se na doutrina não são poucas as obras que trabalham equivocadamente a noção do contrato-realidade, a jurisprudência não deixa por menos, registrando-se as seguintes ementas:

VIGIA. COMPROVAÇÃO DA FUNÇÃO. *O contrato de trabalho é um contrato realidade; um dos princípios que informam o direito do trabalho é o da primazia da realidade, sobre quaisquer documentos, fórmulas ou ajustes, conforme ensinamento de Américo Plá Rodrigues. Convergingo todas as provas dos autos para o exercício da função de vigia, clara está a função exercida pelo autor, ainda que a CTPS contenha anotação de função diversa.*⁽¹⁷⁾

VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO RECONHECIMENTO. *Na análise acerca da existência ou não da relação de emprego, deve prevalecer sempre o contrato realidade, ou seja, a primazia da realidade sobre a forma, sendo que a força probante dos documentos não tem a mesma intensidade no*

⁽¹⁴⁾ RODRIGUEZ, Américo Plá *Princípios de direito do trabalho*, p 217

⁽¹⁵⁾ “A primeira é que para pretender a proteção do Direito do Trabalho não basta o contrato, mas requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente. Esta é a idéia básica encerrada na noção de relação de trabalho (omissis) Uma segunda idéia é a de que, em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais. Este segundo sentido fica especialmente manifesto na frase que considera “errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tenham pactuado, uma vez que se a estipulações consignadas não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor”.

⁽¹⁶⁾ RUPRECHT, Alfredo J *Os princípios de direito do trabalho*, p 80-82

⁽¹⁷⁾ TRT-PR-RO 8 261/93 - Ac 1ª T 7 537/94 - Rel Juez Iverson Manoel Pereira Rocha - DJPr 29/04/94

direito do trabalho, que se lhe empresta o direito comum, podendo ser a qualquer tempo desconstituída pela prova testemunhal desde que esta se apresente convincente o suficiente para afastar a validade dos documentos apresentados. Assim, se a reclamante pautou seu pedido em ilegalidades com as quais ela própria concorreu de forma consciente, não há como se reconhecer o vínculo empregatício com a reclamada.⁽¹⁸⁾

Contudo, deve-se prestigiar a correta referência ao conteúdo da teoria formulada por MARIO DE LA CUEVA, tal como se deu no seguinte julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

VÍNCULO DE EMPREGO. CONTRATO DE FATO. *O contrato de trabalho, na feliz assertiva de Mário de La Cueva, é um contrato realidade, posto que sua existência é determinada pelas condições reais em que os serviços são prestados e não pelo acordo abstrato de vontades, sendo por isso irrelevante que as partes o tenham pactuado expressamente, basta que tenha existido a prestação de serviços, a subordinação e a onerosidade.*⁽¹⁹⁾

Enfim, há que se registrar que, como bem assinalou ALFREDO J. RUPRECHT⁽²⁰⁾, o autor mexicano alterou, de certa forma, seu posicionamento em obra intitulada *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México, 1972, t I, p. 193, dizendo que, em verdade “*a relação de trabalho é uma realidade viva consistente no fato real da prestação de um trabalho pessoal subordinado, prestação diária que reafirma todos os dias a independência da relação com referência ao ato ou causa que lhe deu origem, Essa condição confirma, por sua vez, a primeira característica, porque a realidade da prestação de um trabalho não pode nem se destruir nem se prender por um distante acordo de vontades, pois a realidade não se nega por uma declaração*” E, acertadamente, o professor argentino arremata: “*Com esse conceito, a expressão contrato-realidade pode ser usada com base no princípio, embora seja mais correta e compreensiva a da primazia da realidade*”

6. UTILIDADE DA TEORIA DE MARIO DE LA CUEVA

Certo é que o direito do trabalho brasileiro presencia uma fase nada alvissareira, com fundadas desconfianças de que ocorram alterações

⁽¹⁸⁾ TRT-PR-RO 13 599/93 - Ac 2ª T 17 083/94 - Rel Juiz Luiz Fernando Zornig Filho - DJPr 29/09/94

⁽¹⁹⁾ TRT-PR-RO 16 172/94 - Ac 2ª T 22 155/95 - Rel Juiz Luiz Eduardo Gunther - DJPr 01/09/95

⁽²⁰⁾ RUPRECHT Alfredo J Obra citada, p 81

legislativas substanciais em nome do combate ao desemprego, mal maior deste final de milênio.

Pelo que se viu até o presente momento, o Governo errou na mira e na munição. Ao invés de fomentar o desenvolvimento econômico com base na política de pleno emprego e justiça social (valores também resguardados pela ordem constitucional), o que se tem notado é a precarização do núcleo do direito individual do trabalho: a relação individual de emprego.

Exemplos óbvios disto são o contrato de trabalho temporário e a tempo parcial instituídos pela Lei 9.601/98 e pela medida provisória 1.709/98 que, mesmo considerado o curto período de vigência destes diplomas legais, não surtiram os efeitos desejados. Inclusive, note-se que o prazo de redução das contribuições sociais previsto no artigo 2º da Lei 9.601/98 expira no mês de julho de 1999 e se, tido como certo por muitos que esta lei não “vingou”, por certo é que, a partir deste mês, a adoção do contrato “provisório” de trabalho será ainda menor.

Imperioso ressaltar que não se pretendeu discutir a crise econômica, mas os efeitos dela no âmbito do direito do trabalho, que são cada vez mais intensos. Também não se ignora que há preeminente necessidade de se assegurar o direito ao trabalho, mesmo que, para alguns, isto ocorra em detrimento ao direito do trabalho.

O problema que se põe é justamente repensar o direito do trabalho a partir de sua categoria fundamental: o contrato individual do trabalho. Ou melhor, a opção adotada em nosso ordenamento jurídico para regular um determinado tipo de trabalho⁽²¹⁾, sabendo que, os autores que elegem o contrato de trabalho como figura central do direito do trabalho, como MELGAR, reconhecem que nele não se esgota o conteúdo desta ciência especializada, pois *“decir que el contrato de trabajo es la figura fundamental del Derecho del Trabajo no significica que sea la única; a su lado existen, en efecto, una pluralidad de relaciones jurídicas que yo agruparía en tres grandes familias o categorías. las relaciones de participación, las relaciones*

⁽²¹⁾ *“Es precisa la mediación de la técnica jurídica para que las puras categorías sociales se transmeten em categorías jurídicas. Ese tránsito, auténtico proceso generador del Derecho del Trabajo, tiene lugar com la invención de una fundamental institución jurídica el contrato de trabajo, que presta forma jurídica a lo que hasta entonces era simple substancia social, apenas normada por el esbozo de legislación que suponían los preceptos de los Códigos civiles dedicados a la regulación del arrendamiento de servicios” ALFREDO MONTOYA MELGAR, in Derecho y trabajo, p 21*

de conflicto y las relaciones de tutela. Estos três grupos de relaciones atienden necesidad que el contrato de trabajo no puede solucionar por sí mismo”.

Por certo, o futuro nos reserva surpresas no campo da prestação de serviços. Hodiernamente, com um certo ar de perplexidade, os juslaboralistas já presenciaram formas de prestação de serviços (que não as tradicionais) semelhantes ao objeto tutelado pelo direito do trabalho, a relação de emprego.

Um a um, os elementos conceituais do contrato de trabalho - autonomia privada, atividade, onerosidade, não eventualidade, alteridade e subordinação - vão sucumbindo de acordo com o nascimento de novas e criativas modalidades contratuais de prestação de serviços⁽²²⁾, de modo que o movimento expansionista do direito do trabalho presenciado até a atualidade tende a cessar em breve.

Estaria, então, o direito individual do trabalho condenado a ter restringida sua esfera de atuação, ou melhor, limitada sua aplicação ao contrato de trabalho? Entende-se que justamente neste ponto que a teoria de DE LA CUEVA recobra forças para superar os obstáculos impostos pela necessidade de acompanhamento da ciência econômica pelo direito do trabalho.

Não se prega, evidentemente, o retorno à teoria anticontratalista, em completa subversão ao próprio ordenamento jurídico pátrio, até porque são diversas as falhas desta corrente. Tão-somente, quer-se demonstrar que, naquelas hipóteses inovadoras, há a possibilidade e a necessidade de aplicação da teoria do contrato-realidade, porque haverá casos em que, além da ausência de alguns ou todos os requisitos necessários à configuração da relação de emprego, entre nós previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, sequer convergência de vontades haverá entre o prestador e o tomador de serviços, quanto mais liberdade contratual ou consentimento por parte daquele.

Nestes casos, então, o regramento contratual que predomina no direito do trabalho não se prestará a regular o conflito ainda existente entre o capital e o trabalho manifestado sob outra roupagem, a não ser que o intérprete da ciência laboral tenha em mente algumas das conclusões oferecidas por MARIO DE LA CUEVA na obra em comento:

⁽²²⁾ *Verbi gratia, a partilha de emprego, o contrato de trabalho com cláusula de intermitência e o próprio contrato “provisório” de trabalho*

“A relação individual de trabalho goza de plena autonomia frente aos contratos de direito civil, seja por estar regida por um estatuto autônomo, seja porque nenhuma das figuras civis é apta a explicá-la.

É preciso distinguir o contrato de trabalho, acordo de vontades para a produção de determinados efeitos jurídicos queridos pelas partes e a relação individual de trabalho, que é o conjunto de direitos e obrigações que derivam, para o trabalhador e o patrão, do simples fato da prestação de serviço

(omissis),

Em consequência, o aspecto essencial na vida das relações obreiro-patronais, é a relação de trabalho, ou seja, o fato mesmo da prestação de um serviço, o qual determina, por si só, a aplicação do direito do trabalho, qualquer tenha sido a vontade das partes

(omissis),

O contrato de trabalho, em sua acepção de relação de trabalho, é um contrato-realidade, pois existe nas condições reais de prestação dos serviços, independentemente do que pactuado entre o trabalhador e o patrão, com a limitação, que não está por demais fazer, de que essas condições não podem reduzir os privilégios contidos na lei ou nos contratos coletivos de trabalho”⁽²³⁾

Somente através da correta interpretação da teoria do contrato-realidade é que o aplicador do direito do trabalho poderá solucionar as presentes e futuras questões que envolvem uma nova tipologia da prestação de serviços.

Enfim, afigura-se imprescindível que o juslaboralista tenha em mente os ensinamentos e o ideal defendido por MARIO DE LA CUEVA, sob pena do direito do trabalho resumir-se ao contrato de emprego e render-se servilmente à uma concepção essencialmente patrimonialista da relação de trabalho, quedando inerte em acompanhar a dinamicidade do processo produtivo.

7. BIBLIOGRAFIA

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Elementos do Contrato Individual do Trabalho - Reflexões acerca da gênese civilista, caracteres,*

⁽²³⁾ DE LA CUEVA, Mario *Obra citada, p 493-495*

elementos essenciais e acidentais. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. Biblioteca do Setor de Ciências Jurídicas, 1997.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 3ª ed. México D. F.: Editorial Porrúa S.A., 1949.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal*. In: Revista LTr, São Paulo: LTr, 1997 - ano 61, n. 5.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho y trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

MOREIRA, Vital. *A ordem econômica do capitalismo*. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1973.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 9ª ed. atual. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios de direito do trabalho*. Tradução de Edilson Alkmín Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 205-208, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. *Instituições de direito do trabalho*. 16ª ed. atual. São Paulo: LTr, 1996.

GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS: A experiência francesa

Aldacy Rachid Coutinho^(*)

"La grève est devenue, dans les sociétés démocratiques évoluées, una liberté collective nécessaire ou encore une modalité légitime de défense des intérêts professionnels". GÉRARD LYON-CAEN

1. Introdução.

O termo "*greve*", em sua origem francesa, denotava tanto o local onde, em Paris, os desempregados reuniam-se em busca de um posto de trabalho, quanto as manifestações ali ocorridas, em protesto contra o desemprego ou reivindicatórias⁽¹⁾. A partir de 1806, a "*Place de Grève*" tomou o nome de "*Place de l'Hotél de Ville*", exatamente por estar situada em frente à sede do governo municipal. Permaneceu a expressão, entretanto, exclusivamente com a acepção de um movimento reivindicatório.

Embora no emprego vulgar tenha a greve uma conotação bastante ampla, englobando toda e qualquer manifestação de exigência, insatisfação ou protesto, encetadas por estudantes, presos e, ainda, desempregados ou trabalhadores, o direito acabou por restringir o seu conteúdo. Juridicamente, a greve é reconhecida, tão-só, se procedida de um dos sujeitos da relação de emprego, qual seja, o empregado e, ainda assim, se o meio utilizado for a paralisação total ou parcial do trabalho.

Greve é, por conseguinte, a paralisação temporária e combinada do trabalho, por alguns ou todos os trabalhadores de uma categoria profissional, com o fito de pressão junto ao empregador, para assegurar o atendimento de suas reivindicações. Liga-se, portanto, à idéia de um "empregado", assim como a possibilidade de que a manifestação resulte no atendimento às demandas para melhoria das suas condições de trabalho.

Ambos aspectos, de uma certa forma, inviabilizariam o reconhecimento de um direito de greve aos servidores públicos, máxime

^(*) *Aldacy Rachid Coutinho é Mestre e Doutora Professora Adjunta de Direito do Trabalho na Universidade Federal do Paraná Professora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ Procuradora do Estado do Paraná Advogada*

⁽¹⁾ *A "Place de Grève", desde o reinado de Charles VI até a Restauração, foi local de inúmeras execuções capitais, com o emprego da forca ou da fogueira; "grève", em francês, significa ainda área de terreno plano e arenoso*

diante da posição pouco ativa que mantém frente ao seu empregador, se celetistas ou, não contratual se estatutários. Outrossim, em face do princípio da legalidade que rege os atos da Administração Pública exsurge um fator que se apresenta como impeditivo a um resultado prático da ação paredista eventualmente empreendida.

Historicamente a greve se revelou, no direito, em três distintas fases rumo ao reconhecimento e à consolidação. Inicialmente surgiu como delito, passando em seguida a se constituir enquanto expressão de liberdade e, finalmente, acabou por ser reconhecida como direito. Esse direito não é, todavia, de exercício absoluto, sendo limitado tanto objetiva quanto subjetivamente. Na primeira hipótese, somente os próprios interesses profissionais se apresentam como legitimadores da restrição; em relação ao aspecto subjetivo, sofre vedação em relação aos militares e, ainda que ausente a regulamentação, é restritiva aos servidores públicos face a outros interesses coletivos que devam ser atendidos⁽²⁾.

1.1.o posicionamento crítico.

De qualquer sorte, mister analisar o fenômeno sob a ótica crítica, porquanto tem o Direito um papel de co-participe na construção de uma nova realidade social⁽³⁾.

Acrescente-se o fato de que o Direito, campo de conteúdo indubitavelmente ideológico, tem a pretensão de veracidade de seus enunciados sempre como conceitos historicamente provisórios, calcados apenas na correspondência com a aceitação por parte da comunidade⁽⁴⁾. A possibilidade ou não do exercício do direito de greve, portanto, dependerá muito mais da preparação dos ditos operadores do Direito e da sociedade em conviver com essa realidade, do que de uma virtual previsão legislativa regulamentadora. Por conseguinte, o direito de greve dos servidores públicos não é, em si mesmo, incompatível ou repugnável.

Certos de que o progresso é feito em cima dos erros ou omissões do passado, e que a evolução dar-se-á no momento em que

⁽²⁾ Segundo Antônio Álvares da Silva, a evolução história uniforme em vários países também acerca do direito de greve demonstra um "sentido único da história do mundo ocidental em relação a certos temas sociais" ÁLVARES DA SILVA, Antônio Os servidores públicos e o direito do trabalho, p 111

⁽³⁾ Sobre o papel do direito como transformador social, v COELHO, Luiz Fernando Lógica jurídica e interpretação das leis, p 335 e ss ; MONREAL, Eduardo Novoa O direito como obstáculo e transformação social, p 131 e ss

⁽⁴⁾ POPPER, Karl A lógica da pesquisa científica

rompemos⁽⁵⁾ com o conhecimento estratificado, acumulado e assentado, através de um posicionamento crítico pode-se, então, partir para um novo modo de pensar a questão.

1 2 o interesse da abordagem da experiência francesa

Estudar a greve do servidor público frente ao ordenamento jurídico francês poderá resultar válido a partir da constatação de que naquele país, a evolução do tema partiu de situações jurídicas idênticas à brasileira - inicialmente a proibição e, em seqüência, o direito de greve assegurado na Constituição, mas acompanhado de um vazio legislativo - e, após um "vácuo" legislativo, a regulamentação. O período de ausência de regulamentação não impediu, entretanto, o reconhecimento e a aplicação.

Não necessariamente o posicionamento francês deva ser repetido no Brasil, inclusive porquanto a realidade social se mostra totalmente diversa da brasileira; ademais, permanece o próprio direito francês, em alguns sentidos, altamente conservador⁽⁶⁾. Não obstante, a análise crítica de sua experiência, com os seus erros e acertos, auxiliará a (re)pensar a greve do servidor público fora daquele lugar-comum repetido pelos doutrinadores pátrios.

Constata-se, frente ao "vácuo" legislativo, que qualquer forma limitativa regulamentadora, ainda que realizada pela própria Administração é, de alguma maneira, uma tentativa de realizar o avanço social propugnado pelo reconhecimento de um direito já assegurado; menos recriminável, certamente, do que a simples omissão que, com o escudo e a desculpa da ausência da prevista lei específica, nega a sua exeqüibilidade e, assim, o próprio direito⁽⁷⁾

1 3 a greve de servidores públicos

⁽⁵⁾ *A noção de corte epistemológico é trazida a partir de Gaston BACHELARD encontrada em sua obra Epistemologia, p 147 e ss*

⁽⁶⁾ *Por exemplo, com o direito de requisição de trabalhadores*

⁽⁷⁾ *"() 1 Não é auto-aplicável a disposição agasalhada no art 37, VII, da Carta Política vigente, pois depende de edição de lei complementar É norma de eficácia limitada Logo, não se pode falar em direito de greve de servidor público. ()" STJ ROMS-2702-SC Julgamento 30 06 19993 Decisão unânime 6ª Turma Rel Min Anselmo Santiago DJ 30 08 1993 (g n) , "O SERVIDOR PÚBLICO POR FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL NÃO PODE FAZER GREVE () 1 A greve de servidor público continuará ilegal enquanto não for editada lei complementar determinada pela Constituição Federal, Art 37, VII ()" STJ ROMS-8811-RS Julgamento 19 08 1999 Decisão unânime 5ª Turma Rel Min Edson Vidigal*

Os conflitos de interesse em torno de normas, condições de trabalho e sua remuneração não surgem apenas entre empregados e empregadores na órbita privada, senão também entre empregados públicos e entes de direito público interno.

A própria Organização Internacional do Trabalho já se manifestara no sentido de que cada vez é mais restrito o número de países em que o governo segue fixando unilateralmente as condições de trabalho, sendo tendência crescente a interferência na Administração Pública por meio de consultas ou até negociação coletiva com sindicatos de servidores públicos⁽⁸⁾.

Parece esdrúxulo pensar que o Estado, tido como um ente superior e neutro, detentor do poder de elaboração das leis, chega às vezes a não as cumprir ou que não assegure condições materiais favoráveis aos seus servidores, mantendo a correlação de forças sociais antagônicas para conservar a situação de poder.

A situação de poder público, sempre voltado para a consecução de um suposto interesse público é, a princípio, incompatível com o posicionamento de um Estado-empregador que deixa de cumprir suas obrigações legais e não fornece condições de trabalho e remuneração dignas.

O conflito, porém, é social e inerente à existência de interesses contrapostos. Se porventura existente, não é fruto exclusivo de uma categoria de servidores públicos que não trabalha, ganha demais e tem condições excepcionais para além das auferidas ante empresas particulares, como poderia, desavisadamente, alguém pensar⁽⁹⁾. O Estado pode, através de seus administradores, errar.

De qualquer forma, não poderemos mascarar para sempre uma realidade insurgente. O conflito entre o trabalhador e o dador de trabalho, ainda que dentro da esfera do serviço público, existe e é exteriorizado também por meio de greves, como válvula de descompressão de injustiças, enquanto movimento coletivo de protesto contra forma de tratamento indigno, opressão, reivindicações em favor de avanços sociais. Inclusive, por vezes, como forma de garantir o atendimento dos interesses do próprio Estado, esquecidos pelos passageiros governantes. Nota-se que as condições de emprego público encontram-se em processo de deterioração, havendo uma verdadeira corrosão

⁽⁸⁾ *ÁLVARES DA SILVA, Antônio Op cit, p 66*

⁽⁹⁾ *Para Celso Barroso Leite, a greve seria um "contraproducente anacronismo", "incongruente e nociva", seria necessário "inventar algo melhor" Os servidores, marajás do serviço público, beneficiados com o direito de greve LEITE, Celso Barroso Greve de servidores públicos, p 163-165*

da imagem do Estado como um "bom empregador"⁽¹⁰⁾, bem como a estrutura estatal encontra-se por políticas neoliberais em franco desmantelamento

Não se estará diante do ponto de eleição do conflito que pode surgir entre os direitos dos indivíduos e da coletividade, senão como o direito da própria coletividade, que se faz representar ainda nos movimentos paredistas.

1.4.a situação brasileira

Os Constituintes de 1988 avançaram, ao inovar, assegurando expressamente o direito de greve e sindicalização aos servidores públicos, previsto no art. 9º⁽¹¹⁾ e reforçado pelo art. 37, inciso VII, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/99. Trata-se de um direito fundamental, constitucional, revelação de uma estrutura social democrática. O Estado, interessado no acomodamento das relações, omite-se e não legisla sobre a matéria. Chega-se ao ponto de anular a conquista; ou fazer da Constituição letra morta.

O Poder Judiciário ao apreciar a questão, reconhece a mora do Congresso Nacional, admitindo até o cabimento, na hipótese, do Mandado de Injunção, com a determinação de comunicação ao Congresso Nacional e ao Presidente da República. Reputa, porém, inviável o exercício do direito constitucional de greve, por parte de servidores públicos, antes da edição de lei específica ou, com a redação original, lei complementar, em face da ausência de regulamentação sobre a matéria, por força do disposto no art. 37, VII, da Constituição Federal ser considerado como de eficácia limitada. Neste sentido, em um dos *leading case*⁽¹²⁾, tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

"(...) DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil (...), para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição.

⁽¹⁰⁾ Neste sentido, v. ROMITA, Arion Sayão *Servidor*, p 789

⁽¹¹⁾ A posição acatada vem expendida por Dirceu B Pinto Júnior PINTO JÚNIOR, Dirceu Buys *Greve e sindicalização de servidor público* Revista do TRF da 9ª Região Curitiba TRT da 9ª Região, v XV, n 2, jul dez 90, p 30 e segs

⁽¹²⁾ Veja-se, também no STF MI 438-STF, DJ 16 05 95, Rel Min Neri da Siveira, ADIN-1880-DF, DJ 27 11 98, Rel Min Ilmar Galvão, RE-185944-ES, DJ 07 08 98, Rel Min Marco Aurélio No mesmo sentido, já decidiu o STJ, considerando não aplicável a disposição agasalhada no art 37, VII, da CF ROMS-2702-SC, DJ 30 08 93, Rel Min Anselmo Santiago

A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art 37 VII da Constituição - para justificar o seu imediato exercício

O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis edição da lei complementar reclamada pela Carta Política A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art 37, VII, do texto constitucional Essa situação de lacuna técnica precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção

A inercia estatal configura-se, objetivamente quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição de prazo pre-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos beneficiários ()" Mandado de Injunção Coletivo n° 20-DF Impetrante Confederação de servidores públicos do Brasil Impetrado Congresso Nacional Relator Ministro Celso de Mello Julgamento 19 05 1994 Decisão por maioria Writ concedido Tribunal Pleno DJ 22 11 1996

O Poder Executivo, por meio de um Decreto⁽¹³⁾, disciplinou um tratamento de rigor aos grevistas faltosos, não permitindo abono, compensação, contagem do período para tempo de serviço A norma administrativa federal acaba colidindo com a norma constitucional ao proibir a greve, de forma indireta, aos ocupantes de cargos de confiança ou comissão, com a determinação da imediata exoneração Também deverá ser exonerado o "chefe imediato" que deixar de transmitir ao órgão de pessoal responsável a lista dos grevistas, com o escopo de exoneração dos ocupantes de cargo em comissão e o desconto das faltas dos demais grevistas O Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao apreciar a questão da competência privativa da União para disciplinar o direito de greve, respalda os decretos estaduais que disponham sobre a matéria, fixando as consequências administrativas e disciplinares

"Greve de servidor público não ofende a competência privativa da União para disciplinar-lhe, por lei complementar, os termos e limites - e o que o STF reputa indispensável a licitude do exercício do direito (MI 20 e MI

⁽¹³⁾ Decreto n° 1 480 de 03 04 95 DOU 04 04 95

438, ressalva do relator) - o decreto do Governador que - a partir da premissa da ilegalidade da paralisação, à falta da lei complementar federal - discipline suas consequências administrativas, disciplinares ou não (precedente ADInMC 1306, 30 6 95)" Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar n° 1696 -SE Requerente Cobrapol - Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis Requerido Governador do Estado do Sergipe Relator Ministro Sepulveda Pertence Julgamento 20 05 1998 Decisão unânime Indeferimento Tribunal Pleno DJ 26 06 1998

Respalado em critérios legalistas, sem fundamentação jurídica quanto aos princípios e fins das normas que são editadas, o Poder Judiciário, salvo algumas exceções que despontam, apaga o reconhecimento do direito de greve, impedindo o avanço em direção à democratização das relações desta categoria

Reconhece o Superior Tribunal de Justiça, em posição divergente e em casos isolados, a possibilidade do exercício do direito de greve, ainda que pendente de regulamentação, determinando entretanto o desconto dos dias de falta ao trabalho⁽¹⁴⁾ Assim, já decidiu que

"() A Constituição da República garante o direito de greve aos funcionários públicos, 'nos limites definidos em lei complementar '(art 37, VII) Essa legislação não poderá recusar a paralisação da atividade, essência da greve, universalmente reconhecida Além disso, são passados quatro anos de vigência da Carta Política O legislador mantém-se inerte Esses dois dados conferem legalidade ao exercício do direito, observando-se, analogicamente, princípios e leis existentes Caso contrário, chegar-se-ia a um absurdo a eficácia da Constituição depende de norma hierarquicamente inferior Não obstante a legalidade, incensurável o desconto dos dias parados A consequência é própria da greve, nos Estados de Direito Democrático Ônus típico do movimento, o pagamento depende de negociação" ROMS-4531-SC Julgamento 22 08 1995 Decisão unânime 6ª Turma Rel Min Luiz Vicente Cernicchiaro DJ 18 12 1995 (g n)

⁽¹⁴⁾ ROMS-5865-MG DJ 07 12 1998 Rel Min Anselmo Santiago, MS-3449-DF DJ 13 10 1997 Rel Min Felix Fischer, ROMS-2873-SC DJ 19 08 19996 Rel Min Vicente Leal ROMS-8426-PR DJ 23 03 1998 Rel Min Vicente Leal ROMS-2693-SC DJ 11 10 1993 Rel Min José Cândido de Carvalho Filho ROMS- 3180-RS DJ 10 06 1996 Rel Min Vicente Leal

A doutrina, em sua maioria⁽¹⁵⁾, entretanto, já aponta para o entendimento de que a eficácia da norma constitucional que garante o direito de greve é contida, propugnando que, não existindo lei específica, ou complementar (com a redação original) referida no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, o direito poderá ser imediatamente exercido.

Isto porquanto a lei regulamentadora não poderá anular o direito, senão delimitá-lo no seu exercício, determinando as suas fronteiras⁽¹⁶⁾. Como afirma Barroso, "(...) a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos, concede-os ela própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os"⁽¹⁷⁾. Negar o exercício da greve é afirmar a sua inexistência, negando a própria Constituição⁽¹⁸⁾.

Poderá sofrer limitação no seu exercício, pela própria aplicação em face dos demais direito constitucionais, bem como da abusividade no seu exercício; não, porém, a restrição determinada pelo Decreto Federal citado.

Süssekind, discordando da postura do STF, reafirma sua posição no sentido de que se trata de norma de eficácia contida e não programática e que, destarte, a lei infraconstitucional "() poderá estabelecer limitações, nunca, porém, negar o direito, o qual, por conseguinte, já existe" Em posição já externada na sua obra *Instituições de Direito do Trabalho*, propugna que a ausência de regulamentação poderia ser suprida com a

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, Octávio Bueno Magano e Estêvão Mallet, Antonio Alvares da Silva e Celso Antônio Bandeira de Mello MAGANO, Octávio Bueno & MALLET, Estêvão O direito do trabalho na Constituição, p 314 ÁLVARES DA SILVA, Antônio *Op cit*, p 114, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta, p 77-8 Em posição contrária PINTO, Almir Pazzianotto *Op cit*, p 157-159

⁽¹⁶⁾ Amauri MASCARO NASCIMENTO, J CRETELLA JÚNIOR e Celso Ribeiro BASTOS & Ives GANDRA MARTINS, em sentido oposto, afirmam a necessidade de aguardar-se a norma regulamentadora, porquanto a absoluta ausência de normatividade complementar priva o preceito de eficácia MASCARO NASCIMENTO, Amauri Direito do trabalho na Constituição de 1988, p 310, CRETELLA JÚNIOR, J Comentários à Constituição Brasileira de 1988, p 2200, BASTOS, Celso Ribeiro & GANDRA MARTINS, Ives Comentários à Constituição do Brasil, p 89

⁽¹⁷⁾ BARROSO, Luis Roberto O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira, p 103 O autor ressalta, todavia, que o direito de greve, albergado pelo artigo 9º, gera situações de pronto desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção por parte do Estado, de reprimir ou punir os que exercem *Op cit*, p 102

⁽¹⁸⁾ ROMITA, Arion Sayão A greve, p 84

aplicação analógica da lei que regulamenta a greve para empregados de empresas privadas, naquilo que não for incompatível com a natureza e os objetivos do serviço público⁽¹⁹⁾. Tal proposição viria ao encontro do disposto no art 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que como forma de integração indica que "*as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais () decidirão, conforme o caso, por analogia ()*"

Dirceu B Pinto Júnior⁽²⁰⁾ discorda de tal posição, propugnando pela aplicação imediata da norma, com o exercício do direito de greve sem qualquer restrição, em postura que aderimos. É que a analogia "*serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula preceito novo, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma*"⁽²¹⁾. Ora, não é possível no processo hermenêutico, quando da aplicação, para integração, a adoção da analogia para hipóteses em que se trata de um direito já previsto pelo ordenamento jurídico e plenamente realizável, que não depende de qualquer norma infraconstitucional para encontrar uma solução jurídica para um caso não previsto

Aliás, a lei de greve, Lei nº 7.783, de 28.06.1989, D.O.U. 29 06 89, prevê no seu artigo 16 que a greve de servidor público depende da edição de lei específica, ou complementar (com a redação original), que definirá os seus termos e limites e, assim, neste aspecto, revela-se inclusive inconstitucional⁽²²⁾

Face à ausência de lei específica, temos todo o caminho a percorrer, sem ainda sabermos, por vezes, em que direção estamos seguindo, se por um direito amplo de greve, ou apenas mais um degrau à liberdade.

2 A experiência francesa

Apesar da maturidade acerca do direito sindical francês, devido ao longo tempo de existência dos sindicatos enquanto entidades jurídicas, partiram os franceses, neste tópico, de uma identidade com o Brasil: a Constituição prevê o direito, mas a ausência de regulamentação perdurou longo tempo

(19) SUSSEKIND, Arnaldo *Direito constitucional do trabalho*, p 434 No mesmo sentido ROMITA Arion Sayão *Servidor*, p 808

(20) PINTO JÚNIOR Dirceu Buys *Op cit*, p 32

(21) MAXIMILIANO Carlos *Hermenêutica e aplicação do direito*, p 215

(22) Neste sentido a posição de Dirceu B Pinto Júnior PINTO JUNIOR, Dirceu Buys *Op cit* p 32

Por decisão do Poder Judiciário, durante o período de lacuna legislativa, reconheceu-se o direito de greve, a ser plenamente exercido e determinou-se a transferência de competência do Poder Legislativo ao Poder Executivo para limitar e interditar tal direito de greve, diante de eventuais abusos, sem contudo anular o próprio direito já adquirido e plenamente eficaz.

2.1. antecedentes.

O direito de greve no serviço público francês sofreu longa e complexa evolução, sendo essencialmente um direito jurisprudencial.

A greve foi reconhecida de forma genérica, como direito constitucional, na Carta de 1946, em posicionamento seguido pela atual, de 1958, nos respectivos preâmbulos⁽²³⁾, sem distinção entre trabalhadores privados e funcionários públicos. Deixou de ser um fato social tolerado, passando a uma modalidade essencial de defesa dos interesses profissionais⁽²⁴⁾. A competência para a edição de lei ordinária que regulamentaria o princípio constitucional foi concedida ao Poder Legislativo, por previsão constante no artigo 34.

Na atividade privada, a greve já havia sido consagrada através da Lei de 25 de maio de 1864, como consequência da luta dos socialistas utópicos, cujas idéias desabrocharam naquele século através das palavras de *Louis Blanc e Babeuf*, dentre outros.

O direito de coalizão, pressuposto do direito de greve, esteve desde o Código Penal de 1810 descrito como atividade punida - Lei 22 germinal do ano XI -, em dois tipos, com penas mais severas para os operários do que para as coalizões patronais⁽²⁵⁾, o que ajuda a demonstrar o caráter desigualitário do Direito Penal⁽²⁶⁾. A coalizão dos empregados era punida com prisão e a patronal reprimida somente se houvesse a tentativa de rebaixar injustamente os salários⁽²⁷⁾. Apesar da descriminalização, pela Lei 25 de maio

⁽²³⁾ *Preâmbulo da Constituição de 07 de outubro de 1946*

" *Le droit de greve s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent*"

Preâmbulo da Constituição de 04 de outubro de 1958

" *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946* "

⁽²⁴⁾ LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain *Droit du travail*, p 1070

⁽²⁵⁾ *Code Penal*, arts 123 a 126

⁽²⁶⁾ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da *O caráter retórico da legalidade*

⁽²⁷⁾ LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain *Op cit*, p 1069

de 1864, de inspiração liberal, instigada por E. Ollivier, outra conduta passou a ser reprovada, nos termos dos artigos 414 e 415, do CP. Era o *delit d'atteinte à liberté du travail*, se quando do exercício do direito de greve resultassem atos de violência, ameaças ou manobras fraudulentas, com o fim de assegurar ou prolongar o movimento paredista⁽²⁸⁾. Por tal motivo, LYON-CAEN afirma que a lei efetivou tão-somente uma "*dépénalisation partielle*", estabelecendo uma distinção entre meios proibidos e permitidos no curso do movimento⁽²⁹⁾

Segundo o Conselho de Estado, até o ano de 1937, o funcionário em greve rompia o liame jurídico que o vinculava à Administração Pública. Após esta data, modificando a fundamentação dos julgados, o Tribunal passou a entender que o servidor posicionava-se à margem das leis e regulamentos, pelo que não era necessário garantir direitos ao grevista em um processo disciplinar para aplicar-lhe a pena de demissão.

Salienta-se, de qualquer sorte, o fato de que o Estatuto dos Funcionários Públicos de 14 de setembro de 1941, em seu artigo 17, previa como falta disciplinar com pena de demissão, sem necessidade de um processo disciplinar para a aplicação de sanção, a participação em movimento paredista por funcionário público.

A propósito, até o advento da lei de 11 de fevereiro de 1950, que tratou de convenções coletivas, a greve era encarada como um motivo de rescisão do contrato de trabalho.

2.2 *jurisprudência que nega o direito*

A principal fonte de regulamentação restritiva ao direito de greve é encontrada na jurisprudência dos Tribunais.

O "*arrêt WINKELL*", de 07 de agosto de 1909, do Conselho de Estado, serviu de paradigma às subseqüentes manifestações da jurisprudência. Decidiu-se que a greve dos servidores públicos era um ato ilícito, enquanto forma de **auto-exclusão** da função pública, pelo que todas as garantias disciplinares seriam afastadas. Fundamentou a decisão no princípio

⁽²⁸⁾ *Code Penal, art 414*

"Sera puni d'un emprisonnement de six jours et trois ans à d'une amende de 4 000 francs à 720 000 francs ou de l'une de ces peines seulement, quiconque, à l'aide de violences, voies de fait, menaces ou manoeuvres frauduleuses aura amené ou maintenu, tenté d'amener ou de maintenir une cessation concerté de travail, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail"

⁽²⁹⁾ *LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain Op cit, p 1070*

da continuidade do serviço público e no caráter regulamentar do estatuto da função pública. O exercício da greve feriria, também, a vontade e a soberania nacionais, bem como a democracia parlamentar.

O vínculo jurídico que liga o funcionário público ao Estado, não tendo natureza contratual, mas estatutária, implicava na submissão do empregado ao princípio da autoridade hierárquica, fundamento da organização administrativa. A manifestação grevista violaria este dever legal. As condições de trabalho administrativas, em sendo fixadas unilateralmente em um Estatuto, incompatibilizariam-se com um debate contratual entre funcionário e Poder Público, eis que inexistente entre os sujeitos a autonomia da vontade para delimitar o conteúdo das condições de trabalho.

O princípio da continuidade do serviço público embasava o entendimento de que o Estado fornece os serviços públicos que os poderes públicos valoraram como de interesse geral e, assim, o seu funcionamento não poderia sofrer interrupção.

Portanto, com este aresto ficou consagrado o entendimento de que o funcionário público renuncia a todas as faculdades cujo exercício inviabiliza o funcionamento normal e contínuo dos serviços da Administração Pública. Argumentam, ainda, que o serviço público concede aos funcionários uma série de vantagens materiais e privilégios jurídicos que compensavam as restrições aos seus direitos e liberdades.

2.3.o direito de greve latente.

Apesar da consagração constitucional, mesmo que em dispositivo ambíguo em termos de redação, a jurisprudência não alterou de imediato o posicionamento expendido no "**arrêt WINKELL**". O Poder Judiciário continuou a restringir o direito de greve do servidor público, com respaldo no entendimento de que ante a ausência de regulamentação do direito de greve, a natureza normativa não afastava princípios gerais de direito, quer explícitos, quer implícitos na Constituição, tais como o da continuidade do serviço público.

Outrossim, as disposições do preâmbulo teriam também um **caráter de princípios e programas**, não reconhecidos como regras de direito positivo. Prevaleceu, nestes termos, o entendimento de que o legislador ficaria encarregado de regulamentar o dispositivo constitucional⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ *Sobre a eficácia do preâmbulo da Constituição Francesa, v LEMASURIER, Jeanne La Constitution de 1946 et le controle jurisdictionnel du legislature, p.173*

2.4. concretização do direito de greve.

Determinados fatores subsidiaram uma evolução na jurisprudência administrativa e judiciária francesa no sentido de concretizar o direito de greve dos servidores públicos, entendendo-o como **atividade lícita**.

Dentre esses fatores está o reconhecimento de que o Estado liberal, cujos serviços públicos cingiam-se às atividades exclusivamente de interesse geral, foi superado. Surgiu uma nova visão do Estado, Social, intervencionista na economia, criando monopólios ou concorrendo com a iniciativa privada e submetido a regras de direito privado, inclusive em relação aos seus servidores. Contratos comuns de direito do trabalho foram celebrados⁽³¹⁾ e, nestes termos, aceitos e compreendidos.

A partir dessa situação ambivalente, na qual um serviço público - de regime administrativo - era prestado por funcionários comuns, sujeitos a um contrato de regime privado, chegou-se à introdução de restrições ao direito de greve de tais agentes, em igualdade de condições com os funcionários públicos, com fulcro na continuidade dos serviços.

Acrescente-se o fato de que empresas privadas passaram a exercer atividades de natureza exclusivamente pública, em monopólio ou quase-monopólio, bem como particulares asseguravam interesses coletivos, tais como a saúde ou o ensino.

Dessa crise originada pela não exclusividade do Estado na satisfação de interesses coletivos surge uma interpenetração do direito público (organismo público, serviço público) com o direito privado (atividade econômica).

Refira-se também à crescente descaracterização da natureza privada da relação de emprego que, paulatinamente, caminha em direção a uma proximidade com a natureza jurídica da relação estatutária ou institucional.

Por outro lado, com a penetração do sindicalismo na função pública, assegurada pela liberdade sindical prevista no Estatuto aprovado pela Lei de 19 de outubro de 1946⁽³²⁾, atenuado foi o princípio da autoridade hierárquica e o caráter regulamentar e unilateral do Estatuto da função

⁽³¹⁾ *Sobre o regime jurídico dos servidores públicos franceses, v. SAINT-JOURS, Yves. Les relations du travail dans le secteur public.*

⁽³²⁾ *Atualmente vigora o Decreto de 04 de fevereiro de 1959.*

publica, democratizando as relações entre os servidores públicos e a Administração Pública

Houve uma verdadeira "contratualização" da relação de trabalho no âmbito público e uma "institucionalização" da relação de emprego privado

2.5 a restrição do direito de greve

O legislador passou a restringir e até a proibir o direito de greve, porém não mais contestando a sua existência enquanto atividade lícita. Procurou-se adequar a natureza não absoluta do direito e a necessidade de conciliação do interesse da categoria com a preservação do interesse geral.

Aqueles agentes cuja presença física fosse indispensável no local de trabalho, eis que a paralisação impediria a satisfação de necessidades essenciais ou, ainda, que constituísse perigo para saúde ou a segurança pública, foi proibido o exercício do direito de greve.

Esta legislação restritiva alcançou as Companhias Republicanas de Segurança (Lei de 06/12/1947), membros da polícia (Lei 28/09/1948), magistrados (Dec 22/12/1958), controladores aéreos (Lei 06/07/1964 e 17/07/1974), funcionários dos serviços de transmissões do Ministério do Interior (Lei 31/07/1968), militares (Lei 13/07/1972) e, finalmente, engenheiros da aviação civil (Lei 18/06/1971).

As leis de 29 de setembro e de 29 de dezembro, regulamentaram a organização do serviço mínimo nos organismos públicos de rádio e televisão. Em 1981, a lei de 18 de março regulamentou o direito de greve das professoras de escolas primárias e elementares.

2.6 competência do Executivo para a criação de restrições

Diante do vazio legislativo no tocante a regulamentação, a França segue o caminho da jurisprudência para manter uma situação de justiça na desigualdade existente entre agentes públicos e empregadores, adaptando-se a nova realidade. Afirma LYON-CAEN que como resultado (em face do Direito não conhecer as lacunas) as normas passaram a ser editadas pelos magistrados⁽³³⁾.

⁽³³⁾ "il en résulte - le Droit ne connaissant pas des lacunes - que les normes sont édictées par les juges" LYON CAEN Gerard PELISSIER Jean SUPLOT Alain Op cit p 1070

Reconhecidamente, são os Tribunais a principal fonte de regulamentação e de avanço do direito de greve na França, tanto no setor público quanto no privado⁽³⁴⁾.

Alguns julgados, tais como o "arrêt Dehaene"⁽³⁵⁾, foram marcos desta evolução. Neste julgamento foi reconhecido o direito de greve como ato legal, refletindo o princípio geral formulado de que **toda forma de greve é antes de tudo lícita**, ou seja, há sempre regularidade do direito de greve qualquer que seja a forma de exercício, desde que tenha o apoio de reivindicações da categoria⁽³⁶⁾, mesmo se ausente qualquer regulamentação. Assim, "*en l'absence de tout texte légal ou réglementaire précisant les formes que doivent revêtir les arrêts de travail pour constituer une grève, telle modalité de grève (en l'espèce des arrêts de travail de brève durée successifs ou répétés) 'ne peut être considérée en principe comme un illicite'*"⁽³⁷⁾. Servindo de instrumento de defesa dos interesses exclusivamente profissionais, o que é presumido, caberia à Administração Pública provar a finalidade política da paralisação, para que o movimento paredista pudesse ser considerado ilegal.

Sustentou o Conselho de Estado que, em virtude da ausência de regulamentação por parte do legislador ordinário, os poderes públicos soberanos eram legítimos para criar restrições ao exercício do direito, com o fito de coibir o uso abusivo ou contrário às necessidades de ordem pública, mas não o negar.

Em sendo o governo o responsável pelo bom andamento dos serviços públicos, poderá intervir na ocasião das greves com o intuito de restringir a liberdade de ação dos grevistas ou até proibi-la, sem porém negar a titularidade e a aquisição do direito.

Os administradores determinarão quais os serviços e categorias de funcionários que deverão continuar a trabalhar durante a paralisação, dentro do poder regulamentar da Administração. Dúvidas, no entanto,

⁽³⁴⁾ "*en revanche le juge administratif décide qu'en l'absence de réglementation légale du droit de grève, il appartient aux chefs de service publics de fixer eux-mêmes, sous contrôle du juge, 'les limitations à apporter au droit de grève en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels de la Nation'*" LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain Op cit , p 1076

⁽³⁵⁾ Sobre o aresto, v FERNANDES, Francisco Liberal O direito de greve nos ordenamentos francês, alemão e italiano, p 346

⁽³⁶⁾ LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain Op cit , p 1078

⁽³⁷⁾ LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain Op cit , p 1078

surgiram acerca da competência do agente da Administração e quais os serviços indispensáveis.

A interdição da greve só será válida se a prestação de serviços for imprescindível e se relacionar com a segurança pública ou as necessidades primárias, ou seja, para dar atendimento a outros valores que são tão importantes, ou mais, quanto o próprio direito de greve; nestes casos, a participação do funcionário dá origem à responsabilidade disciplinar. A sanção aplicada pelo administrador, com fundamento no Estatuto do Funcionário ao qual vincula-se o grevista é de apreciação restrita pelo Judiciário, face à discricionariedade que o Administrador tem de apreciar os fatos.

Não obstante, aos Tribunais caberá a análise "*a posteriori*" do abuso das restrições ou a sua contrariedade à ordem estabelecida.

Esse aresto passou a ser o norteador para o tratamento da matéria a ser aplicado, paulatinamente, a todos os casos de greve no setor público.

27 a lei de greve

O princípio da continuidade do serviço público passou a servir não mais de fundamento à negação do direito de greve, mas à edição de restrições, as quais têm alcance bastante restrito, já previstas na lei de 1963.

Fruto de uma multiplicação de greves nos anos 62 e 63⁽³⁸⁾, bem como do descontentamento causado no público e na perturbação da economia, o clima foi criado para que esta regulamentação fosse tornada realidade.

No entanto, na Assembléia Nacional, após acirradas discussões e três tentativas frustradas para ver editada a lei de greve, afinal foi aprovada, por 257 votos contra 205, uma lei que nada mais fez do que proibir algumas modalidades de greve, instituir o pré-aviso e fixar os descontos dos vencimentos por motivo de greve.

A disciplina legislativa específica para a greve dos servidores públicos veio com a Lei 678/777, de 31.07.1963, hoje artigos L521-2 a 521-6,

⁽³⁸⁾ *Foram 57 greves deflagradas na Société Nationale des Chemins de Fer, 63 greves-surpresa da RATP, dentre outras tantas no ano de 1962. No ano seguinte, somente da RATP aconteceram 54 movimentos paretistas além de outras 7 greves na Air France. Sobre o assunto, v DUCOS-ADER, Robert & AUBY, Jean-Marie Droit Administratif, p 216*

do *Code du Travail*. Lei posterior, de 19.10.1982, tão-somente a completou ao estabelecer o dever de negociação durante o período de pré-aviso.

A partir da edição da lei de greve, os princípios gerais que regiam o direito de greve no setor privado foram aplicados ao servidor público.

Na realidade, a lei limita-se a proibir determinados “tipos de greve”, não regulamentando o seu exercício.

A legislação é destinada a todos os funcionários públicos do Estado e dos “*départements*”, dos municípios com mais de 100.000 habitantes e estabelecimentos públicos ou privados encarregados da gestão de um serviço público.

Recusou-se a caracterização da denominada “*greve perlée*”⁽³⁹⁾, ou seja, do trabalho defeituoso com negligência ou descumprimento de deveres como uma greve em sentido jurídico. O termo greve, enquanto situação juridicamente relevante, necessariamente deve implicar numa paralisação do trabalho e, assim, qualquer execução defeituosa ou decréscimo do rendimento do trabalho fica excluída da abrangência das suas normas proibitivas.

Entretanto, a “*greve perlée*”, por ser ato dirigido à desorganização do trabalho, é considerada como uma forma de abuso de direito, desde que presentes todos os requisitos para a sua caracterização: intenção de prejudicar, incorreção no exercício do direito, falta de interesse legítimo pela ausência de reivindicações anteriores e desvio de sua finalidade social⁽⁴⁰⁾.

Ficou mantida da proibição da “*greve de zèle*”⁽⁴¹⁾, equiparada a um ato de indisciplina, da “greve política” nas quais os interesses em conflito

⁽³⁹⁾ A “*greve perlée*” é definida como “*sucession de ralentissements dans la production*” (sucessão de retardamentos na produção) *Petit Larousse illustré Paris Larousse, 1985, p 473*

⁽⁴⁰⁾ JOSSERAND, Louis *Théorie de l'abus des droits*, p 254.

⁽⁴¹⁾ “*Grève du zèle*” é a “*manifestation du mécontentement consistant à effectuer son travail avec une minutie excessive*”, ou seja, aquela em que os empregados continuam em serviço e exageram na sua execução, a fim de causar danos pelo atraso, escudados na dedicação excessiva *Petit Larousse cit, p 473*

não são necessariamente os da categoria profissional e da "grève sur le tas"⁽⁴²⁾.

O Poder Judiciário e a Administração Pública continuaram regulamentando e restringindo o fenômeno.

2.8. deflagração da greve - legitimidade e requisitos.

Note-se que em 1996, enquanto no setor privado o número de dias perdidos por movimentos paralisantes foi da ordem de 444.064, no setor público foram contabilizados 447.775 dias. Para LYON-CAEN, a ampla utilização do instrumento reivindicatório no âmbito público reflete a precariedade do emprego privado e a estabilidade do emprego público⁽⁴³⁾.

Segundo a lei de greve, o sindicato mais representativo dará o pré-aviso. Ao contrário do setor privado⁽⁴⁴⁾, no público há um "monopólio" sindical na deflagração da greve.

Encaminhado com cinco dias de antecedência, deve ser o aviso endereçado à autoridade hierarquicamente superior, à direção do organismo ou, se nacional, ao Ministro da área. Constará o motivo da greve, o local, a data e a hora do seu início, bem como sua duração caso seja por tempo limitado. Durante esse período a negociação será obrigatória, não ressaltando a lei, entretanto, o procedimento a ser adotado

A ausência deste aviso torna a greve ilegal ou "sauvage", face à transgressão da lei regulamentadora, sujeitando os grevistas à sanções disciplinares, muito embora não seja uma "falta grave".

A noção de sindicato mais representativo está previsto hoje no Código de Trabalho, em seu artigo L.133-2 e, para a caracterização cinco requisitos se apresentam: o número de efetivos; a independência face aos empresários; as cotizações; a experiência e a antiguidade; e o comportamento durante a ocupação pelas forças alemãs.

2.9. requisição de trabalhadores.

O direito de greve poderia ainda sofrer outro tipo de restrição: a requisição de trabalhadores. De utilização rara e de validade duvidosa, veio

⁽⁴²⁾ A "grève sur le tas" é entendida como "grève avec l'occupation du lieu du travail", ou seja, a greve com a ocupação dos locais de trabalho *Petit Larousse cit*, p 473

⁽⁴³⁾ LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain *Op cit*, p 1076

⁽⁴⁴⁾ Por tal motivo, afirma-se que apenas excepcionalmente a greve é um direito sindical LYON-CAEN, Gérard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain *Op cit*, p 1080

regulamentada na Lei de 11.07.1938, em seu artigo 14, que regulava a nação em tempo de guerra. Os efeitos desta lei foram prorrogados "*sine die*", a teor do Decreto de 28.02.1950. Já em 1962, outra lei estendeu tal possibilidade às mulheres.

A lei de 07 de janeiro de 1949 previa, no artigo 45, a possibilidade da Administração convocar reservistas, para que o serviço não sofresse solução de continuidade.

A requisição dar-se-ia por iniciativa exclusiva do Conselho de Ministros, através de decreto, seguida por portaria do Ministro da pasta a que estava subordinado o grevista. Seria, então, notificada a empresa para que retomasse o serviço sob pena de sanção penal, a que se sujeitariam os grevistas.

Todavia, era requisito essencial de validade da requisição de trabalhadores o fato da greve atingir boa parcela do território ou um setor da vida social, bem como a deflagração violar o atendimento das necessidades essenciais da população.

2.10. contratos de experiência.

A Administração Pública não poderá, entretanto, valer-se de contratos de pessoal por tempo determinado, nem ao menos de servidores temporários para substituição de um assalariado temporariamente ausente por motivo de greve. O texto do artigo L.122-1 do Código do Trabalho exclui expressamente "*l'absence temporaire ou la suspension du contrat de travail résultant d'un conflit collectif*" (Lei de 03.01.1972, art. 2º).

2.11. efeitos pecuniários.

Quanto aos efeitos pecuniários a que estão sujeitos os grevistas, o direito francês é peculiar no tratamento dado à matéria.

Na greve regular no âmbito das empresas privadas a redução da remuneração é proporcional à diminuição do serviço. No setor público, com fundamento no "*serviço feito*", o trabalho diário executado pelo servidor público não pode ser mensurado e assim será tido como uno e indivisível. O desconto será o de um dia inteiro (**trintième indivisible**), mesmo quando somente parte do serviço foi executado. Esta regra está fundamentada nos dispositivos da Lei de Contabilidade Pública (Lei n.º 61/825, de 29.10.1901).

Todo o período diário de trabalho iniciado é devido por inteiro. A ausência, mesmo que inferior à jornada diária de trabalho, desde que insuscetível o seu fracionamento, não acarreta a redução parcial da

remuneração. Se a ausência do trabalho ocorre apenas por uma ou algumas horas, a perda da remuneração corresponde ao pagamento total da jornada diária.

A Lei de 31.07.1963 alargou ainda mais o âmbito da aplicação da lei anterior quanto às pessoas atingidas pela norma, agora incidindo sobre todos os agentes do serviço público (trabalhadores comuns e funcionários públicos)⁽⁴⁵⁾.

As verbas pessoais e abonos para encargos familiares ficaram excluídos do eventual desconto.

A Lei de 22 de julho de 1977 elasteceu a abrangência dos descontos, acentuando o poder discricionário da Administração, assimilando à ausência do serviço feito a não execução pelo agente de suas obrigações de serviço e de ordens hierárquicas. Possibilitou, então, o abatimento nos salários dos servidores que não executem a totalidade do serviço a eles destinados, mesmo que cumpram a jornada de trabalho. Não obstante, a lei prevê a possibilidade da percepção de retribuição da atividade prestada durante uma fração do horário de trabalho cumprido, para garantir a manutenção da atividade mínima - *service minimum* - dos serviços essenciais.

Em 1982 surge nova legislação, em 19 de outubro, instituindo outros critérios para descontos em caso de greve dos servidores públicos, suprimindo a regra da *trintième indivisible* e aproximando o setor público do privado. Na hipótese de diminuição da jornada inferior a uma hora, será debitado 1/60 da remuneração mensal nas greves regulares. Para as hipóteses em que a jornada foi diminuída em mais de uma hora, embora ainda inferior a meio-dia de trabalho, o desconto será de 1/50 avos, atingindo até 1/30 avos nas paralisações superiores a meio-dia de trabalho.

Nota-se, assim, a revogação da noção de "*absence du service fait*", com a adoção da divisibilidade da jornada diária de trabalho.

Faz-se necessário ressaltar que o ordenamento jurídico francês não reconhece nenhuma eficácia a acordos que estipulem a recuperação das horas de trabalho com a conseqüente remuneração.

3. conclusão.

O conhecimento não é mera descrição da realidade, mas uma construção dela. Todo jurista, magistrado, operador do direito ou apenas um

⁽⁴⁵⁾ JAVILLIER, Jean-Claude *Crise, maintien de l'emploi et partage du travail*, p 137-145

estudioso interessado, e quem sabe até mesmo um leigo, constrói o direito diariamente, na medida em que o conhece. Não existe direito anterior que é apenas revelado, desvelado, mas um eterno ato de (re)criar, a partir de dados do nosso intelecto e do referido saber que se acumula e a que se denomina intertextualidade.

Desta forma, duas pessoas poderão concluir em resultados díspares ao tentar clarear o sentido de uma mesma norma jurídica, justamente por se encontrarem em condições diferentes de conhecimento com os quais elaborarão o comando jurídico, tal como se revelaram juristas brasileiros e franceses acerca da matéria. Acrescente-se ainda o fato de que as leis - fonte através do qual o direito de greve é exteriorizado - estão repletas de conceitos que não têm uma correspondência semântica definida, significantes desprovidos de concreção, cujos conteúdos serão necessariamente preenchidos pelo intérprete, com as noções que entender amoldarem-se melhor ao fim que crê ter sido projetado pela norma⁽⁴⁶⁾.

Com a consciência de que os conceitos não são idéias anteriores à experiência, devemos desmitificar a neutralidade do intérprete e a imparcialidade dos juízes, enquanto meros aplicadores do direito e da lei.

A jurisprudência (re)cria normas jurídicas e, tratando especificadamente do ordenamento jurídico francês, regulamenta diariamente o direito de greve ante o vazio legislativo, substituindo o legislador omissor.

Que essa criação seja, então, consciente e tenha por fim a um melhor atendimento das necessidades dos trabalhadores, ajudando na transformação social, mas não sem deixar de responsabilizar eventual abuso de um direito que porventura seja cometido por um grevista, sem afetar, contudo, o direito em si. O exercício de um direito constitucional assegurado jamais é abusivo; será, contudo, a atitude de um ou mais grevistas na sua individualidade, mas que não tem o condão de afetar o direito em si considerado.

A ausência de regulamentação, no Brasil, não deverá servir para a ineficácia do direito que é a revelação de um Estado democrático; ou poderá ser suprida com a participação do Executivo ou Judiciário na criação de normas jurídicas, tal como fora em França, suprimindo as lacunas legislativas ou

⁽⁴⁶⁾ A noção de conceitos indeterminados é encontrada na obra de ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p.170 e segs.; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p.325.

ser garantido o pleno exercício diante a eficácia da norma constitucional que já assegurou o direito de greve

Em nítido avanço, já decidiu o STJ

"() I - A Constituição Federal, rompendo com a sistemática anterior, dá ao servidor público o direito de greve (CF, Art 37, inciso VII) Trata-se de "norma de eficácia contida" Isso quer dizer que lei complementar estabelecerá limites para o exercício do direito de greve, embora não possa dificultá-lo excessivamente Mas, enquanto não vierem tais limitações, o servidor público poderá exercer seu direito, não fica jungido ao advento da lei complementar regulamentadora" ROMS-2947-SC Julgamento 30 06 1993 Rel Min Adhemar Maciel Decisão unânime 6ª Turma DJ 16 08 1993

A postura omissiva dos Poderes Executivo e Judiciário frente a inexistência de norma regulamentadora da greve dos servidores públicos é fato que nenhum benefício traz à população

BIBLIOGRAFIA

ALVARES DA SILVA, Antônio Os servidores público e o direito do trabalho São Paulo . LTr , 1993

BACHELARD, Gaston Epistemologia trad Nathanael Caixeiro 2 ed Rio de Janeiro Zahar, 1983

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta São Paulo Revista dos Tribunais, 1990, p 77-8

BARROSO, Luis Roberto O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira Rio de Janeiro Renovar, 1993

BASTOS, Celso Ribeiro & GANDRA MARTINS, Ives Comentários à Constituição do Brasil, v 3, t 3, São Paulo Saraiva, 1992

COELHO, Luiz Fernando Lógica jurídica e interpretação das leis 2 ed Rio de Janeiro Forense, 1981

CRETELLA JUNIOR, J Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v 4 Rio de Janeiro Forense, 1991

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da O caráter retórico da legalidade Porto Alegre Síntese, 1979

DEBBASCH, Charles, BOURDON, Jacques, PONTIER, Jean-Marie, RICCI, Jean-Claude Institutions et droit administratifs Paris Presses Universitaires de France, 1980, p 203

DUCOS-ADER, Robert & AUBY, Jean-Marie Droit Administratif 6 ed Paris Dalloz

ENGLISH, Karl Introdução ao pensamento jurídico trad J Batista Machado, 5 ed Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1979

FERNANDES, Francisco Liberal O direito de greve nos ordenamentos francês, alemão e italiano in Estudos em homenagem ao prof doutor Eduardo Correia Coimbra Universidade de Coimbra, 1984, vol II

JAVILLIER, Jean-Claude Crise, maintien de l'emploi et partage du travail Org JUNOD, Charles-André & AUBERT, Gabriel Geneve Centre d'etudes juridiques de la Faculté de Droit de Geneve, 1983, vol 27

JOSSERAND, Louis - Théorie dite de l'abus des droits 2 ed Paris Dalloz, 1939

LARENZ, Karl Metodologia da ciência do direito trad Jose de Sousa e Brito e José Antonio Veloso 2 ed Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p 325

LAUBADERE, Andre Traite Élémentaire de Droit Administratif Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p 700 e segs

LEITE, Celso Barroso Greve de servidores públicos Revista LTr São Paulo LTr, v 53, n 2, fev 89, p 163-165

LEMASURIER, Jeanne La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954

LYON-CAEN, Gérard, PELISSIER, Jean, SUPLOT, Alain Droit du travail 19 ed Paris Dalloz, 1998

MAGANO, Octávio Bueno & MALLET, Estêvão O direito do trabalho na Constituição Rio de Janeiro Forense, 1993

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. Direito do trabalho na Constituição de 1988. São Paulo : Saraiva, 1989.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 215.

MONREAL, Eduardo Novoa. O direito como obstáculo à transformação social. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

PINTO, Almir Pazzianotto. O servidor público civil - sindicalização - direito de greve. Revista LTr. São Paulo : LTr, v.54, n.2, fev.90, p.157-159.

PINTO JÚNIOR, Dirceu Buys. Greve e sindicalização de servidor público. Revista do TRT da 9.^a Região. Curitiba : TRT da 9.^a Região, v.XV, n.2, jul.dez.90, p.29-34.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo : Cultrix, s.d.

ROMITA, Arion Sayão. Servidor Público: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve. Revista LTr. São Paulo : LTr, v.56, n.7, jul.92, p. 789-808.

_____. A greve dos servidores públicos. Revista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro : Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v.1. n.1, 1993, p.77-84.

SAINT-JOURS, Yves. Les relations du travail dans le secteur public. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

A Medida Cautelar satisfativa e a Tutela Antecipatória

Arion Mazurkevic^(*)

I - TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar, passível de ser invocada através do exercício de um direito constitucionalmente garantido, que é o direito de ação, visa prevenir e proteger o processo. Através da ação cautelar invoca-se a tutela jurisdicional do Estado para, nas palavras do Professor MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, obter provimento “*assecuratório da viabilidade do próprio processo, como método estatal de heterocomposição das lides*”⁽¹⁾

Assim, caracteriza-se como um instrumento de proteção à tutela principal, que pode ser de conhecimento ou execução.

Não obstante a sua unidade conceitual, a ação é classificada, segundo o provimento jurisdicional buscado pela parte através dela, em ação de conhecimento (ou cognitiva), de execução e cautelar. A tutela cautelar presta-se para criar condições que assegurem a futura satisfação do direito material cujo reconhecimento se pretende através da ação de conhecimento ou a efetividade do cumprimento da obrigação contida no título executivo, no caso da ação de execução.

As medidas cautelares (ou seja, o provimento jurisdicional pretendido através da ação cautelar) podem ser nominadas (típicas ou específicas) e inominadas (ou atípicas). As nominadas são aquelas identificadas e reguladas no Capítulo II do Livro III do CPC. As inominadas se encontram autorizadas no art. 798 do Código, quando estabelece que “*Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*”. Nesta prerrogativa que reside o chamado PODER GERAL DE CAUTELA ou, segundo alguns doutrinadores, poder cautelar geral⁽²⁾.

^(*) Arion Mazurkevic é Juiz da 6ª Vara do Trabalho de Curitiba.

⁽¹⁾ “*As Ações Cautelares no Processo do Trabalho*”, 2ª edição, LTR, SP, 1989, pág 57)

⁽²⁾ Expressão utilizada por OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA e GALENO LACERDA

Este dispositivo permite ao juiz o exercício de amplo poder discricionário para estabelecer, dentro dos critérios de oportunidade e conveniência, providências temporárias “que julgar adequadas”, com o fim de prevenir dano provocado ou ameaçado por uma das partes à outra

O poder discricionário previsto no art. 798 do CPC, evidentemente, não é ilimitado, devendo ser exercido dentro dos parâmetros da lei, sem se olvidar os pressupostos e condições das cautelares jurisdicionais (GALENO LACERDA⁽³⁾), a finalidade da norma (OVÍDIO BAPTISTA⁽⁴⁾) e que a discricionariedade prende-se à escolha da providência acautelatória e não ao direito material em abstrato (GALENO LACERDA⁽⁵⁾). Não obstante, é extremamente amplo, ao ponto de GALENO LACERDA afirmar: “*a notável liberdade discricionária que a lei concede ao juiz para adotar as medidas atípicas mais adequadas para conjurar a situação de aprêmio representa, a nosso ver, o momento mais alto e amplo de criação do direito em concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental, como o nosso*”⁽⁶⁾.

II - CARÁTER SATISFATIVO DO PROVIMENTO CAUTELAR

Questão que merece especial análise, até porque vem suscitando maior polêmica na doutrina e jurisprudência no âmbito de incidência das cautelares, é o chamado caráter satisfativo destas medidas, assim entendido aquele provimento exarado em processo cautelar que antecipe provisoriamente a pretensão de direito material, deduzida no processo principal.

O Professor MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO perfilha o entendimento de que o processo cautelar visa “*tutelar o processo principal*”, não possuindo o “*objetivo de proteger o direito material, de compor provisoriamente a lide*”⁽⁷⁾. Não obstante, admite que, indiretamente, a pretensão de direito material seja atendida, desde que evidenciada a concreta ameaça do direito da parte ao processo. Este entendimento resta evidenciado no exemplo citado em sua obra, na seguinte passagem:

⁽³⁾ In “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume VIII, Tomo I, 5ª edição, Forense, RJ, 1993, pág 86

⁽⁴⁾ In “Do Processo Cautelar”, Forense, RJ, 1996, pág 104

⁽⁵⁾ Ob cit, pág 86

⁽⁶⁾ Ob cit, pág 86

⁽⁷⁾ Ob cit, pág 101

“Admitamos que um empregado tenha ingressado com uma cautelar inominada, pretendendo a sua reintegração no emprego, sob a alegação de que possui estabilidade e, em conseqüência, não poderia ter ocorrido a dissolução do seu contrato de trabalho.

Deverá o magistrado, diante disso, verificar, exclusivamente, se existe um fato que esteja a ameaçar o direito da parte ao processo principal, forrando-se, portanto, de fazer uma apreciação, ainda que sumária, sobre a presença, ou não, do direito material invocado pelo autor.

Isto significa que, na hipótese cogitada, poderá o juiz: a) conceder a providência cautelar solicitada com base apenas na constatação de que é concreta a ameaça de lesão ao direito da parte ao processo (principal); b) negar a medida ainda que, embora manifesta a garantia de emprego do autor, não vislumbre qualquer risco ao seu direito ao processo ou ao seu direito de ação”⁽⁸⁾

Evidentemente, na hipótese da alínea a do exemplo sugerido, ao conceder a providência cautelar solicitada, de reintegração no emprego, o pronunciamento jurisdicional cautelar estaria atendendo, ainda que provisoriamente, a pretensão de direito material deduzida na ação principal. Possuiria, assim, o chamado “caráter satisfativo”.

WILSON DE SOUZA DE CAMPOS BATALHA, invocando posição idêntica de **RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO** e **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, conclui que *“não é possível atribuir efeitos satisfativos, definitivos, a decisões cautelares dependentes de ação principal”⁽⁹⁾*.

GALENO LACERDA, por seu turno, como regra, nega a possibilidade de atendimento da pretensão de mérito através da ação cautelar, porém ressalva a possibilidade da medida satisfativa em casos de necessidades primárias ou de situações de extrema gravidade:

“(…) a medida cautelar não pode criar a situação de fato que corresponderia ao direito do solicitante, como a entrega da coisa, extinção da hipoteca, a desocupação do imóvel, salvo quando se tratar de satisfação de necessidades primárias (alimentos, relações de família etc.). Nesta ressalva que, eventualmente, poderá se estender a outras situações de extrema gravidade (...) ocorre a antecipação provisória e satisfativa da prestação jurisdicional (...), mas a providência não perde o caráter

⁽⁸⁾ *Ob cit* Pág 102

⁽⁹⁾ *In* “Cautelares e Luminares”, 2ª edição, LTR, SP, 1995, pág 63

condicional e provisório, e não significa, em absoluto, prejudgamento definitivo”⁽¹⁰⁾

No entender deste jurista, as cautelares quando tomadas com intuito definitivo e permanente, perdem o caráter cautelar, mas quando prescritas pelo juiz a título provisório, dependente de decisão futura, no mesmo processo ou em outro processo, possuem caráter cautelar. Assim, para **GALENO LACERDA**, possuem caráter cautelar todas as medidas liminares previstas no CPC ou leis extravagantes, quando tenham sentido de mera garantia provisória contra uma situação de ameaça de perigo. Portanto, dentro desta concepção, possuem caráter cautelar, por exemplo, a liminar em mandado de segurança, a suspensão da transferência de empregado (art. 659, IX, CLT) e a reintegração de empregado dirigente sindical (art. 659, X, CLT).

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA é, no nosso entender, quem faz a análise mais adequada da questão.

Segundo a lição deste eminente jurista, há que se fazer a distinção entre processo cautelar e medidas antecipatórias.

O processo cautelar típico é forma de proteção que ainda não satisfaz a pretensão, apenas assegura a futura satisfação. Decorre da necessidade de prevenir o que no Direito Medieval era chamado de *damnum irreparabile*, onde a medida judicial visava interromper um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer em relação a qualquer causa.

Já as medidas antecipatórias visam atender determinadas causas em face da relevância da matéria ou urgência com que exigem a resposta jurisdicional. Logo, na hipótese de perigo de demora o que se justificam são medidas antecipatórias do provimento, as quais se constituem formas de tutela satisfativa.

Através destas medidas antecipatórias, que ensejam processo sumário, objetiva-se antecipar a satisfação do direito perseguido, através de uma cognição incompleta.

Segundo **OVÍDIO BAPTISTA**, jurisdição satisfativa compreende tutela antecipatória e ação monitória, não se confundindo com jurisdição cautelar e processo cautelar. Critica, ainda, a adoção do *fumus boni iuris* como pressuposto específico das medidas cautelares, sustentando que diz

⁽¹⁰⁾ *Ob. cit.*, pág. 87.

respeito, sim, ao juízo de verossimilhança, peculiar a qualquer espécie de *summaria cognitio*.

Segundo o seu ponto de vista, tratam-se de medidas antecipatórias, ou seja, antecipação da prestação jurisdicional, todos os pronunciamentos liminares previstos na nossa legislação, como, por exemplo, a liminar em mandado de segurança, as liminares concedidas no âmbito do direito do trabalho, como a reintegração no emprego de empregado injustamente dispensado, o restabelecimento de cláusula contratual, a suspensão da transferência (art. 659, CLT).

Reconhece, contudo, que a legislação pátria, assimilando confusão da matéria iniciada por CHIOVENDA, admite no preceito do art. 798 a concessão de medidas de cunho mais antecipatório e satisfativo do que propriamente cautelar. Veja-se, para tanto, a seguinte passagem de sua obra:

“Como dissemos há pouco, nossos arts. 798 e 799, quer pela sua gênese, quer por sua fórmula legislativa, admitem a outorga de proteção verdadeiramente cautelar atípica, para todos os casos não cobertos pelas cautelares específicas, assim como facultam também a concessão de simples medidas cautelares tomadas no curso da causa, de que elas próprias façam parte (como, por exemplo, a cobrança de autos retidos indevidamente pelo juiz); bem como permitem a concessão de liminares de cunho mais antecipatório e satisfativo do que propriamente cautelar” (sublinhamos)⁽¹¹⁾.

Logo, pode-se concluir, na esteira dos ensinamentos deste jurista, que as medidas satisfativas, tendentes a antecipar provisoriamente os efeitos da sentença final, embora não se constituindo exercício típico do poder geral de cautela, poderiam ser concedidas com fulcro nos artigos 798 e 799 do CPC.

III - JURISPRUDÊNCIA E MEDIDAS CAUTELARES

A utilização pelas partes e o acolhimento pelos juízes de medidas cautelares sofreu significativa expansão, principalmente após a “descoberta” deste instituto pelos operadores do direito, ocorrida em face dos diversos estudos doutrinários sobre o tema.

No âmbito do Direito do Trabalho notou-se esta expansão, tanto na utilização do meio processual cautelar, como na concessão de medidas liminares pelos juízes, especialmente após a edição da obra “As Ações Cautelares no Processo do Trabalho” de autoria do jurista e Juiz do Trabalho

⁽¹¹⁾ *Ob. cit.*, pág. 136.

MANOEL ANTONIO TEIXERA FILHO (a primeira edição data de 1989). Inúmeros foram os casos de concessão de provimentos em caráter cautelar, inclusive **inaudita altera pars**, para reintegração de empregados no emprego, pagamento de diferenças salariais, entre outros.

Esta avalanche de medidas cautelares postuladas e concedidas provocou reação dos tribunais superiores, que passaram a reiteradamente cassar esses provimentos, principalmente através de mandado de segurança.

Este panorama histórico confirma a previsão feita por **OVÍDIO BAPTISTA**, de que *“a expansão exagerada das medidas liminares, com a previsível reação contrária posterior, caracterizada pelo que se passou a denominar na Itália de “fenômeno suspensivo”, é uma consequência inevitável da confusão conceitual entre as várias formas de execução provisória (satisfativa) e tutela cautelar”*.

O resultado que se vislumbra deste processo, de expansão e posterior contenção das medidas cautelares, é o seu desuso. Verifica-se que atualmente a ação cautelar é utilizada com extrema timidez, contribuindo para o desprestígio deste instrumento, que é na verdade de extrema importância, especialmente diante das dificuldades pelas quais passa o Poder Judiciário, ligadas a morosidade da prestação jurisdicional.

O fundamento que mais vinha sendo invocado na jurisprudência para afastar os pedidos de tutela cautelar é o caráter satisfativo da postulação. Entretanto, interessante notar que este obstáculo era superado sempre que houvesse convencimento do juízo acerca da necessidade imperiosa da concessão de provimento antecipatório satisfativo. Para demonstrar esta conclusão, citam-se estas duas ementas, ambas da Seção de Dissídios Individuais do E. Tribunal Superior do Trabalho:

“AÇÃO CAUTELAR. NATUREZA MERAMENTE INSTRUMENTAL E NÃO SATISFATIVA. A natureza da ação cautelar é instrumental, sendo meramente preparatória da ação principal. Portanto, é descabida a obtenção, via procedimento cautelar, de reintegração do trabalhador no emprego, já que tal providência somente será viável se postulada em reclamação trabalhista, esta sim, satisfativa do direito substancial. A aplicação do dispositivo constitucional invocado pelo r. Acórdão recorrido não se justifica na hipótese dos autos. Recurso ordinário provido.” (publicada no DJU de 12.04.91, pág. 4223 - Relator: Ministro JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA – votação unânime)

“LIMINAR CONCEDENDO REINTEGRAÇÃO DE DIRIGENTE SINDICAL, ATRAVÉS DE MEDIDA CAUTELAR. A

natureza jurídica da ação cautelar não pode subsistir em face de provimento de maior envergadura previsto na Constituição Federal. A dispensa de empregado, líder sindical, sem o competente inquérito administrativo, faz letra morta a garantia constitucional, ínsita no artigo 8º, inciso VIII, além de impedir o exercício das funções para as quais foi eleito, beneficiando a empresa em detrimento de toda uma categoria profissional. Recurso ordinário desprovido.” (publicada no DJU de 03.11.95, pág. 37.448 – Relator Ministro HYLO GURGEL – votação unânime).

Frise-se que os pronunciamentos jurisprudenciais citados são anteriores à Lei nº 9.270, de 17.04.96, que introduziu o inciso X no art. 659, assegurando a competência dos Juízes do Trabalho para *“conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”*.

Portanto, impõe-se concluir que a própria jurisprudência reconhecia, embora de forma bastante restritiva, a possibilidade de concessão de provimento antecipatório satisfativo, em sede de medida cautelar. Logo, mesmo segundo a jurisprudência majoritária, não se poderia eleger o caráter satisfativo como obstáculo intransponível à obtenção da tutela acautelatória, nos termos previstos em nossa legislação.

IV - LIMITE DO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA

O exercício do poder cautelar do juiz encontra limite, entre outros, na existência de meios típicos de tutela, previstos para a situação em espécie. Assim, se no ordenamento jurídico existir outros meios específicos de tutela para a hipótese suscitada, de natureza cautelar ou não, o poder geral de cautela não poderá ser exercido.

Neste sentido precisa a lição de **GALENO LACERDA**:

“O poder genérico e inominado não cabe se existirem no ordenamento jurídico outros meios típicos de tutela, previstos para a espécie. Esta regra limitativa da discricção geral vem expressa na doutrina e na jurisprudência, praticamente, de todos os países que adotam a cautela atípica. Note-se que os meios típicos, que a excluem, nem sempre possuem natureza cautelar. Basta que neles se preveja ato processual que atinja o mesmo objetivo da medida de segurança”⁽¹²⁾

⁽¹²⁾ Ob. cit., pág. 86.

V - TUTELA ANTECIPATÓRIA

A Lei nº 8.952/94, alterando os artigos 273 e 461 do CPC, introduziu no Direito Processual Comum brasileiro o instituto da tutela antecipatória.

A tutela antecipatória permite a antecipação provisória da tutela jurisdicional de mérito.

Trata-se, pois, justamente daquelas medidas referidas **OVÍDIO BAPTISTA** que visam atender determinadas causas em face da relevância da matéria ou urgência com que exigem a resposta jurisdicional, sendo uma de suas justificativas o perigo de demora do provimento, as quais se constituem formas de tutela **satisfativa**.

Enquadra-se precisamente entre as medidas antecipatórias, que ensejam processo sumário, objetivando antecipar a satisfação do direito perseguido, através de uma cognição incompleta.

Portanto, com a nova redação dos artigos 273 e 461 do CPC, a Lei nº 8.952/94 introduziu no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito do direito processual comum, em caráter geral, as medidas antecipatórias, de caráter satisfativo, com a mesma natureza daquelas medidas antecipatórias específicas que a nossa legislação já contemplava, como, por exemplo, a liminar em mandado de segurança, as liminares concedidas no âmbito do direito do trabalho, como a reintegração no emprego de empregado injustamente dispensado, o restabelecimento de cláusula contratual, a suspensão da transferência (art. 659, CLT).

VI - CONCLUSÃO

Portanto, desta exposição se conclui que a partir da vigência da Lei nº 8.952/94 passou a existir no ordenamento jurídico pátrio meio típico de obtenção de provimento provisório satisfativo. Em consequência, conforme limite ao poder geral de cautela precisamente identificado por **GALENO LACERDA**, não poderá haver mais a utilização da medida cautelar com caráter antecipatório e satisfativo.

A partir de então é plenamente justificável a rejeição de pretensão cautelar com caráter satisfativo, haja vista a existência de meio processual típico para este fim, que é a antecipação da tutela.

Antes, como não havia meio processual próprio, **data venia** dos entendimentos em contrário, era possível, invocando o poder geral de cautela

(indevidamente ampliado, na visão de **OVÍDIO BAPTISTA**), conceder medida cautelar de caráter satisfativo. Agora não mais.

Antes, por exemplo, seria plenamente sustentável a reintegração provisória de empregado detentor de estabilidade (além da garantia de emprego de dirigente sindical, que possui autorização legal expressa) através de ação cautelar inominada; hoje, o interessado deverá se valer da ação cognitiva ordinária, com pedido de antecipação da tutela.

Assim, atualmente, se a parte, valendo-se de ação cautelar inominada, invocar a tutela jurisdicional do Estado para obter medida cautelar com caráter satisfativo, caberá ao Juiz indeferir liminarmente a petição inicial, com fulcro no art. 295, V, do CPC, ante a impropriedade do uso da ação cautelar para o fim pretendido, extinguindo, em consequência, o processo sem julgamento do “mérito”, nos termos do art. 267, I, também do CPC. Deverá, inclusive, fazê-lo de plano, antes da citação do réu, a fim de evitar que o tempo de tramitação regular da ação cautelar obste ao Autor o direito de requerer a proteção judicial através do meio processual próprio.

Antecipação da tutela e sua aplicação ao processo do trabalho

Ilse Marcelina Bernardi Lora^(*)

INTRODUÇÃO

As delongas do processo ordinário, amplamente conhecidas no cenário jurídico brasileiro, constituem permanente fonte de angústia para os jurisdicionados e contribuem para o desprestígio crescente do Poder Judiciário. A busca de soluções destinadas a abreviar a tramitação dos feitos transformou-se em verdadeira obsessão. Legisladores, juízes, doutrinadores, advogados e todos quantos se acham envolvidos com pleitos judiciais sempre estiveram e ainda se encontram em busca de alternativas que permitam minorar o dano marginal do processo.

Esta luta sem tréguas determinou a edição da Lei 8.952/94, que instituiu de forma generalizada a antecipação da tutela, permitindo, assim, conferir agilidade aos processos, com a imediata realização, parcial ou total, da pretensão, desde que atendidos os pressupostos previstos em lei.

No presente estudo faz-se exame da aplicabilidade do instituto ao Processo do Trabalho, atendido o disposto no art. 769, da Consolidação das Leis do Trabalho. Para tanto, foram consultadas dezenas de obras e artigos doutrinários publicados acerca da palpitante matéria, que despertou interesse e motivou o estudo de todos quantos se acham envolvidos direta ou indiretamente com os litígios trabalhistas.

No exame dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada no processo do trabalho faz-se considerações acerca das peculiaridades da lide trabalhista, que devem ser examinadas com percuciência pelo julgador. Merece destaque especial a defesa feita acerca da desnecessidade de requerimento da parte para a antecipação da tutela, achando-se minuciosamente abordadas as razões para a adoção do entendimento. Mister consignar que o posicionamento defendido contraria o entendimento adotado pela generalidade dos estudiosos da matéria.

O campo de aplicação do instituto em apreço é vasto, notadamente quanto às obrigações de fazer e de não fazer, de que é

^(*)*Ilse Marcelina Bernardi Lora é Juíza Titular da Vara do Trabalho de Francisco Beltrão.*

especialmente provido o processo do Trabalho São elencados alguns exemplos, extraídos da doutrina e da prática, sendo certo que o cotidiano forense há de acrescentar muitas outras situações

Merece análise o procedimento a ser seguido na aplicação do instituto na seara trabalhista, bem assim os recursos cabíveis, matéria que igualmente suscita controvérsia

Pretende-se oferecer ao leitor estudo sistemático dos principais aspectos do instituto da tutela antecipada São abordados os temas polêmicos e controversos, com especial enfoque a aplicação prática do instituto Chama-se a atenção para o fato de que a adoção de determinados pontos de vista esposados por expressivo segmento da doutrina equivale a inutilização do instituto Por isso, espera-se que as razões aqui alinhadas, muitas delas contrárias a corrente dominante, em especial nos aspectos relacionados aos requisitos, contribuam para o debate do tema, que se acha a despertar vivo interesse de parte dos operadores do Direito Tenha-se presente que a batalha contra o tempo no processo não deve permitir tréguas

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Dispõe o art 769, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

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

A teor do dispositivo legal citado, aplicam-se, ao processo laboral, as normas do processo civil, desde que a) não exista regulação expressa da matéria na CLT, b) não se verifique ofensa aos princípios do processo laboral, ou seja, desde que presente a compatibilidade, c) sejam adaptáveis aos princípios e peculiaridades do procedimento a que se submetem os feitos trabalhistas, d) não esteja presente a impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos)

A transposição das normas do Direito Processual Civil ao Processo do Trabalho, com as adaptações necessárias, em atenção aos princípios que orientam o último, com especial destaque para a oralidade e a celeridade, transformou-se em imperiosa necessidade Com efeito, são exiguas e lacônicas as normas processuais e procedimentais inseridas no bojo da CLT que, ademais, carece de atualização, exigida pelas profundas transformações a que se submetem os conflitos decorrentes da relação capital-trabalho desde a edição do diploma consolidado e até os tempos atuais Para colmatar tais

lacunas e, com suporte no antes transcrito artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, vê-se o Juízo Trabalhista na contingência de lançar mão, de forma supletiva, das normas inseridas no “direito processual comum”, com o fito de impulsionar adequadamente os feitos que lhe são submetidos à cognição.

No pertinente à antecipação da tutela, inserida no Diploma Processual Civil por força do contido na Lei 8952/94, inafastável sua compatibilidade com o Processo do Trabalho.

Não obstante as ações trabalhistas obedeçam o rito sumário, com prevalência da oralidade e da concentração dos atos processuais, previsão de audiência una e irrecorribilidade das decisões interlocutórias, tudo com o manifesto intuito de emprestar ao procedimento a celeridade necessária e esperada, na prática campeia insuportável lentidão. Tanto decorre da profusão de recursos, a tornar intermináveis os processos que deveriam findar rapidamente, da tendência inquestionável dos atores sociais de submeter todos os conflitos exclusivamente à solução jurisdicional do Estado, da cisão das audiências imposta pela excessiva demanda e ainda em razão do absurdo número de processos, que atingiu 2.198.393 no ano de 1999 (relatório estatístico TST - <http://www.tst.gov.br/>). Não bastassem tais fatores, há que se ter presente a necessidade, em determinadas hipóteses, de realização de perícias e expedição de Cartas Precatórias, a contribuir para a conhecida e propalada morosidade na solução de processos onde os direitos discutidos ostentam, como regra geral, caráter alimentar.

A Lei 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que instituiu o rito sumaríssimo, com vigência a contar de 13.3.2000, não se mostra suficiente a afastar os entraves à prestação jurisdicional célere, na medida em que seu dispositivo essencial, dizente com a restrição ao cabimento de recursos ordinários restou vetado. Assim, todas as disposições daquela lei, que buscavam conferir maior agilidade aos feitos, prestigiando sobremaneira as decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, restaram esvaziadas, eis que a manutenção do efeito devolutivo amplo dos recursos impõe, consoante entendimento predominante, a permanência do rito tradicionalmente observado à instrução e julgamento dos feitos, com todas suas mazelas, amplamente conhecidas e supra mencionadas.

Assim, absolutamente necessário o emprego de instituto que permita agilizar a prestação jurisdicional, máxime em ramo da Justiça que convive estreitamente com a pobreza e onde, consoante já se afirmou, são debatidos créditos destinados ao atendimento das necessidades básicas do trabalhador. Trata-se de instrumento de singular relevância, pouco manejado,

inclusive no processo civil, que merece ser conhecido, estudado e amplamente utilizado, em especial na área trabalhista.

Segundo CAPPELLETTI, citado por DALAZEN (Revista do TRT da 9ª Região, jan/dez 1995, pág. 63), “*a demora excessiva é fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico: este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta*”. Observa, ainda, o doutrinador em questão que, presente a natureza alimentar do salário e a conhecida hipossuficiência do trabalhador, o retardamento do deslinde do processo constitui intolerável denegação de justiça. MALLETT, transcreve a propósito palavras de PROTO PISANI, que, dada sua propriedade, merecem reprodução: “*Il processo del lavoro*” - anota ele - “*é caratterizzato dalla diseguaglianza economica delle parti, che si riflette sullo svolgimento del processo nel senso che la parte economicamente più debole - in quanto dotata di minori capacità di resistenza e di attesa - subisce dalla lunghezza del processo danni gravissimi, spesso irreparabili*”. Por isso, conclui PROTO PISANI, “*è dovere del legislatore, sensibile ai profili sostanziali dell'eguaglianza, individuare gli strumenti tecnici idonei a rimuovere (anche nell'ambito del processo) gli effetti dannosi che derivano dagli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini*” (MALLETT, Estêvão, Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho. 1ª ed., SP: Editora LTr., 1998, pág.27).

Assim, além de encontrar suporte na lei (CLT, art. 769), a aplicabilidade do disposto nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho constitui necessidade premente, de molde a tornar efetiva a proteção de direitos que não encontram a necessária tutela através das vias ordinárias.

REQUISITOS PARA A CONCESSÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Para conceder a antecipação da tutela em ação trabalhista deverá o Juiz examinar a presença dos requisitos enumerados nos artigos 273 e 461 - de acordo com o objeto da tutela pretendida -, do Código de Processo Civil, aplicável, subsidiariamente, ao Processo do Trabalho, por força do disposto no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Exigem aqueles dispositivos prova inequívoca e verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do

réu. Somam-se às dezenas os estudos doutrinários que analisam tais requisitos, o que dispensa maiores digressões, na espécie. Todavia, h  que se considerar que, na aplica o da norma ao processo do trabalho, cumpre examinar e atender as peculiaridades da lide trabalhista.

Com efeito, quando do exame do “*periculum in mora*”, deve o Juiz tomar em conta as necessidades de subsistência do trabalhador e examinar se pod  ele, razoavelmente, ser privado do bem ou do direito de que, provavelmente, det m a titularidade. Imagine-se a hipótese de dirigente sindical abruptamente despedido, sem o ajuizamento do necessário inquérito para apura o de falta grave, tal como exige o artigo 543, parágrafo 3 , da Consolida o das Leis do Trabalho. Constatando o julgador que a elei o e nomea o ao cargo fora regular, com atendimento das normas próprias, mostrando-se inesc nd vel o *fumus boni iuris*, evidente que a demora na presta o jurisdiccional colocar  em risco a própria sobrevivência do trabalhador, eis que tem, via de regra, somente no seu s lario a fonte de recursos para prover a subsistência própria e da família. Não bastasse isso, se constringido a aguardar o desfecho final do processo para são então ver-se reintegrado ao emprego, restaria comprometida igualmente sua atua o sindical, eis que privado da convivência com os colegas de trabalho, palco onde exercita as atribui es decorrentes do mandato.

Merece considera o também o aspecto dizente com a necessidade de iniciativa da parte para a concessão da tutela antecipada, expressamente exigida pelo art. 273, do Código de Processo Civil. Cumpre ponderar que ao Juiz do Trabalho   assegurado promover de ofício a execu o. Tanto lhe autoriza o art. 878, da Consolida o das Leis do Trabalho, que atribui fei es de inquisitorialidade ao executivo trabalhista. Assim e segundo opina magistralmente o insigne Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, J.O. DALAZEN (op.cit., pág.91) “... se lhe   dado o mais - promover de ofício a execu o - parece-me que também lhe   dado o menos: **de ofício, antecipar a tutela satisfativa do crédito exequendo, no caso de resultar manifesto o propósito protelatório do executado**”.

Saliente-se, por necessário, que perante o Judiciário Trabalhista det m as partes o *jus postulandi* (CLT, artigo 791). Litigando sem assistência de advogado, seguramente não terá a parte autora (como regra geral, o trabalhador) conhecimento técnico suficiente para requerer a antecipa o da tutela, crescendo assim de importância a necessidade de permitir-se ao Juiz conceder de ofício a medida, em especial quando constate o manifesto propósito protelatório do reclamado.

No pertinente à reversibilidade, os inúmeros artigos doutrinários publicados após a edição da lei em comento, ao analisar a aplicação do instituto ao Processo do Trabalho, são praticamente unânimes no afirmar que deverá ser obedecido o preceituado nos incisos II e III do art. 588 do CPC, consoante preceito inserto no parágrafo 3º, do artigo 273 do mesmo Código de Processo Civil. Prelecionam, assim, autores de escol, em conformidade com a norma mencionada, que o processo executivo: a) não abrange atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro: b) fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas ao estado anterior. Convém, no particular, análise detida do quanto afirmado relativamente à impossibilidade de alienação do domínio e levantamento de depósito em dinheiro.

Adotar-se, na prática, o posicionamento que, conforme afirmou-se, é majoritário na doutrina e, o que é surpreendente, externado por estudiosos habituados às lides trabalhistas, equivale a tornar inoperante a medida. Os defensores da aplicabilidade do previsto no parágrafo 3º, do art. 273 do CPC argumentam que não há como entregar bens ou dinheiro ao reclamante, que como regra geral não tem condições de oferecer qualquer garantia capaz de assegurar a reversibilidade do provimento antecipado. Todavia, permitir-se a execução da tutela antecipada tão-somente até a garantia do Juízo, constringendo-se o credor a aguardar o provimento definitivo, equivale a não conceder a apregoada tutela antecipada, máxime quando se tem presente que o trabalhador busca junto ao Judiciário Trabalhista a satisfação de créditos de natureza alimentar, que lhe garantam a sobrevivência própria e a família. Por isso, a interpretação literal da lei empreendida por segmento expressivo da doutrina impõe irremediável limitação à tutela antecipativa e até mesmo a inviabiliza. Deve, portanto, o Juiz analisar com equilíbrio e mesmo com ousadia cada caso concreto. Neste exame, deverá ter presente que a norma processual trabalhista instrumentaliza um direito tutelar que busca, com a lei, encontrar igualdade que não se acha presente no dia a dia das relações capital-trabalho. Defrontando-se com, de um lado o direito do reclamante (como regra geral, o trabalhador) de ver acolhida sua pretensão, que envolve na generalidade dos casos sua própria sobrevivência, e de outro o direito do reclamado de ver sua esfera jurídica e seu patrimônio mantidos íntegros até o julgamento definitivo da lide, deverá recorrer ao bom senso e dar prevalência ao direito mais importante.

A respeito da matéria, preleciona E. MALLET:

Em primeiro lugar, se dois direitos estão em conflito, cumpre indagar se ambos revestem-se da mesma importância ou se um deles foi colocado em posição de preeminência. É que, como anota Otto Bachof, 'em todo e qualquer documento constitucional, como em toda e qualquer lei, podem distinguir-se preceitos de importância fundamental e preceitos menos importantes'. Assim, se de um lado está o direito à preservação da integridade física do trabalhador e de outro está simplesmente um direito patrimonial do empregador, claro que o primeiro deve prevalecer sobre o último. É natural que direitos de caráter fundamental sejam tutelados de modo até mais intenso do que os demais direitos, o que nada tem de aberrante ou de surpreendente. Tanto assim que se verifica, na prática, que 'les mesures urgentes sont plus facilement accordées lorsqu'elles visent à protéger des droits considérés comme fondamentaux'. Por isso, pretender que o direito do demandado, seja ele qual for, deve sempre prevalecer sobre o do demandante, como faz o § 2º, do art. 273, do CPC, afigura-se bem pouco compreensível". (op. citada, pág. 101).

Assim, a eventual irreversibilidade dos efeitos do provimento jurisdicional não pode constituir obstáculo à concessão da medida, recomendando-se apenas rigor especial na análise das provas dos requisitos enumerados no art. 273 do CPC. Segundo pondera FRITZ BAUR, citado por E. MALLET, "*quanto mais grave (se mostre) a interferência do provimento na esfera do peticionado, tanto mais rigoroso (tenha) de ser o exame do direito e tanto mais severas (sejam) as exigências a impor a quem cabe tornar críveis as alegações*" (op.cit. pág. 103). Todavia, a só irreversibilidade dos efeitos do provimento não pode, em hipótese alguma, determinar a exclusão da medida, ante a necessidade de tutelar-se, atendidas as particularidades de cada caso concreto, interesses fundamentais, em especial a sobrevivência do trabalhador.

Atente-se, ainda, para o fato de que, recaindo o provimento antecipativo sobre o cumprimento de obrigação do empregador de fazer ou não fazer, não se há falar, para concessão da tutela antecipada, em viabilidade da reposição das partes, jurídica e faticamente, ao *status quo ante*. Isso porque tais obrigações vinculam-se à obrigação de prestar trabalho, irreversível por sua própria natureza e ainda em face de que trabalho prestado gera salário, que tem natureza alimentar, sendo os alimentos irrepetíveis, consoante entendimento sedimentado na jurisprudência.

A locução "no que couber" utilizada pelo legislador ao redigir o parágrafo 3º, do art. 273, do CPC deve ser aproveitada, adequadamente interpretada e empregada pelo Juiz do Trabalho, atento que precisa estar à

natureza dos direitos discutidos nas ações trabalhistas, assegurando prevalência aos direitos de maior importância, dentre os quais se destaca a sobrevivência, em detrimento daqueles de menor valor. A análise simplista da doutrina, que se apega à interpretação literal da norma, está a reclamar revisão.

CAMPO DE APLICAÇÃO

A própria natureza dos créditos discutidos nas ações trabalhistas sempre demandou procedimento célere, com vistas ao provimento jurisdicional definitivo no tempo mais rápido possível. Para tanto estabeleceu a Consolidação das Leis do Trabalho a audiência una, a irrecorribilidade das interlocutórias, a concentração dos atos processuais, o impulso processual *ex officio*, dentre outros princípios e normas que têm o claro desiderato de minorar os danos causados pelo tempo no processo. A realidade, contudo, encarregou-se de demonstrar que todos os institutos imaginados e criados para determinar a rápida solução das demandas trabalhistas mostraram-se insuficientes. A excessiva demanda, a proliferação de recursos, o patrocínio das causas por advogados ante a notória desigualdade a que se submetia a parte que exercia o *jus postulandi*, a par de outros tantos fatores amplamente conhecidos e que contribuem para o congestionamento dos foros trabalhistas, obrigaram litigantes, advogados e Juizes a buscar outras alternativas.

Anteriormente à inclusão, na norma processual civil, da tutela antecipatória, buscava-se, no Judiciário Trabalhista, os mesmos resultados previstos pelo instituto em apreço através de medidas cautelares. Com efeito, na hipótese, v.g., de dirigente sindical, portador de garantia de emprego ou ainda de trabalhador às vésperas de aposentadoria, com garantia de emprego prevista em norma coletiva, inegáveis e irremediáveis os prejuízos a que se viam sujeitos na hipótese de despedida injusta, devendo aguardar a sentença definitiva para ver-se reintegrados ao emprego. Assim, o expediente utilizado eram as cautelares inominadas, que proliferaram no Judiciário Trabalhista e não raro eram rejeitadas, máxime em grau recursal, sob o fundamento de que, face sua natureza instrumental, não poderiam prestar-se a antecipar a satisfação de direito substancial da parte.

Por força da Lei 6.203, de 14 de abril de 1975, acrescentou-se ao art. 659, da CLT, que disciplina a competência privativa dos Presidentes das Juntas de Conciliação e Julgamento, o inciso IX, com a seguinte redação: "*conceder medida liminar, até decisão final do processo em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos*

parágrafos do art. 469 desta Consolidação". Embora a esmagadora maioria dos doutrinadores tenha atribuído à providência natureza cautelar, tratava-se na verdade de típica antecipação provisória da prestação jurisdicional que constituía o objeto da ação de mérito. Ainda que buscasse o intento através de medida cautelar, ao apresentar a ação principal, necessariamente haveria o autor de reproduzir o pedido deduzido naquela primeira medida. Bem se vê que o legislador já se encontrava a buscar solução para o angustiante problema decorrente da demora na solução dos processos trabalhistas, a evidenciar a necessidade, no Juízo especializado, de instituto apto a minorar o dano marginal do processo.

Assim, no processo trabalhista pode e deve o instituto da antecipação da tutela exercer papel notável, em especial no campo das obrigações de fazer e de não fazer, de que é especialmente provido o Direito do Trabalho.

Veja-se, a propósito, algumas situações práticas, comuns no Direito do Trabalho, que podem render ensejo ao pedido de tutela antecipada:

a) pedido de diferenças salariais, calcado em instrumentos normativos, na presença de recibos que demonstrem o pagamento a menor. Não se diga, como a maior parte da doutrina, que a execução, na hipótese, deva ser provisória, sem qualquer levantamento em dinheiro, eis que tanto equivale, consoante alhures já se afirmou, a retirar da medida qualquer utilidade.

b) cancelamento de registros constantes de assentos funcionais que impeçam promoções previstas em quadro de carreira;

c) suspensão imediata de trabalho escravo, de menores sob condições de insalubridade, periculosidade ou de trabalho de menores de 16 anos;

d) proibição de coação a empregados para que trabalhem no curso de greve da categoria;

e) anotação de baixa na CTPS;

f) reintegração de empregado portador de garantia de emprego (sindical, CIPA, gestante, contratual, dentre outras hipóteses);

g) proibição de rebaixamento de função;

h) determinação ao empregador para que promova o empregado quando existente quadro organizado em carreira;

i) proibição de prática discriminatória, à vista da Lei 9 029, de 13 de abril de 1995,

j) empregado portador do vírus da AIDS despedido em razão do fato,

l) determinação ao empregador obrigado, por força do contido em norma coletiva, a instalar creche, para que o faça de imediato

Estes são apenas alguns exemplos que a doutrina pontifica e a prática diária ratifica como aptos a permitir a aplicação do instituto em estudo. O cotidiano forense há de acrescentar muitas outras situações, que não podem conviver com as delongas próprias do processo ordinário

A par dos exemplos enumerados, convém examinar, individualmente, algumas situações particulares que vêm suscitando acentuada controvérsia entre os estudiosos do tema. Discute-se a aplicabilidade da tutela antecipada em dissídio coletivo, recomendando o bom senso que se entenda cabível o instituto na hipótese em apreço, na medida em que existem precedentes seguidos pelo Tribunal Superior do Trabalho que, embora não vinculem os julgadores, prestam-se a unificação das decisões. Assim, a verossimilhança da alegação é encontrada nos aludidos precedentes, amplamente conhecidos pelos operadores familiarizados com o Direito do Trabalho. O dano irreparável mostra-se inescindível, eis que o conteúdo das sentenças normativas, proferidas com observância dos mencionados precedentes, visam, em sua grande maioria, a assegurar a saúde, a segurança e a integridade física do trabalho. A defesa contra tais posicionamentos sedimentados pela mais alta Corte Trabalhista, afigura-se de caráter protelatório, não se havendo falar em perigo da irreversibilidade da tutela, pelas razões supra aduzidas.

Verifica-se, igualmente, dissensão quanto a possibilidade de manejo do instituto em ação rescisória. Convém salientar, por oportuno, que a Consolidação das Leis do Trabalho assim dispõe acerca da ação rescisória: *“É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória que seja admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei 5 869 de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispensado o depósito referido nos arts 488, II e 494 daquele diploma legal”* (CLT, art 836). Emerge, do transcrito artigo de lei, que a ação rescisória, no Processo do Trabalho, deve seguir as normas previstas no Código de Processo Civil, ressalvado o aspecto dizente com o depósito exigido pela norma processual civil, verificando-se ampla utilização da referida ação no Judiciário.

Trabalhista. Assim, inevitável, a contar da edição da Lei 8.952/94, o estudo acerca da possibilidade de requerer-se e deferir-se antecipação da tutela em ação rescisória ajuizada perante a Justiça do Trabalho. Convém que se saliente, a propósito, que o eminente professor e Juiz do Trabalho Manoel Antonio Teixeira Filho, em suas obras, utilizadas como referência por todos quantos militam no Judiciário Trabalhista, desde longa data vem defendendo a possibilidade de valer-se a parte da ação cautelar inominada, ajuizada incidentalmente à ação rescisória, com o intuito de suspender a execução da sentença rescindenda, posicionamento que encontra ressonância nas Cortes Trabalhistas. Preleciona, sobre a matéria, o respeitado doutrinador:

“É só pensar em rescisória ajuizada pelo empregador-executado, com o fundamento de que a sentença foi expedida por juiz absolutamente incompetente; negar-lhe a medida acauteladora inominada, em nome da coisa julgada material e da dicção dos arts. 489 e 587 do CPC, seria de um lado, compeli-lo a presenciar, inerte, virtual expropriação do seu patrimônio, por força da execução em que figura como devedor, e, de outro, tornar-lhe não raro irreparáveis os prejuízos oriundos dessa expropriação, pois é sensato imaginar que o empregado, quando ocorrer o trânsito em julgado do acórdão rescisório, já não tenha meios para restituir o que recebera na execução. Ainda que o tivesse, isso não constituiria razão jurídica para impedir o manejo de providência cautelar na hipótese em que estamos a examinar” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, *As Ações Cautelares no Processo do Trabalho*. 2ª edição, SP: Editora LTr., 1989, pág. 131.

Argumentos semelhantes são deduzidos para justificar a aplicação do instituto da antecipação da tutela à ação rescisória, demonstrando seus defensores visível e necessária preocupação de distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada, enfatizando que a primeira protege a viabilidade do processo principal, enquanto a segunda antecipa o próprio direito perseguido neste último, ressaltando que aquela é assecuratória, enquanto esta é satisfativa. Assevera Mário Gonçalves Júnior, em defesa da aplicabilidade do instituto, que:

“A nosso ver, é difícil negar a aplicação da tutela antecipada em ações rescisórias, dada a sistematização do Código de Processo Civil.

Veja-se que a ação rescisória, de rito próprio (artigos 485 a 495 do CPC), é indiscutivelmente um processo de conhecimento, tanto assim que inserida no primeiro Livro do Código (Do Processo de Conhecimento), que abrange desde o primeiro artigo até o artigo 565. Não se trata, a toda

evidência, de um processo cautelar (Livro III do CPC), tampouco de um processo de execução (Livro II do CPC)

De acordo com o parágrafo único do artigo 272 do CPC, as regras básicas do procedimento comum ordinário se irradiam aos procedimentos especiais e ao procedimento sumário, dando mostras inequívocas de que o procedimento comum ordinário funciona como uma espécie de 'parte geral' do CPC, aplicável subsidiariamente a todos os demais procedimentos, desde que não manifesta a incompatibilidade

A única incompatibilidade, que poderia ser arguida contra a aplicação subsidiária dos artigos 273 e 461 do CPC às ações rescisórias, seria o disposto no artigo 489 do CPC 'A ação rescisória não suspende a execução da tutela rescindenda'

Ademais, se vem sendo admitida medida liminar suspensiva, em ação cautelar nominada incidental em ação rescisória, para obstar, via oblíqua, o curso do processo de execução do título exequendo (o que alguns consideram uma 'manobra' para fugir ao rigor do artigo 489 do CPC), não vemos como lógico negar a antecipação da tutela em ação rescisória" (GONÇALVES Jr, Mário. Tutela Antecipada em Ação Rescisória, ST n 97, julho/97, pág 10).

Não há consenso sobre a matéria TEIXEIRA Filho afirma não poder compreender como se possa realizar, com amplitude, tal antecipação em face da coisa julgada material. Aventa a hipótese de empregado que tenha postulado, em ação trabalhista, a declaração de seu direito à estabilidade no emprego e a condenação do réu às quantias decorrentes, sem lograr êxito em seu intento, havendo trânsito em julgado da decisão Retorna, posteriormente, a Juízo com ação rescisória da sentença e requer a antecipação da tutela de mérito, que resulta concedida pelo Juízo Podendo a decisão ser executada, ainda que de forma provisória, haveria preeminência de incerteza, qual seja, o sucesso do autor na rescisória, em prejuízo de uma certeza, consubstanciada na sentença rescindenda, que declarou a inexistência do direito

(TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, *As Alterações no CPC e suas Repercussões no Processo do Trabalho*, 1ª edição, SP Editora LTr, 1995, pág 81) Mesmo os defensores da aplicabilidade do instituto à ação rescisória advogam que a antecipação não significa, necessariamente, a suspensão do curso da execução do título exequendo, podendo ser manejada para impedir a liberação do depósito em pecúnia ao exequente

Assim, é de se concluir que, embora possível a utilização da tutela antecipatória em ação rescisória, deverá ficar restrita a situações particulares, analisadas de forma percuciente pelo Juízo, de molde a atribuir-se o necessário respeito à certeza e segurança que emanam da coisa julgada.

Suscita, também, dúvidas a aplicação do instituto na fase recursal, em processo de execução e ainda contra o trabalhador. Quanto à fase recursal, sedimenta-se o entendimento de que é perfeitamente possível sua concessão, havendo pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que “... o art. 273 do CPC (...) desde que evidenciado o pressuposto do dano irreparável ou de difícil reparação, é aplicável em grau de recurso ordinário” (TST - SDI, AG-RO-AR n.63.809/92.3, Rel. Min. Francisco Fausto, Ac. n. 1.780/96, DJU n. 124, de 28.6.96, pág. 23.727). Ainda que a sentença rejeite o pedido, cabível a tutela antecipada, desde que logre o requerente evidenciar a verossimilhança de sua pretensão. A doutrina, em amparo à tese, conclama a que se imagine, a título de exemplo, hipótese de decisão teratológica, manifestamente contrária à prova dos autos ou proferida contra entendimento uniforme, pacífico ou sumulado da jurisprudência (MALLET, *op. cit.*, pág. 33). A perspectiva de reforma da sentença acha-se presente, pelo que perfeitamente possível a tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos a legitimá-la. No pertinente ao processo de execução, remansoso o entendimento acerca da aplicabilidade da tutela antecipada, máxime em razão da ampla variedade de recursos e expedientes protelatórios, com fulcro na lei, de que costumam fazer uso os executados. Ainda defende-se cabível a antecipação da tutela contra o trabalhador, ante a inexistência de vedação expressa em lei, bem assim em razão do fato de que o escopo do inciso II, do art. 273 do CPC diz com a vedação de práticas processuais indesejáveis, não havendo, destarte, motivo para utilização apenas quando esteja no pólo passivo da demanda o empregador.

PROCEDIMENTO

A simplificação de procedimentos, elencada como princípio do Direito Processual do Trabalho, não se harmoniza com formalismos exacerbados, muito embora assista-se à excessiva ritualização do processo trabalhista, introduzida pelos cultores do Processo Civil, que não se apercebem de que as regras procedimentais estabelecidas pelo último devem ser amoldadas, com temperança e bom senso, ao Processo do Trabalho, em face de suas peculiaridades. Registre-se que dita tendência demonstra direcionamento na contramão eis que procedimentos desde longa data adotados pelo Processo do Trabalho, a exemplo da tentativa de conciliação

prévia, restaram acolhidos pelo Código de Processo Civil (CPC, art. 331, *caput*), a evidenciar a tentativa de racionalizar-se, também na esfera cível, a tramitação dos feitos.

Por isso, a despeito de opiniões em sentido contrário e em boa companhia (E. MALLETT, *op. cit.*), defende-se a possibilidade de apresentação do pedido, pela parte, a qualquer tempo, no curso da demanda, desde que configurados os pressupostos previstos em lei a legitimá-la.

Assim, o pedido poderá ser deduzido com a inicial, por meio de requerimento verbal, apresentado quando da redução a termo do pedido (CLT, art. 840, parágrafo 2º), durante a audiência ou em qualquer outra fase do processo, até mesmo durante o procedimento executivo.

A natureza do provimento pedido ditará a necessidade de apresentação, em separado, da petição, quando formulado o pleito por escrito, nada impedindo que o requerimento seja inserido no bojo da petição inicial. Havendo necessidade de execução, a exemplo do pedido de diferenças salariais, a cautela e o bom senso recomendam que o requerimento seja formulado em separado, a fim de permitir o regular fluxo do processo. Tratando-se de pedido diverso, a exemplo de expedição de guias para saque do FGTS quando discutida a forma e causa da rescisão contratual ou ainda na hipótese de pedido de reintegração ao emprego, a prática recomenda o processamento da petição nos autos principais. A adaptação preconizada deve ser feita com os olhos postos na necessidade de evitar-se percalços que constituam obstáculos à regular tramitação dos feitos.

Mostram-se legitimados a formular o pedido o autor, o litisconsorte, independentemente do consentimento dos demais, o substituto processual ou o substituído, o Ministério Público quando atua na condição de parte e o próprio Réu, ainda quando não apresente reconvenção. Isso porque pode o demandado defrontar-se com ação emulativa, despida de qualquer fundamento fático e jurídico e, em consequência dela, achar-se impedido de participar de concorrência pública, relevando salientar que o exemplo é apresentado por E. MALLETT (*op. cit.*, pág. 74). Estaria, assim, legitimado a postular a antecipação da tutela, a fim de remover o obstáculo mencionado.

O Juiz de primeiro grau, recebendo o pedido, poderá decidir sem a ouvida da parte contrária, designar justificção prévia ou mesmo permitir a manifestação do litigante adverso, devendo tal decisão ser tomada com base nas peculiaridades de cada caso concreto. É certo, porém, que o contraditório, sob pena de nulidade, deverá ser propiciado no momento oportuno.

A decisão antecipadora da tutela de mérito poderá ser modificada ou revogada, a qualquer momento, desde que de maneira fundamentada. Prescinde de requerimento, bastando que seja observada, depois da concessão da medida, a ausência de qualquer de seus pressupostos. Não são necessários fatos novos, eis que a precariedade de provimento judicial de tal natureza autoriza apreciação diversa e sob outros ângulos da matéria posta à cognição judicial. Ainda, poderá o juiz rever sua decisão quando inicialmente tenha indeferido o pedido para, novamente analisados os fatos e fundamentos da demanda, com ou sem acréscimo de novos elementos, reexaminar seu pronunciamento para, convencendo-se da existência dos pressupostos a legitimar a medida, concedê-la, total ou parcialmente.

RECURSO

O pronunciamento judicial que aprecia o pedido de antecipação da tutela classifica-se como decisão interlocutória, na medida em que soluciona questão incidente.

No processo civil, o recurso hábil à impugnação da decisão é o agravo de instrumento, consoante previsão inserta no art. 522, do CPC.

No Processo do Trabalho, todavia, o agravo de instrumento, em face da disposição prevista no art. 897, alínea “b”, da CLT, somente é cabível para impugnação de despachos que denegarem a interposição de recursos.

Com efeito, um dos princípios que informam o Processo do Trabalho é o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, cuja impugnação somente se viabiliza quando da interposição de recurso contra a sentença de fundo.

Assim, a parte somente poderá impugnar a decisão antecipadora por ocasião da interposição de recurso ordinário, após proferida a sentença final.

Todavia, verificando-se arbitrariedade no deferimento da tutela antecipada, poderá a parte prejudicada valer-se do mandado de segurança, medida igualmente admitida para impugnar despacho judicial que concede liminar em ação cautelar. Nem poderia a decisão estar imune a qualquer recurso de imediato, eis que não existe ato judicial destituído de controle. Legitima-se a impetração do mandado de segurança tanto contra a decisão que concede a antecipação, como também contra o julgado que a denega.

Pode, ainda, a decisão antecipadora sujeitar-se a embargos de declaração ou a correção parcial, desde que presentes os pressupostos a autorizar a adoção de tais medidas.

CONCLUSÃO

O Estado, tendo proibido aos particulares fazer justiça por suas próprias mãos, colocou à sua disposição o processo, instrumento destinado a administrar justiça.

Através do processo são atendidos os interesses das partes e o interesse público de atuação da lei na resolução dos conflitos. É o processo veículo para que o Estado realize a prestação jurisdicional que lhe compete.

Para atingir seus fins - identificar quem tem razão e fazer atuar a lei ao caso concreto -, mostra-se imperativo que o processo esteja apto a administrar, sem delongas, a justiça.

Com os olhos postos na necessidade de abreviar a tramitação dos feitos e tutelar, com presteza, o direito do autor que tem razão, o legislador editou a Lei 8.952/94, que permite a antecipação da tutela nas situações que menciona.

O instituto em apreço é compatível com o processo do trabalho, em face do disposto no art. 769 do CPC. Com efeito, mostra-se possível a transposição das normas do Direito Processual Civil ao Processo do Trabalho quando omissa a CLT sobre a matéria e não se verifique ofensa aos princípios do processo laboral, o que se acha atendido na hipótese em comento. Ademais, este ramo da Justiça, que convive estreitamente com os problemas sociais, estava a reclamar instituto apto a agilizar a prestação jurisdicional, não pairando dúvidas sobre a possibilidade e necessidade da aplicação da antecipação da tutela às lides trabalhistas.

No exame dos requisitos para a concessão da tutela antecipada no processo do trabalho, deve o julgador observar e atender as peculiaridades da lide trabalhista. Ao analisar o *periculum in mora*, convém atentar às necessidades de subsistência do trabalhador, dispensando, ainda, com fundamento no art. 878, da CLT, a iniciativa da parte quando se convencer da imprescindibilidade de conceder a medida, em especial na hipótese de propósito protelatório do devedor. O risco da irreversibilidade não pode constituir obstáculo à concessão da tutela antecipada, dada a natureza dos direitos perseguidos nas ações trabalhistas, em sua esmagadora maioria de

natureza alimentar. A interpretação literal da lei, máxime no aspecto dizente com a impossibilidade de entrega de bens ou dinheiro, equivale à inviabilização do instituto no âmbito da Justiça do Trabalho. No exame dos casos concretos submetidos à cognição judicial, necessita o Juiz assegurar prevalência aos direitos de maior importância, em detrimento daqueles de menor valor.

O pedido pode ser apresentado pela parte a qualquer momento, no curso da demanda. A natureza do provimento e a necessidade de evitar tumulto processual, ditarão a apresentação em separado do pedido ou a sua tramitação nos próprios autos principais.

Dada sua natureza de decisão interlocutória, o pronunciamento judicial que aprecia o pedido de antecipação da tutela, no processo do trabalho, somente poderá ser impugnado por ocasião da interposição de recurso ordinário, após proferida a sentença final. Poderá, todavia, a parte, quando verificada arbitrariedade, utilizar-se do mandado de segurança. Atendidos os pressupostos previstos em lei, cabíveis ainda embargos de declaração e correção parcial.

Todas as conclusões aqui exaradas, com exceção do aspecto dizente com a aplicabilidade do instituto ao processo do trabalho, sobre o que há unanimidade nos escritos, mostram-se extremamente polêmicas na doutrina e na jurisprudência, em especial a matéria pertinente ao perigo da irreversibilidade. Objetivou-se estudar e analisar o instituto com os olhos postos na sua aplicação prática, sem descurar, contudo, os aspectos teóricos e legais, que constituem fundamento de sua validade. Norteou o exame a percepção de que norma sem aplicabilidade ou com seu emprego obstaculizado por discussões meramente acadêmicas equivale a norma inoperante. O processo não pode conviver com entraves, reclamando dinamismo, agilidade e celeridade.

BIBLIOGRAFIA

1. BARROS, Alice Monteiro de. *Tutela Antecipada no processo do trabalho*. In *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Editora Genesis, 1996, julho a dezembro. Nº 43 a 48, p.473-479.

2. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Medidas Cautelares e Tutela Antecipada*. In *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 1997, nº 61, I, p. 455-459.

3. DALAZEN, João Oreste. *Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*. In *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 1997, nº 61, II, p.875-880.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

5. FANTONI Jr., Neyton. *A tutela jurisdicional antecipada à luz da efetividade da Constituição e do prestígio da função jurisdicional*. In *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Editora Genesis, 1995, janeiro a junho. Nº 25 a 30, p. 554-565.

6. GIGLIO, Wagner D. *Tutela Antecipada no Processo do Trabalho*. ST nº 86, agosto/96, p.7.

7. GOMES Neto, Indalécio. *Antecipação da tutela*. In *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Editora Genesis, 1995, julho a dezembro. Nº 31 a 36, p. 302-311.

8. GONÇALVES Jr., Mário. *Tutela antecipada em ação rescisória*. ST nº 97. julho/97, p. 10.

9. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992, Volume VIII, Tomo I. Artigos 796 a 812.

10. LIMA, Francisco Meton Marques de. *Tutela Antecipada*. In *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Editora Genesis, 1996, janeiro a junho. Nº 37 a 42, p.331-335.

11. MALLET, Estêvão, *Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*. 1ª ed., São Paulo: Editora LTr, 1998.

12. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

13. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

14. MARTINS, Sérgio Pinto. *Tutela Antecipada no Processo do Trabalho*. In *Repertório IOB de Jurisprudência. Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo: Editora IOB, nº 16/95, 2/10400, p.224-226.

15. MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *O Juiz do Trabalho no processo moderno (estudo baseado nas recentes alterações do*

CPC) In *In Revista de Direito do Trabalho* Curitiba: Editora Genesis, 1995, janeiro a junho. Nº 25 a 30, p. 566-571.

16. SAAD, Eduardo Gabriel. *Temas Trabalhistas Antecipação de Tutela de mérito e o processo do Trabalho Tutela antecipada e obrigações de fazer e não fazer* In *Suplemento Trabalhista LTr* São Paulo: Editora LTr, 1997, nº 063/97, p. 307-313.

17. TEIXEIRA Filho, Manoel Antônio. *As Ações Cautelares no Processo do Trabalho* 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

18. TEIXEIRA Filho, Manoel Antônio. *As Alterações no CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho* 1ª edição. São Paulo: Editora LTr, 1995

19. VAZ, Paulo Afonso Brum. *Antecipação da Tutela* In *Revista Jurídica Consulex* São Paulo. Ano II, Volume I, nº 20, 31 de agosto de 1998, p. 42-43

Considerações sobre a tutela inibitória^(*)

*Luiz Guilherme Marinoni^(**)*

1. Introdução

Em primeiro lugar eu gostaria de render as minhas homenagens ao professor René A. Padilla, notável jurista, que muito contribuiu para o engrandecimento do direito na Argentina e na América Latina. Quero, também, cumprimentar os Doutores Rodrigo Padilla e René E. Padilla, que coordenam este importante Congresso. Cumprimento, ainda, o meu amigo Álvaro Perez Ragone, estudioso ainda jovem mas de promissor futuro, agradecendo especialmente pela lembrança do meu nome para a participação neste evento, participação esta que, evidentemente, muito me honra e me traz alegria, notadamente por ter a oportunidade de conhecer os ilustres professores e juristas que aqui se encontram.

O tema da tutela inibitória, que me foi reservado, relaciona-se, basicamente, à necessidade de se garantir a integridade dos direitos, principalmente daqueles de conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, que não podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória e do procedimento ordinário clássico, compreendido como o procedimento que não detém tutela antecipatória e que pode culminar apenas em uma das três sentenças da classificação clássica.

Para que tais direitos possam ser adequadamente tutelados é necessária a superação da idéia de que a única tutela contra o ilícito é a de reparação do dano, bem como a construção de um procedimento autônomo, capaz de garantir a prestação de uma tutela capaz de inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Tal procedimento, como é óbvio, deve ser dotado de tutela antecipatória e de uma modalidade de sentença que ordene sob pena de multa, espécie de sentença que não se enquadra nas definições de sentença declaratória, constitutiva ou condenatória, e que, justamente por isto, é definida como mandamental.

2. O processo civil clássico e a ausência de uma tutela capaz de impedir a prática do ilícito

^(*) Conferência proferida nas Jornadas sobre a responsabilidade civil, realizadas na Argentina

^(**) Luiz Guilherme Marinoni é Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná

O procedimento de cognição plena e exauriente, complementado pelas três sentenças da classificação trinária, é absolutamente incapaz de garantir uma tutela preventiva adequada.

Este modelo de “processo”, que pode ser chamado de “processo civil clássico”, além de refletir, sobre o plano metodológico, as exigências da escola sistemática, baseadas na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a pretendida neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do fazer.

Um dos grandes obstáculos para a tutela preventiva está presente na própria classificação trinária, já que nenhuma das sentenças desta classificação tem a virtude de propiciar a tutela preventiva.

Como é sabido, o Estado liberal fez surgir um juiz despojado de poder de *imperium* e que deveria apenas proclamar as palavras da lei. As sentenças da classificação trinária, todas elas *lato sensu* declaratórias, refletem esta idéia, já que não permitem ao juiz dar ordens.

Note-se que não é apenas a tutela declaratória *stricto sensu* que está comprometida com os valores do Estado liberal; a sentença condenatória igualmente obedece a esses valores, pois também atua apenas no plano normativo.

O juiz, através da sentença condenatória, além de declarar, aplica a sanção, abrindo as portas para a execução forçada. O que interfere, em concreto, no plano da realidade social, é somente a execução. Sem a ação de execução, aliás, a sentença condenatória ficaria reduzida a uma espécie de sentença declaratória.

Não há dúvida de que a idéia de jurisdição como função meramente declaratória está nitidamente comprometida com o princípio da separação dos poderes e, principalmente, com a relevância institucional que foi dada pelo direito liberal ao poder legislativo. A tutela *lato sensu* declaratória, neste sentido, apenas reafirmaria a vontade da lei e a autoridade do Estado-legislador; o juiz seria, em outras palavras, e como desejou Montesquieu, apenas a boca da lei.

Alguém dirá que o juiz, ao ordenar, também declara. Note-se, entretanto, que quando se diz que há uma ligação entre o princípio da separação dos poderes e a função declaratória da jurisdição não se nega que o juiz tenha que investigar a existência do direito afirmado para, depois, declará-lo. O problema está em se reduzir a função do juiz à declaração -

segundo o princípio de que “a ordem já estaria contida na lei”-, privando-o da possibilidade de dar ordens e de exercer *imperium*, o que faria retomar, aliás, segundo parte da própria doutrina francesa, o papel que era atribuído ao juiz francês anterior à Revolução Francesa.

É importante lembrar, com efeito, que a própria doutrina francesa chegou a afirmar que as *astreintes* invocam o papel que era reservado ao pretor romano e que, portanto, fariam surgir um juiz que não seria aquele que melhor se adaptaria ao princípio da separação dos poderes.

O temor de se conferir ao juiz poder para dar ordens pode ser melhor explicado através de uma comparação entre o nosso sistema e o da *common law*. Há na *common law* e, em particular, na disciplina do *contempt of Court*, algo que não se concilia com as bases do direito liberal, já que o juiz, armado de *contempt power* para sancionar suas próprias ordens, passa a exercer importante papel criativo, deixando de ser um mero burocrata.

Além disso, as figuras das sentenças declaratória e condenatória têm uma nítida relação com um Estado marcado por uma acentuação dos valores da liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, revelando, ainda, uma nítida opção pela incoercibilidade das obrigações.

O processo liberal, permeado pelos princípios da abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, não estava preocupado em assegurar o adimplemento *in natura*, ou em assegurar ao credor o bem que lhe era devido, mas apenas em garantir o natural funcionamento da economia de mercado, e para tanto bastava a tutela condenatória.

Não importava para o direito liberal a diferença entre as pessoas e os bens que deveriam ser tutelados na forma jurisdicional. A essa abstração, a essa indiferença, correspondia, no plano da sanção, a tutela ressarcitória, que, ao expressar em termos econômicos o valor equivalente ao da lesão, objetivava apenas garantir o natural funcionamento da economia de mercado.

Não tinha o direito liberal preocupação alguma com a tutela das posições sociais economicamente mais fracas, nem mesmo com a proteção de determinados bens que hoje merecem, em razão da sua imprescindibilidade para a inserção do cidadão em uma sociedade mais justa, tutela jurisdicional diferenciada. Como resultado disso a tutela não precisava ser específica, bastando apenas o reestabelecimento do valor econômico da lesão, isto é, a tutela ressarcitória.

Há uma íntima relação entre a ideologia liberal e a transformação do processo econômico, ou uma estreita ligação entre a

igualdade formal das pessoas, a concepção liberal de contrato e o ressarcimento do dano como sanção expressiva de uma determinada realidade de mercado. Se os homens são iguais e, assim, livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando o adimplemento *in natura*. Os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando desta natureza a tutela ressarcitória.

A sentença condenatória, compreendida como uma sentença que se liga à execução por sub-rogação, afasta-se da idéia de coerção sobre a vontade do obrigado. A correlação entre a condenação e a execução por sub-rogação, implícita no conceito clássico de sentença condenatória, tem um evidente compromisso com a ideologia liberal, já que evidencia que o juiz não pode atuar sobre a vontade do réu mediante o uso de coerção, privilegiando, assim, o valor da liberdade individual.

A sentença declaratória, enquanto tutela que regula apenas formalmente (sem interferir na esfera do particular) uma relação jurídica já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada, também reflete a idéia de uma rígida delimitação dos poderes de intervenção estatal na esfera privada.

Na realidade, tanto a sentença declaratória, quanto a sentença condenatória, refletem não só as doutrinas que inspiraram o art. 1.142 do Código Napoleão, pelo qual toda obrigação de fazer e não fazer, em caso de inadimplemento, se resolve em perdas e danos, como também a ideologia que deu origem ao dogma de que a coercibilidade das obrigações constitui um atentado contra a liberdade e a dignidade dos homens.

A tutela declaratória, exatamente porque não determina um fazer ou um não fazer, é impotente para permitir a prevenção do ilícito e, principalmente, a tutela das novas situações jurídicas, que não raramente se revestem de conteúdo não patrimonial.

Tudo isto revela que o sistema clássico de tutela dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva, ou ainda que a doutrina clássica não se preocupava com a tutela preventiva dos direitos, o que certamente tinha relação com a idéia de que a única tutela contra o ilícito constituía-se na reparação do dano.

Se a tutela declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a tutela condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das sentenças, uma via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela uma total

incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea.

3. A tutela inibitória: premissa

Se é imprescindível uma tutela dirigida unicamente contra a probabilidade da prática do ilícito, é também necessária a construção de um procedimento autônomo e bastante para a prestação desta modalidade de tutela.

É preciso construir, em outras palavras, um procedimento que culmine em uma sentença que ordene sob pena de multa e que admita uma tutela antecipatória da mesma natureza.

Além disto, como é necessário isolar uma tutela contra o ilícito, requer-se a reconstrução deste conceito, que não pode mais ser compreendido como sinônimo de fato danoso.

A tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação.

Trata-se de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível dentro da sociedade contemporânea, em que multiplicam-se os exemplos de direitos que não podem ser adequadamente tutelados pela velha fórmula do equivalente pecuniário. A tutela inibitória, em outras palavras, é absolutamente necessária para a proteção dos chamados novos direitos, como reconhecem, no direito argentino, Noemi Lúcia Nicolau e Ricardo Luis Lorenzetti.

4. A tutela inibitória e os seus pressupostos

A tutela inibitória não tem o dano entre seus pressupostos. O seu alvo, como já foi dito, é o ilícito.

É preciso deixar claro que o dano é uma consequência meramente eventual do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para a configuração da obrigação ressarcitória, mas não para a constituição do ilícito.

Se o ilícito independe do dano, deve haver uma tutela contra o ilícito em si, e assim uma tutela preventiva que tenha como pressuposto apenas a probabilidade de ilícito, compreendido como ato contrário ao direito.

A doutrina mais moderna entende que a inibitória prescinde dos possíveis efeitos concretos do ilícito ou, mais precisamente, que tal espécie de tutela deve tomar em consideração apenas a probabilidade do ilícito.

Não há dúvida de que o ilícito, na maioria das vezes, torna-se visível em face de um dano, que é a sua consequência concreta. A inibitória, portanto, em grande número de casos, ainda que pensada como uma tutela voltada contra o ilícito, acaba por impedir a prática de um dano. Isto não quer dizer, porém, que não seja possível uma tutela inibitória dirigida apenas contra o ilícito.

Quando se pensa no ilícito olhando-se para o dano exige-se o elemento subjetivo – culpa ou dolo – para a configuração do próprio ilícito. O ilícito, se compreendido na perspectiva da responsabilidade civil, não apenas requer a presença do dano, como também exige – ao menos em regra – a presença do elemento subjetivo.

Contudo, compreendendo-se o ilícito como ato contrário ao direito, não há razão para se exigir o elemento subjetivo para a sua configuração. Tratando-se de tutela inibitória, forma de tutela jurisdicional que nada tem a ver com o dano, mas apenas com a probabilidade da prática de um ilícito, não há razão para se pensar em culpa. Note-se que a culpa é um critério para a imputação da sanção pelo dano, sendo totalmente descartável quando se pensa em impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato contrário ao direito. Se alguém está na iminência de praticar um ilícito cabe a ação inibitória, pouco importando se a culpa está presente.

É correto concluir, assim, que a tutela inibitória não tem entre os seus pressupostos o dano e a culpa, limitando-se a exigir a probabilidade da prática de um ilícito, ou de sua repetição ou continuação.

5. A tutela inibitória como corolário do direito constitucional de acesso à justiça

Afirma o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tal norma, segundo a doutrina, garante a todos uma tutela jurisdicional adequada e efetiva; por tal razão é correto dizer que esta norma constitucional também garante a tutela inibitória.

Se o ordenamento jurídico afirma determinados direitos - como o direito à honra, o direito à imagem, o direito à higidez do meio ambiente etc. -, e estes, por sua natureza, não podem ser violados, o legislador infraconstitucional está obrigado a predispor uma tutela jurisdicional capaz de impedir a prática do ilícito. Na verdade, se a existência do direito material, em nível de efetividade, depende da efetividade do processo, não há como se negar que a instituição de direitos que não podem ser tutelados através da

técnica ressarcitória faz surgir, por consequência lógica, um direito a uma tutela que seja capaz de evitar a violação do direito material.

Aliás, se a única sanção do ilícito fosse a ressarcitória, o próprio conceito de norma jurídica estaria comprometido, já que o direito não estaria sendo garantido adequadamente pela sanção presente na própria norma jurídica.

É por isto que não temos dúvida alguma em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico preocupado em efetivamente garantir - e não apenas em proclamar - os direitos.

6. A tutela inibitória negativa e a tutela inibitória positiva

Em alguns ordenamentos, como no italiano, em que a tutela inibitória não existe na dimensão que é proposta no direito brasileiro, costuma-se associar a tutela inibitória a uma ordem de não fazer.

A tutela inibitória, contudo, não visa apenas impedir um fazer, ou seja, um ilícito comissivo, mas destina-se a combater qualquer espécie de ilícito, seja ele comissivo ou omissivo. O ilícito, conforme a espécie de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo, o que abre oportunidade, por consequência, a uma tutela inibitória negativa – que imponha um não fazer – ou a uma tutela inibitória positiva – que imponha um fazer.

Algo semelhante se passa no direito anglo-americano, que conhece as chamadas *prohibitory injunction* e *mandatory injunction*, a primeira consistindo em uma ordem que impõe um não fazer e a segunda em uma ordem que impõe um fazer. Como é sabido, o sucesso da *injunction* decorre da flexibilidade que a caracteriza, permitindo a sua adaptação aos mais diversos casos carentes de tutela. Assim, se uma determinada situação concreta requer a imposição de um fazer, impõe-se a *mandatory injunction*; em hipótese inversa, concluindo-se pela necessidade de uma ordem de não fazer, determina-se a *prohibitory injunction*.

7. Os artigos 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor: a tutela inibitória individual e a tutela inibitória coletiva

De acordo com o artigo 461 do Código de Processo Civil, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Segundo o par. 4º deste artigo, o juiz poderá, na sentença ou

na tutela antecipatória, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

Como está claro, o artigo 461 permite que o juiz ordene sob pena de multa, na sentença ou na tutela antecipatória. O artigo 461, em outras palavras, faz surgir um procedimento que desemboca em uma sentença que ordena sob pena de multa, por nós chamada de mandamental, e que viabiliza uma tutela antecipatória da mesma natureza. Como a tutela inibitória, para ser prestada, necessita de um procedimento deste tipo, é correto afirmar que o artigo 461 constitui o fundamento – em termos de instrumentos de tutela – da tutela inibitória individual.

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à tutela de todos os interesses difusos e coletivos, tem redação praticamente idêntica à do artigo 461 do Código de Defesa do Consumidor. Tal norma do Código de Defesa do Consumidor, portanto, funda a ação inibitória coletiva, permitindo uma tutela preventiva adequada em nível “coletivo”.

Em outros termos, há no direito brasileiro meios processuais idôneos para a construção de um procedimento capaz de viabilizar a tutela inibitória dos direitos individuais, difusos e coletivos.

8. Tutela inibitória e princípio da demanda

De acordo com o artigo 460 do Código de Processo Civil brasileiro, “é defeso ao juiz proferir 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”. Contudo, o artigo 461 – assim como o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor – permite que o juiz imponha a multa, na sentença ou na tutela antecipatória, de ofício.

Além disso, o artigo 461 afirma que o juiz pode conceder a tutela específica ou determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Admite-se expressamente, assim, que o juiz deixe de atender ao pedido formulado pelo autor para determinar *providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material*. Neste sentido, é possível ao juiz, ao invés de ordenar sob pena de multa a paralisação das atividades de uma fábrica que está poluindo o meio ambiente, ordenar a instalação de uma tecnologia capaz de evitar o prosseguimento da poluição. Vice-versa, e quando não for suficiente o uso de tecnologias capazes de conter a poluição, pode o juiz determinar a paralisação das atividades, ainda que esta não tenha sido pedida.

Uma vez que confere-se ao juiz, visando-se a obtenção da tutela adequada do direito material, uma ampla latitude de poderes, aplicam-se os princípios da efetividade e da necessidade.

Os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor nada mais são do que respostas do legislador infraconstitucional à necessidade de uma efetiva e adequada tutela dos direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória. Tais normas foram desenhadas a partir da tomada de consciência de que o processo está submetido ao princípio da efetividade e que, assim, deve fornecer uma tutela efetiva àqueles que necessitam recorrer ao Poder Judiciário para ter os seus direitos protegidos.

Admitir-se o desenrolar de um contraditório que evidencia a existência de uma situação ilícita e negar-se ao juiz o poder de conferir a tutela jurisdicional adequada para a respectiva cessação é desconsiderar o fato de que as normas já referidas objetivam evitar, inclusive em nome da garantia de importantes direitos protegidos constitucionalmente, a degradação da tutela efetiva do direito material em ressarcimento em pecúnia. Se o juiz pode declarar o ilícito, e a tutela requerida não é suficiente para impedir o seu prosseguimento, negar a possibilidade da concessão da tutela adequada é subtrair da jurisdição a possibilidade de impedir a transformação do direito em pecúnia. É o princípio da efetividade, portanto, que ilumina as normas que deferem ao juiz a possibilidade de conceder tutela diversa da pedida para que um direito possa ser efetivamente tutelado.

Se o princípio da efetividade é relevante, não é de menor importância – para a adequada prestação da tutela inibitória – o princípio da necessidade. No direito brasileiro não é possível se requerer uma tutela inibitória que, muito embora destinada a evitar o ilícito, acabe causando um dano excessivo ao réu. A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do demandado uma interferência “injusta”, porque excessiva em face da necessidade concreta de tutela. A inibitória, em outras palavras, deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito.

O princípio da necessidade, que se desdobra nos princípios da menor restrição possível e do meio mais idôneo - e que seria, segundo Karl Larenz, uma modalidade especial do princípio da proporcionalidade -, relaciona-se com a denominada “proibição de excesso”. Pensando-se em “proibição de excesso” surgem as idéias de “equilíbrio” e de “justa medida”,

que destinam-se a evitar que o direito do autor seja tutelado mediante a imposição de medidas excessivas ao demandado.

Como afirma Larenz, a idéia de “justa medida” tem uma relação muito íntima com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível. O autor da ação inibitória, assim, deve requerer a ordem que imponha a consequência menos gravosa ao réu exatamente para que seja preservada a idéia de “justa medida”, que está indissociavelmente ligada à de justiça.

9. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito

Se não há dúvida de que há direito a uma tutela capaz de impedir a prática do ilícito, também não deve haver discussão acerca da possibilidade de uma tutela destinada a remover um ilícito ou a eliminar uma situação de ilicitude, ainda que dano não tenha sido produzido.

Uma vez aceita a distinção entre ilícito e fato danoso, sendo este último uma mera consequência do primeiro, fica fácil perceber que em alguns casos há a necessidade de uma tutela voltada a remover um ilícito ou a eliminar uma situação de ilicitude.

É o caso da apreensão de produtos nocivos à saúde do consumidor. A exposição para venda de um produto nocivo à saúde do consumidor configura ilícito, não obstante os eventuais danos que possam ser provocados aos vários consumidores em razão das vendas ilegais. Esta tutela destina-se a remover o ilícito, e não a evitá-lo, tarefa que, como visto, incumbe à inibitória.

Se um dos legitimados à ação coletiva, por exemplo uma associação de defesa dos consumidores, depara-se com a exposição à venda de produtos nocivos à saúde do consumidor, podem ser propostas as seguintes ações: a) coletiva de remoção do ilícito, na qual o juiz deve determinar a apreensão das mercadorias; b) coletiva inibitória, na qual o juiz deve ordenar que o produto não seja mais exposto à venda; c) e, se danos foram provocados aos consumidores, coletiva para a tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos, na qual o juiz fixará o dever de indenizar, surgindo como necessária uma fase subsequente para apurar a existência e o valor dos danos acarretados a cada um dos consumidores.

Como se vê, há, ao lado da inibitória, uma tutela destinada a remover o ilícito, e não apenas a inibi-lo. Esta tutela, como é evidente, não se

confunde com a ressarcitória, pois não tem por escopo ressarcir um dano, mas sim eliminar uma situação de ilicitude, que pode ou não ter gerado um dano.

No direito brasileiro, o juiz, na sentença ou na tutela antecipatória, está autorizado a determinar as medidas necessárias para que o ilícito seja removido. Tais medidas, determinadas na própria sentença, devem ser cumpridas por um terceiro ou por um auxiliar do juízo, independentemente da propositura de uma ação de execução. A sentença, no caso, já tem executividade intrínseca, permitindo a expedição de mandado para que o terceiro ou o auxiliar do juízo pratiquem os atos necessários para que o ilícito seja removido. Nesta caso a sentença é definida como executiva, e não como condenatória.

10. Conclusão

Finalizando, eu gostaria de novamente cumprimentar os coordenadores deste Congresso, dizendo que é uma grande satisfação estar aqui ao lado dos colegas e amigos argentinos, que tanto têm contribuído para o aperfeiçoamento do direito na América Latina. Muito obrigado.

Aspectos Gerais da Intervenção e da Liquidação Extrajudicial no Processo do Trabalho

Célio Horst Waldraff^()*

Sumário:

1 Apresentação. 2. Características Gerais deste Instituto 3 Noções Procedimentais Gerais. 4. Suspensão de Ações. 5. Contagem de Juros e Correção Monetária 6. Sucessão e Liquidação Extrajudicial. 7. Os Casos Recentes de Intervenção e Liquidação de Bancos. 8. Bibliografia

1. Apresentação

Examinaremos nesta exposição o instituto da liquidação extrajudicial e as eventuais consequências cogitáveis em face dos contratos de trabalho com a empresa em liquidação e das ações trabalhistas.

Principiaremos com as características gerais deste instituto, conglobando a intervenção e a liquidação extrajudicial especificamente como procedimentos sucessivos. Em seguida abordaremos a questão da suspensão das ações decorrentes da intervenção e a contagem de juros e correção monetária, muito corriqueiras na prática forense. Por fim examinados a candente questão relativa à sucessão em vista da aquisição da empresa liquidanda.

2. Características Gerais deste Instituto

Comentando o sistema insolvencial brasileiro, o Professor Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, ressalta que:

“ o legislador brasileiro não conferiu ao Estado poderes para tomar a iniciativa de instalar o processo de execução coletiva, deixando isso a critério das pessoas diretamente envolvidas com a insolvência (devedor ou credor) — o que significa que, no Brasil, ainda predomina o interesse particular, não havendo interesse público a preservar enquanto não implantado o regime jurídico especial . ”⁽¹⁾

^(*) Célio Horst Waldraff é Professor da UFPR, da Faculdades do Brasil, da Faculdade de Direito de Curitiba e do IBEJ Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná e pela **Universidad Internacional de Andalucia, Espanha Juiz do Trabalho, titular da 1ª Vara de Curitiba**

⁽¹⁾ *In O regime jurídico da insolvência, p 28*

A exceção reconhecida pelo Prof. Assis GONÇALVES NETO é, justamente, a liquidação extra-judicial, ora examinada. Esta modalidade jurídico-insolvencial incide apenas sobre empresas financeiras — além de outros casos a serem adiante indicados.

Parece-nos possível, desde logo, lançar foco na preocupação de nosso legislador em oferecer uma forma distinta de liquidação para instituições empresariais de certa natureza. Trate-se de uma distinção decorrente da preocupação do Estado em nosso país com a questão econômico-financeira.

Se o legislador não logrou, ainda, reformular com a amplitude necessária o nosso direito insolvencial, não há dúvidas que se preocupou sobremaneira com as instituições financeiras, adotando uma forma especial de liquidação.

O Ministro Clóvis RAMALHETE, ao comentar o nosso sistema insolvencial, entende ser necessária uma inovação que recorte o tipo de procedimento para grandes e pequenas empresas, em vista do efeito contaminador e propagador (“dominó”) da insolvência das primeiras. Fala “... *da necessidade de a Lei vir a especificar duas ordens de situação jurídica falimentar: a da empresa de porte ordinário, que se resolve em si, e da de grande porte que pede lei especial, com fins de recuperação*”⁽²⁾.

Assim, certas áreas de nossa economia, foram reputadas mais delicadas em vista de seu potencial contaminador em caso de insolvência. A área financeira e bancária, de uma maneira geral, efetivamente, tem este teor. Neste âmbito específico, por tanto, a idéia de recuperação da empresa e preservação do crédito público tem especial interesse.

Não há como reagir de maneira crítica, todavia, ao se examinar o modelo brasileiro de liquidação extra-judicial, que exclui a centralização perante o Poder Judiciário, repassando-a ao Poder Executivo, através da atuação de órgãos da administração pública.

3. Noções Procedimentais Gerais

O nosso sistema jurídico na verdade subdivide o instituto em duas categorias distintas e eventualmente sucessivas: tratam-se da intervenção e da liquidação extrajudicial.

“A intervenção constitui uma medida administrativa, de natureza cautelar, aplicada a empresas não federais, e que se lhes aplica em

⁽²⁾ *In Natureza jurídica e transformações atuais da concordata*, p. 34.

caso de sofrer prejuízos decorrentes de má administração, de reiteradas violações à lei ou em caso de comprovada insolvência

A liquidação extrajudicial, conhecida também por liquidação coacta administrativa ou liquidação forçada, constitui uma forma de extinção da empresa determinada pelo Estado ex officio, ou a requerimento dela própria, quando ocorrerem graves indícios ou evidência de insolvência ou quando lhe for cassada a autorização para funcionar ³⁾

O instituto está regulado na Lei nº 6.024/74, e abrange, em princípio as instituições financeiras, bem como as empresas de distribuição de títulos mobiliários, corretoras de valores e câmbio, seguradoras, usinas de açúcar, consórcios, cooperativas inclusive de crédito e sociedades de capitalização

Resenhando a legislação indicada, é possível sumariar que a intervenção ocorrerá por solicitação dos administradores da empresa ou por determinação *ex officio* do Banco Central (art 3º, da Lei nº 6 024/73)

Os casos previstos para a intervenção (e eventual e posterior liquidação) decorrem de prejuízo, decorrente de má administração da empresa, que submeta a riscos os seus credores, for constatado repetido descumprimento aos dispositivos da legislação bancária (não regularizadas após as determinações do Banco Central, em fiscalização), bem como as hipóteses elencadas genericamente como casos de decretação de falência

Decretada a intervenção haverá a nomeação de um interventor por parte do Banco Central, incidindo o prazo de seis meses de duração, prorrogável uma vez por mais seis meses. Como regra geral, a intervenção implicará na suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas e a fluência do prazo das obrigações vincendas

A tarefa fundamental do interventor será a reunião dos livros e documentos da entidade, o inventário de bens, créditos e débitos, apresentando o seu relatório da situação contábil e financeira da entidade, dos atos constatados e das providências necessárias, no prazo de sessenta dias contados da posse

⁽³⁾ *REQUIÃO, Rubens Curso de direito falimentar, p 202 Neste trabalho de uma maneira geral, vamos nos referir à liquidação extrajudicial quando tratarmos de questões gerais, fazendo expressa menção à intervenção apenas quando a esta nos referirmos em caráter específico ou como preparativo para a liquidação em si*

Decorrido o prazo legal, o Banco Central poderá: (1) determinar o fim da intervenção e o retorno à atividade normal da empresa, seja pelos antigos proprietários, seja por outros interessados; (2) manter a empresa em intervenção até que sejam sanadas as irregularidades apontadas, observado o prazo de prorrogação de mais seis meses; (3) decretar a liquidação extrajudicial da empresa; e (4) autorizar seja requerida a falência da empresa.

A liquidação extrajudicial será decretada quando a gravidade da situação econômico-financeira justificar a extinção ou se constatar a gravidade do descumprimento da legislação bancária, a critério do próprio Banco Central.

4. Suspensão de Ações

Escorados na própria lei que regulamenta a liquidação extrajudicial tem se sustentado o argumento da suspensão absoluta do trâmite de ações contra a intervinda ou liquidanda. Invoca-se a incidência do art. 18, alínea “a”, da indicada legislação:

Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativo ao acervo da entidade liquidada, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação,

Por este dispositivo, não apenas é suspenso o trâmite de ações contra a empresa liquidanda, como também se impede o ajuizamento de novas ações.

Examinando esta questão, BEBBER⁽⁴⁾, aponta a existência de quatro possíveis linhas de interpretação: *primeira*, a aplicação literal e plana do dispositivo sobre as ações trabalhistas, suspendendo de imediato as ações; *segunda*, limitam a suspensão às ações de conhecimento; *terceira*: ao contrário, suspendendo apenas as execuções; e, por fim, a *quarta* linha, que afasta integralmente o dispositivo em questão quanto à ações trabalhistas.

Comentando as segunda e terceira linhas, anatematiza por completo a paridade admitida por alguns entre a falência e a liquidação extrajudicial:

⁽⁴⁾ *Ob cit*, p 110 e 111, onde há a indicação de precedentes jurisprudenciais sobre todas as correntes indicadas

' É de todo equivocada a sustentação dessa corrente de opiniões, posto que parte de uma igualdade absoluta entre os institutos da liquidação extrajudicial e da falência (tanto que fala em concurso universal), a qual, não existe

A liquidação extrajudicial se traduz numa forma excepcional de liquidação e extinção da empresa por procedimento administrativo Assim não há que se falar em foro universal para igualar essa situação à da falência, valendo lembrar que a liquidação extrajudicial pode ser estágio anterior à falência ”⁽⁵⁾

Por outro lado, parece não haver dúvida que a maioria dos estudiosos tem adotado a quarta corrente O argumento central orbita em torno da inconstitucionalidade de dispositivo que corta cerce o exercício do direito de ação

“ o inc XXXV, do art 5º, da Constituição de 1988 anematizou em definitivo, do ordenamento jurídico, a letra a do art 18 da Lei de nº 6 024/74, motivo porque, na Justiça do Trabalho (para cogitarmos apenas desta), o ato declaratório da liquidação extrajudicial não impedirá a) o ajuizamento de ação contra a empresa liquidanda, b) o prosseguimento das ações e execuções em que ela figure como ré ou devedora, hipótese em que a penhora recairá em bens da massa, pouco importando a fase em que se encontra o procedimento liquidatório ”⁽⁶⁾

Assim, há, além da questão da limitação inconstitucional ao direito de ação, a derivação extraída de que a liquidação extrajudicial é totalmente incompatível com o Processo do Trabalho Não há como cogitar do alistamento de créditos trabalhistas perante a massa intervinda ou liquidanda

De resto, admitir-se o contrário seria perpetrar o absurdo de dispensar às empresas sujeitas ao regime de liquidação extrajudicial tratamento abusivamente favorecedor As outras empresas, sujeitas aos regimes ordinários de liquidação judicial (pela sistemática vigente de falência ou insolvência civil) não são beneficiadas com a suspensão do trâmite de ações (quanto mais trabalhistas — com todo o seu perfil protetivo e social) Não há qualquer razão para imaginar que as empresas sujeitas a liquidação extrajudicial devam ter semelhante privilégio O contrário é verdadeiro

⁽⁵⁾ *Ob cit p 110*

⁽⁶⁾ *TEIXEIRA FILHO Manoel Antônio Execução no processo do trabalho p 216 Este argumento evidentemente pode ser adotado para ações de toda natureza e não apenas as trabalhistas Não vem ao caso, neste trabalho, aprofundar a amplitude com que esta linha de argumentos vem sendo adotada em outras áreas*

“ . a Lei nº 6 024/74 não se aplica no âmbito trabalhista, uma vez que se destina especificamente a regular o relacionamento entre as instituições financeiras e seus clientes, não se estendendo para as relações de trabalho, até mesmo em face do caráter privilegiado dos créditos do trabalhadores ”⁽⁷⁾

Esta afirmação é planar e evidentemente não atinge especificamente a questão da representação processual da empresa em regime de liquidação extrajudicial, inclusive por ser tarefa do interventor acompanhar o andamento de ações para a elaboração de seu relatório final.

Em linha algo diversa, sustenta-se que:

“ não se pode deixar de impugnar os que sustentam o contrário, face à ausência de recepção da legislação referida pela CF/88 — art 5º, XXXI ”

Não há como se sustar a execução trabalhista indefinidamente, até porque não se pode tirar da apreciação do Justiça Trabalhista Especializada nenhuma questão relativa ao contrato de trabalho e suas consequências

Eventual suspensão ou sustação da execução representa evidente malferimento da Constituição Federal e, em especial, do devido processo legal (art 5º, LIV e LV, da Constituição Federal)

A Justiça do Trabalho é a única competente para apreciar e julgar as questões trabalhistas e, por via de consequência, executar os seus julgados

Por isso, não se admite a insistência daqueles que ainda pretendem levar a obreira credora a habilitar seu crédito em processo de concurso, ainda que de liquidação extrajudicial ”⁽⁸⁾

Esta linha específica de raciocínio não é aceita por nós, já que generaliza o incabimento da habilitação do crédito trabalhista em qualquer concurso. Aqueles que adotam esta corrente, podem bem sustentar a atração da Lei de Executivos Fiscais que genericamente exclui o crédito fiscal de qualquer concurso de credores, inclusive a liquidação extrajudicial⁽⁹⁾ —

⁽⁷⁾ BEBBER, *ob cit*, p 111

⁽⁸⁾ DINIZ, Carlos Roberto Faleiros, *Da competência da justiça do trabalho na execução contra empregador falido, concordatário ou em liquidação*, p 13

⁽⁹⁾ *Diz a Lei de Executivos Fiscais a respeito*

adotada como fonte supletiva da execução de crédito trabalhista, art. 889, da C.L.T.

De nossa parte, reiteramos, entende-se que o regime da liquidação extrajudicial, salvo a representação processual, é sistema de execução incompatível com o Processo do Trabalho.

5. Contagem de Juros e Correção Monetária

Disponha a Lei nº 6.024/74 o seguinte a respeito da correção monetária:

Art 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

..

d) não-fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo,

f) não-reclamação de correção monetária de quaisquer dívidas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas

Este dispositivo a respeito, especificamente, da correção monetária, foi revogado pelo Ato das Disposições Constitucional Transitórias:

Art 46 São sujeitos à correção monetária desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência.⁽¹⁰⁾

A não incidência de juros, com a decretação da intervenção, por outro lado, é dispositivo plenamente vigente — embora, por uma questão de

“Art 5º A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário

Art 29 A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento ”

⁽¹⁰⁾ O Enunciado 304, do C-IST, segue a traça constitucional-transitória neste aspecto e será examinado adiante quanto aos juros

coerência com o que já expusemos, não há como sustentar sua aplicabilidade no âmbito trabalhista.

Com efeito, o instituto da liquidação extrajudicial, como já sustentado, é incompatível para fins de aplicação sobre créditos de natureza estritamente trabalhista. Trata-se de modalidade de concurso e execução de créditos de natureza estritamente administrativa (excludente da via jurisdicional) e que tem finalidade diversa da execução forçada. Visa proteger o crédito público e atinge as relações entre as instituições financeiras, seus parceiros econômicos neste tipo de atividade e seus eventuais clientes. Não há qualquer compatibilidade desta com o crédito trabalhista de qualquer natureza.

Assim, sobre os créditos trabalhistas de qualquer ordem, ante o ajuizamento de ações, não pode estar eximido da incidência de juros moratórios, como forma de indenizar adequadamente o credor e desestimular o devedor.

Não é este, todavia, o entendimento da jurisprudência preponderante no âmbito do C. TST, que já se debruçou sobre a matéria e expediu o seguinte enunciado:

“ENUNCIADO 304. CORREÇÃO MONETÁRIA. EMPRESAS EM LIQUIDAÇÃO. ART. 46 DO ADCT/CF. *Os débitos trabalhistas das entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial estão sujeitos à correção monetária desde o respectivo vencimento até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, não incidindo, entretanto, sobre tais débitos, juros de mora.*”⁽¹¹⁾.

Ainda que verse centralmente sobre a questão da correção monetária sobre empresas em liquidação extrajudicial — superada pelo art. 46, do Ato das Disposições Constitucional Transitórias, acima examinado — exclui os juros moratórios no caso de débitos trabalhistas.

Não há como concordar com este entendimento. Já frisamos nosso entendimento de que o crédito trabalhista não está sujeito à liquidação extrajudicial. Além do que, a exclusão dos juros moratórios sobre outros débitos da liquidanda decorrem da impossibilidade de sua satisfação com o advento da intervenção. Trata-se de moratória imposta por causa externa. O pagamento dos débitos trabalhistas, todavia, não é impedido pela liquidação

⁽¹¹⁾ Este enunciado revisa o entendimento exposto a respeito da correção monetária constante do Enunciado 284 — que, por sua vez, revisou o Enunciado 185.

extrajudicial, devendo o liquidando ser sujeito aos efeitos da mora que ele próprio causa.

6. Sucessão e Liquidação Extrajudicial

Não há dúvida que o tema mais candente nesta área da liquidação extrajudicial versa sobre a sucessão operada quando o patrimônio da empresa liquidanda é adquirida por outra empresa e a atividade empresarial é reavivada

Quando mencionamos o caso dos bancos por ocasião da crise do sistema financeiro, os casos de aquisição do fundo de comércio por outras empresas da área bancária foi a regra — motivada pelas orientações políticas já abordadas

Como regra geral oriunda do próprio Direito Material do Trabalho, é sabido que o sucessor suportará todos os débitos trabalhistas do sucedido. A questão já não oferece dúvidas em vista da interpretação atualmente corrente que se dá aos dispositivos da C.L.T. sobre a matéria

“Art 10 Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados

Art 448 A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados ”

No campo da doutrina, não há como duvidar que a ampla maioria dos estudiosos aceita a responsabilidade do sucessor pelos débitos trabalhistas do sucedido. Evidentemente que é inoportuna e desnecessária a transcrição da doutrina torrencial a respeito da responsabilidade do sucessor. Por todos e em caráter didático, a exposição de Wagner D. GIGLIO, valiosa neste aspecto dado o seu caráter didático.

“Acontece que a legislação trabalhista revestiu a figura da empresa de uma quase personalidade jurídica, distinta da pessoa física e da pessoa jurídica, ao dispor que se considera ‘empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço’ (C.L.T., art 2º)

*Vencido, responsável pelo pagamento da condenação é, portanto, a **empresa**, ou seja, o conjunto de bens materiais (prédios, máquinas, produtos, instalações, etc) e imateriais (créditos, renome etc) que*

compõem o empreendimento São esses bens que, em última análise serão arrecadados através da penhora, para satisfazer a condenação pouco importando quais são as pessoas físicas detentoras ou proprietárias deles pois qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetara os contratos de trabalho dos respectivos empregados (idem art 448) (grifos no original)⁽¹²⁾

A base legal-processual específica está no art 4º, da Lei de Executivos Fiscais (de aplicação supletiva à execução trabalhista)

Art 4º A execução fiscal poderá ser promovida contra

11 - os sucessores a qualquer título

Assim, basta que o vínculo de emprego sobreviva (de qualquer forma) a alteração de propriedade do fundo de comércio para que a responsabilidade do sucessor seja reconhecida

Por outro lado, mesmo que o vínculo de emprego já se tenha extinto antes da sucessão, o sucessor ainda assim responderá pelo débito trabalhista do sucedido. Não há como ter dúvida que a regra geral da CLT a respeito da extinção da empresa, mesmo em qualquer das modalidades de insolvência tem aplicação ampla neste caso

Art 449 Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistem em caso de falência concordata ou dissolução da empresa

Outro aspecto fundamental é que neste caso de responsabilização do sucessor, evidentemente, a sua responsabilidade é subsidiária ou derivada e secundária. Com efeito, e a própria Lei de Executivos Fiscais, a prever o direito do responsabilizado neste caso de invocar a preferência da execução sobre o patrimônio do responsável principal no caso o sucedido

Art 4º § 3º Os responsáveis inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém sujeitos à execução se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

⁽¹²⁾ *In Direito processual do trabalho p 530*

Por outro lado, é mister que se esclareça que se esta responsabilidade for decorrente de transferência da empresa verificada antes do ajuizamento da ação, a mesma deverá ser proposta sob a forma de litisconsórcio passivo.

Aplica-se neste propósito e de forma analógica o Enunciado nº 207/TST, cujo teor é o seguinte:

“GRUPO ECONÔMICO. EXECUÇÃO. SOLIDARIEDADE.

O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.”

Trata-se de providência que garante o exercício amplo do direito de defesa por parte do pretense sucessor, tanto a respeito desta condição, quanto do eventual montante do débito principal que terá de suportar em caráter subsidiário.

Não é raro observar no cotidiano do foro trabalhista que inúmeras ações em que se busca responsabilizar o sucessor, a ação é promovida apenas contra este. Trata-se de erro ou má fé, já que há dificuldades sérias quanto ao direito de defesa quanto às questões de fundo a respeito, especificamente, do montante do débito trabalhista. É de toda evidência que o sucessor terá fundas dificuldades para defender-se de alegações versantes sobre fatos que ocorreram quando a empresa não estava sob seus cuidados.

Em razão das idéias expostas acima, é preciso sistematizar as conseqüências práticas da responsabilidade do sucessor:

Primeiro, o caso do contrato de emprego que se mantém após a transferência da propriedade da empresa. Neste caso o sucessor é responsável pelos débitos do sucedido até a data da transferência, em caráter subsidiário. Após, o vínculo é de inteira responsabilidade do sucessor. A ação deve ser promovida em litisconsórcio passivo para o período anterior à sucessão, figurando sucessor e sucedido.

Segundo, o contrato é extinto antes da transferência. O sucessor é responsável subsidiário por todo o contrato de emprego, também em caráter subsidiário, devendo a ação ser proposta sob a forma de litisconsórcio passivo para todo o contrato.

Terceiro, a transferência da empresa ocorre após o ajuizamento da ação. Tão logo a parte autora tenha conhecimento desta

transferência, deve noticiar o fato nos autos e postular a responsabilização do sucessor — seja por aditamento à petição inicial, seja por nova ação distribuída por dependência, especialmente quando o processo está ainda em fase de conhecimento, seja por mero requerimento formulado incidentalmente, especialmente quando o processo está em fase de execução⁽¹³⁾

7. Os Casos Recentes de Intervenção e Liquidação de

Bancos

O advento do Plano Real a partir de 1995 gerou uma forte modificação do perfil da área financeira de nossa economia. Por razões que evidentemente não vem ao caso comentarmos neste momento, a área bancária em nosso país atravessou por momentos difíceis durante todo este período, não sendo poucas as instituições desta área que, outrora sólidas, acabaram sujeitas à intervenção e posterior venda.

Estes casos foram examinados com percusciência pelo Juiz Júlio César BEBBER:

“Num passado não muito distante, as instituições financeiras mal administradas (por negligência ou má-fé) sofriam a intervenção do Banco Central e eram liquidadas extrajudicialmente, faliam, ou viravam bancos estatais, como, v.g., os casos do Banco Habitasul do Banco Sulbrasileiro (hoje Banco Meridional), do Banco Andrade Arneux, do Banco Halles, do Banco Residência, dentre outros

Na era atual, alguns economistas, na condição de políticos, nomeados para o exercício de cargos públicos relevantes, inclusive de Ministros de Estado, em nome de um certo plano de estabilização, chamado Plano Real, e preocupados com a economia do nosso País, resolveram lançar mão de um outro esquema que é o seguinte: separa-se o ativo (fundo de comércio com todo o patrimônio principal, destituído das dívidas) do passivo não relativo aos depósitos bancários. Àquele é entre — alienado — para outra instituição financeira (no caso do Banco Econômico ao Banco Excel, no caso do Banco Bamerindus ao Banco HSBC), a qual continua a desenvolver normalmente as atividades bancárias, este destituído de todo o seu ativo principal, fica sob intervenção

⁽¹³⁾ Não cremos ser adequado que o juízo não aceite o mero requerimento em qualquer fase, requisitando a emenda à petição inicial ou mesmo o ajuizamento de nova ação que fatalmente será distribuída por dependência. De qualquer forma, no interesse da parte postulante, se for este o entendimento do juízo condutor do processo, não há porque não se adaptar.

*Note-se, então, que não se trata, aqui, de uma intervenção pura e simples nos moldes idealizados pelo legislador. O que há, na verdade, é um **tertium genus** de intervenção, ou seja, trata-se de um modo **sui generis** de intervenção, que desafia uma solução igualmente **sui generis**.*"⁽¹⁴⁾

Esta passagem, ainda que temperada com acentos fortes, aponta com acurácia a peculiaridade recente das adaptações julgadas necessárias pelas autoridades da área governamental para a crise atravessada por diversas instituições financeiras em nosso país⁽¹⁵⁾.

Como bem ressaltado, trata-se de uma adaptação radical da figura da liquidação extrajudicial, na qual é recortado o patrimônio da empresa financeira, dividindo a sua parcela viável economicamente, que é adquirida por outra casa bancária que revitaliza a atividade empresarial, e a parcela deficitária **permanece** viva, ainda que sob intervenção e possível liquidação.

Esta adaptação moderna do modelo de liquidação extrajudicial é de extrema importância prática em especial no aspecto da dúvida sobre a

⁽¹⁴⁾ BEBBER, Júlio César *Intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Sucessão trabalhista. O caso da venda dos bancos sob intervenção*, p 119

⁽¹⁵⁾ *Este conduto de medidas iniciou-se com o chamado PROER — Programa de Estimulo à Restruatuição e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, criado pela Resolução nº 2 208, do Conselho Monetário Nacional e pela Medida Provisória de nº 1 179, de novembro de 1995*

A reação a este Programa e seus efeitos na economia nacional foi ampla

Colocando no Proer mais de R\$ 20 bilhões, através da mídia o governo tratou de subestimar o impacto sobre os cofres públicos, alegando utilização de recursos do próprio sistema financeiro e minimizando o custo fiscal do programa. Constata-se, porém, uma renúncia fiscal, e a necessidade de lançamentos de títulos públicos, com impacto sobre a dívida e taxa de juros, bem como garantias da operação lastreada em papéis que podem gerar perdas futuras. O custo total do Proer e o seu impacto sobre os recursos e dívida pública serão conhecidos plenamente no futuro, quando todos os aspectos envolvidos no processo forem tornados mais claros e os compromissos assumidos forem liquidados

Os R\$ 20 bilhões equivalem a todo o orçamento da saúde para 1997, incluindo a CPMF e quase o dobro do gasto com educação em um ano. 'tais números, no mínimo, indicam prioridades' " (MINELLA, Ary César, *Elites financeiras, sistema financeiro e Governo FHC*, p 182)

O argumento de que este programa foi plagiado na Crise das bolsas asiáticas, em especial no Japão, não é válido, já que naqueles casos, ao menos os insolventes perderam (e não venderam ao Estado) o seu patrimônio insolvente

eventual sucessão e responsabilidade dos adquirentes da parcela do patrimônio da entidade financeira intervinda.

De tudo o que levantamos anteriormente, não há como se duvidar que há responsabilidade nestes casos, por parte dos adquirentes da parte “boa”, superavitária, do patrimônio dos bancos em intervenção ou mesmo liquidação extrajudicial.

Como se ressaltou, a entidade bancária em fase de intervenção ou liquidação sobrevive à transferência desta parcela viável de seu patrimônio. Com base neste argumento especificamente, seria cogitável razoavelmente que não há sucessão, já que parece ser uma característica desta figura a extinção do sucedido como requisito?

Não é este o caso, segundo o que entendemos. Mesmo em caso de aquisição parcial da empresa sucedida — ou aquisição parcial do fundo de comércio, se se quiser adotar outra terminologia, mais corrente nas outras áreas do direito privado — não há como duvidar que a responsabilidade do sucessor existe.

Para tanto basta tomar o caso dos próprios bancos. Não foram poucos os empregados que mantiveram os seus contratos com o banco sucessor, laborando exatamente nas mesmas condições de trabalho antigas, tais como a mesma função, mesma remuneração, mesma chefia direta e mesmo posto de trabalho. Negar que se trata do mesmo contrato de trabalho, apenas com um novo empregador, e com a responsabilidade deste (ainda que subsidiária) para os débitos anteriores, não é razoável.

Ou ainda apelando para o senso comum. Todos sabem que os antigos estabelecimentos destes bancos extintos foram adquiridos e, como regra geral, foram mantidos em funcionamento pelos sucessores. Houve eventualmente uma alteração (posterior e sem qualquer pressa) da logomarca e do *layout* do banco. Os negócios mantiveram-se rigorosamente sem qualquer alteração — aliás, foi este a grande razão motivadora da forma como a liquidação parcial foi encaminhada pelo Banco Central.

Ora, tentar convencer o leigo que não houve sucessão, quando todas estas características estão presentes, é negar o óbvio.

Nesta linha sustenta BEBBER:

“Entendo que, nesses casos, mesmo ante certas particularidades aparentemente desfavoráveis, não há como escapar da

sucessão trabalhista (C L T , arts 10 e 448), posto que houve transferência da carta patente e

a) segundo o princípio da despersonalização do empregador, o empregado, pelo contrato de trabalho, não fica vinculado à pessoa natural ou jurídica do empregador, mas sim, à unidade econômica, industrial, comercial, etc ,

b) a unidade econômico-jurídica (o fundo de comércio), ainda que em parte, passou de um para outro titular, o qual continuou exercendo as atividades bancárias,

c) há continuidade dos contratos de trabalho (os quais são intangíveis) à época da transferência

Não se trata, no caso de mera alienação de máquinas ou coisas singulares ou de alienação parcial Transferiu-se toda a organização produtiva (fundo de comércio), sobre a qual pende toda a atividade econômica, que continuou a ser desempenhada com exclusividade pelo empregador ”⁽¹⁶⁾

Assim, mesmo nesta situação, não há como negar a responsabilidade do sucessor, ainda que com as mesmas características indicadas acima, em especial da responsabilidade meramente subsidiária. A responsabilidade principal permanece sendo do sucedido para o período em que com este houve o contrato de trabalho

De uma maneira geral, a nossa jurisprudência vem agasalhando a tese da sucessão, valendo, a respeito, a transcrição dos seguintes arestos, de nosso Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região:

SUCESSÃO. BAMERINDUS E HSBC. *O Banco HSBC Bamerindus S A adquiriu todo o acervo do Banco Bamerindus do Brasil S A, continua operando com as agências instaladas anteriormente e exercendo a mesma atividade bancária, até mesmo, registre-se, com todo o pessoal do antigo banco, para não dizer, também, com a mesma clientela - (parecer Procurador do Trabalho NELSON COLAOTO) Declara-se, por isso, a existência de sucessão empresarial para que o Banco HSBC Bamerindus S A assumo o pólo passivo da relação jurídico-processual TRT-PR-RO 13 591-97 - Ac 2ª T 16 456-98 - Rel Juiz Luiz Eduardo Gunther*

⁽¹⁶⁾ *Ob cit , p 120*

SUCCESSÃO. BANCO BAMERINDUS DO BRASIL S/A E BANCO HSBC BAMERINDUS S/A. *O Direito do Trabalho de índole menos formal que o Direito Comum e, buscando aplicar os princípios essenciais da sucessão trabalhista (princípio da continuidade do contrato de trabalho, da despersonalização do empregador e da intangibilidade dos contratos firmados), não exige a prova formal da sucessão, bastando a simples evidência de que estão presentes os requisitos do art 10 e art 448 da CLT. Destarte, aquele que compra a totalidade, ou parte orgânico-funcional da empresa, e continua operando o mesmo ramo de negócio do sucedido, assume todas as obrigações decorrentes dos contratos de trabalho em vigor e/ou extintos, firmados pelo empregador anterior. TRT-PR-ED-RO 426-97 - Ac 2ª T 14.009-98 - Rel Juiz Luiz Celso Napp.*

Assim, de uma forma geral, tem-se admitido a sucessão (e seus efeitos de responsabilização do sucessor) de maneira generalizada e dispensando maiores digressões ou mesmo provas específicas no curso do processo.

8. Bibliografia

BEBBER, Júlio César. Intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Sucessão trabalhista. O caso da venda dos bancos sob intervenção. Revista do TRT da 24ª Região, Campo Grande, nº 4, p. 105-124, 1997.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Da competência da justiça do trabalho na execução contra empregador falido, concordatário ou em liquidação. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 9, nº 114, p. 11-14, dez. 1998.

GIGLIO, Wagner D. Direito processual do trabalho. 7ª ed. São Paulo, LTr., 1993.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O regime jurídico da insolvência. Revista do IAP, Curitiba, v. 119, p. 25-30, 1999.

MINELLA, Ary César. Elites Financeiras, sistema financeiro e governo FHC. No fio da navalha: crítica das reformas neoliberais de FHC. São Paulo: Xamã, , p. 165 a 200, 1997.

RAMALHETE, Clóvis. Natureza jurídica e transformações atuais da concordata. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 90, nº 325, p. 31-34, jan/mar. 1994.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Execução no processo do trabalho**. São Paulo: LTr., 1989.

A Ação Pauliana na Justiça do Trabalho. Possibilidade jurídica do pedido.^(*)

*Adayde Santos Cecone^(**)*

"A medida da qualidade de uma pessoa não é tanto a ciência que possui, como a ciência que sabe transmitir, é sobretudo a consciência que sabe despertar. Nem sempre são os mais sábios que mais sabem provocar a sabedoria; ela é adquirida com o esforço e a busca pelo conhecimento de cada um". (Eliabe Augusto)

1.0 INTRODUÇÃO

1.1 - TEMÁTICA:

ESTE RESUMO TEM POR FINALIDADE ESCLARECER QUE ENTRE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PREVISTA NO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ENCONTRA-SE A DE CONCILIAR E JULGAR LITÍGIOS QUE TENHAM ORIGEM NO CUMPRIMENTO DE SUAS PRÓPRIAS SENTENÇAS, O QUE PERMITE DECLARAR A INEFICÁCIA DE VENDA FRAUDULENTE, ATRAVÉS DA AÇÃO PAULIANA.

1.2 - JUSTIFICATIVA:

O TEMA ESCOLHIDO OBJETIVA DEMONSTRAR AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PAULIANA, SEUS PRESSUPOSTOS E A LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA, A FIM DE SER PROCESSADA E JULGADA NO ÂMBITO DA JCJ.

1.3 - OBJETIVOS:

INDAGAR QUAL O DESTINO DE UM TÍTULO EXECUTIVO QUANTIFICADO DIANTE DA INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR FRAUDULENTO.

^(*) Projeto de pesquisa monográfica apresentada no curso de Pós-Graduação "lato sensu" em Direito do Trabalho, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ

^(**) Adayde Santos Cecone é Juíza-Titular da Vara do Trabalho de Irati/PR

DEMONSTRAR QUE, EM FACE DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO É POSSÍVEL AO EXEQÜENTE UTILIZAR-SE DE MECANISMOS CÉLERES.

RESSALTAR COMO É POSSÍVEL RESIDIR NO JUÍZO ESPECIALIZADO TRABALHISTA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PAULIANA, PERANTE O MESMO JUIZ QUE CONHECEU E JULGOU OS DIREITOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO CONTRATUAL.

1.4 - HIPÓTESES:

EM QUE SITUAÇÕES CARACTERIZA-SE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA A DISTRIBUIÇÃO DESTA AÇÃO?

DENTRE AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 ATRAVÉS DO ART. 114, ENCONTRA-SE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PAULIANA NO JUÍZO TRABALHISTA? HÁ VETO LEGAL A SOBRESTAR REFERIDA POSTURA?

1.5 - METODOLOGIA:

PRETENDE-SE A UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS DEDUTIVO E HISTÓRICO, ATRAVÉS DE PESQUISA, DOUTRINA, LIVROS E DECISÕES DO TRT/PR.

2.0 - DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO 2.1

2.1 -AÇÃO PAULIANA.

2.1.1 - CONCEITO

Antes de discorrer sobre a ação pauliana, necessário se faz a definição respectiva. O nome “pauliana” deve-se ao pretor Paulo que a introduziu no Direito Romano, também conhecida como revocatória, é ação anulatória do negócio celebrado em fraude contra credores.

Segundo Washington de Barros Monteiro⁽¹⁾, fraude “é artifício malicioso empregado para prejudicar a terceiros” (Curso de Direito Civil; parte geral, v.1. 1966, p.226).

Apenas os credores quirografários (entendendo como tal aquele que não possui garantia real para o pagamento de seu crédito) e que já ostentavam esta condição ao tempo da alienação fraudulenta, são legitimados a ajuizá-la. Trata-se portanto da legitimação ativa, sendo que a matéria vem tratada na lei civil (CC, art. 106 e parágrafo único), inspirados no princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia dos credores.

Aqueles que apenas se tornaram credores depois de consumada a alienação já não podem ser considerados legitimados a ajuizar a Ação Pauliana. Isto porque já encontraram o patrimônio do devedor desfalcado e ainda assim negociaram com o mesmo.

Por outro lado, os credores com garantia real, não estão legitimados a residir em juízo no polo ativo da relação processual, por existir um bem determinado a garantir-lhe a solução da dívida, a não ser que este seja insuficiente para a total satisfação de seu crédito. Quanto aos credores com garantia real, não podem ajuizá-la porque já existe um bem determinado, especialmente afetado à solução da dívida. Se o bem for alienado, o credor privilegiado poderá exercer o direito de seqüela, penhorando-o nas mãos de quem quer que seja, caracterizando-se a figura da fraude contra credores ou fraude em execução, dependendo da existência da dívida antes ou depois de ajuizada a ação principal.

A fraude contra credores só existe quando é insolvente o devedor. Caracterizada a insolvência através de atos malsinados como a transferência a terceiros de bens do patrimônio do devedor, que o deixe sem reservas para garantir suas dívidas, passível de anulação é o negócio concretizado. O direito de livre disposição do devedor, esbarra na barreira representada pelo interesse dos credores. Isto porque, ao afastar bens de seu patrimônio, o devedor insolvente está dispondo de bens que não mais lhe pertencem, já que, referidos valores encontram-se vinculados ao resgate de seus débitos.

A Ação Pauliana é o meio através do qual o credor pode ver restaurada sua garantia de crédito. Retornando ao patrimônio do devedor, o

⁽¹⁾ MONTEIRO Washington de Barros- Curso de Direito Civil, parte geral, V.1, 1966, p.226.

bem vendido e que o levou a insolvência, possibilitada esta a penhora. Logo, a dívida torna-se garantida.

2.1.2 - PRESSUPOSTOS

Para o exercício do direito à Ação Pauliana, prevê a norma legal, a existência de três requisitos, *id est*: a anterioridade do crédito, o *consilium fraudis* e o *eventus damni*.

Insta ressaltar que, a Ação Pauliana, tutela o crédito. Sem este, portanto, não é possível falar-se em revogação de negócio fraudulento.

Segundo Pontes de Miranda⁽²⁾, o crédito,

"deve já existir quando ocorre o ato de disposição. Pode ser ilícito; pode depender de liquidação judicial. Se o termo inicial é somente para a existência pretensional ou acional, ou de exceção, já existindo crédito, não há dúvida quanto a estar satisfeito o pressuposto da anterioridade do crédito".

a) a anterioridade do crédito: No caso de empregado cujo contrato foi rescindido, necessário se faz a quantificação de seus direitos, o qual só será possível através de uma sentença condenatória onde estejam delimitados os itens componentes do título executando. Assim o primeiro requisito da Ação Pauliana estará satisfeito.

b) O *consilium fraudis*, (ou conluio fraudulento) é o elemento subjetivo da Ação Pauliana, e, encontra-se consubstanciado no mancomunamento havido entre o alienante e o adquirente. No entanto, não se exige, que o adquirente esteja conluído com o alienante para lesar os credores deste. Basta a prova da ciência da sua situação de insolvência.

O primeiro, prevendo uma execução futura, em face de dívidas já existentes, vende (ou doa) ao segundo que, ciente da situação de pré-insolvência, adquire a coisa.

A caracterização do *consilium fraudis*, fica ainda mais nítida quando: o adquirente é pessoa da família do alienante, ocasião em que, qualquer dúvida resta totalmente dissipada - (*Fraus inter proximos facile praesumitur*); quando o preço é vil, o ato é clandestino e ainda, quando ocorre a continuação dos bens alienados na posse do devedor.

c) Já o *eventus damni*, (prejuízo decorrente da insolvência) elemento subjetivo da fraude, evidencia-se, ante a ausência de bens a garantir

⁽²⁾ MIRANDA, Pontes de - *Tratado de Direito Privado*, v 4, p 436

a execução, que, com a alienação, cuja anulabilidade se pretende, tornou-se insolvente. Este requisito no processo trabalhista pode estar resolvido através da certidão do oficial de justiça que em diligência constata a inexistência de bens à penhora certificando-a na ação trabalhista.

2.1.3 - FINALIDADE.

A Ação Pauliana, tem por finalidade pronunciar a fraude contra credores e restaurar a garantia do credor, fazendo com que os bens fraudulentamente transferidos, retornem ao patrimônio do devedor. Com isto será possibilitado à aquela a garantia do recebimento de seu direito.

O fundamento da ação, é pois, somente impedir que terceiros locupletem-se à custa dos credores, e que, a fraude do devedor fique impune. Em outras palavras, se os bens alienados revertem ao patrimônio do devedor, isto caracteriza-se como efeito da rescisão do contrato fraudulento, e não uma reivindicação. Um vez rescindida a “venda” as condições normais da execução, encontram-se restabelecidas, permitindo ao credor atingir seu objetivo que é o ressarcimento da dívida.

A Lei presume a má-fé do adquirente quando a insolvência do alienante for notória (títulos protestados, várias execuções em andamento ou quando houver motivo para ser conhecida do primeiro (no caso de parentesco próximo, preço vil, continuação dos bens alienados na posse do devedor, etc.)

O autor da ação anulatória (pauliana ou revocatória) tem assim o ônus de provar nas transmissões onerosas, os dois elementos (objetivo e subjetivo), ou seja: o *eventus damni* e o *consilium fraudis*.

O Código Civil regulamenta os casos em que encontra-se caracterizada a fraude aos credores, pois, não só nas transmissões onerosas, mas também na gratuita, na remissão de dívidas, ou no pagamento de dívidas vincendas esta evidencia-se.

Portanto a Ação Pauliana, tem por finalidade atacar a fraude contra credores, que existe sempre que o devedor insolvente comete atos que diminuam o seu patrimônio, eliminando a garantia dos seus credores. Deve ser intentada (legitimação passiva) não só em face de devedor insolvente, mas ainda, em face da pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, bem como contra terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé, conforme dispõe o art. 109 do Código Civil. Embora o referido dispositivo legal use o verbo *poderá*, que dá a impressão de ser uma faculdade de o credor propor ação contra todos, na verdade ele assim *deverá* proceder para que a sentença produza efeitos em relação também aos adquirentes. De

nada adianta acionar somente o alienante, se o bem encontra-se em poder dos adquirentes, e, para que ocorra a anulação desta venda, necessário se faz que todos façam parte da relação processual. Por tal razão, não é possível requerer-se na ação principal a anulação de uma venda que leva o devedor à insolvência, por simples arguição da Fraude contra Credores ou Fraude em Execução, mormente na Justiça do Trabalho, quando o crédito é preexistente, mas somente torna-se exigível em quantificação especificada após o trânsito em julgado de decisão já líquida.

O art. 472 do Código de Processo Civil estabelece, com efeito, que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros".

Logo, apenas para os sujeitos (ativo e passivo) da relação processual, é que a sentença faz coisa julgada. Se não forem trazidos em juízo aqueles que participaram do negócio fraudulento, impossível esperar-se a decretação da anulabilidade da venda.

CAPÍTULO 2.2

2.2 - FRAUDE CONTRA CREDITORES E À EXECUÇÃO. PARALELO.

A Ação Pauliana (que não se confunde com a figura jurídica da Fraude Contra Credores, nem com a Fraude à Execução), é um dos meios, através do qual o credor pode exercer seu direito de ver garantido seu crédito, anulando a venda de bem que tornou insolvente o devedor.

Alcides de Mendonça Lima, ao discorrer sobre a fraude de credores e a fraude à execução, esclarece que "as duas situações visam ao mesmo fim: proteger o credor contra as artimanhas do devedor para não se esquivar de solver a obrigação coativamente, quer o credor venha a mover a ação competente (fraude contra credores), quer o credor já a haja promovido (fraude de execução)."⁽³⁾

A fraude à execução é instituto de Direito Processual nos termos do art. 593, podendo ser argüida no curso da ação principal, desde que não encontrado bens passíveis de penhora ante a venda efetivada no curso da ação. Embora ambas visem à declaração de ineficácia da alienação fraudulenta, elas não se confundem e a alienação é ineficaz em face dos credores.

⁽³⁾ LIMA, Alcides de Mendonça, *Comentários ao Cód de Processo Civil*, v 6, t 2, p 496

Atualmente o entendimento de que a fraude contra credores torna o ato anulável e a fraude à execução o torna nulo, está superado.

A fraude contra credores, é defeito do negócio jurídico. É regulado pelo Cód. Civil e caracteriza-se quando ainda não existia nenhuma ação ou execução em andamento. A jurisprudência dominante nos Tribunais é no sentido de que esta somente se caracteriza quando o devedor já havia sido citado, à época da alienação. Deve ser pronunciada em ação pauliana.

A fraude à execução, é incidente do processo. É disciplinado pelo Direito Público. Pressupõe demanda em andamento, capaz de reduzir o alienante à insolvência (CPC, art. 593, inciso III). A doutrina, entretanto, considera fraude à execução qualquer alienação efetivada depois que a ação fora proposta (distribuída – art. 263 do CPC). Pode ser reconhecida mediante simples petição nos próprios autos.

A Ação Pauliana não pressupõe ação em andamento, no entanto, exige o crédito quantificado, pois a anterioridade deste é o primeiro requisito da ação.

CAPÍTULO 2.3

2.3 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Na Justiça do Trabalho, o credor pode exercer o direito a Ação Pauliana visando o recebimento de crédito trabalhista de devedor insolvente. Estando concretizado o negócio jurídico com a alienação devidamente registrada, para a propositura da anulação respectiva, necessário se faz o ingresso de ação envolvendo todos os destinatários da decisão requerida. Portanto, alienante e adquirente e respectivos cônjuges (se casados forem) devem figurar no polo passivo da relação processual.

A competência da justiça especializada para processar e julgar referida ação, a qual, por sua vez, não se encontra inserida entre aquelas diversas e possíveis de serem analisadas pelos juizes trabalhistas, tais como, a consignação em pagamento, o seqüestro, o arresto etc., é sem dúvida existente.

À primeira mão, tem-se a impressão de ser impossível tal assertiva, uma vez que, a Ação Pauliana (ou Revogatória), objetiva a anulação de uma venda, negócio jurídico bilateral, o que pressupõe deva ser intentada no juízo cível, eis que, ocorre no mundo jurídico de referida esfera do judiciário. No entanto, o exercício do direito de Ação Pauliana é reconhecido ao credor prejudicado em seus direitos, em razão de alienação fraudulenta, em

face de alienante e respectivo adquirente, para obrigá-los a devolver ao patrimônio do devedor a coisa alienada, de forma a poder ser objeto de execução.

De conformidade com a Lei (art. 591 CPC) o devedor responde para o cumprimento de suas obrigações, com todos seus bens, presentes e futuros. Mas, e se o devedor, prevendo a execução que poderá vir a sofrer e, objetivando ilidi-la, resolve alienar os bens que possui, reduzindo-se à insolvência, lesando, conseqüentemente, os interesses de seus credores? E se o credor for um ex-empregado que contribuiu com o devedor, dedicando a força de seu trabalho para o aumento do patrimônio do empregador? Seria justo, após quantificar seu crédito trabalhista através de ação própria, ficar o credor sem condições de executar o título exequendo?

A lei pune tais atos com a anulabilidade, se estes se apresentarem eivados de manifesta fraude, dependendo de prova do *consilium fraudis* (má-fé do terceiro) tornando-os sem qualquer eficácia jurídica.

A competência da Justiça do Trabalho para analisar e julgar a Ação Pauliana, esta explicitada no art. 114 da Constituição Federal de 1998, que assim declara:

Art. 114 - "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangido os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas." (grifamos).

Outro fundamento legal relativo à competência da Justiça do Trabalho, quanto ao processamento e julgamento da Ação Pauliana, é visualizado na Lei (art. 877 da CLT), a qual declara expressamente ser competente para a execução das decisões, o juiz ou presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio.

Por outro lado, ainda como subsídio à competência da justiça especializada, ressalta-se também o art. 40 da Lei 6.830 de 22/09/80, que rege os executivos fiscais, e aplica-se ao processo do trabalho, conforme art. 889 da CLT. Referida legislação dá prerrogativa expressa ao juiz para suspender o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrado bens sobre os quais possa recair a penhora, não ocorrendo nesses casos fluência de prescrição.

Também, com o advento da Magna Carta, qualquer dúvida quanto a competência da justiça especializada restou espancada ante o contido no art. 114 e que, expressamente define o poder normativo da justiça do trabalho, inclusive quanto "... os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças...".

No entanto, para residir em juízo através da Ação Pauliana, necessário se faz a observância dos requisitos essenciais como é o caso da legitimidade das parte (ativa e passiva).

Ativamente o credor, autor da ação trabalhista, e no pólo passivo, ante a ocorrência de litisconsorte passivo necessário (art. 47 CPC) os participantes do ato fraudulento (alienante, adquirente e respectivos cônjuges se tratar de bem imóvel).

Provada a anterioridade da dívida em relação ao negócio do bem alienado de que o devedor dispunha, e que o transforma em insolvente, caracterizada está a fraude aos credores. Tal fato autoriza a procedência da Ação Pauliana, na forma do art. 107 do C.C.

O ato fraudulento está caracterizado, porque comprovados o *eventus damni*, o estado de insolvência do alienante, a ausência de outros bens no patrimônio do devedor e o *consilium fraudis*.

Na Ação Pauliana, cabe ao autor o ônus de provar os pressupostos necessários à anulação do ato inquinado de fraudulento.

Oneroso o contrato, é preciso que seja notória a insolvência do alienante, ou que haja motivo para ser conhecida do adquirente.

Segundo alguns doutrinadores, os atos rescindíveis devem ter por efeito a diminuição do patrimônio do devedor, seja qual for o modo por que essa diminuição se realize (atos de transmissão gratuita de bens; e atos a título oneroso). Essa regra deriva da própria natureza da ação pauliana que é uma ação revocatória, isto é, tem por fim colocar na situação anterior ao ato fraudulento.

Como a Ação Pauliana objetiva a anulação da venda que tenha levado o devedor ao estado de insolvência, é evidente que se proposta na Justiça do Trabalho, só poderá ter andamento após a quantificação do título exequendo. Ainda, após a constatação da ausência de bens, cuja prova pode ser feita mediante a certidão negativa de penhora firmada pelo Sr. Oficial de Justiça.

Portanto, o direito de exequente de crédito trabalhista para propor Ação Pauliana, com objetivo de ressarcir-se, deve ser exercido com o sobrestamento da ação trabalhista.

Incide em equívoco, portanto, aqueles que entendem ser aplicável ao prazo prescricional inserto no art. 178, § 9º, inciso V do Cód. Civil, o qual prevê o lapso temporal de 4 (quatro) anos para o desfazimento do negócio jurídico relativo à venda de imóvel. Isto porque, como diz o eminente juiz Ricardo Sampaio, em trabalho publicado no Jornal Trabalhista nº 736 de 16/11/98 sob o título “Aspectos da Prescrição do Dano Moral Trabalhista”, “seria contra a lógica e a técnica do arcabouço jurídico que se concedesse dois prazos prescricionais distintos ao empregado, se as reparações pretendidas se passam na mesma justiça e como decorrência de uma única relação jurídica: o contrato de emprego.

Portanto, a Ação Pauliana, interposta no âmbito trabalhista, não se submete ao prazo prescricional do Código Civil, e sim pelo prazo de dois anos contados da cessação do vínculo, consoante art. 7º, inciso XXIV, C.F, cujo lapso é interrompido pela ação trabalhista.

Tanto na doutrina como na jurisprudência, não se tem notícias da existência da Ação Pauliana no âmbito da Justiça do Trabalho, exceto o Processo nº. 849/88, do TRT da 9ª Região, em que figura como autor José Jair Andrade. Embora hodiernamente o *consilium fraudis* não precise existir integralmente, sendo entendido que a lesão tão-somente seja suficiente para a procedência da ação pauliana, segundo o entendimento de P.R. Tavares Paes, em “Ação Pauliana”⁽⁴⁾, ainda assim, no processo acima referido, houve, data vênua, equívoco na aplicação da lei. Isto porque, ao apreciarem aquele processo, em decisão por maioria, o E. TRT/PR, através de sua 3ª Turma, decidiu dar provimento ao recurso ordinário interposto pelos insolventes e fraudulentos requeridos, sob o fundamento de que o prazo de ingresso da Ação Pauliana era decadencial.

Segundo a doutrina, prazo decadencial é aquele em que o direito e a ação nascem pelas mesmas razões e ao mesmo tempo. M. M. de Souza Soares⁽⁵⁾, em seu Curso de Direito Civil, vol. I, enumera os casos de decadência do art. 178, sendo que o § 9º, inciso V, letra “b”, ali não se inclui.

Já o prazo prescricional, é aquele em que o direito nasce antes que a ação, por razões diversas e em tempo diverso. No relacionamento

⁽⁴⁾ PAES, P R Tavares, *Ação Pauliana*, Edição Saraiva, 1986, p 13

⁽⁵⁾ SOARES, M M de Souza - *Curso de Direito Civil*, vol 1, p 126

laboral por exemplo, o direito nasce com a prestação de serviços, cuja quitação deve ser procedida até o 5º dia útil subsequente à data do vencimento da obrigação. Somente daí, torna-se exigível o direito não pago, nascendo o direito de ação de cobrá-lo.

Assim o crédito de empregado perante o empregador, reconhecido em decisão judicial não nasce com a publicação da sentença, pois esta apenas reconhece a dívida. Portanto o crédito obreiro, anterior à venda do último bem do patrimônio do devedor e que o leva à insolvência está sujeito aos efeitos da prescrição se não postulado no prazo assinado (art. 7º, inciso XXIX/CF).

Portanto, é evidente que não pode ser considerado o prazo prescricional e concomitantemente o decadencial para uma mesmíssima situação: cobrança de crédito trabalhista.

É por esta razão que considera-se equivocada a decisão proferida no Acórdão nº. 1.573/91 da 3ª Turma do E. TRT/PR., proferido em decorrência do R. O. nº 5.152/89, conforme Anexo I.

De conformidade com a referida decisão transcrita, conclui-se, data vênia, estar caracterizado mais um erro judiciário. Isto porque, após o autor da ação pauliana ter laborado por vários anos, deixou de receber seu crédito trabalhista, já que não conseguiu executar o título exequendo.

Pode-se dizer que o autor da ação pauliana, neste caso, “nadou, nadou e nadou, para morrer na praia”, pois, nem mesmo seu salário de abril de 1983, foi pago, apesar de que, segundo a decisão da 3ª Turma do E. TRT da 9ª Região, a insolvência do devedor, só tornou-se caracterizada em 1º de junho de 1983, com o registro do título transmissivo, que produziu o efeito de “perda da propriedade” como mencionado pelo V. Acórdão.

O prazo decadencial aplicado, a partir de 1º de junho de 1983, no caso específico, relegou todo o ordenamento jurídico pátrio a um segundo plano, pois, não levou em conta o preceituado no art. 265, IV, a, do Código de Processo Civil, já que o autor necessitava primeiro ter seu crédito quantificado, e a prova da insolvência do devedor. Também não foram observados os preceitos legais insertos no art. 5º, XXXVI e 7º, XXIX da Constituição Federal; nos arts. 8º, 9º e 769 da C.L.T.; art. 5º e 6º do Código Civil; e art. 106 do Código Civil, que permite expressamente a anulação do ato de transmissão para o qual são exigidos crédito e fraude, como pressuposto da ação.

Ora, se os pressupostos da ação pauliana (anterioridade do crédito, insolvência do devedor com a caracterização de *consilium fraudis* e do *eventus damni*) devem estar presente para a propositura da mesma, sem o que, torna-se inviável seu processamento, ante a inépcia da inicial, como poderia no caso, o autor exercer seu direito de ação?

“Se todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade...” (art. 5º, XXXIII/CF) e o Estado não fez a entrega da prestação jurisdicional no prazo da lei, que culpa teve o autor da referida ação?

De nada serviu para o cidadão acima mencionado (José Jair de Andrade) todo o ordenamento jurídico pátrio, que coloca ao dispor dos indivíduos os meios para o exercício do direito, não o garantindo, no entanto, no caso específico.

Mas, considerando que em “cada cabeça há uma sentença”, e que não existem duas decisões iguais, conclui-se que, apesar da injustiça perpetrada, mesmo assim é possível a tramitação da ação pauliana no âmbito trabalhista.

De tudo quanto foi exposto, conclui-se então que, na justiça do trabalho, ao executar o título exequendo já quantificado, e, não tendo o reclamante encontrado bens passíveis de penhora, o que só é possível comprovar em fase de execução através da certidão negativa do Sr. oficial de justiça que informa a ausência de bens passíveis de penhora, poderá o credor (assim já reconhecido por sentença trabalhista) ingressar com a Ação Pauliana, inclusive por dependência na própria JCM em que esteja tramitando a ação trabalhista. Esta, nos termos da lei (6.830/80, art. 40) poderá ser sobrestada, a fim de permitir ao credor o uso dos meios legais para tornar anulável a venda do último bem componente do patrimônio do devedor e que o tenha tornado insolvente.

Assim agindo, o autor de uma Ação Pauliana na Justiça do Trabalho sujeitar-se-á, aos efeitos da decisão a ser proferida, que, com certeza não será idêntica a esta trazida como exemplo da caracterização da possibilidade jurídica do pedido no foro laboral.

A anulação dos atos fraudulentos é o principal efeito da ação pauliana, o que pode ocorrer nas relações entre credor e devedor e entre credor e terceiros.

A vantagem resultante da anulação do ato, reverterá em proveito do acervo de credores no caso em que os efeitos sejam analisados nas relações entre credor e devedor.

Em relação aos efeitos, nas relações entre credor e terceiro, com a ação pauliana, fica restabelecido o *status quo*. Se o bem for fungível, será restituído outro qualitativo e quantitativamente igual, se infungível, será devolvido a própria coisa, e na impossibilidade, o seu valor em dinheiro.

Tem efeito *ex nunc*, a sentença prolatada na ação pauliana, havendo divergências doutrinárias a respeito da necessidade ou não de anulação da escritura e respectivo registro do imóvel alienado em fraude contra credores.

Segundo os ensinamentos de P. R. Tavares Paes⁽⁶⁾, “No caso de anulação de escritura de venda e compra de bem imóvel o juiz mandará expedir mandado de cancelamento do registro na Circunscrição Imobiliária competente”. (Fraude contra Credores, 1ª ed. RT. 1979, p.46”).

A ação pauliana pode ser extinta em caso de pagamento do crédito ao autor da ação ou no caso de insolvabilidade do devedor decorrente de fato superveniente.

ANEXO I:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, provenientes da MM 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de CURITIBA-PR., sendo recorrentes CARLOS AUGUSTO COSTA SEEGMUELLER E OUTROS e recorrido JOSÉ JAIR DE ANDRADE.

Recorrem os requeridos da r. sentença primeira que julgou procedente o pedido de José Jair de Andrade, anulando a venda do imóvel consoante escritura de fls. 09, efetuada por Carlos Augusto Costa Seegmueller e Maria Antonieta Miranda Seegmueller à Rogério G. de Carvalho e Maria Nadir Miranda de Carvalho; sustentam o reconhecimento do presente recurso como agravo de petição; argúi prescrição nos termos da lei civil; exceção de incompetência absoluta; exceção de coisa julgada; preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*; impossibilidade jurídica do pedido e no mérito por sua improcedência.

⁽⁶⁾ PAES, P R Tavares, *Fraude Contra Credores 1ª ed RT 1979, p 46*

Emolumentos recolhidos (fls. 131).

Em contra-razões o recorrido argúi preliminar de deserção por inexistência de depósito recursal, irregularidade de representação, não conhecimento dos documentos juntados com o recurso, e no mérito pela confirmação da r. sentença primeira.

A d. Procuradoria opina pelo conhecimento, rejeição às preliminares, acolhimento da prescrição e, se ultrapassado, o improvemento ao apelo.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE DESERÇÃO.

Adoto o Parecer da Douta Procuradoria:

“Não havendo condenação em pecúnia, indevido o depósito recursal”.

Rejeito.

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO.

A eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo (art. 47 do CPC).

Conforme se denota dos documentos de fls. 37 verso e 40 verso, todos os litisconsortes passivos foram notificados. Assim, e considerando o disposto no artigo 48 do mesmo diploma legal, rejeito também a preliminar de irregularidade de representação.

DESRESPEITO À SÚMULA Nº. 08 DO TST

Acato. Não se deve conhecer dos documentos juntados às fls. 125/130, por extemporâneos.

Conheço pois, do recurso, bem como das contra-razões, mas não dos documentos de fls. 125/130, por extemporâneos.

PRELIMINARES DO RECORRENTE.

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Nos termos do art. 114 da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho, além de conciliar e julgar os dissídios individuais e

coletivos entre trabalhadores e empregadores, os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

O objeto da reclamatória intentada pelo autor da presente ação pauliana é a condenação da empregadora nas verbas decorrentes do vínculo empregatício e não satisfeitas à época oportuna e de forma voluntária. A execução da sentença, portanto visa a expropriação dos bens do devedor para a satisfação do credor.

Ora, verificando-se, pelo menos em tese, a inexistência ou insuficiência de bens para tal satisfação do credor, frustra-se o direito do credor e a própria fase executória, por que vai operar no vazio: não há, no patrimônio do devedor, bens suscetíveis à constrição judicial.

Os bens dos sócios, porém subsidiariamente respondem pelas dívidas contraídas pela sociedade, em determinadas situações previstas em lei, e, assim, perfeitamente possível a penhora sobre tais bens.

Entretanto, verificando o credor que ocorreu esvaziamento patrimonial justamente para impedir os efeitos da penhora, tornando-se o devedor insolvente, cabe ao credor buscar a desconstituição dos atos translativos da propriedade daqueles bens que, retornando ao patrimônio do alienante, poderão ser penhorados e, dessa forma tornar possível o cumprimento da própria sentença exequenda.

Assim, tratando-se de fraude contra credor trabalhista, entendo que, no caso específico, é competente a Justiça do Trabalho para apreciação da matéria.

Nego provimento.

COISA JULGADA

Não há nos autos, pelo menos até fls. 75, nenhum documento demonstrando a existência da ação de embargos de terceiro, mas somente certidão de julgamento em que este Egrégio Tribunal, através de sua Primeira Turma, não conheceu do agravo de petição, por deserto (fls. 29).

Mesmo assim, a sentença recorrida rejeitou a preliminar de coisa julgada, sob fundamento de que a decisão exarada nos embargos de terceiro limitou-se a apreciar a fraude a execução, não se referindo à existência ou não de fraude contra credores.

Embora somente juntados com o presente recurso, verifica-se que a contestação apresentada pelo então embargado (fls. 111/112), sustentou

a existência de fraude à execução e não fraude contra credores, muito embora a jurisprudência ainda vacile quanto a sua alegação como matéria de defesa em embargos de terceiro, ainda que em exceção.

De qualquer forma, ainda que tivesse havido o conhecimento da anulabilidade em exceção, o juiz a apreciaria apenas como questão prejudicial e não haveria coisa julgada a respeito, nos termos do art. 469, III, do Código de Processo Civil.

Nego provimento.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

Sustenta a requerida MARIA ANTONIETA MIRANDA SEEGMUELLER a ilegitimidade passiva *ad causam*, fundamentando-se em que, não sendo sócia da empregadora do Autor, não poderia, em relação a ela, ter ocorrido fraude contra credores, porque não era a a mesma devedora nem co-responsável.

O objeto da presente ação é a desconstituição do ato translativo do domínio de bem imóvel, então de propriedade comum do casal, por força do regime comunhão universal de bens adotado no casamento (certidão de fls. 26), que, procedente, implica no retorno do bem ao patrimônio do casal, não sendo possível a manutenção do ato apenas em relação à meação de um dos cônjuges.

Nego provimento.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Ao contrário do que sustenta a Recorrente Maria Antonieta Miranda Seegmueler, ainda que titular de 50% (cinquenta por cento) do imóvel, não poderia alienar livremente sua parcela, sem impeditivos de qualquer espécie, sob pena de desvirtuar o próprio regime de bens adotados no casamento, criando-se caso não previsto para dissolução da comunhão (art. 267 do Código Civil).

É certo que o imóvel poderia ser alienado em apenas 50% (cinquenta por cento), mas a parte restante continuaria pertencendo em comum ao casal, não sendo possível a alienação de parte específica da cada um dos cônjuges, face ao regime especial de condomínio que se estabelece, pela adoção do regime de comunhão universal de bens.

As alegações contidas no recurso podem, pelo menos em tese, servir de sustentação em embargos de terceiro, nos termos do art. 1.046, § 3º,

do Código de Processo Civil, caso excepcionalmente previsto para a defesa da meação do cônjuge, ainda na constância do casamento.

Nego provimento.

PRESCRIÇÃO

A prescrição, nos termos do art. 162 do Código Civil, pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita, o que fazem os Recorrentes, agora, no presente recurso.

É certo que o Código Civil não fez a distinção entre prescrição e decadência, cabendo encarregar-se a doutrina e jurisprudência de estabelecer os critérios diferenciadores, destacando-se entre os doutrinadores, o magnífico trabalho apresentado por Câmara Leal no encerramento do ano de 1939, sempre lembrado por todos que tratam do polêmico tema.

Pelas conclusões de Câmara Leal (Da Prescrição e da Decadência, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982, pp. 397/401), o prazo previsto no art. 178, § 9º, V, b, do Código Civil, é de decadência, e, conseqüentemente, não se interrompe, nem se suspende, independentemente da propositura e regular andamento da reclamatória trabalhista em que se buscava o reconhecimento do direito do Autor.

O ato translativo, isto é, o negócio jurídico visando à transferência do direito de propriedade do imóvel questionado, realizou-se em data de 25 de maio de 1983, porém o efeito de “perda da propriedade” somente ocorre com o registro de imóveis (art. 589, I, e § 1º, do Código Civil) simultâneo que é com a aquisição da propriedade decorrente do mesmo registro (art. 530, IX, do Código Civil), fato que ocorreu em 1º de junho de 1983, tal como se vê às fls. 8 verso.

A partir de 1º de junho de 1983, portanto, nasceu para o credor o direito de anular a transmissão efetuada e considerada em fraude contra credores, tendo o prazo de 4 anos para a propositura da ação pauliana, único meio de que dispunha para tornar efetivo o exercício de seu direito.

Não é da data do conhecimento da inexistência de bens que se conta o referido prazo decadencial previsto no art. 178, § 9º, V, do Código Civil, mas, sim, da data do referido registro já que, entre outros, o registro tem o efeito de gerar publicidade, ainda que presumida, do ato transmissivo, decorrendo daí, também, a sua eficácia *erga omnes*.

Assim sendo, o direito do Autor de pretender, via ação pauliana, anular a transmissão que qualificou como fraudatária de seu crédito.

irremediavelmente, extinguiu-se em 02 de junho de 1987, pois o termo final para a propositura da ação pauliana, nos termos do art. 178, § 9º, V do Código Civil, era 1º de junho de 1987, e a presente ação somente foi proposta em 22 de junho de 1988.

Dou provimento.

Isto posto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para, acatando a decadência do direito, julgar extinto o processo com julgamento do mérito (inciso IV do artigo 269 do CPC).

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por maioria de votos, EM CONHECER DO RECURSO, vencido o Exmo. Relator, rejeitando a preliminar argüida de deserção; por unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DOS DOCUMENTOS de fls. 105/125, por extemporâneos e REJEITAR a preliminar de irregularidade de representação. Por unanimidade de votos, EM REJEITAR as prefaciais argüidas de incompetência absoluta, coisa julgada, impossibilidade jurídica e ilegitimidade passiva. No mérito, por maioria de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, para acatar a decadência do direito, vencidos os Exmos. Juizes Relator e Revisor que negavam provimento.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 23 de janeiro de 1991.

Ricardo Sampaio – Presidente Regimental

José Fernando Rosas – Relator Designado

Wanda Santi Cardoso da Silva – Procuradora Regional

Substituta.

Pressupostos e efeitos da fraude à execução^(*)

*Amaury Haruo Mori^(**)*

Introdução

O tema escolhido, fraude à execução, é objeto de constante controvérsia nos processos que tramitam perante as Cortes brasileiras ensejando contínua análise de seus pressupostos bem como dos efeitos desta figura processual sobre os negócios jurídicos levados à efeito, todos os dias, pelos cidadãos.

O trabalho tem início com breves e concisos comentários sobre o processo, em especial sobre o processo de execução, ressaltando a importância de sua eficácia para a manutenção da ordem jurídica e para que se concretize o princípio constitucional do acesso à justiça.

Num segundo momento, trata da responsabilidade patrimonial como meio para satisfação dos créditos reconhecidos em título executivo não cumprido espontaneamente pelo devedor.

Após tratar rapidamente da fraude à execução no direito comparado, passa a identificar na legislação vigente os pressupostos da fraude, as suas conseqüências danosas à atividade jurisdicional do Estado e as formas de repressão. Analisa especialmente os pressupostos da insolvência e da litispendência na medida em que a hipótese mais freqüente da fraude é aquela disciplinada pelo inciso II do artigo 593 do CPC.

Procura distinguir a fraude à execução da alienação ou oneração de bens já sujeitos a constrição judicial, bem como da fraude contra credores prevista no Código Civil.

Analisa a teoria da ineficácia dos atos negociais com amparo nas lições de Cândido Rangel Dinamarco e, finalmente, a relevância da boa-fé do adquirente na configuração da fraude à execução em confronto com o anseio de um provimento jurisdicional eficaz, adequado e tempestivo, sonho de todos nós.

^(*) *Monografia apresentada à banca examinadora do IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil*

^(**) *Amaury Haruo Mori é Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*

I. Breves comentários sobre o processo, em especial sobre o de execução

A vida em sociedade depende da observância de normas pré-existentes. “A esse conjunto de regras, que regem a vida de todos nós e as consequências de nossos atos é que chamamos de ordem jurídica”⁽¹⁾. No mesmo sentido, Orlando de Souza define a ordem jurídica como “o complexo de normas objetivas e princípios de direito disciplinadores das relações e interesses dos cidadãos entre si e em relação à própria sociedade de que são participantes.”⁽²⁾

O ser humano, individualmente considerado, possui necessidades ilimitadas e interesse em satisfazê-las, conforme lições de Carnellutti⁽³⁾. Por outro lado, os bens da vida são limitados. Quando mais de uma pessoa deseja a satisfação de uma mesma necessidade, surgem os conflitos de interesses. Em razão destes conflitos podem ocorrer violação ou infração dos preceitos da ordem jurídica. “Nessa hipótese, intervém o Estado, por provocação dos sujeitos do conflito, para compor este e dar a cada um o que é seu, mediante a aplicação da norma ou regras jurídicas que regulem e tutelem os interesses em litígio”.⁽⁴⁾

No início, para solução dos conflitos de interesses e não existindo uma sociedade politicamente organizada, os homens faziam justiça com as próprias mãos. Utilizavam-se da força para impor aos outros a satisfação de suas necessidades. Como consequência, prevaleciam os interesses dos mais fortes. Era o tempo da auto-tutela.

A sociedade evoluiu e atualmente o Estado assume, como seu poder-dever, a função jurisdicional. Incumbe ao Estado, através do Poder Judiciário, a função de “dizer o direito” e, com isto, a de solucionar os conflitos de interesses, realizar a pacificação social, manter a sociedade e a democracia. Para este fim, utiliza-se o Estado do processo.

Mas ao Estado não compete apenas a importante função de “dizer o direito”, em sentido estrito. Seria inócua a simples declaração de

⁽¹⁾ LIEBMAN, Enrico Tullio *Processo de Execução*, 3ª Edição São Paulo Saraiva, 1968, p 1

⁽²⁾ SOUZA, Orlando de *Processo de Execução Doutrina e Prática*, 4ª Edição São Paulo Editora Saraiva, 1987, p 5

⁽³⁾ CARNELUTTI, Francesco *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Reimpressão Pádua Cedam, 1993

⁽⁴⁾ MARQUES, José Frederico *Manual de Direito Processual Civil*, 13ª Edição São Paulo Editora Saraiva, 1990, p 1

existência de determinado direito a quem requer a tutela jurisdicional, com a imposição de sanção adequada à parte sucumbente, em ação condenatória. Isto porque a sentença proferida nesta espécie de ação não opera transformações no mundo dos fatos. Para tanto, deve o credor requerer nova tutela jurisdicional ao Estado, ou seja, promover a execução do título que possui.

“A atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar a atuação à sanção recebe o nome de execução; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”⁽⁵⁾.

Chiovenda, por sua vez, define execução processual como “a atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida e que resulta de uma verificação; e conhece-se por execução o complexo dos atos coordenados a esse objetivo.”⁽⁶⁾

O objetivo da execução civil, deste modo, é satisfazer o interesse do credor reconhecido em título executivo em vista do inadimplemento do devedor. Neste sentido o artigo 612 do Código de Processo Civil, segundo o qual a execução realiza-se no interesse do credor, ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal.

A tutela jurisdicional prestada através do processo, em especial no de execução que realmente transforma o mundo dos fatos, quando já existe a certeza do direito do credor, deve ser “adequada, tempestiva e efetiva”⁽⁷⁾ de modo a concretizar o princípio constitucional de acesso à justiça. Exige-se, pois, que a execução cumpra com rapidez o comando contido no título executivo não observado espontaneamente pelo devedor.

Assim sendo, garante-se o respeito e a manutenção da ordem jurídica e o acatamento às decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Toda a atitude do devedor que vise dificultar sem justas razões o adimplemento da obrigação, pela execução, afronta a ordem jurídica. Trata-

⁽⁵⁾ LIEBMAN, *Enrico Tullio obra citada*, p 4

⁽⁶⁾ CHIOVENDA, *Giuseppe Instituições de Direito Processual Civil (tradução de J Guimarães Menegale)*, 2ª Edição São Paulo Editora Saraiva, 1965, p 285

⁽⁷⁾ MARINONI, *Luiz Guilherme A Tutela Antecipatória fundada em abuso de direito de defesa Genesis, Curitiba*, 9 (53), p 641, maio/97

se de ato atentatório à própria dignidade da justiça, conforme previsto no artigo 600 do Código de Processo Civil. Dentre estas hipóteses encontramos a fraude à execução perpetrada pelo devedor, capaz de frustrar as expectativas do credor e o ideal da efetividade processual não fosse a especial atenção da legislação vigente.

“É claro que não se pode ter como eficaz um processo executivo que não consegue defender a própria garantia da prestação jurisdicional satisfativa. Com efeito, a execução tem como objeto bens aptos a satisfazer o direito do credor. Se esses bens são desviados impunemente, o que se frustra não é apenas o direito subjetivo da parte. É, acima de tudo, a prestação jurisdicional”.⁽⁸⁾

É a partir destas premissas básicas que se inicia a análise do tema Afinal, se o processo, em especial o de execução, não consegue atingir seu objetivo, restam desacreditados o Poder Judiciário e a forma atualmente adotada para solução dos conflitos inter-subjetivos de interesses. Seu aprimoramento é uma necessidade constante.

2. Responsabilidade patrimonial do devedor

O processo evoluiu e abandonou a execução corporal admitida pelo direito romano. A responsabilidade do devedor, atualmente, é patrimonial. Com efeito, dispõe o artigo 591 do Código de Processo Civil que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei. Tratando também da responsabilidade patrimonial, o artigo 646 do CPC dispõe que a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor. A redação é semelhante ao artigo 2.910 do Código Civil Italiano.⁽⁹⁾

“Entende-se por responsabilidade patrimonial a situação jurídica subjetiva, da qual resulta a sujeição de bens do responsável, com

⁽⁸⁾ JÚNIOR, Humberto Theodoro *Execução Rumos Atuais do Processo Civil em Face da Busca de Efetividade na Prestação Jurisdicional Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, p 276, abril/junho/98*

⁽⁹⁾ “Il creditore per conseguire quanto gli è dovuto può far espropriare i beni del debitore”

relevância econômica, a serem destinados a satisfazer o credor que não recebeu a prestação devida, por meio do processo de execução forçada”.⁽¹⁰⁾

O conjunto de bens de uma pessoa, presentes e futuros, corresponde ao seu patrimônio. Nem todos os bens do devedor, contudo, estão sujeitos à execução. Tratam-se, por exemplo, dos bens absolutamente impenhoráveis (artigo 649 do CPC) ou outros que não têm valor econômico.

Rosenberg define o patrimônio sujeito à execução como “a soma das coisas que têm valor pecuniário e direitos do devedor; e compreende bens móveis e imóveis, créditos e outros direitos, também expectativas, sempre que sejam já direitos subjetivamente disponíveis.”⁽¹¹⁾

No mesmo sentido, Araken de Assis⁽¹²⁾, segundo o qual o patrimônio “compreende bens, coisas materiais e imateriais, dotadas de valor econômico e que podem ser objeto de relações jurídicas, e esses bens constituirão o objeto da atividade executória, ressalvada a hipótese de coerção pessoal”.

Conforme se depreende do texto legal, estão sujeitos à execução não apenas os bens existentes – presentes – ao tempo da execução como aqueles adquiridos posteriormente pelo devedor, ou seja, os futuros. Igual disposição encontra-se no artigo 2.740 do Código Civil Italiano de 1942, segundo o qual o devedor responde para o adimplemento da obrigação com todos os seus bens presentes e futuros.⁽¹³⁾ Nesta hipótese ocorre o que se denomina de responsabilidade primária.

A ausência temporária de patrimônio enseja a suspensão da execução, nos termos do artigo 791, III, do CPC, com semelhante previsão no artigo 40 da Lei 6.830/80.

A par destas disposições, tem-se que não apenas os bens do devedor estão sujeitos à execução. Por vezes, os bens alienados pelo devedor continuam a garantir o cumprimento de suas obrigações. Isto acontece quando a alienação ocorre em fraude contra credores e fraude à execução. Como sera

⁽¹⁰⁾ GUERRA FILHO, Willis Santiago *Responsabilidade Patrimonial e Fraude à Execução Revista de Processo*, São Paulo, n 65, p 174 – 181

⁽¹¹⁾ ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil, trad castelhana*, vol III Buenos Aires 1955, p 74

⁽¹²⁾ ASSIS, Araken de *Manual do Processo de Execução* 5ª Edição São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1998, p 313

⁽¹³⁾ “Il debitori risponde dell’adimpimento delle obbligazioni com tutti i suoi beni presenti e futuri”

fundamentado, apesar da validade do negócio jurídico que transfere o domínio, ele acaba por não gerar todos os efeitos previstos pela ordem jurídica. Nestas hipóteses, também os “bens passados, bens que pertenceram ao devedor, mas no momento da execução não lhe pertencem mais” estão sujeitos à execução⁽¹⁴⁾. Encontramos aqui hipótese de responsabilidade secundária.

A regra está positivada no artigo 592, inciso V, do Código de Processo Civil. Não obstante, estes dispositivos não sugerem, como poderia parecer, um congelamento patrimonial do devedor. Não existe antinomia deles com o artigo 524 do Código Civil, segundo o qual, a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Evidentemente nem toda alienação ou oneração de bens constitui fraude à execução. Segundo o artigo 112 do Código Civil “presumem-se, porém, de boa-fé e valem, os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor”. Ainda, não sendo o insolvente o devedor, este poderá livremente dispor de seu patrimônio.

Ocorre que o direito à propriedade não é absoluto. “Já afirmava Clóvis Beviláqua, nas suas notas ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, que a propriedade não é um direito absoluto, estando sujeito às restrições impostas pela lei e pelo interesse público, dentre as quais podemos situar a fraude de execução”.⁽¹⁵⁾ A atual Constituição Federal reconhece o direito de propriedade mas estabelece que a mesma deverá atender a sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII).

Nestas condições, obriga-se o devedor a manter íntegro o seu patrimônio de modo a evitar que a alienação ou oneração deste possa causar prejuízos aos seus credores. Atitude neste sentido do devedor, que não prevê a possibilidade e a necessidade de honrar suas obrigações, revela abuso de seu direito. Existindo a litispendência, os atos prejudicam não apenas os interesses dos credores mas do próprio Estado, enquanto titular do poder-dever de prestar a tutela jurisdicional. Com efeito, o devedor prejudica o exercício da jurisdição e o Estado tem interesse em que suas decisões sejam cumpridas. Reduções artificiais do patrimônio, nesta linha de atitudes, são reprimidas pelo ordenamento jurídico.

⁽¹⁴⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel *Execução Civil*, 3ª Edição, Malheiros Editores, 1993, p 253

⁽¹⁵⁾ CAMBLER, Everaldo *Fraude de execução Revista de Processo*, 58, p 158

3. Fraude à execução no direito comparado

A fraude a execução e figura própria do Direito brasileiro. Conforme esclarece Dinamarco, “o instituto é peculiar ao direito patrio”⁽¹⁶⁾

No mesmo sentido, esclarece Cambler que “no direito comparado, não encontramos uma figura jurídica similar a ora tratada. Esta ausência pode ser explicada pelas peculiaridades próprias de cada sistema jurídico alienígena, de forma que o Processo de Execução, em países como Portugal, Itália, Alemanha, Espanha, não se ressentem com a falta do instituto, dispensando sua regulamentação. Vários são os fatores que explicam esta peculiaridade do direito comparado, dentre os quais podemos destacar a força do sistema registral desses países, que protege, de forma quase absoluta, os usuários do sistema normativo”⁽¹⁷⁾

4. Tipicidade da fraude à execução e a gravidade de sua ocorrência

No capítulo da responsabilidade patrimonial, a fraude a execução é disciplinada pelo artigo 593 do Código de Processo Civil. Assim, considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens quando I - sobre ele pender ação fundada em direito real, II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a insolvência, III - nos demais casos expressos em lei.

Este dispositivo interpretado em conjunto com o inciso V do artigo 592 do mesmo Código de Processo, comprova que apesar da fraude, o negócio jurídico permanece válido, não cogitando o legislador de nulidade do ato. Entretanto, apesar da alienação ou oneração do bem, com a transferência de domínio, ele continua a pertencer ao rol de garantias dos credores.

Tem-se, no ensinamento de Araken de Assis, que “a alienação comporta qualquer transferência de bens a título oneroso ou gratuito e, também, o processo simulado, cuja repressão incumbe ao órgão judiciário (art. 129). Expressam oneração os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese) e os direitos sobre coisa alheia (art. 674, I a VI, do Código Civil) por exemplo, o usufruto e a habitação”. Esclarece o autor que a indicação contida no *caput* do artigo 593 é meramente exemplificativa⁽¹⁸⁾, porque “atos de índole

(16) DINAMARCO Candico Rangel obra citada 4 edição 1994 p 252

(17) CAMBLER Everaldo obra citada p 157

(18) ASSIS Araken de obra citada, p 346-347

diversa, como a dação em pagamento, a renúncia a herança, a interrupção da prescrição e, () a partilha de bens em separação consensual, igualmente representam fraude contra a execução”

Deste modo, considera-se fraude a execução qualquer ato jurídico, efetivado na pendência de uma demanda, que acarrete redução artificial do patrimônio do devedor e que, como consequência, cause prejuízos aos credores

A fraude também ocorre em relação à execução, ensejando a denominação em epígrafe, porque afronta a própria efetividade da atividade jurisdicional do Estado e, indiretamente, toda a sociedade

Com efeito, interessa a sociedade um Poder Judiciário forte e acessível. É interesse público que as decisões proferidas pelos juizes sejam cumpridas e os direitos materiais reconhecidos sejam respeitados. Sem esta condição, de nada valeria o processo e o caos se estabeleceria. Ainda, o dinheiro necessário utilizado para manutenção do sistema judiciário é público. Por estes motivos, tudo o que visa frustrar o cumprimento das decisões jurisdicionais aflige não apenas a credibilidade da função estatal mas atinge toda a sociedade.

Os atos do devedor que visam impedir injustificadamente a realização efetiva do direito material reconhecido pelo Estado devem ser reprimidos tamanha a sua gravidade. O devedor que aliena todos os seus bens, ou parte deles, caindo em insolvência enquanto é demandado pelos credores impede que o direito material destes seja resguardado processualmente. Há uma afronta ao exercício da jurisdição. Prevalecendo a eficácia total desta alienação, o Estado cairia em descrédito, o dinheiro público empregado não teria sido bem utilizado e o jurisdicionado indagaria sobre a possibilidade de êxito no emprego de sua própria força. Como já mencionado, o caos seria estabelecido e a democracia estaria abalada. A vida em sociedade estaria comprometida.

O legislador reconheceu a gravidade da fraude à execução e a considerou ato atentatório à dignidade da Justiça (artigo 600, I, CPC) e como forma de repressão civil previu contra o devedor multa de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução.

Ainda, dispõe o artigo 179 do Código Penal que o devedor que assim age está sujeito a detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa. Esta multa, à evidência, não se confunde com aquela prevista no artigo 600 do CPC que reverte à parte adversa. A fraude à execução constitui crime contra o patrimônio.

A rigidez do legislador quanto as punições as quais se sujeita o devedor e, portanto, perfeitamente compreensível. Não se pode admitir que o devedor, ou qualquer pessoa, contribua para a impedir o acesso a justiça, como tal considerado a prestação de uma tutela “adequada, tempestiva e eficaz”

Alem das mencionadas especies de punição que incidem diretamente sobre o devedor e que objetivam reprimir a fraude a execução, importante medida foi adotada pelo legislador para garantir o adimplemento dos creditos. Esta medida está prevista no inciso V do artigo 592 do CPC. Os bens alienados ou gravados com ônus real em fraude a execução continuam a responder para cumprimento das obrigações do devedor, ficando sujeitos a execução. A ineficácia do ato fraudador é originária e automática, prescindindo de qualquer declaração judicial. Este aspecto será tratado em item proprio, oportunamente.

5. Litispêndência

Para configuração da fraude a execução nas hipoteses previstas nos incisos I e II do artigo 593 do CPC exige-se a litispêndência. De fato, ha fraude a execução quando ao tempo da alienação ou oneração de bens pender ação fundada em direito real ou correr contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a insolvência. Para que o devedor possa fraudar a execução devesse ter conhecimento da existência da ação, o que passa a ocorrer, em tese, pela citação.

Nos termos dos artigos 219 e 263 do CPC e a citação valida que induz a litispêndência. E esta não retroage a data da propositura da ação condição que ocorre apenas com a interrupção da prescrição (parágrafo primeiro do artigo 219 do CPC). No interregno entre a propositura da ação e a citação do devedor não ha que se falar em fraude a execução. A hipoteses, se presentes os requisitos legais, seria de fraude contra credores. Conforme ja decidiu a 4ª Turma do STJ “Para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação valida”⁽¹⁹⁾. Ainda, “para que se considere a alienação em fraude de execução não é suficiente o ajuizamento da ação. Ha, para tanto, necessidade da citação valida do executado para a demanda com possibilidade de convertê-lo a insolvência”⁽²⁰⁾.

(19) 4 T. STJ REsp 2.429 SP 19.6.90. Rel. Min. Barros Monteiro. SJSTJ 2 (12)/385.

(20) 4 T. STJ REsp 2.573 14.5.90. Rel. Min. Fontes de Alencar. RT 659/196.

A doutrina dominante também tem entendido desta forma. Cambler escreve que “em face do que dispõe o artigo 263 do CPC, que considera proposta a ação logo que a petição inicial seja despachada pelo juiz, onde houver somente uma vara, ou simplesmente distribuída, e 214, que subordina a validade do processo e a incidência das conseqüências previstas no artigo 219 à citação inicial do réu, é admissível a arguição de fraude de execução somente após a efetiva citação do executado e não a partir da simples propositura da ação.”⁽²¹⁾

A interpretação evidenciada também encontra-se em sintonia com as lições de Dinamarco. Este autor, porém, defende a excepcional possibilidade de admitir a fraude à execução antes da citação válida, desde que distribuída a ação, quando resta comprovada a ciência, pelo devedor, quanto ao ajuizamento. “Por um realista princípio ético que deve presidir as interpretações jurídicas, estando inequivocamente ciente o demandado da demanda proposta fica o ato inquinado de fraude à execução apesar de ainda não citado. Sua efetiva ciência basta para deixar clara a intenção fraudulenta com que tenha desfalcado seu patrimônio”.⁽²²⁾

Esta interpretação é bastante adequada em vista da vida prática. Não é incomum, nestes dias, o devedor insolvente consciente da iminência de diversas ações contra si. O empregador, por exemplo, que despede ao mesmo tempo diversos empregados sem pagar-lhes as verbas rescisórias. É razoável que a alienação ocorrida entre o ajuizamento das ações e o recebimento das citações seja considerada em fraude à execução, se levar o devedor à insolvência ou se nela ele já se encontrar. Como bem adverte Dinamarco, “afastar inflexivelmente a configurabilidade da fraude antes da citação corresponderia a alimentar o espírito fraudatório dos maus pagadores, a quem seria sempre possível fazer alienações antes de citados (a vivência forense mostra como é fácil ter conhecimento da propositura da demanda antes da citação)”⁽²³⁾

Ademais, no mesmo exemplo, não seria adequado o eventual tratamento diferenciado entre credores que se encontram em idêntica situação. Ajuizadas as ações, algumas citações são recebidas e outras, por diferença de alguns dias, deixam de ser pelo fechamento do estabelecimento, prejudicando alguns credores e beneficiando outros. Em tese, apenas os credores que conseguiram citar o devedor antes da alienação fraudulenta seriam

⁽²¹⁾ CAMBLER, Everaldo obra citada, p 159/160

⁽²²⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel Execução Civil 4ª Edição São Paulo Malheiros, 1994, p 280

⁽²³⁾ Idem, *ibidem*, p 281

beneficiados pelo reconhecimento da fraude à execução, enquanto os demais deveriam percorrer a via ordinária. O mais adequado nestes casos é flexibilizar a técnica e, comprovada a ciência do réu quanto a demanda, admitir a fraude contra a execução em relação a todos os credores que se encontram nas mesmas condições. Antes do ajuizamento da ação, contudo, há apenas fraude contra credores.

O processo pendente pode ser de execução ou de conhecimento. A lei não faz qualquer distinção no particular. Se a ação proposta pode gerar execução futura, a alienação ou oneração de bens ocorrida durante o seu trâmite pode ser considerada em fraude à execução. Com efeito, neste período há atividade jurisdicional e, portanto, o ato do devedor frustraria a garantia dos credores em caso de insolvência.

Em razão da autonomia do processo de execução, poderia surgir alguma dúvida quando a alienação ou a oneração de bens são realizadas após a extinção de ação condenatória julgada procedente e antes da citação da ação executória. Parece que nesta hipótese também deve-se olvidar do rigor e admitir a fraude à execução apesar da ausência de litispendência. Ainda que nenhuma ação se encontre em curso, a alienação levada à efeito e que ocasiona a insolvência do credor também está a prejudicar a garantia do credor e a afrontar o resultado prático da função jurisdicional.

6. Insolvência

O próprio código de processo cuida de definir a insolvência, no seu artigo 748, dispondo que esta se dá “toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”.

O requisito da insolvência do devedor, ou *eventus damni*, é exigível apenas na hipótese do inciso II do artigo 593 do CPC. Quando a alienação ou a oneração do bem ocorrem na pendência de ação fundada em direito real (artigo 674 do Código Civil) é dispensado o pressuposto em epígrafe na medida em que o credor tem seu interesse jurídico “intimamente ligado a um bem determinado, culminando, por exemplo, a ação reivindicatória – exemplo clássico de ação real – com a execução para a entrega de coisa certa”⁽²⁴⁾.

A insolvência é presumida, não se exigindo que o credor produza prova negativa, ou seja, que demonstre a inexistência de bens do

⁽²⁴⁾ CAMBLER, Everaldo. obra citada, p. 159.

devedor. Com efeito, o artigo 750, I, do Código de Processo Civil dispõe presumir-se a insolvência do devedor quando este não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora. Deste modo, deixando o executado de nomear bens suficientes para a garantia da execução nem sendo estes encontrados pelo oficial de justiça, presumir-se-á a insolvência do devedor. Ainda, presume-se a insolvência na hipótese do inciso II do artigo 750 do CPC, ou seja, quando forem arrestados bens do devedor, com fundamento nos incisos I a III do artigo 813 do mesmo código.

Se a alienação ou oneração contestada importar na redução do patrimônio do devedor de tal modo que este se torne menor que o valor de suas dívidas, o negócio jurídico respectivo poderá ser inquinado de ineficácia pela ocorrência de fraude de execução. O mesmo ocorre com o devedor solvente, capaz de tornar-se insolvente em razão da própria demanda. Nesta hipótese ocorrerá não apenas a redução patrimonial do devedor mas o aumento das dívidas.

Incumbe ao adquirente, ajuizando embargos de terceiro, comprovar que o devedor não é nem se tornou insolvente. Esta premissa é compatível com o inciso V do artigo 592 do CPC e demonstra com nitidez que o adquirente é terceiro face a relação jurídica processual existente entre credor e devedor formada na ação de execução e, apesar disto, pode sofrer a constrição judicial sobre seus bens (bens passados do devedor) mesmo não sendo obrigado pelo adimplemento.

A alienação ou a oneração dos bens do devedor solvente não importam em fraude à execução. Como já se afirmou, o patrimônio do devedor constitui a garantia dos credores quanto ao recebimento de seus créditos e, na condição evidenciada, os negócios jurídicos realizados pelo obrigado não causam prejuízos àqueles. Assim sendo, o devedor pode livremente dispor de seu patrimônio conforme lhe possibilita o artigo 524 do Código Civil.

7. A boa-fé do adquirente (*consilium fraudis*).

Conforme Dinamarco, “a fraude de execução revela-se mediante dados puramente objetivos, caracterizados pela insolvência e pela pendência de um processo, não se cogitando do *consilium fraudis*”⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. obra citada, p. 275.

Em razão da gravidade da fraude a execução, que atenta contra a autoridade estatal exercida pelo juiz no processo, ensejando eventual inutilidade da atividade jurisdicional, resta dispensada a fraude bilateral. Vale dizer, pouco importa a participação inconsciente do terceiro adquirente. Sabendo o devedor, pela citação, da existência de ação contra si que lhe possa ocasionar a insolvência, a fraude estará configurada em relação aos bens alienados ou onerados. Repita-se que a fraude é contra a execução e não apenas contra credores (interesse de particulares). A fraude atinge, portanto, o próprio Estado (*contempt of court*) e, indiretamente, toda a coletividade.

A interpretação é bem adequada ao direito positivado. Afinal, o artigo 593 do Código de Processo Civil não faz qualquer ressalva, na tipicidade da figura jurídica sob análise, quanto ao desconhecimento, pelo terceiro adquirente, da ocorrência dos pressupostos da fraude a execução.

Liebman também ressalta a gravidade da fraude a execução e justifica a dispensa do *consilium fraudis*. “A fraude toma aspectos mais graves quando praticada depois de iniciado o processo condenatório ou executorio contra o devedor. E que então não só é mais patente que nunca o intuito de lesar os credores, como também a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair. Por isso, ainda mais eficaz se torna a reação da ordem jurídica contra o ato fraudulento. Sem necessidade de ação especial, visando destruí-los os efeitos prejudiciais do ato de alienação, a lei sem mais nega-lhes reconhecimento. Isto é, o ato de alienação, embora válido entre as partes, não subtrai os bens a responsabilidade executória, eles continuam respondendo pelas dívidas do alienante, como se não tivessem saído de seu patrimônio. Além disso, a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude do *consilium fraudis*. A intenção fraudulenta está *in re ipsa*, e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional”⁽²⁶⁾

Apesar disto, a questão é polêmica. Francisco Antônio de Oliveira, fundamentando sua tese na Lei de Registros Públicos e na lição de Walter Ceneviva, sustenta que somente o registro da penhora faz prova, quanto a fraude, de transação posterior e enquanto ausente o registro, não se a pode alegar. O registro gera a publicidade da penhora e faz presumir *ius et de jure* a ciência de terceiros. Sem o registro, por outro lado, incumbe ao exequente a prova de que o terceiro adquirente ou beneficiário tinha ciência

(26) LIEBMAN, Enrico Fulvio. *obra citada* p. 85

de que o bem havia sido penhorado e mesmo assim o adquiriu.”⁽²⁷⁾ O autor sustenta que o registro não é obrigatório, mas é necessário e que, somente atendida a condição, a fraude se infere *in re ipsa*.

A r. tese merece algumas considerações. Primeiramente, com o acréscimo do parágrafo quarto ao artigo 659 do CPC pela Lei 8.953/94, tem-se que o registro da penhora sobre bens imóveis tornou-se obrigatório para o aperfeiçoamento desta. Finalmente, o referido registro não é condição necessária para possibilitar a declaração de existência de fraude à execução, nem se exige do credor a prova quanto a ciência do adquirente. É verdade que a providência impedirá que o adquirente alegue desconhecimento da constrição judicial já registrada. Mas a fraude à execução pode ser declarada pelo simples trâmite de ação condenatória capaz de tornar o devedor insolvente e nesta fase sequer se cogita de penhora. Como sustentou Dinamarco, dispensa-se a fraude bilateral, ou seja, a participação do terceiro adquirente. Ainda que este desconheça a existência da ação, deve ser declarada a fraude porque já existe atividade jurisdicional em curso (litispendência).

Incumbe ao adquirente perquirir, portanto, da situação financeira do vendedor (insolvência) bem como consultar os serviços de distribuição das Varas da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho.

Por derradeiro, já decidiu a 3ª Turma do STJ afirmando que “não se exige o registro da penhora para fins de caracterização da fraude de execução”.⁽²⁸⁾

8. Alienação de bem penhorado

Conforme leciona Dinamarco⁽²⁹⁾, “inexiste dispositivo legal ou razão jurídica para que a penhora impeça a alienação do bem penhorado”, ratificando e ressaltando que “a simples alienação, que não influa na sujeição do bem à sanção, não é proibida”. De fato, nada obsta que o devedor aliene o bem a terceiro, mas este não poderá opor seu direito contra o direito do credor. O negócio jurídico é válido e gera a eficácia primária ou programada, não ocorrendo, porém, a eficácia secundária pelo que o bem continua a

⁽²⁷⁾ OI II EIRA, Francisco Antônio de *A Execução na Justiça do Trabalho*, 3ª Edição São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 298-299

⁽²⁸⁾ 3ª T. do STJ. REsp 2.597-RS, 29.6.90, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU 27.8.90, p. 8.322

⁽²⁹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel obra citada, p. 286

responder pela execução como garantia geral dos credores e específica do credor beneficiado pela penhora

Liebman⁽³⁰⁾, ao tratar dos efeitos da penhora, também esclarece a respeito da possibilidade jurídica de alienação do bem penhorado: “A penhora impõe, pois, sobre a coisa um vínculo de caráter processual que, sem afetar os direitos do executado, sujeita a mesma ao poder sancionatório do Estado para servir a satisfação do exequente, vínculo que permanece invariado quaisquer que sejam as modificações que possam ocorrer na condição jurídica da coisa. O direito do executado sobre ela coexiste, intacto em sua essência, com o vínculo público processual que o ato de penhora impôs sobre a mesma, qualquer forma de exercício daquele direito e permitido, enquanto praticamente possível, mas não altera este vínculo”

É possível distinguir a alienação ou oneração de bem penhorado da fraude à execução. Na primeira hipótese exige-se a penhora devidamente aperfeiçoada, no caso de bens móveis pelo regular depósito e no caso de bens imóveis pelo efetivo registro perante o Cartório competente (artigo 659, parágrafo quarto, do CPC). No último caso, a penhora não se aperfeiçoa

Não obstante, os efeitos de ambas as figuras são os mesmos, qual seja a ineficácia secundária, parcial e relativa do negócio jurídico realizado pelo devedor com terceiro. A ineficácia, no primeiro caso, decorre da própria constrição judicial, como uma de suas consequências jurídicas. No caso da fraude à execução, a ineficácia está prevista no inciso V do artigo 592 do CPC que tem por escopo impedir prejuízos não apenas aos credores como para a própria atividade jurisdicional.

A distinção básica e prática é que na ausência de penhora, para verificar-se a ineficácia do negócio jurídico, exige-se o requisito da insolvência do devedor nos termos do inciso II do artigo 593 do CPC. Efetivada e aperfeiçoada a constrição, por sua vez, não há necessidade de se perquirir a respeito da idoneidade financeira do devedor alienante (*eventus damni*).

Tanto na fraude à execução quanto na hipótese de alienação ou oneração do bem penhorado observa-se a ocorrência da eficácia primária e programada do negócio jurídico. Com a extinção da execução, por qualquer motivo, o bem continua a pertencer de pleno direito ao adquirente.

O adquirente ou adquirentes sucessivos, por sua vez, recebem o bem com o ônus decorrente da penhora (*cum onere suo*). O mesmo ocorre na

⁽³⁰⁾ LILBMAN obra citada p. 97

hipótese de fraude à execução onde o primeiro adquirente realiza o negócio jurídico sem aproveitar de sua eficácia secundária, não podendo realizar um sucessivo negócio com uma qualidade que o anterior nunca possuiu.

A penhora individualiza a coisa sobre a qual incide a concreta responsabilidade do devedor, colocando-a sob litígio. Como se percebe da leitura do artigo 42 do Código de Processo Civil, apesar da alienação da coisa ou direito litigioso, não se altera a legitimidade das partes. E, por similitude ao parágrafo terceiro deste dispositivo, as decisões proferidas na execução, inclusive aquela que defere o ato expropriatório, estendem seus efeitos ao adquirente. Destarte, apesar da validade do ato jurídico quanto ao efeito típico e programado, pelo qual deixou de pertencer ao patrimônio do devedor, o bem estará sujeito a expropriação e a busca e apreensão nas mãos de quem quer que o possua. Ainda, nomeado depositário, este deverá apresentar e entregar a coisa no prazo e na forma estabelecida pelo juiz, sob pena de ser considerado depositário infiel e sujeitar-se à prisão de até 6 meses. O depositário responde, ainda, pela perda ou deterioração do bem decorrente da má conservação. Ideal, por isto, que o depósito se efetive nas mãos do adquirente, providência que deve ser solicitada pelo depositário alienante.

Em qualquer das hipóteses, incumbe ao adquirente a precaução e a diligência de perquirir a respeito das situação processual da coisa, pela pesquisa ao serviço de distribuição das diversas esferas do Poder Judiciário. E esta pesquisa deve estender-se aos proprietários anteriores do bem. Na prática sabe-se que a precaução e a diligência não são adotados, via de regra, no Brasil. Os prejuízos sofridos pelo adquirente, evidentemente, deverão ser indenizados pelo vendedor, tal como ocorre nos casos de fraude à execução.

9. Fraude à execução nos demais casos previstos em lei

Dispõe o artigo 593 do Código de Processo Civil que considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens nos casos expressos em lei. Para ilustrar, pode-se mencionar em primeiro lugar a hipótese prevista no parágrafo terceiro do artigo 672 do próprio código processual. Na penhora de crédito feita pela apreensão do título (letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque e outros) haverá fraude à execução se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor. Neste caso, a quitação outorgada pelo terceiro será ineficaz. Considerando que o terceiro só se exonerará da obrigação depositando em juízo a importância da dívida (parágrafo segundo do mesmo artigo), incumbe ao terceiro provar que a pagou. Presume-se que a quitação não se operou encontrando-se o título nas

mãos do devedor. Não provada a quitação, apesar da declaração neste sentido, presume-se também o conluio.

Outro exemplo bastante citado pela doutrina é o do artigo 185 do CTN, quanto aos atos de alienação ou oneração após a inscrição da dívida pública. Neste caso, “para se configurar a fraude contra execução, se impõe, ao menos, o ajuizamento da execução fiscal, segundo a 1ª Turma do STJ. Quer dizer, neste caso particular, inexistência de litispendência, originada da citação, conforme a 2ª Turma do STJ.”⁽³¹⁾

Interessante exemplo de fraude à execução prevista na legislação esparsa encontra-se no artigo 4º da Lei 8.009/90. O devedor insolvente, concentrando seu patrimônio, adquire imóvel mais valioso do que aquele em que residia, transferindo a residência familiar para torná-la impenhorável. É evidente que esta medida pode ocasionar prejuízos aos credores. Ocorre que bens anteriormente dispersos, sujeitos à execução, estariam agora concentrados em um único imóvel aparentemente impenhorável.

Quando o devedor não se desfaz da moradia anterior, de menor valor, pode o juiz transferir para esta a impenhorabilidade legal, prosseguindo a execução sobre o novo imóvel, mais valioso. Em outra hipótese, quando o imóvel antigo é transferido para terceiros pode o juiz anular a respectiva venda e prosseguir a execução sobre o imóvel mais valioso. A nulidade sugere que tudo volte ao estado anterior. Para tanto, o adquirente do imóvel de menor valor deverá devolver o bem ao devedor e terá preferência no recebimento do preço pago após a alienação do imóvel mais valioso, sobre o qual prosseguirá a execução. A impenhorabilidade será observada quanto ao imóvel de menor valor. Alterando o efeito do negócio jurídico nesta hipótese, o legislador pretendeu garantir ao devedor, apesar da fraude à execução, o direito à manutenção de sua residência.

10. Os efeitos do negócio jurídico e a fraude à execução.

A teoria da ineficácia do negócio jurídico é bem esclarecida pelo professor Cândido Rangel Dinamarco⁽³²⁾. Os atos negociais de alienação ou oneração patrimonial têm eficácia primária (programada ou típica) e eficácia secundária.

⁽³¹⁾ ASSIS, Araken de. obra citada, p. 353/354.

⁽³²⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. obra citada, p. 249-256.

A eficácia primária (programada ou típica) corresponde à “própria transferência de domínio ou constituição de ônus sobre o bem”. Trata-se do efeito mais saliente e esperado pelas partes contratantes. Pagando o preço, o adquirente tem interesse de receber o respectivo domínio.

A eficácia secundária dos negócios jurídicos de alienação ou oneração de bens corresponde a exclusão do “bem alienado daquele acervo que constitui a garantia geral pelas obrigações do alienante”. Este efeito passa por vezes desapercibido dos contratantes porque, aparentemente, é muito natural. Assim, quando uma pessoa realiza um contrato de compra e venda de seu veículo com outrem, transfere a este o domínio sobre o bem (eficácia primária e programada) e este deixa de compor o patrimônio do vendedor (eficácia secundária) para fins de responsabilidade. Em tese, a coisa deixa de responder pelas dívidas do devedor e passa a responder pelas do adquirente.

Como se observa pela leitura, o artigo 591 do CPC não se refere aos bens pretéritos. Destarte, com base neste dispositivo, poder-se-ia afirmar que os bens alienados ou onerados deixam de constituir a garantia dos credores do devedor. Transparece, aqui, a ocorrência da eficácia secundária do ato de vontade do agente.

Entretanto, quando a alienação ou oneração do bem ocorrem em fraude à execução, o legislador estabeleceu que o efeito secundário não ocorre. Conforme já ressaltado, o inciso V do artigo 592 do CPC estabelece que o bem, na situação acima citada, fica sujeito à execução, complementando o artigo 591 do mesmo código.

A alienação ou oneração dos bens do devedor em fraude à execução não são, por este motivo e por não se verificar qualquer vício intrínseco no negócio jurídico, nulas nem anuláveis. Mantém-se a validade do negócio e a eficácia primária ou programada. Com efeito, os dispositivos processuais *supra* citados não impõem um congelamento do patrimônio do devedor. Este é livre para dispor de seus bens, inclusive para diminuir seu patrimônio, encontrando limite na insolvência capaz de prejudicar seus credores. Para impedir tais prejuízos, estabeleceu o legislador que, na hipótese, o negócio jurídico é ineficaz em relação aos credores. Portanto, a eficácia do negócio jurídico em fraude à execução é parcial. Há uma infra-eficácia, pela não ocorrência da eficácia secundária.

Realmente, não existe motivo para a ineficácia total, mantendo-se sempre a eficácia primária e programada. Na primeira hipótese, de efetiva nulidade com ineficácia total do negócio jurídico, tudo retornaria ao estado anterior. Mesmo se o valor da execução fosse inferior ao valor do bem, este

voltaria à propriedade do fraudador. O comprador, então, além de perder o bem dificilmente conseguiria recuperar todo o dinheiro que pagou ao vendedor já insolvente. Voltando à propriedade do vendedor, o bem constituiria garantia dos credores remanescentes (artigo 591 do CPC), prejudicando ainda mais o adquirente. Lembre-se que na hipótese o devedor é insolvente, ou seja, suas dívidas superam o patrimônio.

Ainda, conforme adverte Liebman⁽³³⁾, “se a execução por qualquer motivo for desfeita, o terceiro que adquiriu eventualmente algum direito sobre os bens penhorados poderá pretender satisfazê-lo”. Em outras palavras, se a execução for por algum motivo extinta, o adquirente da coisa continuará na sua propriedade. Na nulidade, o fraudador seria beneficiado porque teria o imóvel integrando novamente seu patrimônio sem a execução extinta sobre si. Isto obrigaria o adquirente a transtornos e prejuízos para reaver o que pagou pelo bem cuja aquisição foi anulada.

Ainda, temos que a ineficácia do negócio jurídico é relativa porque se dá apenas em relação a uma ou algumas pessoas, sendo eficaz em relação a outras⁽³⁴⁾. O negócio é oponível em relação a um ou alguns credores e inoponível em relação a outros. Dinamarco, porém, critica esta definição sustentando que:

“É preciso evitar o chocante absurdo lógico (*abnorme Rechtsfigur*) consistente em afirmar que determinado efeito do negócio existe e ao mesmo tempo inexistente. Ao credor cujo interesse é tutelado pela ineficácia seria lícito ignorar o negócio por completo, inclusive em seu efeito típico e programado? Se fosse assim, teríamos de aceitar que o credor, a quem se diz que o ato é ‘inoponível’, poderia eficazmente adquirir do seu devedor o bem que este vendera fraudulentamente a terceiro. Absurdo!”⁽³⁵⁾.

Com efeito, a inoponibilidade do ato importa em negar apenas o efeito secundário, mantendo-se o efeito primário e programado, em relação a todos, inclusive ao credor, o que impediria a situação absurda acima mencionada. Como esclarece o eminente autor⁽³⁶⁾, “aquele efeito suprimido, nos seus próprios limites, simplesmente não existe para ninguém (ou seja, o efeito de subtrair o bem à responsabilidade por *aquela* determinada obrigação, perante *aquela* determinado credor).”

⁽³³⁾ LIEBMAN, Enrico Tullio, obra citada, p 97

⁽³⁴⁾ MIRANDA, Pontes de Tratado de direito privado, V, p 73

⁽³⁵⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel obra citada, p 256

⁽³⁶⁾ *idem*, *ibidem*, p 257

Entende-se por inoponibilidade a circunstância que impede ao adquirente opor seu direito ao direito do credor. Ou, como explica Dinamarco, a inoponibilidade “significa que ao comprador do bem, na hipótese de sobre este incidir alguma constrição judicial em virtude de execução movida pela vítima da fraude, de nada valerá a alegação de ser ele o dono hoje e não mais o vendedor.”⁽³⁷⁾

Finalmente, a ineficácia do negócio jurídico é originária. Isto significa que a penhora pode desde logo ser levada à efeito, independentemente de qualquer declaração judicial quanto a fraude à execução. Insurgindo-se o adquirente, incumbe a este opor embargos de terceiro para discutir a validade da constrição, provando que os pressupostos da fraude não se fazem presentes.

Na fraude contra credores, diferentemente, o negócio jurídico gera desde logo todos os efeitos (programado e secundário) Nesta circunstância, incumbe ao credor ajuizar ação pauliana para ver afastado o inquinado efeito secundário por força de sentença constitutiva. Trata-se aqui de ineficácia eventual ou sucessiva, pois depende da procedência da ação pauliana uma vez que não existe quanto a fraude contra credores norma semelhante ao do inciso V do artigo 592 do Código de Processo Civil.

11. Fraude à execução e fraude contra credores

As duas espécies lesam os credores do fraudador porque acabam por reduzir o patrimônio deste e, via de consequência, a garantia daqueles quanto ao adimplemento dos seus créditos. A fraude à execução, contudo, é regulamentada pelo Processo Civil enquanto a fraude contra credores encontra seu regulamento no Código Civil. Isto porque a fraude à execução afronta o próprio processo como meio para solução dos conflitos intersubjetivos de interesses. Trata-se de um *contempt of court* merecendo repressão muito mais severa e efetiva.

O negócio jurídico realizado em fraude à execução é ineficaz (ineficácia parcial e relativa) em relação ao credor, enquanto a fraude contra credores é anulável nos termos dos artigos 106 e 147, II, do Código Civil. Em que pese a expressa menção da lei, interessante é a tese de Cândido Rangel Dinamarco quanto a ineficácia também dos atos realizados em fraude contra credores.

⁽³⁷⁾ *idem, ibidem, p 256*

“A fraude não constitui vício do consentimento, nem é defeito intrínseco, referente a algum dos seus requisitos, e a doutrina do direito privado mostra com firmeza que a invalidade do ato, conducente a sua nulidade ou a possibilidade de ser anulado, corresponde sempre a um vício intrínseco. A ineficácia, sim, e que decorre de alguma *resistência exti insecu* a produção dos efeitos, ou de algum dos efeitos do ato”⁽³⁸⁾

Na fraude a execução, como já se afirmou, a ineficácia do ato é originária enquanto na fraude contra credores ela é eventual ou sucessiva. Na primeira hipótese admite-se a imediata penhora do bem alienado ou onerado porque a ineficácia independe de qualquer registro ou sentença judicial. Na segunda exige-se a procedência de ação pauliana ou revocatória intentada pelo credor.

“Por fim, na fraude contra credores deve ficar comprovada a conjunção do *eventus damni* com o *consilium fraudis* no transcurso da ação pauliana, na fraude de execução somente há necessidade de ser demonstrado o *eventus damni* (insolvência) e a ocorrência de litispendência, estando presumido o elemento subjetivo da fraude”⁽³⁹⁾

12. Procedimento na declaração da fraude à execução.

Na hipótese do inciso I do artigo 593 do CPC, poderá o credor arguir a ocorrência da fraude a execução na petição inicial executória para entrega de coisa certa em relação bem móvel ou imóvel alienado ou onerado pelo devedor. Nos termos do artigo 626 do Código de Processo Civil o mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, será expedido contra o terceiro adquirente. Este somente será ouvido após depositar o bem. Apesar disto, o terceiro não integrará o polo passivo da execução, pois apenas o devedor da obrigação deve ser citado (artigo 621) para satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo, apresentar embargos. Incumbe ao adquirente, como terceiro, opor embargos próprios (artigo 1.046, CPC).

Em relação à fraude indicada no inciso II do artigo 593 do Código de Processo, poderá o credor, nos próprios autos de execução, verificada a insolvência do devedor, presumida conforme artigo 750 do CPC, indicar e requerer ao juízo a penhora de bem alienado ou onerado pelo devedor após o ajuizamento da ação executória ou de conhecimento que lhe

⁽³⁸⁾ *idem ibidem* p. 253

⁽³⁹⁾ CAMBLER Everaldo obra citada, p. 161

deu origem. Verificados os pressupostos legais, em cognição sumária, incumbe ao Juízo deferir a penhora e determinar a expedição do correspondente mandado. Esta decisão, interlocutória, independe da oitiva do devedor ou do terceiro adquirente. O contraditório será estabelecido através de agravo de instrumento e de embargos de terceiro, respectivamente. Assim sendo, não há afronta ao disposto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal.

A execução prossegue sobre o bem alienado ou onerado em fraude à execução até final expropriação, observados os meios de defesa já evidenciados. O registro da arrematação ou da adjudicação independe do cancelamento do registro anterior de transferência de domínio em favor do terceiro adquirente. Como já fundamentado, este negócio jurídico é válido, sendo apenas ineficaz em relação ao credor. Este entendimento decorre do disposto inciso V do artigo 592 do CPC.

13. Conclusão

Quando o assunto é fraude à execução, a primeira questão que vem à mente é a situação do terceiro adquirente de boa-fé. Sem sombra de dúvida, a ordem jurídica rende homenagens à boa-fé do agente. Mas, com o reconhecimento da fraude nos autos de execução, é inevitável o prejuízo sofrido pelo adquirente do bem alienado e pelo beneficiário da coisa onerada.

De outra banda, defronta-se com a situação do credor. Via de regra perseguiu seu direito durante longo tempo, muitas vezes por longos anos, em um processo de conhecimento (para tratar-se desta hipótese) e ao iniciar o processo de execução vislumbra-se, como é comum perceber no dia-a-dia forense, com a inexistência de bens do devedor passíveis de penhora porque estes foram alienados e não mais encontram-se nas condições previstas pelo artigo 591 do CPC.

Deve-se considerar neste confronto, ainda, a situação do Estado, detentor do poder-dever de prestar a tutela jurisdicional e solucionar os conflitos de interesses, de forma “adequada, tempestiva e eficaz” garantindo a todos o acesso à justiça. Na hipótese ventilada no parágrafo anterior, o credor e a sociedade em geral poderiam questionar a eficácia desta forma de solução dos conflitos, seja em decorrência de sua morosidade que permitiu neste interregno a dilapidação do patrimônio do devedor seja em razão da parcimônia na utilização dos meios para alcançar o patrimônio pretérito do obrigado.

Respeitado o princípio da proporcionalidade, parece que deve prevalecer, realmente, o interesse específico do credor e o interesse geral de toda a sociedade e do Estado, ainda que esta solução acarrete prejuízos ao adquirente de boa-fé. Olvidando-se do rigor estabelecido pelo legislador quanto a caracterização da fraude à execução estaremos negando o acesso à justiça, através da prestação de uma tutela ineficaz. A lição do professor Marinoni sobre outro assunto específico serve para esta hipótese e nos faz refletir sobre o assunto: “a crise da justiça civil está aos olhos de todos; é preciso que os tribunais aceitem a obviedade de que não pode haver efetividade sem riscos. O que importa saber é se vale a pena correr riscos, ou se é melhor permanecer paralisado pelo medo, na imparcialidade da ordinariedade, onde imaginam os ingênuos que o juiz não causa prejuízo.”⁽⁴⁰⁾

O prejuízo do adquirente é menor que o prejuízo sofrido pela sociedade, a quem interessa um Poder Judiciário eficaz e acessível.

O que precisa ser alterado, em verdade, é a visão das partes envolvidas nos negócios jurídicos. Especialmente aqueles que adquirem bens, ou se beneficiam pela oneração dos mesmos, devem, além de boa-fé que deve se fazer presente em todos os atos de nossas vidas, atentar para necessidade de cautela e prudência, com diligências para conhecer, com detalhes, a idoneidade financeira do alienante e a situação processual que possa ocasionar restrições à coisa pretendida. Talvez em razão desta desatenção das pessoas seja tão comum verificar a penhora de bens pretéritos do devedor alienados em fraude à execução.

A fraude consuma-se com a participação solitária do devedor, sendo dispensável a participação do terceiro adquirente. Por isto não há que se cogitar do *consilium fraudis*. Aquele não pode alegar o desconhecimento da existência de demanda capaz de lhe conduzir à insolvência. Conforme fundamentado, o conhecimento da ação oriundo da citação, como pressuposto da litispendência, é requisito para a caracterização da fraude. Sendo impossível comunicar a todos da existência da demanda, os interessados devem procurar saber de sua existência ao pretenderem negociar determinado bem.

Pelas razões já expostas no que pertine ao prejuízo causado ao processo de execução, deve-se aplicar o disposto no inciso V do artigo 592 e o artigo 593 do CPC com o rigor previsto pelo legislador, verificada a ocorrência dos pressupostos legais. Mesmo o adquirente prejudicado terá

⁽⁴⁰⁾ MARINONI, Luiz Guilherme *A Tutela Antecipatória Fundada em Abuso de Direito de Defesa* Genesis, Curitiba, 9(53), p 637, maio/1997

interesse na atuação rigorosa e efetiva do Poder Judiciário pois poderá depositar nele sua confiança para ver-se indenizado pelos prejuízos sofridos pelo fraudador.

14. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 5ª edição. São Paulo: Editora

CAMBLER, Everaldo. Fraude de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 58, p. 157-161, abril/junho/90.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**, Reimpressão. Pádua: Cedam, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil** (tradução de J. Guimarães Menegale), 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**, 3ª Edição, Malheiros Editores, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 280.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Responsabilidade Patrimonial e Fraude à Execução. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 65, p. 174 – 181.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Execução. Rumos Atuais do Processo Civil em Face da Busca de Efetividade na Prestação Jurisdicional. **Genesis** – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, p. 276, abril/junho/98.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**, 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Antecipatória Fundada em Abuso de Direito de Defesa. **Genesis**, Curitiba, 9 (53), p.637, maio/1997.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**, 13ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1955.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A Execução na Justiça do Trabalho**, 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 298-299.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, trad. castelhana, vol. III. Buenos Aires: 1955, p.74.

SOUZA, Orlando de. **Processo de Execução Doutrina e Prática**, 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 5.

3ª T. do STJ. REsp 2.597-RS, 29.6.90, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU 27.8.90, p. 8.322.

4ª T. STJ, REsp, 2.429-SP, 19.6.90, Rel. Min. Barros Monteiro, SJSTJ 2 (12)/385.

4ª T. STJ, REsp, 2.573, 14.5.90, Rel. Min. Fontes de Alencar, RT 659/196.

CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO

José Affonso Dallegrave Neto^(*)

1. Importância do tema

Muito se fala, hoje, em migração de trabalhadores. A lufa-lufa das empresas transnacionais implica quebrar fronteiras geográficas em busca de novos consumidores e mão-de-obra barata. Caem-se as barreiras alfandegárias, estimula-se o investimento do capital estrangeiro, facilita-se a importação e a exportação do trabalho braçal, técnico e intelectual. Apanágios de um mundo globalizado. Um mundo onde a lei de mercado e a busca pela maximização do lucro sobrepõem-se às questões éticas, culturais e humanitárias.

A partir deste cenário, o tema: “Conflito de lei trabalhista no espaço” ganhou acentuado relevo. É através do seu exame pormenorizado que se fincarão as diretrizes para aplicação da norma sobre o *contrato internacional de trabalho*, termo usado para indicar a relação de emprego que contém algum elemento de estraneidade⁽¹⁾.

O presente ensaio abordará o conflito espacial da lei trabalhista, a partir dos princípios gerais do Direito do Trabalho, do Direito Internacional Privado e Público e, sobretudo, da legislação positiva.

2. Elemento de conexão

Para se chegar à lei que será aplicada ao caso concreto, deve-se saber qual elemento de conexão irá prevalecer. Por *elemento de conexão* se entende o critério jurídico utilizado para delimitar a lei incidente nos casos de conflito. Tal “punto de collegamento”, expressão utilizada pelos italianos, varia de acordo com o sistema jurídico de cada país.

^(*) José Affonso Dallegrave Neto é Mestre e Doutorando em Direito pela UFPR, Professor da Pós-graduação da Faculdade de Direito de Curitiba, Presidente da APEJ – Academia Paranaense de Estudos Jurídicos, Advogado membro do IAB e do IAP

⁽¹⁾ A propósito desta expressão “elemento de estraneidade ou de estrangeiro” no conceito de contrato internacional de trabalho, consultar Matthias Nyonzima, in *La clause de Monnaie Étrangère dans les contrats internationaux* Bruxelas Bruylant, 1991, p. 32, e, ainda, Rui de Moura Ramos In *Da lei aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* Coimbra Almedina, 1990, pág. 27

Dentro do próprio direito interno, o elemento de conexão também varia conforme a matéria: se sobre direito real, obrigacional, contratual trabalhista, capacidade, etc.

No Brasil, são duas as legislações que disciplinam a matéria a LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, DL 4.657/42, e o Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto n. 18871/29.

A primeira traz os elementos de conexão que variam conforme a matéria subjacente, podendo assim serem classificados:

a) Nacionalidade – é o ponto de coligação do direito das pessoas, conforme dispõe o art 7º da LICC;

b) “Lex Rei Sitae” – para os direitos reais, prevalece o lugar onde se encontra a coisa. Exegese do art. 8º da LICC;

c) “Lex Loci Regit Actum” – nos termos do *caput* do art. 9º da LICC, “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

O referido art. 9º constitui regra para as obrigações em geral. Todavia, quando a obrigação for de índole trabalhista, o elemento de conexão será o do local da execução do contrato. Neste sentido é o Código de Bustamante, cujo artigo 198 dispõe expressamente que o contrato de trabalho é regido pela lei do local da prestação do serviço.

Verifica-se que embora não se deva confundir *competência da lei e competência jurisdicional*, “no campo do Direito do Trabalho, no entanto, em razão mesmo de sua aplicação *territorial*, as duas competências praticamente se confundem, uma decorrente da outra”⁽²⁾ Daí o art. 651 da CLT dispor:

“A competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.”⁽³⁾

⁽²⁾ MARANHÃO, Délio CARVALHO, Luiz Inácio B *Direito do Trabalho* 17ª ed Rio de Janeiro Editora Fundação Getúlio Vargas pág 31

⁽³⁾ Registrem-se duas notas importantes. a) O § 2º do art 651 da CLT estende a competência das Varas do Trabalho aos dissídios ocorridos em filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário, b) Recentemente, por força da Lei 9 851/99 (DOU 28/10/99) foi

A matéria encontra-se pacificada na jurisprudência, através do Enunciado n. 207 do TST:

“A relação jurídica é regida pelas leis vigentes no País da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.”

Em que pese o TST ter posição estribada de que prevalece a *lex loci executionis*, urge incursionar-se sobre o amparo legal desta asserção, seu alcance e limites.

Em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar incompatibilidade entre o art. 9º da LICC e o art. 198 do Código de Bustamante. Ocorre que este atrito “é apenas aparente, pois o art. 9º está vinculado, ostensivamente, ao art. 17, que consagra o princípio de ordem pública e, em nome dele, imobiliza a lei estrangeira que seja invocada pela parte interessada”, nas palavras de Gilda Russomano⁽⁴⁾.

Oportuno transcrever o referido artigo 17 da LICC:

“As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a *ordem pública* e os bons costumes”.

Para se saber do acerto do princípio da territorialidade consubstanciado no Enunciado 207 do TST, deve-se investigar o conceito de *ordem pública* e se o direito do trabalho nele se encontra incluído.

3. As normas de ordem pública

Por *ordem pública*, nas palavras de De Plácido e Silva, entende-se “a situação de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”.⁽⁵⁾

A dimensão do art. 17, da LICC, quando estatui ineficácia da norma estrangeira por ofensa à soberania nacional e à ordem pública, é

corrigida distorção da redação original do § 1º do art. 651 para constar “quando for parte no dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Vara da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima”

⁽⁴⁾ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer *Os conflitos espaciais de leis no plano das relações trabalhistas*. Rio de Janeiro Ed. José Konfino, 1964, pág. 173

⁽⁵⁾ SILVA, De Plácido e *Vocabulário jurídico*, Vol. III e IV, 3ª ed., Rio de Janeiro Forense, 1991 pág. 291

sobretudo de respeito às normas cogentes. Pontes de Miranda define estas como normas imperativas, aquelas que ordenam que se faça ou que se não faça alguma coisa⁽⁶⁾.

Conforme já tive oportunidade de manifestar, todas as normas legais incidentes no contrato de trabalho são do tipo cogente. Até mesmo as raras normas da CLT, que dão certa liberdade às partes para fixar o conteúdo do contrato, não são tidas como *supletivas*, mas *cogentes impuras*. O fundamento é simples: estas normas trabalhistas não conferem às partes ampla liberdade para delimitar qualquer conteúdo, antes impõem limites protetivos que, se desrespeitados, importarão nulidade absoluta nos termos do art. 9º da CLT.⁽⁷⁾ Situação completamente diversa é o das normas civis, genuinamente supletivas, em que as partes possuem plena liberdade para disporem até mesmo o inverso do teor sugerido pela lei, que somente prevalecerá em caso de omissão das partes.

Em posição análoga, Pinho Pedreira sustenta:

“A Lei de Introdução há de ser interpretada de modo sistemático, impondo-se a harmonização do art. 9º com o art. 17. O Direito do Trabalho, de que o contrato de trabalho é instituto-chave, se constitui quase totalmente de *normas de ordem pública* porque informadas por princípios recepcionados pelo direito nacional como indispensáveis à ordem social, e, por isso mesmo, dotadas de imperatividade, da qual decorre a irrenunciabilidade pelos trabalhadores dos direitos que asseguram. A natureza de ordem pública das normas trabalhistas é geralmente reconhecida.”⁽⁸⁾

O regramento trabalhista escapa, portanto, ao alcance do art. 9º da LICC, na medida em que se insere na especial gradação axiológica prevista

⁽⁶⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante *Comentários à Constituição de 1967, Vol 1, 2ª ed São Paulo RT, 1970, p 181*

⁽⁷⁾ D'ALLEGRAVE NETO, José Affonso *Contrato Individual de Trabalho – uma visão estrutural São Paulo, LTr, 1998, pág 102 Como exemplo do que se está a dizer, aponte-se o art 469, § 1º da CLT que prevê a possibilidade das partes estabelecerem condições explícitas de transferência, contudo com um minus de restrição legal Assim, não é possível, por exemplo, que as partes prevejam cláusula de transferência com um adicional inferior àquele delimitado na lei (25%) Trata-se de norma cogente impura Já o direito ao Salário Mínimo, previsto no art 76 da CLT, é um exemplo de norma cogente pura, vez que ausente qualquer nicho de discricionariedade às partes*

⁽⁸⁾ PINDREIRA, Pinho *O contrato internacional de trabalho Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ano II, n 02, São Paulo, LTr, 1994, pág 69 e 70*

no art. 17 da LICC. Logo, o elemento de conexão para o contrato internacional de trabalho é, em tese⁽⁹⁾, a *lex loci executionis*.

4. A previsão da Lei 7.064/82 e a Teoria da Irradiação

Ficou consagrada pela alcunha “teoria da irradiação” – *ausstrahlung* – o elemento de conexão aplicável aos contratos de trabalho daqueles empregados que em caráter transitório saem de seu lugar habitual para prestarem serviços em outro país. Neste caso, a lei do local permanente se irradia fictamente para o país em que o obreiro foi provisoriamente alocado.

Situação diversa é a dos empregados que são transferidos em caráter permanente, caso em que prevalecerá a norma da territorialidade, ou seja, a da *lex loci executionis*.

A Lei 7.064/82 disciplina a situação dos brasileiros que prestam serviços no Brasil em empresas de engenharia ou congêneres e que são transferidos ou cedidos para prestarem serviços no exterior com manutenção do vínculo de emprego. Esta lei também abrange os empregados contratados por empresa com sede no Brasil para trabalharem, desde logo, no exterior.

O referido diploma legal contém um elemento de conexão especial previsto em seu art. 3º e que pode assim ser resumido: *a priori* deve-se aplicar a lei do território de execução do contrato *somada* com os direitos expressamente contemplados na Lei 7.064/82; entretanto, em sendo a legislação trabalhista brasileira compatível com a Lei 7.064/82 e, ainda, mais benéfica em seu conjunto de normas atinente a cada matéria, esta (e não aquela) será aplicada.

Importante exemplificar a questão. Imagine-se um empregado que trabalhe numa empresa de engenharia aqui no Brasil e que seja transferido para o Paraguai. Lá chegando é convocado para plantões noturnos das 22h às 6h da manhã. Diante desta *fattispecie* surge a indagação: aplica-se a lei brasileira ou a paraguaia em relação ao tema *jornada noturna*? O art. 3º, II, da Lei 7.064/82 responde esta questão, quando manda aplicar a lei mais favorável vista em seu “conjunto de normas em relação a cada matéria”.

Neste caso, de um lado tem-se a nossa CLT, em seu artigo 73, que estabelece como hora noturna o período trabalhado das 22h às 5h, com incidência de um adicional de no mínimo 20% e com uma redução ficta no

⁽⁹⁾ Conforme se verificará adiante, este elemento de conexão tem seus limites no princípio da norma mais benéfica ao trabalhador.

cômputo da hora noturna: ao invés de ser contada a cada 60 minutos, é feita a cada 52 minutos e 30 segundos. De outro lado, o artigo 195 da CT paraguaia prevê como sendo das 20h às 6h o período noturno, o qual não contém qualquer redução ficta, contudo nele recaindo um adicional de no mínimo 30% sobre o valor da hora ordinária diurna.

Ora, neste contexto casuístico não há dúvida que no conjunto das normas que circunscreve a categoria da jornada noturna, a legislação paraguaia é a mais benéfica ao trabalhador. Logo, aqui deverá deixar de aplicar a lei brasileira.

E nem se cogite de cindir as legislações nacionais para acumular os benefícios – como por exemplo considerar o adicional paraguaio de 30% com a redução ficta (52'30'') prevista no ordenamento brasileiro. Isso só seria possível se o Brasil adotasse a chamada Teoria da Acumulação.

Conforme se verificou pela expressa dicção do art. 3º, II, da Lei 7.064/82, a teoria adotada é a da Incindibilidade dos Institutos Jurídicos que, por sua vez, difere-se da teoria da Acumulação e da teoria do Conglobamento. As três teorias diferenciam-se pela forma de considerar a aplicação da norma mais benéfica. A da Acumulação propugna pela reunião de todas as vantagens conferidas ao empregado, fracionando as diversas fontes normativas em verdadeira “colcha de retalhos”, enquanto que a teoria da Incindibilidade defende a acumulação dos diplomas legais, limitando-os ao conjunto de normas por matéria. Finalmente, a teoria do Conglobamento sustenta que a opção deve recair sobre o conjunto global de uma determinada fonte formal em desprezo de outra⁽¹⁰⁾: ou se considera integralmente a fonte formal “x” ou integralmente a lei “y”.

4.1. Os direitos especialmente previstos na Lei 7.064/82

Importante trazer os direitos especialmente contemplados na Lei 7.064/82, assim enumerados:

a) Art. 5º - estatui que a *estipulação* do valor do salário-base seja em moeda nacional brasileira, podendo o *pagamento* no exterior ser feito em moeda estrangeira, no todo ou em parte. Importante destacar a baliza que o legislador faz entre *estipulação* e *pagamento* de salário⁽¹¹⁾. Caso haja

⁽¹⁰⁾ DALLEGRAVE NETO, José Affonso *Alcance e limites do princípio constitucional da norma mais benéfica ao empregado* In. *Direito do Trabalho estudos* São Paulo LTr, 1997, pág 18

⁽¹¹⁾ Esta distinção é também importante para melhor compreensão do alcance da regra prevista no art 463 da CLT

manifestação escrita do empregado, a parcela paga em moeda nacional deverá ser depositada em conta corrente;

b) Art. 6º - após dois anos de permanência no exterior, o empregado terá direito a fruir suas férias anuais no Brasil, ficando por conta da empresa o custo das respectivas viagens do titular e de seus familiares;

c) Arts. 7º e 8º - além das circunstâncias normais oriundas da necessidade da empresa, considerar-se-á legítimo o retorno do empregado ao Brasil quando após três anos de labor contínuo no exterior ou para atender grave necessidade de saúde ou familiar. Exceto nos casos de justa causa ou iniciativa injustificada do empregado, o custeio das despesas de viagem de retorno ao Brasil será do empregador;

d) Art. 9º - o tempo de duração do trabalho no exterior será computado para efeitos de indenização por tempo de serviço, mesmo que a lei estrangeira assim não preveja. Caso os direitos do referido período tenham sido objeto de liquidação apartada, o empregador estará autorizado a deduzir o montante pago do saldo dos depósitos da conta vinculada do FGTS. Em caso de inexistência de conta vinculada ou de saldo insuficiente, o *plus* pago poderá ser compensado do pagamento das verbas rescisórias. Se este *plus* tiver sido pago em moeda estrangeira, deverá ser procedida a conversão em moeda nacional ao câmbio do dia em que se operou o pagamento.

e) Art. 10º - tanto o adicional de transferência, quanto o salário *in natura*, ou qualquer outra benesse a que fizer jus o empregado “enquanto estiver no exterior”, não serão devidas, nem incorporadas após o seu retorno ao Brasil. Tal comando se baseia na provisoriedade do fato gerador do direito. Impende registrar que aludida regra encontra-se em sintonia com o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da *licitude* da supressão de uma condição mais vantajosa, quando desaparecido o fato transitório da qual ela estava vinculada.

f) Art. 11 - durante o período de trabalho no exterior não haverá recolhimento das seguintes contribuições: SESI, SESC, SENAI, SENAC, INCRA e Salário-educação.

Finalmente o parágrafo único do art. 1º, da Lei 7.064/92, faz questão de excluir do regime desta lei o empregado designado para prestar serviços de natureza *transitória*, por período não superior a noventa dias,

desde que tenha expressa ciência dessa transitoriedade e receba diárias⁽¹²⁾, além das passagens de ida e volta.

Diante desta expressa exclusão, surge uma pergunta: qual legislação será aplicada a esses empregados brasileiros que são designados para trabalharem no exterior de forma transitória ?

Deveras, parece-me claro que nesta hipótese irá prevalecer a lei ordinária brasileira (CLT). Trata-se de aplicação da já mencionada Teoria da Irradiação. Em consequência, assinala Délio Maranhão, “se o trabalho é efetuado em caráter transitório em um lugar, continuando a ser outro o da ocupação principal, é a lei do país em que o contrato normalmente se executa que se há de aplicar”⁽¹³⁾.

5. A primazia da lei do pavilhão para os marítimos e aeronautas

Em se tratando de trabalho especial que envolva a prestação em diversos países - como é o caso dos marítimos e dos aeronautas - a doutrina e a jurisprudência vêm firmando posição de que prevalece a lei do pavilhão ou do país em que se está matriculado o navio ou o avião, do qual a chamada “bandeira” é um mero símbolo⁽¹⁴⁾. Ernesto Krotoschin ratifica esta tendência: “para las relaciones de trabajo de los tripulantes decide normalmente el derecho del pabellón. Para las aeronaves debe suponerse lo mismo”⁽¹⁵⁾.

Pinho Pedreira assevera que tal posicionamento é referendado pela maior parte das convenções internacionais do trabalho concernentes aos marítimos, lembrando neste diapasão, da interpretação dada pela Comissão de Peritos do BIT à Convenção de 1926 sobre o engajamento dos marítimos⁽¹⁶⁾. Gilda Russomano sustenta que a lei do pavilhão é uma velha construção

⁽¹²⁾ *Registre a expressa dicção da letra “b” do parágrafo único do art 1º da Lei 7064/82 no sentido de que as diárias percebidas no exterior, seja qual for o seu valor, não terão natureza salarial*

⁽¹³⁾ *SÜSSEKIND, Arnaldo MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas TEIXEIRA, Lima Instituições de Direito do Trabalho Vol 1, 18ª edição São Paulo LTr, 1999, p 182*

⁽¹⁴⁾ *Assim entendem. Délio Maranhão, Pinho Pedreira, Mozart Russomano, dentre outros*

⁽¹⁵⁾ *KROTOSCHIN, Ernesto Manual de derecho del trabajo 4ª edición actualizada por el Dr Gustavo Raúl Meilij, Depalma, Buenos Aires, 1993, p 42*

⁽¹⁶⁾ *PEDREIRA, Pinho Ob citada p 75*

jurídica, de caráter consuetudinário, que nos vem do Direito Comercial Marítimo e do Direito Internacional Público⁽¹⁷⁾.

A questão instigante daqui decorrente é saber como ficam os casos de fraude à lei, caracterizados quando o uso da lei da bandeira visa frustrar a incidência de mezinhos direitos trabalhistas. Por óbvio que uma vez configurada a *fraus legis*, o ato será declarado nulo de pleno direito. Por conseguinte, os direitos sonegados serão repriminados, aplicando a lei do país do domicílio do armador.

Para que se tenham por nulos os atos jurídicos em fraude à lei, “não é preciso que exista, no sistema jurídico, regra jurídica a respeito de tal causa de invalidade”, conforme observa Pontes de Miranda, que assim arremata: “algumas leis preferem a explicitude e incluem regra jurídica sobre os atos jurídicos *in fraudem legis* e a consequência de ter havido tal violação indireta da lei”⁽¹⁸⁾. É pois o caso da CLT em sua expressa previsão do vetusto art. 9º.

6. O alcance do DL 691/69

Além da LICC e da Lei 7 064/82, o direito objetivo pátrio contém o Decreto-Lei nº 691/69 aplicável aos técnicos domiciliados no estrangeiro que são contratados para executarem serviços provisórios e específicos aqui no Brasil com estipulação salarial em moeda estrangeira

Como se vê, existe de um lado a Lei 7.064/82 que é específica aos brasileiros que são transferidos para o exterior, e, de outro, o DL 691/69 que disciplina o inverso: a transferência de estrangeiros para prestarem serviços provisórios aqui no Brasil.

O art. 1º do referido decreto-lei prevê como obrigatória a celebração de um contrato específico para o trabalho a ser realizado em nosso país. É ainda necessária a fixação de termo certo, podendo o contrato ser prorrogado também por termo *ad quem*. Com outras palavras: o estatuto legal não admite que o técnico estrangeiro trabalhe no Brasil por prazo indeterminado. Daí, inclusive, a expressa exclusão dos artigos 451 a 453 da CLT feita pelo legislador.

⁽¹⁷⁾ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer *Direito Internacional Privado do Trabalho conflitos espaciais de leis trabalhistas* 2ª ed Rio de Janeiro Foyense, 1979 p. 187

⁽¹⁸⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante *Tratado de Direito Privado* Vol 4, Rio de Janeiro Borsari, 1964, p. 200

Da mesma forma, o DL 691/69 afasta o regramento do FGTS e determina que a indenização cabível à rescisão contratual seja aquela constante dos artigos 479 a 481 da CLT. Logo, se a extinção do contrato for por expiração normal, o empregado nada receberá a título de verba indenizatória⁽¹⁹⁾. Caso haja rescisão antecipada, a parte prejudicada terá direito a auferir, a título de indenização, a metade dos dias faltantes até o termo *ad quem*.

Os técnicos estrangeiros contratados sob o pálio do diploma normativo em comento têm assegurados, além das vantagens contratuais, os seguintes direitos: a) salário mínimo; b) RSR; c) férias anuais remuneradas; d) duração do trabalho: 8h diárias e 44 horas diárias ou turnos ininterruptos de revezamento de 6 horas diárias; e) segurança e higiene do trabalho; f) seguro contra acidente do trabalho; e g) previdência social.

O DL ainda encerra dispositivo de constitucionalidade duvidosa no sentido de vedar a participação dos trabalhadores estrangeiros nos lucros da empresa. Até que ponto pode ser declarada válida uma norma proibitiva dessa estirpe, quando confrontada com o art. 5º, XIII da Constituição da República?

Finalmente, o art. 3º estatui que a taxa de conversão da moeda estrangeira levará em conta a data do vencimento da obrigação. Aqui exsurge outra polêmica exegética: o fato do legislador prever taxa de conversão salarial significa que o pagamento deva ser necessariamente em moeda nacional? Se de um lado há expressa autorização legal para se *estipular* o valor do salário em moeda estrangeira, de outro se verifica uma omissão quanto à obrigatoriedade do *pagamento* salarial em moeda brasileira.

Neste caso penso que a regra plasmada no art. 463 da CLT⁽²⁰⁾ por estar dentro do conceito de *ordem pública* deve ser estendida aos técnicos estrangeiros abrangidos pelo DL 691/69, conforme comando do art 17 da LICC. Ademais, a chamada circulação da moeda é questão de *soberania*

⁽¹⁹⁾ *Em condições normais, o empregado optante teria direito a levantar os depósitos do FGTS no código 04 sem a incidência da multa de 40%. Não é ocioso frisar que a indenização propriamente dita é justamente a multa fundiária. Logo, na extinção contratual não há pagamento de verba indenizatória, mas tão-somente de verba rescisória (férias, 13º, etc). No caso do DL 691/69, o prejuízo se traduz na inexistência de depósitos e posterior saque do FGTS.*

⁽²⁰⁾ *Reza o art 463 da CLT "a prestação em espécie do salário será paga em moeda corrente do País". Parágrafo único "O pagamento do salário realizado em inobservância deste artigo considera-se como não feito".*

nacional, cujo *axio* também se encontra inserido na regra do art. 17 da LICC. Destarte, a despeito do permissivo legal para a *estipulação* em moeda estrangeira do técnico que aqui vem provisoriamente trabalhar; *contrario sensu*, há um veto (art. 463) para que o *pagamento* seja em moeda estranha ao nosso país⁽²¹⁾.

7. O tema sob a ótica neoliberal

Após enfrentar as fontes normativas que tratam do conflito espacial das leis trabalhistas, pode-se inferir junto com Estêvão Mallet que o elemento de conexão varia de acordo com o ordenamento jurídico considerado e de acordo com a natureza da relação jurídica em que se verifica a situação de conflito. Verifica-se em direito comparado, que a norma internacional tanto pode conter um elemento conexo ou mais de um, alternativa ou simultaneamente⁽²²⁾.

Dentro do atual contexto neoliberal, volta-se a sustentar a aplicação de institutos civilistas para o Direito do Trabalho. O mais reluzente deles é o da *pacta sunt servanda* e sua derivação moderna: a autonomia privada⁽²³⁾. Na esteira deste novel quadrante, o direito internacional privado volta a defender a autonomia da vontade para fixar a lei aplicável ao contrato internacional.

Esta tendência é vista com maior vigor sobretudo em Portugal, ao ponto de Bernardo da Gama Lobo Xavier afirmar: “Era dominante na doutrina o princípio da territorialidade das normas de trabalho, sendo sobretudo relevante a conexão *lugar de execução do trabalho (locus executionis)* Vem sendo ultimamente revalorizado o papel da autonomia da vontade para determinar o direito aplicável”⁽²⁴⁾.

O assunto foi reexaminado por Rui Moura Ramos que concluiu que a conexão mais importante é a da vontade dos contratantes, que podem

(21) *Mais uma vez se percebe o tratamento legal diferenciado para estipulação e pagamento (de salário)*

(22) MALLET, Estêvão *Conflito de leis trabalhistas no espaço e globalização* Revista LTr, 62, 03/98, p. 330/331

(23) *Acerca desta reaproximação de institutos civilistas à órbita trabalhista em contraposição à função social do contrato consultar* Luiz Carlos Amorim Robortella, *O moderno direito do trabalho* Aldacy Rachid Coutinho, *A função social do contrato de trabalho*, José Affonso Dallegrave Neto, *Contrato individual de trabalho – uma visão estrutural* Enzo Roppo, *O contrato*

(24) XAVIER, Bernardo da Gama Lobo *Curso de Direito do Trabalho 2ª ed* Lisboa, Verbo, 1993, p. 280 e 281

eleger o ordenamento que entenderem adequado. Sustenta o autor lusitano⁽²⁵⁾ que somente no caso de não ter havido escolha pelos contraentes, o ordenamento competente será o do local de execução do trabalho.

De forma lúcida, Bernardo Xavier, referindo-se às inferências de Rui Ramos, arremata sua posição, fazendo questão de cravar os *limites* ao princípio da autonomia da vontade: “Aceitamos essas conclusões. Com ressalva da ordem pública a que se refere o artigo 22º do Código Civil, entendemos que se aplicarão as regras do artigo 41º do mesmo Código Civil e na sua falta a lei do *locus executionis*.”⁽²⁶⁾

Arion Sayão Romita sistematiza o tema atinente ao conflito espacial, advertindo que “quando a lei de escolha das partes priva o empregado da proteção derivada da lei que normalmente deveria ser aplicada, interfere o princípio da *ordem pública*. As normas de ordem pública são tão importantes e tão vinculadas à ordem social do país do foro que sua aplicação se torna imperativa, afastando a lei prevista pelo contrato”.⁽²⁷⁾

Conclusão

De todo o exposto, pode-se concluir que o princípio da territorialidade consubstanciado na Súmula 207 do TST é apenas a regra geral para os contratos internacionais de trabalho, mas que sempre cederá ao princípio maior de proteção social ao trabalhador.

As duas diretivas devem ser simultaneamente aplicadas, sendo a segunda (*favor laboriis*) o limite da primeira (*locus executionis*)

Conforme se constatou no decorrer deste estudo, são várias as menções à hegemonia do princípio da lei mais benéfica:

a) o art. 17 da LICC fala da ineficácia das fontes normativas que ofenderem a ordem pública e, como é cediço, o regramento protetivo trabalhista está inserido no conceito de ordem pública,

b) o art. 3º, II, da Lei 7064/82 contempla expressamente a primazia da regra mais benéfica vista em seu conjunto normativo por matéria.

c) a lei do pavilhão sucumbe diante da fraude à legislação mais vantajosa ao empregado;

⁽²⁵⁾ RAMOS, Rui Moura *Ob citada* p 720 e 721

⁽²⁶⁾ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo *Ob citada* p 281

⁽²⁷⁾ ROMITA, Arion Sayão *Conflito de normas em direito do trabalho In Direito do trabalho temas em aberto* São Paulo, LTr, 1998 p 123

d) o DL 691/69, apesar de incidir sobre o trabalho de técnicos estrangeiros que prestam serviços provisórios aqui no Brasil, prevalecendo, assim, a teoria da irradiação do país sede do trabalho habitual que emana seus efeitos para o local da prestação habitual, faz questão de assegurar, em seu art. 2º, direitos protetivos básicos da nossa legislação.

Octavio Bueno Magano ao se referir a prevalência do princípio da norma mais benéfica sobre o princípio da territorialidade aduz que tal fato “explica-se porque o Estado de origem não permite que o seu súdito se submeta a condições de trabalho inferiores ao padrão mínimo por ele estabelecido”⁽²⁸⁾

A fim de reforçar a proposição ora apresentada, registrem-se alguns precedentes do direito internacional público:

a) O art. 5º, § 2º da Constituição Federal prescreve que os direitos e garantias neles expresso não excluem outros (direitos e garantias) decorrentes do regime e dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ora, um dos princípios previsto no *caput* do seu artigo 7º é justamente o da norma mais benéfica ao empregado.

b) A convenção de Roma, de 1980, “objetivando a uniformização da matéria na Europa, fez supor a necessidade de se levar a cabo a referida comparação global das soluções de sistemas jurídicos diversos”⁽²⁹⁾, prescrevendo que “a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter por resultado *privar o trabalhador da proteção* que lhe asseguram as disposições imperativas da lei que seria aplicável na falta de escolha”.

c) A Constituição da OIT, em seu art. 19, VIII, reza: “em nenhum caso poderá considerar-se que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer dos membros afetará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que *garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis* do que as que figuram na convenção ou na recomendação”.

Poder-se-ia argumentar que as normas e princípios constitucionais vistos acima dizem respeito ao direito internacional público e

⁽²⁸⁾ MAGANO, Octavio Bueno *Conflitos de leis trabalhistas no espaço* In *Revista LTr*, n 51- 08/87, São Paulo, p 451

⁽²⁹⁾ NORRIS, Roberto *Contratos coletivos supranacionais do trabalho e a internacionalização das relações laborais no Mercosul* São Paulo, *LTr*, 1998, p 69

que, por sua vez, não se confundem com o direito internacional privado. Lêdo engano!

Consoante lições de Luis Roberto Barroso, os princípios constitucionais sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída. Eles condicionam a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas. Quando se caracterizam por um maior teor de abstração, os princípios constitucionais têm eficácia normativa, “e, em muitos casos, tutelam diretamente situações jurídicas *individuais*”.⁽³⁰⁾

Com efeito, não há como afastarem da órbita privada os princípios constitucionais, ainda que do direito internacional público. Maria Helena Diniz reforça esta assertiva, quando defende a aplicação do mencionado art. 19, VIII da Constituição da OIT na seara dos contratos internacionais de trabalho: “se do confronto de normas concorrentes – nacional e estrangeira – forem mais favoráveis ao empregado as do local da contratação do que as da execução, dever-se-á aplicar aquela que beneficiar o trabalhador, devido o caráter protetivo do Direito do Trabalho, observando-se, porém, as limitações de ordem pública. Ter-se-á aqui o princípio do *favor laboriis*, oriundo da Constituição da OIT (art. 19, VIII).”⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ BARROSO, Luis Roberto *O direito constitucional e a efetividade de suas normas RJ, Renovar, 1996, p 308*

⁽³¹⁾ DINIZ, Maria Helena *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada SP, Saraiva, 1994, p 254*

Estabilidade do dirigente sindical e as interpretações do TST e STF

Edésio Franco Passos^()*

Sumário: 1. O artigo 522 da CLT e a Constituição Federal. 2. O art.8º/CF e o art. 543/CLT. 3. Súmula 197-STF e a Convenção 98-OIT. 4. A estabilidade dos suplentes. 5. Cipeiros e empregados-diretores das Cooperativas. 6. Os limites da CLT. 7. Decisão da SDC do TST. 8. Decisão do Supremo Tribunal Federal. 9. Aplicação dos arts. 522, 538, 543 da CLT. Efetivos e suplentes em igual número. 10. Composição numérica da administração do Sindicato. 11. Análise da decisão do TST. 12. Análise da decisão do STF. Respeito à Convenção 98 da OIT. 13. Admissibilidade pelo empregador no momento da comunicação da candidatura e eleição. 14. Princípio da razoabilidade. 15. Conclusão.

1. O artigo 522 da CLT e a Constituição Federal. A questão da estabilidade provisória no emprego do dirigente ou representante sindical relacionada com o número de membros da diretoria do sindicato vem suscitando inúmeras controvérsias jurídicas.

A partir de recentes decisões da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho e de decisão do Supremo Tribunal Federal foi examinada a validade dos limites impostos pela antiga CLT - art. 522 e outros - no que se refere à formação de direções sindicais e se houve ou não recepção pelo ordenamento constitucional referenciado no artigo 8º.

2. O art. 8º da CF e o art. 543/CLT. A Constituição Federal no seu art. 8º, inciso VIII, determina a proibição de dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave. Esta mesma norma já estava fixada

^(*) *Edésio Franco Passos é advogado, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas, assessor de entidades sindicais de trabalhadores e ex-deputado federal (PT), autor de "Novos Direitos Constitucionais dos Trabalhadores" e "Relações do Trabalho e Transformação Social".*

no artigo 543, parágrafo 3º, da CLT, extensiva aos dirigentes da associação profissional que precedia o reconhecimento do sindicato. Os dirigentes de associação profissional foram beneficiados por força da Lei 7.543/86 e alcançados pela Súmula 222 do TST. Antes de ser plenamente configurada na forma atual, a estabilidade provisória do dirigente sindical estava prevista genericamente no caput do artigo 543 da CLT, a garantia do exercício de direção e de representação profissional, inclusive vedando transferências que impossibilitassem esse mister.

3. Súmula 197-STF e a Convenção 98-OIT. A norma do art. 543, caput, foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, que a consolidou pela Súmula 197, ao fixar que "o empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave". Esta histórica decisão aprovada pelo STF em 1963 e em vigor desde março de 1964 está calcada na Convenção 98, de 1949, da OIT, aprovada pelo Brasil (Dec. Legislativo 49/52, Decreto 33.196/53). A Convenção 98/49 prevê que "os trabalhadores deverão gozar de proteção contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego" e especifica que essa proteção inclui a de não dispensar o empregado em virtude de suas atividades sindicais. A estabilidade provisória definida pelo STF - com base em norma internacional - refere-se a empregado com representação sindical, expressão mais ampla do que simples direção sindical. A Súmula do STF eliminou com as dúvidas existentes sobre a estabilidade provisória do dirigente e representante sindical, então questionada pelos empregadores, mesmo após a aprovação pelo Brasil da Convenção 98/49-OIT.

4. A estabilidade dos suplentes. Em decorrência da interpretação do STF consubstanciada na Súmula 197, o TST decidiu pela garantia da estabilidade provisória do suplente de diretoria. Discutia-se se o suplente de diretoria, que não estava no exercício do cargo, poderia ser abrangido pela garantia da estabilidade no emprego. O TST definiu que: "Não pode ser dispensado o empregado que se encontra investido de mandato sindical, ainda que suplente, eis que, o fato de não estar em exercício, não impede que se encontre devidamente investido das prerrogativas legais" (TST RR 2.710/64, 2ª Turma, DOG nº 225, de 1-12-64, pág. 18.091). Essas decisões do TST alargaram o conceito de dirigente e representante sindical, ou seja o empregado portador de mandato sindical em geral, possibilitando maior efetividade ao desempenho das atribuições dos trabalhadores eleitos para as entidades sindicais ou para o desempenho de representações sindicais.

5. Cipeiros e empregados-diretores de Cooperativas. Soma-se a essa construção legislativa e jurisprudencial a norma do artigo 165 da CLT, atribuindo aos titulares da representação dos empregados nas CIPAs a garantia contra a despedida arbitrária, entendendo-se como a tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, possibilitando a reintegração do empregado na empresa caso o empregador não comprove a existência de um dos referidos motivos no momento da despedida. A vedação da despedida arbitrária ou sem justa causa nesta situação foi alçada ao nível constitucional, eis que o artigo 10, inciso II, letra a, das Disposições Transitórias da Constituição Federal, prescreve essa garantia ao cipeiro desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. A jurisprudência caminhou no sentido de conceder a estabilidade provisória ao suplente da CIPA (Súmula 339 do TST). Ainda neste campo, a Lei 5.764, de 16.12.1971, estendeu a estabilidade provisória no emprego aos empregados de sociedades cooperativas eleitos diretores nas mesmas condições dos dirigentes sindicais (art.55).

6. Os limites da CLT. A organização sindical, antes da CF/88, era regulamentada pela CLT (artigos 511 a 610) e legislação complementar. A administração do sindicato estava definida pelos artigos 522 a 528 e previa diretoria constituída de, no máximo, de sete e, no mínimo, de três membros e de um conselho fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela assembléia geral. As Federações e Confederações poderiam ter o mínimo de três membros da diretoria, sem limitação do número máximo, e três membros do conselho fiscal (artigo 538), sendo o Conselho de Representantes (que é a assembléia geral dessas entidades) formado por delegações constituídas de dois membros de cada sindicato ou federação filiado. Os estatutos sindicais pós-88 passaram a fixar número superior de dirigentes em suas diretorias, dentro do princípio da liberdade sindical prevista constitucionalmente. Os empregadores, diante de situações consideradas abusivas, não reconheciam a estabilidade provisória de dirigentes sindicais que não estivessem acobertados pelas antigas normas da CLT. Diante do impasse, a Justiça do Trabalho foi acionada para decidir sobre essa controvérsia, em casos individuais. A questão em debate residia em saber se o artigo 522 da CLT estava em vigor e não tinha sido derogado pela Constituição Federal, ou seja, se esta o havia recepcionado.

7. Decisões da SDC do TST. Entretanto, recentemente a matéria deixou de ser focalizada em dissídios individuais e foi suscitada em dissídios coletivos de natureza jurídica, a saber:

7.1 A decisão do TST no processo RO-DC-373.224/97.3, Seção de Dissídios Coletivos, acórdão publicado no DJU 7.8.1998, é a primeira manifestação da maioria daquela Seção que veio a ser oficialmente conhecida, surpreendendo negativamente os dirigentes sindicais dos trabalhadores. A posição da maioria dos Ministros do TST que julgam dissídios coletivos pode ser sintetizada nos seguintes pontos:

a) pela competência da Justiça do Trabalho, ao contrário de decisão do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela competência da Justiça Comum (Conflito de Competência STJ-21.340 - DJU 3/8/98);

b) recepção, pelo art. 8º da Constituição Federal, dos artigos 522 e 543 da CLT;

c) limitar a estabilidade no emprego dos dirigentes sindicais ao previsto em lei;

d) reconhecimento de que a entidade sindical pode, em seu estatuto, fixar livremente o número de dirigentes sindicais, com limite de estabilidade ao especificado no art. 522 da CLT.

O Ministro Almir Pazzianotto, em seu voto, acompanhou a decisão, ressaltando seu entendimento que são membros da diretoria 7 efetivos e 7 suplentes, do conselho fiscal 3 efetivos e 3 suplentes e conselho de representantes 2 efetivos e 2 suplentes, portadores da garantia de estabilidade provisória no emprego.

A decisão foi adotada em dissídio coletivo de natureza jurídica, recurso de sindicato patronal de acórdão do TRT regional que não havia conhecido do pedido.

O TRT da 19ª Região (Alagoas) entendeu incabível o dissídio jurídico de natureza jurídica quando seu objeto é interpretar lei de caráter genérico. Votaram contra o conhecimento do recurso e pela manutenção da decisão regional os Ministros José Luiz Vasconcelos, Valdir Riguetto e Moacyr Roberto, e, em parte o Ministro Antonio Fábio Ribeiro. No caso concreto, discute-se a estabilidade dos dirigentes sindicais do sindicato de trabalhadores na construção civil de Maceió que constituiu sua diretoria com 15 titulares e 14 suplentes.

7.2 Também na RO-DC 423.261/98.1 (acórdão publicado no DJU de 04/01/1998), a SDC adota entendimento semelhante, porém mais abrangente e elucidativo, acórdão do qual transcrevemos parte fundamental, a saber:

"Nesse mesmo sentido já foi proferida decisão unânime, em sede individual, na E. 5ª Turma deste Tribunal, notadamente no RR-195.102/95.6, do qual igualmente fui Relator e cuja ementa considero oportuno reproduzir:

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 522/CLT. O art. 522 da CLT, estabelecendo o número máximo (7) e mínimo (3) dos integrantes da diretoria sindical em nada conflitou com o art. 8º, I, da Constituição da República, que o recepcionou. Sendo o Sindicato uma pessoa jurídica que lida com interesses que não são exclusivamente os seus como entidade organizada, nem apenas os dos seus associados, não pretendeu o constituinte atribuir-lhe liberdade ilimitada para elaborar o seu estatuto. A regulamentação legal torna-se necessária, na medida em que o exercício de um direito pelo sindicato está a extrapolar sua autonomia interna, que o constituinte objetivou resguardar, e vai de encontro ao exercício do direito de outros. Recurso de Revista conhecido e não provido.'

Assim, ante todo o exposto, concluo que o alcance da norma estatutária objeto da presente ação deve ser restringido a partir dos critérios estabelecidos nos arts. 522, 538 e 543 da CLT, os quais foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, com a qual não guardam qualquer incompatibilidade.

E, para que não parem dúvidas quanto ao sentido da decisão declaratória que ora se profere, resumo:

a) a norma estatutária pode permanecer inalterada quanto ao número de membros da Diretoria do Sindicato e dos Conselhos respectivos, porque a questão é de interesse exclusivo da entidade e de seus associados e nela não cabe interferência do poder público, segundo o princípio da liberdade de organização preconizado pela atual ordem jurídica;

b) isto não significa, entretanto, que a totalidade dos membros admitidos pelo estatuto gozarão da estabilidade provisória de que trata o art. 8º, inciso VIII, da Constituição Federal, devendo-se, para tal fim, observar os parâmetros objetivos dos arts. 522 e 538 da CLT, que continuam em vigor, até que sobrevenha nova regulamentação das questões sindicais, uma vez que o

estatuto da entidade sindical não pode impor obrigação para o empregador, sem amparo legal (art. 5º, inciso II, CF/88);

c) ainda, a estabilidade do dirigente sindical tem eficácia dependente da observância da formalidade de que trata o art. 543, § 5º, da CLT, indispensável a que o empregador tenha ciência de estar, relativamente àqueles empregados, limitado no seu direito potestativo de rescindir imotivadamente contrato de trabalho.

Dou provimento ao Recurso para reconhecer a recepção, pelo art. 8º da Constituição Federal, dos arts. 522 e 543 da CLT, limitando a estabilidade dos dirigentes nos moldes legais"

A decisão da SDC do TST neste processo foi a seguinte:

"Por todo o exposto, e pelos fundamentos do voto do Ministro Revisor, transcrito, que adoto como razão de decidir, dou provimento ao recurso para afastada a impossibilidade jurídica do pedido, causa da extinção do feito na instância de origem, aplicando a jurisprudência desta Corte, de imediato, apreciar o mérito da ação e reconhecer a recepção, pelo art. 8º da Constituição Federal, dos arts. 522, 538 e 543 da CLT, limitando a estabilidade dos dirigentes sindicais nos moldes legais. Com referência a Federação, a estabilidade há que alcançar os seus dirigentes, observando-se que a Diretoria será constituída de no mínimo 3 (três) membros e no máximo de 7 (sete), o Conselho Fiscal de 3 (três) membros e o Conselho de Representantes, formado pela delegação dos sindicatos ou das federações filiadas, de 2 (dois) membros, todos com respectivos suplentes em igual número. Por fim, para este efeito, as entidades sindicais deverão fazer constar da ata da posse a indicação dos seus membros da direção que estão sob o amparo dos dispositivos legais citados, caso a composição de dirigentes excedam os números fixados." (relator Ministro Ursulino Santos).

8. Decisão do Supremo Tribunal Federal: O Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, adotou o seguinte entendimento, em acórdão publicado no DJU de 28.05.1999:

"O art. 522, da CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF-88, art. 8º, I." (STF-RE 193.345-3 SC-2º T.-Rel. Min. Carlos Velloso - DJU 28.05.1999).

O acórdão do STF apenas faz referência a que o número de dirigentes sindicais é o previsto no art. 522 da CLT, ao afirmar: "É dizer,

estabelece a CF estabilidade para os dirigentes sindicais. Seria possível, então, à lei disciplinar a matéria, em termos de número de dirigentes sindicais? Penso que sim. Caso contrário, podendo o sindicato estabelecer o número de dirigentes, poderia estabelecer número excessivo, com a finalidade de conceder-lhes a estabilidade sindical do art. 8º, VIII, da CF, e art. 543, par. 3º, da CLT. O que deve ser entendido, como bem ressaltado na sentença do juiz Ruy Pedro Schneider, é que não há incompatibilidade entre o art. 522 da CLT e o art. 8º, I e VIII, da CF. Ao contrário, essas normas se harmonizam e se completam." (texto do acórdão).

9. Aplicação dos arts. 522, 538, 543 da CLT. Efetivos e suplentes em igual número. O art. 522 da CLT estabelece a administração por uma diretoria constituída de, no máximo 7 e, no mínimo 3 membros, e de um conselho fiscal composto de 3 membros. O art. 538 da CLT estabelece que a administração das federações e confederações será exercida por uma diretoria constituída de no mínimo 3 membros, sem fixar o número máximo, e o conselho fiscal por 3 membros, sendo o conselho de representantes formado por 2 membros de cada entidade filiada.

Em nenhum dos dois dispositivos legais existe referência aos suplentes de diretoria, conselho fiscal e conselho de representantes. Entretanto, o art. 543, par. 3º, ao determinar a estabilidade do candidato a dirigente sindical e ao dirigente sindical eleito, concede essa garantia ao empregado eleito, inclusive como suplente. Também o art. 8º, VIII, da CF, determina a estabilidade nas mesmas condições ao empregado eleito ainda que suplente. Decorre destes dois dispositivos legais a conclusão de que para cada membro efetivo da diretoria, do conselho fiscal e do conselho de representantes haverá um suplente.

A aplicação do art. 522 da CLT possibilita de 3 a 7 diretores efetivos, mais seus respectivos suplentes; 3 membros do conselho fiscal, e seus respectivos suplentes; 2 membros do conselho de representantes, e seus respectivos suplentes. Na decisão da SDC do TST supra referida está expresso que "a Diretoria será constituída de no mínimo 3 (três) membros e no máximo de 7 (sete), o Conselho Fiscal de 3 (três) membros e o Conselho de Representantes, formado pela delegação dos sindicatos ou das federações filiadas, de 2 (dois) membros, todos com respectivos suplentes em igual número", portanto consolidando a orientação da estabilidade do suplente.

10. Composição numérica da administração do sindicato: caso o sindicato opte em constituir administração composta de número superior ao estabelecido no art. 522 da CLT, deverá indicar uma diretoria no limite de 7 membros titulares e 7 suplentes, um conselho fiscal com 3 titulares e 3 suplentes e um conselho de representantes com 2 titulares e 2 suplentes, fazendo constar da composição da chapa e esta condição na ata de posse.

Outros organismos da administração poderão ser compostos como auxiliares da diretoria, sem que os dirigentes sindicais sejam portadores da estabilidade fixada na CF e na CLT. Isto quer dizer que numericamente a administração efetiva está limitada ao art. 522 da CLT, mas poderá conter número superior de dirigentes aos quais não alcançará a estabilidade. Esta a interpretação adotada pelo TST e pelo STF ao examinar a aplicação do art. 522 da CLT em confronto com o art. 8º da CF. Nosso entendimento é que esta limitação é uma interpretação restritiva da norma constitucional. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi adotada apenas pela 2ª Turma e não há decisão do pleno daquele Tribunal, pelo que será possível mudança de entendimento em julgamentos posteriores.

11. Análise da decisão do TST. Consentânea com a realidade e de melhor porte jurídico, a posição da minoria eventual de Ministros do TST na Seção de Dissídios Coletivos que confirmou a decisão do TRT regional em não conhecer do dissídio coletivo. Ao contrário, a maioria eventual vencedora, atingiu de modo frontal o princípio da livre organização sindical e revalidou o superado texto da CLT. Contraditoriamente às decisões que reiteram que empregados e empregadores devem negociar livremente seus litígios e acordos coletivos, com a Justiça do Trabalho distante dessas controvérsias, a decisão pretende impor camisa-de-força aos trabalhadores na constituição das direções de suas entidades. Inútil afirmar a possibilidade de livre composição numérica das diretorias, se apenas alguns de seus componentes possuem a estabilidade no emprego, diante de empregadores que não hesitarão em dispensar os trabalhadores que, com mandato sindical, não tenham a garantia de emprego. Ao decidir nessa linha de raciocínio, a maioria eventual de Ministros do TST - e porventura outros juizes do trabalho - na prática alimentam a estagnação da organização sindical obreira, além de colocarem em risco o emprego de milhares de trabalhadores.

12. Análise da decisão do STF: Relembre-se que a Convenção 98 da OIT continua em vigor no Brasil e foi a base que sustentou a decisão do

STF em 1963/4, ao sumular a estabilidade provisória do representante sindical. E ao fazê-lo não limitou a número determinado de dirigentes, mas a todo aquele que detenha a representação sindical. Por isso que, gradativamente, a estabilidade no emprego foi abrangendo suplentes e membros de associação profissional, estendendo-se, na seqüência, a cipeiros e empregados-diretores de cooperativas. Neste sentido, será possível requerer ao STF decisão que retome o espírito daquela norma sumulada.

13. Admissibilidade pelo empregador no momento da comunicação da candidatura e eleição: As entidades sindicais são obrigadas a comunicar às empresas as inscrições para as eleições sindicais e os nomes dos eleitos. Caso a empresa não apresente qualquer impugnação nos referidos momentos, não poderá posteriormente questionar a composição da diretoria e, em conseqüência, o direito à estabilidade no emprego do candidato ou do empregado eleito.

14. Princípio da razoabilidade: Enquanto não se define a lei regulamentadora das entidades sindicais, adote-se o princípio da razoabilidade. Admitida a lacuna da lei - portanto, a não recepção do art. 522 pela Constituição Federal - decidirá o juiz por analogia, costumes ou princípios gerais de direito (art. 4º, da LICC, art. 126, CPC), atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum. As decisões serão lastreadas na Convenção 98 da OIT, pois todos os eleitos para as direções sindicais são representantes dos trabalhadores e não podem ser dispensados em decorrência de suas atividades sindicais, como sabiamente entenderam os Ministros do Supremo Tribunal Federal já em 1963. No caso de abuso da entidade sindical, há ações apropriadas para a nulidade do ato constitutivo da entidade, ou do seu estatuto, ou da assembléia e processo eleitoral, no juízo competente para matéria sindical. Relembre-se a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, 1ª Turma, tendo como Relator o Ministro João Oreste Dalazen: "O artigo 522 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de mil novecentos e oitenta e oito. Entretanto, o número excessivo de componentes dos órgão de administração sindical constitui circunstância configuradora de abuso de direito. Empregado eleito como membro da diretoria regional para um dos cem cargos previstos no estatuto do sindicato não se beneficia da estabilidade provisória sindical." (TST AC. 1636, de 02/04/97, processo RR 290771/96, 1ª Turma, DJU 27/06/97, p. 30.649). Depreende-se que não sendo recepcionado o artigo 522 da CLT pode ser aplicado pelo julgador o princípio da razoabilidade, adequando-se à realidade da representação e da base territorial

da entidade sindical. Justo que a entidade sindical de grande porte, com extensa base territorial, não se limite ao número reduzido de dirigentes sindicais, mas que ao mesmo tempo este número possa estar adequado à razoabilidade das tarefas empreendidas por essa organização, o que será sopesado pelos julgadores.

15. Conclusão: em conclusão, assinalamos como pontos importantes do debate que vem sendo travado sobre a matéria e com base nas decisões do TST e do STF, o seguinte:

1ª - A atual interpretação do STF e do TST indica a composição da diretoria do sindicato com base no art. 522 da CLT, recepcionado pela Constituição Federal;

2ª - O art. 522 da CLT fixa em três, no mínimo, e sete, no máximo, os membros da diretoria, e três os membros do conselho fiscal;

3ª - O art. 538, § 4º da CLT, prevê dois delegados de cada sindicato para formar o conselho de representantes da Federação;

4ª - O art. 543, § 3º da CLT, e o art. 8º, VIII, da CF, estabelecem a estabilidade no emprego ao candidato e ao empregado eleito para administração sindical e seus respectivos suplentes;

5ª - Com base no art. 543 par. 3º da CLT e no art. 8º VIII da CF, está garantida a figura do suplente de cada um dos membros efetivos da administração sindical, do conselho fiscal e do conselho de representantes;

6ª - A composição do art. 522 da CLT, combinado com o art. 538, § 4º da CLT, será o número de efetivos e de suplentes garantida com a estabilidade no emprego mencionados no ato de inscrição da chapa e na ata de posse, segundo a interpretação conjugada do TST e do STF;

7ª - A composição da diretoria sindical poderá ser acrescida de outros membros auxiliares da administração sem a garantia da estabilidade no emprego, segundo o entendimento daqueles tribunais superiores;

8ª - A atual interpretação do TST e do STF sobre a composição da administração e dos conselhos sindicais, assim como sobre a garantia da estabilidade no emprego, é restritiva ao princípio da liberdade e autonomia sindical, inclusive à Convenção 98 da OIT;

9ª - O empregador deverá apresentar impugnação no momento da comunicação da candidatura ou da eleição e posse do empregado quando

entender que não há estabilidade no emprego, sob pena de não podê-lo fazer posteriormente;

10ª - Deve ser aplicado o princípio da razoabilidade quanto ao número dos membros da diretoria do sindicato com direito à estabilidade em consonância com a base de representação e territorial do sindicato;

11ª - A súmula 197 do STF e a convenção 98 da OIT são as normas paradigmas que garantem a estabilidade no emprego a todos os empregados eleitos para os cargos de administração e representação sindical dentro do princípio da razoabilidade.

O contrato de experiência à luz dos Tribunais

Alice Monteiro de Barros^(*)

Sumário

Contrato de Experiência e Período de Experiência. Conceito. Natureza jurídica Forma Classificação e Prazo. Equívoco na contagem do prazo Objeto. Contrato de experiência que sucede a um contrato temporário. Prorrogação. Renovação. Necessidade ou não de expor as razões quando da extinção do pacto. Contrato de experiência e empregado rural. Contrato de experiência e empregado doméstico. Contrato de experiência e doença no seu curso. Contrato de experiência e estabilidade provisória. Contrato de experiência e salário-maternidade. Cessação do contrato de experiência. O contrato de experiência na legislação estrangeira.

Contrato de Experiência e Período de Experiência

O contrato de experiência não se confunde com o período de experiência, a que alude o art. 478 § 1º da CLT. Isto porque esse último, por força de preceito legal, corresponde ao primeiro ano de duração do contrato indeterminado, enquanto aquele é um contrato a termo, fundado na autonomia da vontade das partes, cujo objetivo é aferir o desempenho e entrosamento do empregado no local de trabalho, permitindo-lhe também aquilatar as condições da prestação de trabalho.

O § 1º do art. 478 da CLT dispõe sobre um prazo de carência⁽¹⁾, esclarecendo que antes de um ano o empregado não faz jus à indenização de antiguidade prevista como reparação nos contratos indeterminados, hoje substituída pela conta vinculada do FGTS.

Conceito

^(*) *Alice Monteiro de Barros é Doutora em Direito pela UFMG, Juíza Togada do TRT da 3ª Região, Profª Adjunta IV da Faculdade de Direito da UFMG, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*

⁽¹⁾ *MAGANO, Octavio Bueno Contrato de prazo determinado Saraiva, 1984, p 51*

possibilita ao empregador verificar as aptidões técnicas e o comportamento do empregado e a este último analisar as condições de trabalho.

Natureza jurídica

É muito discutível a natureza jurídica do contrato de experiência, havendo várias teorias procurando explicar a essência desse ajuste. Há quem afirme tratar-se de um **contrato preliminar**, através do qual ajustar-se-á o contrato posterior se a experiência for satisfatória. Essa teoria não é aceitável porque o objetivo do contrato preliminar é a celebração do contrato definitivo e o do contrato de experiência é a avaliação subjetiva recíproca.

Outros⁽²⁾ o vêem como um contrato de trabalho **pendente de condição resolutiva**, caso a experiência não seja satisfatória. Em contraposição a esta corrente há os que afirmam que a cláusula de experiência ou prova é um dos elementos acidentais do contrato, logo o vínculo fica subordinado a uma **condição suspensiva**, meramente potestativa, quanto à formação da relação jurídica futura, a qual dependerá de uma prova⁽³⁾.

Sustentam outros que o essencial do pacto laboral já se encontra no período de experiência, e ressaltam a **natureza unitária do contrato**⁽⁴⁾ em contraposição à teoria do contrato preliminar.

Filiamo-nos aos que sustentam tratar-se o contrato de experiência de um **contrato especial**, porquanto o art. 443 § 2º da CLT o particulariza ao lado de outros contratos por prazo determinado⁽⁵⁾.

Forma

É sabido que o contrato de trabalho, em regra, não requer forma solene, podendo ser celebrado expressa ou tacitamente. Vigora, entre nós, a liberdade de forma, não exigindo a lei que o contrato de experiência seja

⁽²⁾ BARASSI, Ludovico *Il Diritto del Lavoro Milano Guiffrè, 1949, v II, p 194*

⁽³⁾ SANSEVERINO, Luisa Riva *Diritto del Lavoro Padova Cedam, 1967, p 188*

⁽⁴⁾ CATHARINO, José Martins *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho São Paulo Ed Jurídica e Universitária 1972, v I, p 384*

⁽⁵⁾ MAGANO, Octavio Bueno *Contrato de prazo determinado Ed Saraiva 1984 p 55* e PLÁ RODRIGUEZ, Americo *Curso de Derecho Laboral, Montevideu, Acali Ed, 1980, v 2, p 52*

escrito, embora haja jurisprudência em contrário⁽⁶⁾ Quando o legislador brasileiro pretendeu exigir solenidade de forma para alguma modalidade de contrato por prazo determinado, deixou sua intenção expressa, como ocorreu com o art 11 da Lei 6 019, de 1974, que exige, “obrigatoriamente, a forma escrita para o contrato de trabalho temporário”.

Saliente-se, apenas para argumentar, que o contrato de experiência está previsto em algumas legislações estrangeiras, inclusive no Código Civil Italiano, cujo art 2 096 o denomina *patto di prova*. O *caput* do citado preceito legal exige, expressamente, a forma escrita para este contrato, salvo disposição diversa prevista nos contratos coletivos. A mesma exigência consta do Estatuto do Trabalhador Espanhol (art 14), do Código do Trabalho da Colômbia e do Panamá.

Nota-se, entretanto, que o art 29 da CLT dispõe que as condições especiais de trabalho, entre as quais se inclui a experiência ou a prova, sejam anotadas na CTPS do empregado, no prazo improrrogável de 48 horas

O só fato de não constar da carteira de trabalho do empregado a condição especial, isto é, a natureza do contrato e/ou sua prorrogação, não o anula, transformando-o em ajuste por prazo indeterminado. É que a lei não prescreve forma especial para este contrato. Logo, havendo prova de manifestação do obreiro admitindo essa contratação especial e respectiva prorrogação, o ajuste deverá ser admitido como válido. A citada omissão gera penalidade apenas de ordem administrativa, como se infere do art. 29 da CLT e não nulidade capaz de transformá-lo em contrato indeterminado⁽⁷⁾. Lembre-

⁽⁶⁾ *O contrato de trabalho tem por natureza o sentido de continuidade. Por isso, sua mais importante classificação se traduz no contrato indeterminado. O contrato de experiência constitui uma possibilidade do empregador submeter o empregado a um período de prova contratando-o antes a título experimental, até porque a aprovação ou não seria de escolha do empregador. Inadmissível, portanto, contrato de experiência na forma verbal. TRT/SP 02970085032- Ac 7ª T 0298005910- Rel José Mechango Antunes – DOE 13 2 98 Revista Synthesis 27/98, p 204*

⁽⁷⁾ *Contrato de Experiência- Prorrogação Demonstrado que as partes ajustaram a prorrogação de contrato de experiência, por uma única vez, em instrumento escrito, o só fato desta circunstância não ter sido lançada na CTPS dos autores não torna o ajuste indeterminado. TRT- 3ª Região - 2ª Turma - RO 14416/93 Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, julgado em 30 11 93*

Contrato de Experiência Não anotação na CTPS Inexiste norma legal que exija do empregador a anotação da natureza experimental do Contrato de Trabalho na Carteira Profissional do trabalhador. Dessa forma, o contrato de experiência efetuado sem anotação deste aspecto na referida carteira, não se torna inválido, se atendidos,

se que o legislador, quando pretendeu atribuir a nulidade do contrato, por ausência de anotação da condição especial na CTPS, foi claro e taxativo. É o que se infere do art. 5º do Decreto 31.546, de 1952, quando dispõe: “nenhum contrato de aprendizagem terá validade”... “se tal condição não for previamente anotada na carteira do menor”.

Há, todavia, quem sustente que “a validade do contrato de experiência, como condição especial de trabalho, depende de sua anotação na CTPS do empregado, como determina o art. 29, da CLT”⁽⁸⁾.

Observe-se, entretanto, que contestada a natureza do ajuste, compete ao empregador o ônus da prova da celebração e prorrogação do contrato de experiência. Evidentemente que, apesar de inexistir a obrigação legal no tocante à forma do pacto, a prática demonstra que o documento formalizado facilita a sua prova.

Classificação e Prazo

O contrato de experiência, também intitulado contrato de prova ou de tirocínio⁽⁹⁾, está previsto no art. 443, c, da CLT, como modalidade de contrato por prazo determinado; já o art. 445, parágrafo único do mesmo texto consolidado, dispõe que seu prazo não poderá exceder de 90 dias, do contrário, passará a reger-se pelas normas do contrato indeterminado.

Há legislações estrangeiras que prevêem prazos maiores para as funções mais complexas e prazos de menor duração para os empregados não

na sua celebração, os requisitos de validade dos atos jurídicos Revista conhecida e desprovida TST-RR 46671/92 6, Ac 3ª T 5259/92 9ª Região Rel Min Roberto Della Manna, DJU 6 8 93, p 15105 *Julgados Trabalhistas Seleccionados Irany Ferrari e outros, vol III – LTr, p 244*

Contrato de Prova Anotação na carteira profissional A falta de anotação na Carteira de Trabalho não torna sem validade o contrato de experiência, até porque inexistente norma legal que exija essa formalidade Recurso desprovido TST- SBDI-2. Proc RO AR153 705/94, Rel Min Armando de Brito, DJ 231/97, Repertório de Jurisprudência Trabalhista João de Lima Teixeira Filho, vol 7, p 322

⁽⁸⁾ TRT-2ª Região - RO 02910049269 (Ac 5ª T - 02930009351) Rel Juiz João Carlos de Araújo, 1 2 93, p 366 *Julgados Trabalhistas Seleccionados Irany Ferrari e outro*

⁽⁹⁾ REIS, Nélito *Contrato de prova Livraria Freitas Bastos, 1963, p 31*

qualificados⁽¹⁰⁾ Essa distinção é, a nosso ver, das mais recomendáveis, embora não prevista na legislação brasileira

Equívoco na contagem do prazo

Algumas decisões jurisprudenciais têm desconsiderado o equívoco de um dia na contagem do contrato de experiência como circunstância capaz de autorizar sua indeterminação, pois muitas vezes ele advém do fato de alguns meses terem 31 dias ou da circunstância do último dia do contrato recair em um sábado e o empregador pagar o repouso alusivo à semana trabalhada⁽¹¹⁾ Nessa situação, os princípios da razoabilidade e da boa-fé justificam a não indeterminação do pacto, porém, em regra, ultrapassados os noventa dias, o contrato se indetermina⁽¹²⁾.

(10) Cf Estatuto do Trabalhador Espanhol, art 14, que dispõe Poderá ajustar-se por escrito um período de prova com sujeição a limites previstos em convenção coletiva Sendo omissa esta última, os limites não poderão ultrapassar seis meses para os técnicos titulados, nem dois meses para os demais empregados Nas empresas com menos de 25 trabalhadores, o período de prova não poderá exceder de 3 meses para os trabalhadores que não sejam técnicos titulados O mesmo se infere do Código do Trabalho do Paraguai – Lei 213, de outubro de 93 (Documentos de Derecho Social, 1993), cujo art 58 estabelece que na etapa inicial do contrato de trabalho haverá um período de prova cujo objeto é permitir que o empregador avalie as aptidões do empregado e este verifique a conveniência das condições de trabalho Este período terá como duração 30 dias para os domésticos e trabalhadores não qualificados e 60 dias para os trabalhadores qualificados e para os aprendizes Em se tratando de técnicos altamente qualificados, as partes poderão convencionar outro prazo de duração

(11) Se demonstrado que houve equívoco quanto à contagem do prazo relativo ao contrato de experiência, acarretando excesso de um dia em sua duração a avença não se transforma em contrato por prazo indeterminado, que se extingue, de pleno direito pelo transcurso do prazo convencionado Revista conhecida e provida (TST- 2ª RR 2243/86 Rel Min Nelson Tapajós, DJ n 224/86) Repertório de Jurisprudência Trabalhista João de Lima Teixeira Filho, v 6

Se o contrato a termo extingue-se no sábado, é evidente que o pagamento do domingo seguinte significa a remuneração do repouso semanal e não se constitui, é óbvio, em prorrogação do ajuste TRT – 7ª Região – RO-536/86 – Rel Juiz Manoel Aízio DJCE 12/06/87 In Repertório de Jurisprudência Trabalhista João de Lima Teixeira Filho, v 6

(12) Contrato de prova Prazo Prorrogação Limite Correta exegese da norma consolidada O contrato de experiência ou de prova, a teor do § 2º do art 443 da CLT, pode ser prorrogado uma única vez, respeitado o limite máximo de 90 (noventa)

Objeto

Para acirrada controvérsia em torno da natureza do serviço que será objeto do contrato de experiência. Muitos doutrinadores sustentam que essa modalidade contratual só é compatível com a prestação de trabalho qualificado, sendo inadmissível em relação ao trabalhador braçal ou ao que se encarregue de serviços gerais⁽¹³⁾.

A jurisprudência majoritária do TST adota ponto de vista contrário⁽¹⁴⁾, ao qual nos filiamos. É que a lei não distingue quais as funções que poderão ser objeto do contrato de experiência. Dessa forma, não invalida o ajuste a circunstância de o empregado ter sido contratado a título de experiência, para uma função que não exija especialização. O que se pretende nesse período não é apenas aferir a qualificação da mão-de-obra do trabalhador, mas também permitir uma avaliação subjetiva recíproca, que autorize o empregador a examinar as aptidões técnicas do empregado e seu comportamento pessoal, como assiduidade, diligência, caráter e o entrosamento com o ambiente de trabalho; em contrapartida, poderá o obreiro, igualmente, verificar se o emprego atende às suas expectativas, avaliando as condições de trabalho⁽¹⁵⁾. Aliás, o Código Colombiano e o Código Paraguaio

dias Assim, se a empresa contratante pretende ver prorrogado o prazo, deve procedê-lo até a data de seu termo. Deixando ultrapassar, como in casu, três dias para operar-se a respectiva prorrogação, o contrato se transforma em indeterminado. Recurso a que se nega provimento TRT - 3ª Região, 2ª - RO 1794/90 Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, julgado em 05/03/91

⁽¹³⁾ DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 153. PAULON, C. A. *Contrato de Experiência e aviso prévio*. Revista LTr 46-7/785, Catharino, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, v. 1, 1972, Editora Jurídica e Universitária, p. 385. PRUNES, José Luiz F. *Contrato de trabalho com cláusula de experiência*. São Paulo: LTr, 1981, p. 384.

⁽¹⁴⁾ *Contrato de experiência. Caracterização. O contrato de experiência não impõe que a atividade profissional a ser desenvolvida seja de natureza técnica, especializada. Recurso desprovido. TST-E-RR-4221/90 8 Ac SDI-1462/92 Rel. Min. José Calixto, DJU 21/8/90, p. 12.901. Julgados Trabalhistas Seleccionados. Irany Ferrari e Melchíades R. Martins. São Paulo: LTr, v. II, p. 203.*

⁽¹⁵⁾ *A doutrina majoritária admite que o empregado também possa avaliar o futuro empregador. Vejamos: "o empregado precedente tem o direito de verificar, sucessivamente, a situação moral e econômica da empresa, a garantia de trabalho certo e contínuo (sobretudo se tarefairo), se os serviços não são superiores às suas forças e às suas possibilidades de realizá-lo (como no caso do vendedor em relação à quantidade, qualidade e aceitação dos produtos da fábrica), os instrumentos e locais*

do Trabalho são expressos no sentido de que o objeto do contrato de prova é permitir essa avaliação subjetiva recíproca pelas partes. Se, entretanto, o empregado já houver sido testado antes, na respectiva função ou em atribuição equivalente junto ao mesmo empregador⁽¹⁶⁾, incluindo-se como tal os integrantes do mesmo grupo econômico, o contrato de experiência não será válido, transformando-se em contrato indeterminado, sujeito às regras gerais

Contrato de experiência que sucede a um contrato temporário

Poderá ocorrer de um contrato de experiência suceder a um contrato de trabalho temporário cujo tomador e o empregado atuem no novo ajuste como co-contratantes. Ora, esta situação desvirtua o contrato de prova, pois tudo leva a crer que este empregado já fora testado anteriormente

Nesse sentido tem se inclinado a jurisprudência:

de trabalho apresentados pela empresa (o que é do interesse do trabalhador técnico, científico ou artístico etc.)” REIS, Nélio Contrato de prova Rio de Janeiro São Paulo Freitas Bastos, 1963, p. 33 No mesmo sentido manifestam-se Dorval M de Lacerda, O contrato individual de trabalho São Paulo Saraiva, 1939, p. 156 Eugenio Perez Botija Curso de Derecho del Trabajo Madrid Tecnos, 1948, p. 142 Pontes de Miranda apud José Luiz Ferreira Prunes Contrato de Trabalho com cláusula de experiência São Paulo LTr, 1981, p. 34/35

Alguns autores afirmam que a experimentação recíproca só existe no campo teórico “Na realidade dos fatos, somente o empregado será experimentado” (Cf ALMEIDA, Milton Vasques Thibau O contrato de experiência Curso de Direito do Trabalho Estudos em memória de Célio Goyatá, v. 1, São Paulo LTr, 1997, p. 520 Coord de Alice Monteiro de Barros)

(16) CONTRATO DE EXPERIÊNCIA NULIDADE Somente se justifica a readmissão do empregado, através de contrato de experiência quando contratado para função diversa da exercida no período anterior, ou quando algum fato superveniente à rescisão antecedente importar em redução da capacidade de trabalho Assim, contrato de experiência firmado para função já exercida na empresa é nulo, nos termos do art. 9º da CLT TRT – 2ª Reg – RO-02910260970 – Rel. design. Juiz Renato de Lacerda Paiva DJSP 5 8 93, p. 148 Julgados Trabalhistas Seleccionados Irany Ferrari e outro v. III, p. 244

Contrato de experiência nulidade Ante o princípio da primazia da realidade, consagrado no art. 9º da CLT, é nulo, porque fraudulento, o contrato de experiência celebrado na mesma função, ou similar, como é o caso sub examine quando da readmissão de empregado que já trabalhara por um período de seis meses na mesma empresa TRT – 3ª Reg – 4ª T – RO-22682/98 Rel. Juiz Júlio Bernardo do Carmo DJMG 31 7 99 p. 12 Revista do Direito Trabalhista, set. 1999, p. 54

INVALIDADE. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO ANTERIOR. Não é válido contrato de experiência com empregado já “experimentado” pelo empregador, qualquer que fosse a natureza da relação de trabalho que antes ensejara o conhecimento da aptidão daquele nos serviços. TRT-SP 13.378/87.7 - Ac. 7ª T-352/89. Rel.. Juiz Vantuil Abdala - DJ 20.01.89. Rev. Synthesis 10/90.

Ocorrendo a hipótese relatada acima, o pacto passará a reger-se pelas normas do contrato indeterminado.

Prorrogação

Como modalidade de contrato determinado, o contrato de experiência permite a prorrogação, por uma única vez, antes de expirado o prazo, e desde que não sejam ultrapassados 90 dias, a teor do art. 451 da CLT e do Enunciado da Súmula 188 da TST⁽¹⁷⁾.

A jurisprudência diverge quanto à possibilidade de inserção de cláusula de prorrogação automática do contrato de experiência. Uma corrente nega validade às cláusulas de prorrogação automática do contrato de experiência, por deixar o empregado na incerteza quanto ao verdadeiro término do contrato determinado⁽¹⁸⁾. Outros a admitem, desde que o somatório do contrato inicial e a respectiva prorrogação não ultrapasse noventa dias⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ “O contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 dias”

⁽¹⁸⁾ *Cláusula de prorrogação automática Nulidade do pacto* A cláusula de prorrogação automática constitui vício insanável, que torna nulo de pleno direito o pacto de experiência, porquanto submete à condução resolutiva, previamente, dois prazos finais, utilizáveis a critério unilateral do empregador, deixando o empregado na incerteza quanto ao verdadeiro término do contrato a termo Assim, na dúvida quanto à real duração de um contrato a termo que, por si mesmo, já é considerado na doutrina como nefasto ao empregado, há de presumir a contratação por tempo indeterminado TRT-SP-02960242810- Ac 8ª T – Rel Wilma N de Araújo Vaz da Silva – DOE – 17 2 98 Revista Synthesis 27/98, p 203

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. A prorrogação do prazo de experiência inicialmente estabelecido tem de ser expressamente aceita pelas partes contratantes, assim, não prevalece a simples previsão de que esse prazo passa a ser prorrogado, pois a prorrogação não pode ser automática TRT – 2ª Reg – 10ª T – Ac N 02940154435 – Rel L de Albuquerque, DJSP 13 4 94, p 95 In PASSOS, Nicanor Sena Contrato de experiência São Paulo LTr, p 147

⁽¹⁹⁾ *Contrato de experiência Prorrogação automática até o limite de noventa dias* A prorrogação do contrato de experiência de trinta dias para mais sessenta dias, pelo

Em face da divergência apontada e, por precaução, sugerimos a prorrogação expressa do contrato de experiência por um prazo mínimo antes do termo ou na data em que atingiu o seu término⁽²⁰⁾, embora a jurisprudência do TST incline-se favoravelmente à possibilidade de prorrogação tácita do pacto, como consta do seguinte aresto:

“CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. PRORROGAÇÃO E EXTINÇÃO. O denominado contrato de experiência é espécie do contrato de trabalho por prazo determinado. Logo, sendo permitida, a teor do art 151 da CLT, a prorrogação tácita deste, nada impede que a mesma possibilidade seja aplicada ao primeiro ” TST-RR-248 749/96.4. Ac. 3^o T. – Rel. Min. Francisco Fausto Paula de Medeiros – Revista Trabalho e Doutrina, n. 18, set. 98, p. 158.

Renovação

A renovação não se confunde com a prorrogação. Ela está prevista no art. 452 da CLT, que dispõe: “considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado, excepcionado aquele cuja expiração dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos”.

Sustenta uma corrente jurisprudencial que a renovação prevista para os contratos determinados é incompatível com o contrato de experiência⁽²¹⁾. Outros a admitem, ao argumento de que o dispositivo em questão “cuida da chamada sucessão nos contratos a prazo certo”, onde se

efeito do silêncio das partes, ainda o mantém sob o regime do prazo determinado quando há cláusula expressa prevendo este elástico automático e independentemente da manifestação das partes Neste caso, somente a partir dos noventa dias da contratualidade é que passam a vigor as regras da indeterminação do seu prazo, nos termos do parágrafo único do art 455 da CLT TRT – 12^o Reg – 1^o T – RO 5220/94 Rel Juiz Idemar A Martini DJ/SC 1496, p 140 Dicionário de Decisões Trabalhistas Calheiros Bomfim 27^a ed, p 140

⁽²⁰⁾ DONATO, Messias Pereira Curso de Direito do Trabalho Saraiva, 1979, p 138

⁽²¹⁾ Não se admite renovação de contrato de experiência, prorrogação sim Por outro lado, a idéia de contrato de experiência é incompatível com a de atividades empresariais transitórias e, ainda, com a de serviços transitórios ou que por sua natureza justifiquem a predeterminação de prazos São, pois, antitécnicas as disposições das alíneas a, b, c do § 2^o do art 443 da CLT TRT-3^a Região RO2894/85 - Ac 1^a T 17 12 85 Rel Juiz Aroldo Plínio Gonçalves Rev LTr 50-9/1085

inclui o contrato de experiência. “Quer isso significar que um contrato de experiência não poderá ser sucedido por outro contrato de experiência, antes de completar seis meses da data do término do primeiro ajuste”, sob pena de indeterminação do segundo pacto⁽²²⁾. Realmente, do ponto de vista teórico, a lei não impede a renovação do contrato de experiência, o qual não se alinha nas exceções do art. 452 da CLT; entretanto, só a consideramos possível se o contrato de experiência for celebrado para nova função.

Necessidade ou não de expor as razões pelas quais

Não prosseguiu o contrato

Se o contrato de experiência é modalidade de ajuste determinado, com o advento do termo extingue-se o liame empregatício, sem que o empregador tenha necessidade de expor as razões pelas quais não prosseguiu a relação jurídica. É que a legislação não estabelece, como exigência, que o empregador comprove a falta de habilitação⁽²³⁾.

Nesse sentido tem-se inclinado a jurisprudência:

“O empregador não está obrigado a declinar os motivos da não realização do contrato de trabalho de forma definitiva, após o contrato de experiência”. TST-RR 67591/93.8 (Ac. 5ª T. 1602/93) 4ª Reg. Rel.: Min. Armando de Brito. DJU 6.8.93, p. 15.143. Julgados Trabalhistas Seleccionados. Irany Ferrari e outro. São Paulo. Ed. LTr, v.III, p. 242.

“O Contrato de Experiência, uma das espécies do contrato por prazo determinado, tem por característica o termo prefixado e, findo este, pode o empregador não contratar definitivamente o obreiro, não lhe sendo exigido a justificação que gerou a não recontração.” TST-RR 208.241/95.1 - Ac. 4ª T 8724/96 - 4ª Região. Rel.: Min. Milton de Moura França. DJU 28.2.97 p. 4446. Julgados Trabalhistas Seleccionados. Irany Ferrari e outro. Ed. LTr. Vol. V, p. 119/20.

Contrato de experiência e emprego rural

⁽²²⁾ PASSOS, Nicanor Sena. *Op. cit.*, p. 147.

⁽²³⁾ *No passado, o revogado Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4213/63) considerava justa causa para a resolução do contrato determinado a incompetência do empregado, mas desde que alegada e comprovada até seis meses, a partir do início do prazo (art. 86, § 1º).*

Como já ressaltamos, o objetivo do contrato de experiência é permitir uma avaliação subjetiva pelas partes, pouco importando tratar-se ou não de mão-de-obra técnica ou especializada. Em consequência, é perfeitamente admissível esta modalidade de contrato no meio rural, não havendo qualquer restrição a ele pela Lei 5.889/73⁽²⁴⁾, embora haja jurisprudência em contrário⁽²⁵⁾.

Contrato de experiência e empregado doméstico

A nosso ver, nada impede seja firmado com o empregado doméstico um contrato de experiência⁽²⁶⁾, pois esse tipo de ajuste destina-se a avaliar não só a aptidão para o trabalho contratado, mas também a conduta pessoal do trabalhador.

A lei não distingue quais as funções que poderão ser objeto do contrato de experiência. Dessa forma, não invalida o só fato de o empregado ter sido contratado a título de experiência, para trabalho doméstico, porquanto o que se pretende nesse período não é apenas aferir o desempenho funcional do obreiro, mas também uma avaliação recíproca que consiste em analisar sua personalidade e entrosamento com o ambiente de trabalho, podendo o trabalhador, da mesma forma, verificar se o emprego atende às suas expectativas. Aliás, o recente Código do Paraguai faz menção expressa a esse tipo de ajuste contratual (contrato de experiência) para o doméstico. Da mesma forma, o Código do Trabalho da Costa Rica, com a nova redação dada em 1995⁽²⁷⁾, considera, no art. 102 que, no contrato de trabalho relativo ao serviço doméstico, “os primeiros 30 dias são considerados

⁽²⁴⁾ Neste sentido tem-se posicionado a doutrina. Cf. PASSOS, Nicanor Sena. *Contrato de experiência*. São Paulo: LTr, 1995, p. 61. GALDINO, Dirceu e LOPES, Aparecido Domingos. *Erreria Manual do Direito do Trabalho rural*. São Paulo: LTr, 2ª ed., p. 55/58.

⁽²⁵⁾ *Contrato de experiência. Trabalhador rural. Clama aos céus a contratação de um rurícola a título de experiência, ferindo tal procedimento o direito e a lei, além de constituir uma atividade ilógica, insensata e aética*. TRT – 3ª Reg. 3ª T – RO-2375/92 – Rel. Juiz Álfio Amaury dos Santos. DJMG 03/02/1993.

⁽²⁶⁾ *O empregado doméstico pode ser contratado mediante caráter experimental, mesmo porque a lei civil permite a contratação por prazo determinado de qualquer tipo de serviço* (art. 1.216, 1.220 e 1.225 do Código Civil). TRT/MG, RO 3/106/92. Rel. Juiz Rodrigo da Silva Pinheiro. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 84, dez. de 1993, p. 73.

⁽²⁷⁾ *Código do Trabalho. Texto original de 1943 revisto pelas reformas de 1995. Dados fornecidos pela INTERNET*.

de prova e quaisquer das partes poderão rompê-lo sem aviso prévio, nem responsabilidade". Já o Código Substantivo do Trabalho da Colômbia considera como período de prova dos domésticos os primeiros quinze dias de trabalho

Saliente-se, entretanto, que há quem considere inaplicável ao doméstico o contrato de experiência, ao argumento de que as normas consolidadas não se lhe aplicam, devendo ser regido pelas regras do contrato indeterminado⁽²⁸⁾.

Contrato de experiência e doença no seu curso

O prazo alusivo ao contrato de experiência flui normalmente durante o período em que o empregado estiver afastado desfrutando de benefício previdenciário, a não ser que as partes tenham ajustado em contrário. Versa a hipótese sobre modalidade de contrato determinado a ensejar a aplicação do disposto no art 472, § 2º da CLT. Embora o afastamento por doença inviabilize a experiência pretendida pelas partes, não tem ele o condão de projetar o ajuste, em face dos termos legais, a não ser que se comprove avença em contrário. O mesmo se diga em relação a outras espécies de suspensão do contrato

Contrato de experiência e estabilidade provisória

Se o empregado foi admitido mediante contrato de experiência, pressupõe encontrar-se em regime de prova durante esse período. Por outro lado, ao firmar o contrato, as partes, antecipadamente, já sabem a data de sua extinção

O fato superveniente alusivo à gravidez da empregada, a um acidente do trabalho ou a circunstância de ter o obreiro obtido o registro e sido eleito para o cargo de dirigente sindical, de dirigente de CIPA, ou de membro do conselho curador do FGTS, não tem o condão de se sobrepor ao limite do contrato e assegurar a manutenção do emprego a trabalhador considerado sem

⁽²⁸⁾ *Empregada doméstica Contrato de experiência Inaplicabilidade das disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, razão porque o contrato de trabalho é tido como a prazo indeterminado TRT - 4ª Região, 2ª T RO 96 022750-4 - Rel Juíza Dulce Olenca B Padilha Revista do Direito Trabalhista n 5, Ed Consulex, maio de 98, p 46 No mesmo sentido PAMPLONA, Rodolfo e outro Direito do Trabalho Doméstico São Paulo LTr, 1997, p 69*

habilitação durante a vigência do contrato de prova, por ferir o princípio da razoabilidade.

Logo, se de um lado a proteção à garantia de emprego se impõe, de outro, não se pode olvidar a boa-fé do empregador, que ajustou contrato experimental, por prazo certo, e se viu surpreendido com um fato superveniente a que não deu causa, o qual assegura a continuidade do contrato.

Nesse sentido é a jurisprudência:

ACIDENTE DO TRABALHO. O acidente de trabalho no curso do contrato de experiência não gera ao empregado direito à estabilidade da Lei 8213. TRT – 1ª Reg. – 7ª T. – RO-13.743/97, Rel.: Juíza Edith Maria C. Tourinho, DJRJ 09.07.1999 – p. 144. Revista de Direito Trabalhista. Editora Consulex. Agosto de 1999, p. 57.

Não faz jus ao salário-maternidade e à estabilidade provisória a gestante que, admitida experimentalmente, teve seu contrato rescindido antes do prazo prefixado com o pagamento do respectivo salário. TST-RR-8.702/85.9. Rel.: Min. Mendes Cavaleiro. Ac. 3ª T. 3617/86. Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho. Valentin Carrion. 1987, p. 191.

Contrato de experiência e salário-maternidade

De acordo com o raciocínio exposto no tópico acima, é o Enunciado 260 do TST, quando dispõe que “no contrato de experiência, extinto antes do período de quatro semanas que precede ao parto, a empregada não tem direito a receber do empregador o salário-maternidade”.

A interpretação consubstanciada no Enunciado 260 do TST guarda uma certa equivalência com os artigos 15 e 17 da Lei Italiana n. 1204, de 1971, os quais asseguram à trabalhadora contratada a termo uma indenização de 80% da remuneração, por ocasião do término do contrato, caso já esteja, à época, no período da licença-maternidade.

Cessação do contrato de experiência

Em nenhuma hipótese de dissolução do contrato de experiência é devido o aviso prévio, pois trata-se de contrato determinado. Se, todavia, este contrato contiver a cláusula do art. 481 da CLT, que permite às partes romperem o ajuste antecipadamente, e se for ela utilizada, o aviso prévio será

devido pois o pacto passará a reger-se pelas normas do contrato indeterminado, na forma da interpretação contida no Enunciado 163 do TST.

Na dispensa injusta e rescisão indireta antes do término do contrato de experiência, sem a cláusula do direito recíproco de rescisão antecipada (art. 481 da CLT), não é devido o aviso prévio; as férias (art. 147 da CLT) e a gratificação natalina proporcionais (art. 3º da Lei 4.090, de 1962) serão devidas à razão de 1/12 por mês trabalhado, considerando-se mês fração igual ou superior a quinze dias. O empregado fará jus ainda, ao levantamento do FGTS, constituído de depósito, juros e correção monetária, acrescido de 40%, sem prejuízo da reparação a que alude o art. 479 da CLT (art. 20, I, da Lei 8.036 e art. 14 do seu regulamento – Decreto 99.684, de 1990).

No encerramento voluntário da empresa antes de terminada a experiência, o empregado terá direito a férias (art. 147 da CLT) e à gratificação natalina proporcionais (art. 3º da Lei 4.090, de 1962), além do levantamento da conta vinculada do FGTS, que será sempre constituída de depósito, juros e correção monetária (art. 20 da Lei 8.036, de 1990).

Na hipótese de demissão, ou seja, saída espontânea do empregado, antes de terminado o contrato de experiência, ele não fará jus a férias proporcionais, pelo que emerge do art. 147 da CLT e Enunciado 261 do TST. Terá direito o empregado apenas à gratificação natalina, com base no art. 7º do Decreto 57.155, de 1965 e Enunciado 157; fará jus ao FGTS, porém só irá recebê-lo nas hipóteses pertinentes previstas no art. 20 da Lei 8036/90 e art. 35 do Decreto 99.684/90.

Na resolução do contrato por culpa recíproca não são devidas férias, tampouco gratificação natalina proporcionais (Enunciado 14 TST). O empregado terá direito ao levantamento da conta vinculada do FGTS acrescida de 20% (art. 20, I, da Lei 8036/90 e art. 14 do seu regulamento – Decreto 99.684/90).

Já na extinção do contrato por força maior, o empregado fará jus à gratificação natalina proporcional (art. 7º do Dec. 57.155, de 1965) e à conta vinculada do FGTS, com o acréscimo de 20% relativos ao período trabalhado (art. 9º, § 2º do Decreto 99.684/90). Não vemos como deferir as férias proporcionais, uma vez que a hipótese não se situa como dispensa sem justa causa ou término de contrato a prazo (art. 147 da CLT), mas de extinção do contrato por circunstâncias alheias à vontade as partes.

Falecendo o empregado antes da extinção normal do contrato de experiência, os seus dependentes receberão a gratificação natalina (art. 7º do

Dec. 57.155, de 1965) e levantarão a conta vinculada do FGTS, sem multa (art. 20, IV da Lei 8036/90).

Chegando a termo o contrato de experiência, serão devidas as férias (art. 147 da CLT) e a gratificação natalina proporcionais (art. 7º do Dec. 57.155, de 1965); o obreiro ainda receberá o saldo da conta vinculada do FGTS, também sem multa (art. 20, IX da Lei 8036/90 e art. 35 do seu regulamento).

Na hipótese de resolução do contrato de experiência por justa causa (art. 483 da CLT), o empregado perderá férias e gratificação natalina proporcionais. Terá direito ao FGTS, mas só irá sacá-lo nas hipóteses previstas nos incisos III a VIII do art. 35 do Decreto 99.684, de 1990.

O contrato de experiência na legislação estrangeira

O contrato de experiência está previsto em algumas legislações estrangeiras, inclusive no Código Civil Italiano, cujo art. 2096 o denomina *patto* de prova. Esse mesmo dispositivo exige seja ele celebrado por escrito, salvo disposição contrária prevista nos contratos coletivos. Do referido artigo infere-se, ainda, que durante a prova, as partes deverão fazer a experiência, a qual é o objeto do contrato. Este, por sua vez, poderá ser rescindido por quaisquer das co-contratantes, sem obrigação de pagar aviso prévio ou indenização. Completado o período da prova, a contratação torna-se definitiva e o tempo respectivo será computado como de serviço, para todos os efeitos legais.

À semelhança da lei italiana, o art. 14 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha⁽²⁹⁾ autoriza às partes celebrarem por escrito um período de prova, com as limitações previstas nas convenções coletivas. Na ausência desses convênios, a duração do período de prova não poderá ultrapassar seis meses para os técnicos titulados, nem dois meses para os demais trabalhadores. Nas empresas com menos de 25 trabalhadores, o período de prova não poderá exceder de 3 meses para os trabalhadores que não sejam técnicos titulados. As partes estão obrigadas a realizar a experiência, que é objeto da prova. O mesmo dispositivo legal prevê a nulidade do período de prova, quando o trabalhador já houver desempenhado anteriormente as mesmas funções que constituem o objeto do ajuste.

⁽²⁹⁾ *Documentos de Derecho Social. 1994. Esp. I OIT, p. 50.*

Durante o período de prova, o empregado terá os mesmos direitos e obrigações conferidos aos que desempenham as mesmas funções, salvo quanto àqueles resultantes da dissolução do contrato, a qual poderá ocorrer por iniciativa de quaisquer das partes. Transcorrido o período de prova sem que as partes manifestem o desejo de rompê-lo, o contrato produzirá plenos efeitos, computando o respectivo tempo de serviço para todos os efeitos legais.

A incapacidade laboral transitória que afete o empregado durante o período de prova interrompe o cômputo do mesmo, mas desde que acordado entre as partes.

Em Portugal, o Decreto-Lei 64-A/89, considera período experimental os primeiros trinta dias de execução do contrato a termo, salvo acordo em contrário. A ruptura do contrato neste período não gera direito ao aviso prévio, tampouco à indenização. Este prazo é reduzido para quinze dias, na hipótese de contrato determinado não superior a seis meses e, em se tratando de termo incerto, quando a sua duração não for superior a este limite.

O Código Paraguai⁽³⁰⁾ também dispõe sobre o assunto nos artigos 58 a 60. Estabelece o art. 58 que a etapa inicial do contrato é considerada período de prova, cujo objeto é avaliar as aptidões do trabalhador e permitir a este último verificar a conveniência das condições de trabalho. O período de prova terá a duração de 30 dias para os domésticos e trabalhadores não qualificados e de 60 dias para os trabalhadores qualificados ou aprendizes. Em se tratando de técnicos altamente especializados, as partes poderão convencionar um período distinto dos anteriores, de acordo com as modalidades do trabalho contratado. O período de prova será remunerado de acordo com o que foi ajustado no contrato. Se ao término do ajuste, nenhum dos co-contratantes manifestar sua vontade expressa no sentido de rompê-lo, ele continuará em vigor, na forma convencionada, devendo o respectivo período ser computado como tempo de serviço, para todos os efeitos legais. Na hipótese de celebração de novo contrato entre as mesmas partes e para o mesmo tipo de serviço, o período de prova não será admitido.

Durante o período de prova, as partes poderão rompê-lo sem incorrer em qualquer responsabilidade. Neste contrato, são assegurados aos empregados os direitos trabalhistas, salvo os referentes ao aviso prévio e indenização.

⁽³⁰⁾ *Documentos de Derecho Social. 1993 – PRY-1, p. 48.*

A **Colômbia**, por meio do Código Substantivo do Trabalho, contempla o período de prova, no art. 76; ele é considerado a etapa inicial do contrato de trabalho, cujo objeto, por parte do empregador, consiste em avaliar as aptidões do empregado, e por parte deste, a conveniência das condições de trabalho.

O período de prova será estipulado por escrito, do contrário, a prestação de serviços reger-se-á pelas normas gerais; seu prazo máximo é de dois meses. Em se tratando de serviços domésticos, presumem-se como período de prova os primeiros quinze dias (art. 77.2).

Nos contratos de trabalho por prazo determinado, cuja duração for inferior a um ano, o período de prova não poderá exceder a quinta parte do termo inicialmente pactuado para o respectivo contrato, sem que possa exceder de dois meses.

Quando entre um mesmo empregador e um trabalhador forem celebrados contratos de trabalho sucessivos, a estipulação do período de prova só será válida para o primeiro contrato.

Quando o período de prova for pactuado por um lapso de tempo inferior aos limites máximos fixados, as partes poderão prorrogá-lo antes de vencer o período inicialmente estipulado, sem que o tempo total da prova ultrapasse os seus limites.

O período de prova poderá cessar a qualquer momento, de forma unilateral, sem concessão do aviso prévio.

O **Código do Trabalho do Panamá**, no art. 78, também admite o pacto de prova, mas quando o serviço exigir certa habilidade ou destreza especial, até o máximo de três meses, sempre de forma escrita. Será nulo o ajuste se o empregado já houver desempenhado a função na empresa⁽³¹⁾.

A legislação **chinesa**, de 05.06.94⁽³²⁾, também prevê o período de prova, o qual não poderá ultrapassar seis meses (art. 21); as unidades empregadoras poderão rescindi-lo se o empregado demonstrar ser incompetente (art. 25).

⁽³¹⁾ *Documentos de Derecho Social, 1995/3*

⁽³²⁾ *Documentos de Derecho Social 1994-3, p 21*

JURISPRUDÊNCIA

CONTRATO DE PARCERIA FRAUDULENTO. Indemonstrado o vínculo societário que une as partes no verdadeiro contrato de parceria, tampouco o concurso de vontades e a efetiva participação nos lucros do empreendimento agrícola, e, por outro lado, presentes os requisitos da relação de emprego, nos termos dos arts. 2º e 3º, da Lei nº 5.889/73, não merece reparo *decisum* que reconhece o vínculo de emprego entre as partes.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** provenientes da **MM. Junta de Conciliação e Julgamento de Apucarana/PR**, em que são recorrentes **FELICITA AGROPECUÁRIA LTDA.** e **DANIEL RÓDRIGUES DE SOUZA** e recorridos **OS MESMOS**

I. RELATÓRIO

Inconformadas com a r. sentença exarada em Primeiro Grau (fls. 100/115), que julgou parcialmente procedente o pedido, recorrem as partes a este E. Tribunal.

Pugna o reclamado pela reforma do r. julgado, a fim de que reste limitado o reconhecimento do vínculo empregatício ao período de 01.10.87 a 30.08.93, como constante da CTPS do autor, e acolhida a prejudicial de mérito referente à prescrição total do direito de ação (art. 7º, inc. XXIX, “b”, da CF/88). No mérito, se ultrapassadas as referidas questões, busca excluir da condenação o pagamento de aviso prévio, 13º salários, férias, indenização por tempo de serviço, FGTS e multa de 40%, indenização correspondente ao seguro-desemprego e honorários advocatícios.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 20/08/1999

O reclamante, por sua vez, clama pelo reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamada em período anterior à formal constituição desta, desde 10/08/81, pretendendo ainda integração dos valores correspondentes a cento e vinte sacas de soja, ao ano, em sua remuneração, e bem assim os valores da habitação concedida, bem como o pagamento de horas extras e consectários.

Contra-razões ofertadas pela reclamante às fls. 142/152 e pelo reclamado às fls. 156/159 dos autos.

Custas e depósito recursal à fl. 130.

Manifestação do Ministério Público do Trabalho à fl. 161, no sentido de que os interesses em causa não justificavam sua intervenção (Lei Complementar nº 75/93, arts. 6º, inc. XV e 83, II).

É, em síntese, o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** dos recursos ordinários e das contra-razões de ambas as partes, bem como das cópias vindas com o recurso da reclamada às fls. 125/128, eis que decorrentes de fato novo, a teor do art. 397, do CPC. Deixo, entretanto, de conhecer do documento de fl. 129, juntado à destempo, sob pena de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. PRELIMINAR ARGÜIDA EM CONTRA-RAZÕES

Ante a arguição de inépcia da peça recursal, pelo reclamante, em sede de contra-razões ao recurso ordinário da reclamada, o qual será apreciado preferencialmente, por conter alegação de prejudicial de mérito referente à prescrição do direito de ação do autor, procedo, primeiramente, a apreciação da referida preliminar.

2.1. INÉPCIA DA PEÇA RECURSAL

Aduz o reclamante, preliminarmente, que, não tendo constado do recurso ordinário da ré a qualificação das partes, deve ter o mesmo a sua inépcia declarada, por inobservância do contido no artigo 514, inc. I, do CPC.

Sem razão o recorrente, não só pela simplicidade que norteia o processo do trabalho, mas também porque se encontram as partes devidamente qualificadas nos autos, ao passo que a exigência contida no referido dispositivo legal tem em vista a hipótese de existência de interessados em recorrer que ainda não estejam qualificados, para que haja fixação inequívoca dos limites subjetivos da coisa julgada.

Rejeito, pois, a preliminar de inépcia da peça recursal.

3. RECURSO DA RECLAMADA

3. 1. PREJUDICIAL DE MÉRITO

EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA A PARTIR DE SETEMBRO/93. PRESCRIÇÃO TOTAL DO DIREITO DE AÇÃO.

Restou reconhecido no r. *decisum* de Primeiro Grau que as partes mantiveram vínculo empregatício no período de 01/10/87 a 30/01/97.

Aduz a recorrente, entretanto, que, após formalizada a rescisão contratual do autor, em 30/08/93, este passou a laborar na qualidade de parceiro agrícola, requerendo seja a r. sentença reformada, a fim de que se reconheça o término do pacto laboral na referida data, bem como seja acolhida a prejudicial de mérito de prescrição total do direito de ação do autor (art. 7º, inc. XXIX, “b”, da CF/88), expirado em 30/08/95, uma vez que a presente reclamação foi ajuizada somente em 07/07/97.

Cumpra esclarecer, desde logo, que, por equívoco material, constou da r. sentença que a data alegada pela ré, como da ruptura do vínculo empregatício, foi 30/08/95 e não 30/08/93, como, na verdade, restou aduzido.

Em que pese não ter prejudicado as conclusões do Colegiado, uma vez que este afastou a arguição de prescrição feita pela ré, por reconhecer a continuidade do liame de emprego até 30/01/97, retifica-se a data aduzida

pelo reclamado, reconhecendo que a data alegada, como do término do liame de emprego, foi 30/08/93.

Estando a mencionada questão prejudicial de prescrição estritamente ligada ao reconhecimento da continuidade, ou não, do vínculo empregatício após a formalização da alegada rescisão contratual, necessária a análise, primeiramente, da natureza da relação mantida entre as parte após 30/08/93.

Tendo a reclamada admitido a prestação de serviços pelo autor após tal data, aduzindo, contudo, que o vínculo existente entre a partes passou a ser de parceria, atraiu para si o ônus da prova respectiva, a teor dos arts. 818, da CLT, e 303, II, do CPC.

De tal encargo probatório não se desincumbiu. Ao contrário, robusteceu nos autos prova oral no sentido de que sempre se tratou o reclamante de empregado rural comum, continuando, mesmo após a suposta ruptura do vínculo de emprego, a ser subordinado, jurídica e economicamente, aos sócios-proprietários da empresa reclamada.

Com efeito, assim informou a primeira testemunha ouvida a convite do autor, Sr. Laurentino de Souza Martins (fls. 84/85), que trabalhou com aquele em todo o pacto laboral:

“... houve uma rescisão em 1993, para o Depoente e para o Autor; concordaram com isso porque estavam numa situação difícil; foram até o Sindicato, mas na saída devolveram o cheque ao Sr. Carlos; não lembra de que banco era o cheque; depois da rescisão, os serviços do depoente continuaram os mesmos, bem como os do Reclamante; os salários também não tiveram alteração; ... era o Sr. Carlos quem dava as ordens; ... na parte onde o Depoente trabalhava, quem administrava era só o Sr. Carlos; isso também ocorria na parte onde o Autor prestava serviços; depois da rescisão, sabe que o Autor passou a plantar em terras do Sr. Carlos, em torno de 25 alqueires;... ao que sabia era o Sr. Carlos quem comercializava a soja produzida pelo Autor; era o Depoente quem controlava o horário quando trabalhavam juntos; nos últimos cinco anos esse controle foi feito pela ‘patroa’, mulher do Sr. Carlos; a mulher do Sr. Carlos sempre ia ver se estavam trabalhando; Nada mais.”

Inferese do citado depoimento que o autor continuou a prestar serviços nas mesmas condições, sob a subordinação dos sócios-proprietários da ré, mediante pagamento de salário e no mesmo local de trabalho, no qual, inclusive, permaneceu residindo após a alegada ruptura do liame de emprego.

As referidas declarações, diversamente do que tenciona a recorrente, não tiveram sua força probante abalada pelos termos apostos na conciliação firmada entre a testemunha e a reclamada (fls. 125/126), na qual estabeleceram as partes que, a partir de setembro de 1993, o vínculo existente entre estas passou a ser de parceria agrícola. Primeiramente, porque a assertiva não abrange o contrato do autor. Ademais, é inerente ao instituto da conciliação a concessão recíproca dos direitos questionados, do que se extrai que o fato de ter a testemunha admitido a existência da parceria não implica na conclusão de que faltou com a verdade quando, num primeiro momento, alegou o vínculo de emprego, mas apenas que pode ter abdicado do reconhecimento deste, ante as demais concessões efetuadas pela reclamada, inclusive a paga de oito mil reais.

Nada mais razoável, em se tratando a referida testemunha de trabalhador que, confessadamente, há muito vinha enfrentando dificuldades financeiras, obrigando-se a contratar sua força de trabalho da maneira imposta por quem detinha as condicionantes de ordem econômica, ainda que a forma contratual ajustada pudesse não corresponder à realidade do fatos.

A fraude perpetrada na suposta rescisão contratual também restou corroborada pelas duas outras testemunhas do reclamante, ainda que o Sr. Antônio Cassiano Francisco haja tido conhecimento do ocorrido através de terceiros. Porém a terceira testemunha, que confirmou inequivocamente o fato, presenciou-o, por estar em companhia do primeiro testigo ora mencionado, no dia em que formalizadas as fraudulentas rescisões contratuais.

Ademais, confessou o empregador que, na época da suposta parceria, era ele quem fornecia a semente e o maquinário ao autor, o que, se adicionado aos demais fatores trazidos à baila, torna ainda mais distante a existência do liame jurídico societário que caracteriza a parceria.

Ressalte-se, ainda, que, no que se refere às notas de fls. 69 a 75, mediante as quais pretendia a reclamada provar que o reclamante comercializava significativa quantidade de soja em seu próprio nome, estas também restaram infirmadas pelas declarações testemunhais, mormente pelo

depoimento da testemunha Laurentino, no qual restou esclarecido que as quantidades que tocavam ao reclamante eram bem inferiores, bem como que era o próprio empregador quem comercializava os produtos, devendo tais informações prevalecer, ante o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Assim, indemonstrado o vínculo jurídico societário que une a parte no verdadeiro contrato de parceria, tampouco o concurso de vontades e a efetiva participação nos lucros do empreendimento agrícola, e, por outro lado, presentes os requisitos da relação de emprego, nos termos dos arts. 2º e 3º, da Lei nº 5.889/73, não merece reparo o *decisum*, que reconheceu o vínculo de emprego entre as partes até 30/01/97, tal como restou demonstrado na instrução processual, e, conseqüentemente, rejeitou prejudicial de mérito referente à prescrição do direito de ação, suscitada com base no art. 7º, XXIX, “b”, da CF/88, eis que esta se inicia do afastamento do empregado, inexistindo, portanto, prescrição a ser declarada.

Mantenho.

3.2. MÉRITO

3.2.1. AVISO PRÉVIO, 13º SALÁRIOS E FÉRIAS

Busca a reclamada excluir da condenação o pagamento de aviso prévio, 13º salários e férias, sustentando haver prova nos autos do pagamento das referidas parcelas.

No que diz respeito ao aviso prévio, todavia, razão não lhe assiste, uma vez que reconhecida a fraude perpetrada na rescisão formalizada em 1993, tendo o autor, na referida ocasião, sido inclusive compelido a devolver o cheque supostamente destinado ao pagamento das parcelas rescisórias, inexistindo nos autos, por outro lado, prova da quitação da referida verba na real data de despedida (30/01/97), até porque nega a ré a existência do liame de emprego.

Também não prospera o inconformismo do autor quando pretende a exclusão do pagamento de férias. Os valores consignados, sob tal rubrica, na “rescisão” levada a efeito em 1993, pelas mesmas razões ora aduzidas em relação ao aviso prévio, tem-se por ímpagos. No tocante aos períodos aquisitivos anteriores, o documento de fl. 39/verso não comprova a

concessão das respectivas férias, sendo, igualmente, devidas E, com relação ao período posterior a fraudulenta rescisão, uma vez reconhecido o vínculo de emprego até 30/01/97, houve-se com acerto a r sentença ao deferir o pagamento das férias correspondentes, nos exatos termos em que concedidas e acrescidas do terço constitucional

Quanto as gratificações natalinas, no entanto, deve ser parcialmente acolhido o apelo, haja vista os documentos de fls 48 a 53, que demonstram o pagamento do 13º salário nos anos de 1998 (segunda parcela - fl 48), 1989 (integral - fls 49), 1990 (primeira e segunda parcelas - fls 50 e 51), 1991 (primeira parcela - fl 52) e 1992 (segunda parcela) Devem tais valores ser abatidos da condenação, subsistindo, porém, a condenação da reclamada ao pagamento de tal verba, referente à 1987 (proporcional), 1988 (primeira parcela), 1991 (segunda parcela), 1992 (primeira parcela) e 1993 (02/12)

Reformo, pois, a r sentença, para excluir da condenação o pagamento das gratificações natalinas já quitadas, consoante documentos de fls 48 a 53, nos termos acima elencados

3.2.2. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO

Irretocável a r sentença ao deferir o pagamento da indenização por tempo de serviço, na proporção de um salário profissional por ano de serviço, até 04 10 88, confessadamente impaga pela ré, eis que iniciado o pacto laboral anteriormente ao advento da atual Carta Política, quando o regime do FGTS era ainda exclusivo dos trabalhadores urbanos

Mantenho o r julgado, neste particular

3.2.3. FGTS

Tendo em vista o vínculo de emprego declarado, até 30/01/97, também não merece reparo a r sentença, quanto ao deferimento do FGTS (11,2%) sobre as parcelas percebidas, até porque confessa a re acerca de não pagamento da referida verba no período em que sustenta terem as partes laborado em parceria

Nada a reparar

3.2.4. SEGURO-DESEMPREGO

Imotivada a dispensa do autor, como reconhecido na r. sentença, e não tendo o empregador fornecido as guias de requerimento do seguro-desemprego na época da real dispensa, não merece reforma a r. sentença *a quo*, quanto ao deferimento da indenização substitutiva, a ser arcada pelo empregador.

Quanto ao recibo de entrega das guias do seguro-desemprego acostado à fl. 41, além de não comprovarem que o autor efetivamente recebeu o benefício, foram entregues inoportuna e fraudulentamente pelo empregador, em 1993, uma vez que tal benefício deve amparar o trabalhador quando este tem realmente o seu contrato rescindido.

Mantenho.

3.2.5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não obstante os ponderosos argumentos expendidos na r. sentença primeira, é entendimento consagrado nesta E. Turma serem indevidos honorários de sucumbência, eis que inaplicáveis os artigos 133 da CF/88 e 1º, e incompatível com o processo do trabalho o princípio da sucumbência previsto no artigo 20, do CPC. Somente são devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho nas hipóteses das Leis nºs 5.584/70 e 1.060/50, indemonstradas nos presentes autos.

Reformo a r. sentença, para excluir da condenação da reclamada o pagamento de honorários advocatícios.

Pelo que, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso ordinário da reclamada, para excluir da condenação o pagamento das gratificações natalinas comprovadamente quitadas, nos termos dos itens 3.2.1., e de honorários advocatícios.

4. RECURSO DA RECLAMANTE

4.1. MÉRITO

4.1.1 RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DESDE 10/08/81.

Em sua exordial, aduziu o reclamante que laborou para a empresa reclamada desde 10/01/81. Como a pessoa jurídica foi constituída somente em 1º.06.97, tal como provado pelo contrato social de fls. 27/33, e, reconhecendo o Colegiado *a quo* como verdadeira data de admissão a anotada na CTPS do autor (1º/10/87), optou o obreiro por inovar em suas razões recursais, aduzindo ter havido sucessão de empregadores.

Não estando a referida alegação incluída entre as hipóteses previstas nos incisos constantes do artigo 302, do CPC, tampouco do artigo 517, do mesmo diploma legal, ambos de aplicação subsidiária no processo do trabalho, deve ser, desde logo, afastada, restando prejudicada a sua análise somente no presente momento processual.

Assim, rejeitada a alegação de sucessão e, por outro lado, não podendo ter havido contrato com a ré anteriormente à sua constituição social, dispensa reparo a r. sentença, que reputou veraz a data de admissão assentada na carteira de trabalho do autor.

Mantenho.

4.1.2. SALÁRIO PAGO EM SOJA

Restou indeferida na r. sentença a integração dos valores salariais que aduz o autor ter recebido sob a forma de cento e vinte sacas de soja, ao ano, considerando o Colegiado de Primeiro Grau indemonstrada a habitualidade do pagamento das sacas, e que não lhes foram atribuídos valores que permitissem um conclusão lógica.

Não merece reparo o r. *decisum*, porquanto insuficiente à prova do alegado as declarações da primeira testemunha do autor, a qual não precisou em quais e por quantos meses costumava ser concedida tal parcela, somente esclarecendo que se referia às safras de verão. Sem a fixação deste parâmetro, inviável se chegar aos valores para a integração pretendida.

Pelo que, mantenho o julgado, também neste aspecto.

4.1.3. HABITACÃO

Sustenta o recorrente a natureza salarial da utilidade concedida sob a forma de habitação, equivalente a 25% salário pago em pecúnia, requerendo a integração desta em seu complexo remuneratório.

Todavia, o trabalho prestado em imóvel rural, a princípio, afasta a circunstância de ser considerada *in natura* a habitação fornecida, pois presumidamente essencial à própria prestação de serviços, tal como restou provado nos presentes autos, uma vez que informou a primeira testemunha do autor que este, mesmo tendo adquirido uma casa na cidade, continuou a residir em seu local de trabalho (fl.85).

E nem se alegue que restou alterada a circunstância em que concedida a habitação com o advento da Lei nº 5.889/73, que introduziu o § 5º, no artigo 9º, da Lei nº 5.889/73, o qual passou a exigir, para a não configuração do salário *in natura*, que seja a moradia e as demais utilidades destinadas à produção caracterizadas como tais em contrato celebrado entre as partes, com testemunhas e notificação obrigatória do sindicato obreiro, ao passo que já consolidada a concessão da habitação nos moldes anteriormente ajustados, como utilidade fornecida para o trabalho.

Indevida, pois, a integração da habitação no conjunto remuneratório do autor, em todo o pacto laboral.

Mantenho a r. sentença.

4.1.4. HORAS EXTRAS

Pretende o recorrente a reforma da r. sentença, também no que concerne às horas extras, as quais restaram indeferidas por entender o Juízo de Primeiro Grau que não logrou o obreiro fazer prova da jornada descrita na exordial. Fulcra-se o autor na prova testemunhal produzida, bem como alega que o encargo probatório, *in casu*, cabia ao empregador.

Razão não lhe assiste, todavia.

Quanto ao ônus da prova, *data venia*, possuindo a reclamada menos de dez empregados, tal como se extrai do documentos de fls. 48 e seguintes dos autos, constituía ônus do reclamante afastar a veracidade dos horários constantes do registro de empregado acostado à fl. 39 dos autos.

De tal ônus não se desincumbiu, mostrando-se insuficiente à prova do labor extraordinário as declarações de sua primeira testemunha, no sentido de que “... os horários do autor eram semelhantes ao seu ...” (fls. 84/85), porquanto há prova nos autos somente dos horários por esta prestados, nada tendo afirmado a referida testemunha, precisamente, acerca da jornada cumprida pelo reclamante.

Prevalecem, pois, como verdadeiros, os horários declinados no documento de fl. 39, devendo ser mantida a r. sentença, quanto ao indeferimento do pagamento de horas extras e, conseqüentemente, dos pedidos acessórios de seus reflexos. .

*Pelo que, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ordinário do autor.*

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS**, porém não do documento de fl. 129 trazido pela reclamada, eis que juntado aos autos a destempo. Por unanimidade de votos, **EM REJEITAR** a preliminar de inépcia da peça recursal do reclamado, argüida em sede contra-razões pelo autor, bem como a prejudicial de mérito referente à prescrição, aduzida pela reclamada. No mérito, por unanimidade de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO** para, nos termos da fundamentação, excluir da condenação o pagamento das gratificações natalinas comprovadamente quitadas e de honorários advocatícios. Por unanimidade de votos, **EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

JOSÉ FERNANDO ROSAS - Presidente e Relator.

LEI 8.878/94. ANISTIA READMISSÃO. A ausência de motivação para dispensa pode induzir a ações de cunho meramente político ou pessoal, fatos que estão em contraposição aos princípios que devem nortear a administração pública direta e indireta, enumerados exemplificativamente no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal Dispensa efetivada em desrespeito ao artigo 1º, I, da Lei 8 878/94 Readmissão deferida

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM 9ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CURITIBA - PR**, sendo recorrentes **ARIVONIL CALADO E OUTROS (8)** e recorrida **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS ECT.**

I - RELATÓRIO

Inconformados com a r. sentença de fls. 361/371, recorrem os reclamantes

Pretendem seja reconhecido o direito à readmissão ao emprego, ante a Lei de Anistia nº 8 878/94, com os consectários legais.

A reclamada apresentou contra-razões.

Custas processuais (fl 329)

A d Procuradoria Regional oficiou às fls. 397/400, através de parecer do I Dr. Alvacir Correa dos Santos, manifestando-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 09/07/1999

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do recurso dos reclamantes, pois preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

2. MÉRITO

Os reclamantes alegam que foram demitidos entre março de 1990 e setembro de 1992, em razão de reforma administrativa realizada à época do Governo Collor. Pretendem readmissão, invocando a aplicação da Lei 8.878/94, que concedeu anistia aos servidores afastados. Afirmam que a matéria já foi analisada administrativamente e as comissões responsáveis rejeitaram o pedido, sob o argumento de que a demissão ocorreu em virtude de baixo desempenho funcional.

Segundo a reclamada, os autores foram demitidos por justa causa, não eram detentores de estabilidade e a dispensa não infringiu dispositivos legais e convencionais. Assevera que a hipótese não se enquadra no artigo 1º da Lei 8.878/94.

Referida norma indica seus destinatários e os requisitos a serem preenchidos para a conseqüente readmissão. *Verbis*:

“Art. 1º. - É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob o controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 a 30 de setembro de 1992, tenham sido:

I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;

II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;

III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizada, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa”.

Os reclamantes solicitaram readmissão à Comissão e Subcomissão, responsáveis pela análise dos pedidos e estas manifestaram-se no sentido de que a rescisão ocorreu de acordo com o artigo 487 da CLT, sem caracterizar infração à Lei 8.878/94. Justificaram que as demissões não infringiram dispositivos legais, nem tiveram motivação política, partidária ou ideológica, de modo a ensejar a anistia. Asseveraram, ainda, que o motivo das demissões foi o baixo desempenho funcional e que, sendo discricionário o ato, dispensa a motivação.

Os reclamantes efetivamente foram dispensados nas épocas indicadas na inicial, dentro do lapso de 16/3/90 a 30/9/92, sem qualquer motivação comprovada nestes autos. Sequer o baixo desempenho funcional foi alegado na data da ruptura do contrato. As dispensas resultaram em infringência ao art. 37 da Constituição Federal e , por conseqüência, ao artigo 1º, inciso I, da Lei 8.878/94.

A respeito, importante citar a lição de Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro:

“Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação”. (pág 135).

Tal entendimento visa evitar a demissão de cunho meramente político ou pessoal, fatos que estão em contraposição aos princípios que devem nortear a administração pública, enumerados exemplificativamente no

caput do artigo 37 da Constituição Federal e a meu ver, independentemente do regime jurídico único adotado (celetista ou estatutário).

Sendo assim, as demissões foram efetivadas em desrespeito ao artigo 1º, I, da Lei 8.878/94.

Determino a readmissão dos autores nos cargos ou empregos ocupados, ou, se for o caso, naquele da respectiva transformação, com cominação de multa diária, correspondente a três salários mínimos por autor, pelo descumprimento da obrigação de fazer, na forma do parágrafo 4º do artigo 461 do CPC, se não cumprida a obrigação no prazo de 15 dias após o trânsito em julgado da presente decisão.

O pedido referente a verbas pecuniárias, salários e demais vantagens relativos ao período de afastamento, não procede. Não se trata de reintegração no emprego, mas sim readmissão, que não gera efeitos *ex tunc*. A própria Lei 8.878/94 dispõe, em seu artigo 6º, no seguinte sentido: “a anistia a que se refere esta Lei só gerará efeitos financeiros a partir de efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo”.

Em suas razões recursais, os reclamantes alegam, ainda, que à época da demissão, gozavam da estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Saliente-se que a norma legal mencionada não beneficia os empregados de empresas públicas pertencentes à Administração Indireta, pelo que, não se aplica aos autores.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO DOS RECLAMANTES**; no mérito, **RECOLOCADO** o processo em julgamento, por maioria de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DOS RECLAMANTES** para, nos termos da fundamentação, condenar a reclamada a readmitir os autores nos cargos ou empregos ocupados, ou, se for o caso, naquele da respectiva transformação, com cominação de multa diária pelo descumprimento da obrigação de fazer (parágrafo 4º do art. 461, do CPC) se não cumprida a obrigação no prazo de 15 dias após o trânsito em julgado da presente decisão, correspondente a três salários mínimos por autor, vencidos os Exmos. Juízes Relator e Revisor.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Rosalie Michele Bacila Batista - Juíza-Presidente e Relatora
Designada - Alvacir Correa dos Santos – Procurador do Trabalho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756/98 Provido agravo de instrumento em segundo grau determina-se, por ordem a) autuação como recurso ordinário ou agravo de petição, conforme o caso, de todas as peças do apelo ao qual fora denegado seguimento, b) apensamento, a este, do agravo de instrumento, c) envio ao Ministério Público do Trabalho, d) observância da competente compensação pelo Setor de Distribuição dos Feitos, e) retorno, conclusos, ao Relator Tais providências encontram respaldo no artigo 897, parágrafo 7º, da CLT, que dispõe competir à Turma deliberar sobre o julgamento do recurso principal, possibilitando, após aposto o visto do Relator, o encaminhamento dos autos a Revisor, em respeito ao devido processo legal

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, provenientes da MM Junta de Conciliação e Julgamento de **ROLÂNDIA - PR** sendo agravante **MANOEL ANTONIO DA SILVA** e agravadas **COOPERATIVA AGROPECUÁRIA ROLÂNDIA LTDA. e COOPERATIVA DOS TRABALHADORES RURAIS TEMPORÁRIOS DE ROLÂNDIA LTDA.**

I - RELATÓRIO

Inconformado com a r decisão de fl. 18, que denegou seguimento ao recurso ordinário de fls 11/17, agrava de instrumento o reclamante

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 01/10/1999

Pugna pela concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, conforme pleito já formulado em primeiro grau, com a conseqüente isenção de pagamento das custas a que fora condenado a pagar e conhecimento de seu recurso ordinário.

Contramínuta apresentada pela primeira reclamada. A douta Procuradoria opina pelo conhecimento e não provimento ao agravo.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do agravo de instrumento do reclamante, porque regularmente interposto, bem como da contramínuta.

2. MÉRITO

Julgando improcedente a reclamação, a r. sentença determinou o pagamento de custas a cargo do reclamante, o qual, no entanto, desde a inicial (fls. 16/19 da RT 9.793/98) já havia pleiteado a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

Não recolhidas as custas dentro do quinqüídio posterior à interposição do recurso de fls. 11/17, a este foi denegado seguimento (fl. 18).

Contra tal decisão insurge-se o reclamante.

Quando o trabalhador ou quem o representa, mesmo de forma sintética, declara sua dificuldade econômica para demandar, e tal afirmação não é desconstituída, conforme autorização da Lei nº 1.060/50 (artigo 4º) mostra-se indiscutível o direito à concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, independentemente, vale frisar, do recebimento ou não de mais de dois salários mínimos.

Isto posto, declarando o autor ser beneficiário da Justiça Gratuita, isento-o do pagamento das custas e CONHEÇO do recurso ordinário de fls. 11/17. De conseqüência, com espeque no artigo 897, parágrafo 7º, da CLT⁽¹⁾, determino a autuação como recurso ordinário dos autos de RT nº

⁽¹⁾ *Acrescentado pela Lei nº 9.756/98*

793/98 da JCJ de Rolândia com o apensamento, a eles, do presente agravo de instrumento, bem como seu posterior envio ao Ministério Público do Trabalho. Após, observada a competente compensação pelo Setor de Distribuição dos Feitos de 2ª Instância, determino o retorno, conclusos, a este Relator.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento do reclamante para, conhecendo de seu recurso ordinário, determinar a autuação como tal dos autos de RT nº 793/98 da JCJ de Rolândia com o apensamento do presente agravo de instrumento, bem como seu posterior envio ao Ministério Público do Trabalho. Após, observada a competente compensação pelo Setor de Distribuição dos Feitos de 2ª Instância, determinar o retorno, conclusos, a este Relator, nos termos da fundamentação.

III – CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE** e, no mérito, por igual votação, **EM LHE DAR PROVIMENTO** para, conhecendo de seu recurso ordinário, determinar a autuação como tal dos autos de RT nº 793/98 da JCJ de Rolândia com o apensamento do presente agravo de instrumento, bem como seu posterior envio ao Ministério Público do Trabalho. Após, observada a competente compensação pelo Setor de Distribuição dos Feitos de 2ª Instância, determinar o retorno, conclusos, a este Relator, nos termos da fundamentação.

Sem custas.

Intimem-se.

LUIZ EDUARDO GUNTHER - Presidente Regimental e Relator - **JOSÉ CARDOSO TEIXEIRA JUNIOR** - Procurador Regional do Trabalho.

LEGITIMIDADE. EQUÍVOCO QUANTO AO NOME DO REAL EMPREGADOR. Em se tratando de processo trabalhista, onde impera a simplicidade alcançada a princípio medular, mero equívoco quanto ao nome do empregador não pode culminar em declaração de ilegitimidade passiva, mormente se a ação é devidamente contestada pelo real empregador que adotou o nome fantasia apontado pelo reclamante (Exegese dos arts. 125, II, e 262 do CPC e Súmula n.º 263 do C. TST).

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. Junta de Conciliação e Julgamento de **CORNÉLIO PROCÓPIO - PR**, sendo recorrente **MARLENE MODESTO** e recorrida **MIEKO ETO VITORINO**.

I. RELATÓRIO

Irresignada com a r. sentença de fls. 159/165, complementada pela decisão de embargos declaratórios de fls. 174/176, recorre a reclamante a este Egrégio Tribunal.

Em suas razões, às fls. 165/172, complementada às fls. 181/185, alega ter havido julgamento “extra petita” ao declarar a improcedência da ação por ilegitimidade passiva, uma vez que esta não foi alegada pela reclamada. A reclamante afirma que a defesa admitiu a prestação de serviços, divergindo apenas quanto ao tempo. Requer, pois, seja reformada a r. sentença e julgados procedentes os seus pedidos. Em complemento ao recurso, requer seja afastada a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, visto que o seu pedido de benefício de assistência judiciária gratuita foi deferido.

Custas isentas (fl. 165).

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 09/07/1999.

Contra-razões à fl. 189.

A douta Procuradoria oficia por cota, com fundamento nos artigos 6º, XV, e 83, II, da Lei Complementar nº 75/93, afirmando que os interesses em causa não justificam sua intervenção (fl. 193).

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos legais de admissibilidade, conheço do recurso e das contra-razões, regularmente apresentados.

2. MÉRITO

JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”

A reclamante sustenta ter havido julgamento “extra petita” com a declaração de ilegitimidade passiva não suscitada pela reclamada.

A MM. Junta declarou de ofício a ilegitimidade passiva “ad causam”, nos termos do artigo 301, parágrafo 4º do CPC, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, sob o fundamento de não haver prova nos autos de que a empresa indicada como reclamada, Hotel e Restaurante Grande Hotel, fosse pessoa jurídica, visto que, citada (fl. 28-verso), compareceu uma pessoa física de nome Mieko Eto Vitorino. Constou na r. sentença que, embora esta tenha admitido na defesa ser proprietária da reclamada, não havia como processar ação contra pessoa diversa da descrita na exordial, uma vez que não procedida a retificação no pólo passivo, sendo a contestante pessoa física que não se confunde com a empresa reclamada.

Da sentença também constou não haver nos autos a representação social da reclamada, a fim de ser possível o conhecimento e o aproveitamento dos atos processuais, faltando também legitimidade processual. Por fim, pontuou-se que no período de trabalho descrito na inicial a reclamante teve outro empregador, de nome “Bassi & Gobis Ltda”, não havendo notícia ou demonstração de existência de sucessão na empresa.

A declaração de ofício de ilegitimidade passiva “ad causam” não se constitui em julgamento “extra petita”, como alega a recorrente, uma vez que o parágrafo 4º do artigo 301 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, autoriza o julgador a conhecer “... de ofício da matéria enumerada neste artigo”, no qual se inclui a “carência de ação”, como previsto no inciso X. Previsão esta que, cumulada com o artigo 267, inciso VI, do CPC, implica extinção do feito sem julgamento do mérito, conforme determinado pela MM. Junta, independentemente de pedido..

Todavia, ainda que a ação tenha sido proposta contra Hotel e Restaurante Grande Hotel, os termos de rescisões contratuais e os recibos salariais juntados aos autos trazem consignado como empregadora Mieko Eto Vitorino ME, firma individual, CGC 72502859/0001-00, além de a autora ter requerido a citação na pessoa de sua proprietária Mieko Eto Vitorino (fl. 02).

Portanto, tendo a referida senhora, pessoa física, apresentado defesa às fls. 31/35, qualificando-se como ex-proprietária do Restaurante Grande Hotel, e sem se opor à sua condição de parte legítima passiva, tanto que admitiu a prestação de serviços a seu favor de 1º-1-90 a 31-8-97, não é o caso, absolutamente, de extinção sem julgamento do mérito.

Em se tratando de processo trabalhista, onde impera a simplicidade alcançada a princípio medular, mero equívoco quanto ao nome do empregador não pode culminar em declaração de ilegitimidade, mormente se a ação é devidamente contestada sem que a própria parte que a faz não vislumbra os óbices descritos pela MM. Junta para o prosseguimento.

No meu entender, já encerrada a instrução (fl. 155), é o caso de mera retificação da autuação para que conste como reclamada e posterior julgamento do feito, como se entender de direito.

Vale destacar que a solução preconizada encontra amparo, também, no princípio da celeridade processual (art. 125, II, do CPC) e na atribuição voltada ao impulso oficial (artigo 262 do mesmo diploma legal) e na Súmula nº 263 do C. TST.

Reformo a r. sentença, no particular.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A MM. Junta condenou a reclamante ao pagamento de honorários aos advogados de Mieko Eto Vitorino (fls. 164/165 - retificação de erro material quanto ao nome à fl. 175).

Em razão da reforma da r. sentença, restam excluídos os honorários advocatícios, deferidos em razão da sucumbência da autora,.

Reforma.

Isto posto, ***DOU PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMANTE*** para, afastando a ilegitimidade passiva “ad causam”, determinar o retorno dos autos à origem para que seja retificada a autuação, devendo constar como reclamada MIEKO ETO VITORINO - ME, e, após, julgado o feito como se entender de direito, bem como para excluir da condenação os honorários advocatícios, nos termos expostos.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, ***EM CONHECER DO RECURSO DA RECLAMANTE*** e, no mérito, por igual votação, ***EM LHE DAR PROVIMENTO PARCIAL*** para, afastando a ilegitimidade passiva “ad causam”, determinar o retorno dos autos à origem para que seja retificada a autuação, devendo constar como reclamada ***MIEKO ETO VITORINO - ME***, e, após, julgado o feito como se entender de direito, bem como para excluir da condenação os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

Sem acréscimo de custas, por ora.

Intimem-se.

LUIZ EDUARDO GUNTHER - Presidente Regimental e
Relator.

PENHORA DE CRÉDITO FUTURO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO DO EXECUTADO. Havendo previsão legal no artigo 671 do CPC para a penhora de credito futuro junto a terceiros, resultante de contrato de prestação de serviços, a decisão que a determina não fere direito liquido e certo do executado Mandado de segurança pretendendo a suspensão que se denega

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **MANDADO DE SEGURANÇA**, em que é impetrante **PROFORTE S.A. TRANSPORTE DE VALORES** e impetrado **EXMO. JUIZ PRESIDENTE DA MM. 3ª JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE MARINGÁ**, figurando **ARILDO PEREIRA LOPES** como terceiro interessado

I. RELATÓRIO

O Exmo Juiz Presidente da MM 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Maringá expediu ordem de penhora em creditos futuros junto ao Banco do Estado do Paraná S A , para o qual a impetrante presta serviços e onde mantém contas correntes, motivo que ensejou o ajuizamento da presente ação de segurança com pedido liminar de suspensão da ordem e, no mérito, de levantamento do bloqueio que lhe fora imposto pela autoridade apontada como coatora

Em suas razões, a impetrante alega que a medida é arbitrária, ilegal e inconstitucional, porque fere direito liquido e certo Sustenta, ainda, a ilegalidade por interpretação dos artigos 620, 649, 655 do Código de Processo Civil (CPC), violando diretamente o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal

Atribuiu a causa o valor de R\$ 300,00

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 20/08/1999

No despacho de fls. 118/119 indeferi a petição inicial por entender que não foram observados os requisitos da Lei n.º 1.531, de 31 de dezembro de 1951, vindo tal decisão a ser cassada em agravo regimental interposto pela impetrante (ARL n.º 114/98), com determinação desta Seção Especializada para que fosse processado o *writ* (fl.123).

Atendendo ao decidido, e por não vislumbrar a presença de *fumus boni juris* ou de *periculum in mora*, deixei de conceder a liminar (fls. 124/125) e determinei a notificação da autoridade coatora e do exequente, vindo aos autos somente as informações prestadas por aquela (fls. 129).

Em novo agravo regimental (ARL n.º 004/1999) a impetrante buscou obter a liminar tendo esta Seção negado-lhe provimento.

O Ministério Público do Trabalho, através do doutor Amadeu Barreto Amorim, opina pela denegação da segurança (fls. 135/137).

É, em síntese, o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais, conheço do mandado de segurança.

MÉRITO

1. Do ato atacado

A impetrante defende que, ainda que prevaleça a tese equivocada de ser sucessora da empresa SEG - Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S.A., a medida que determinou o bloqueio de seus créditos é arbitrária porque a matéria relativa à sucessão e ao grupo econômico é controvertida, inclusive neste Regional. Aduz que com o bloqueio o Juiz arbitrariamente a impede de honrar seus compromissos trabalhistas, fiscais, previdenciários e com fornecedores, interferindo indevidamente na gestão dos seus negócios, tolhendo-lhe o direito ao livre arbítrio na sua condução e reduzindo-a a um estado de insolvência, com drásticas conseqüências até para seus 400 empregados. Assevera, mais, que a

penhora é ilegal porque o crédito ainda não está disponível no seu patrimônio e porque, também, a sua impenhorabilidade está assegurada através da interpretação extensiva do artigo 649 do CPC, já que verdadeiro instrumento de trabalho. Por derradeiro, a ilegalidade também estaria presente na medida em que viola os artigos 620, 649 e 655 do CPC, que asseguram execução pelo meio menos gravoso para o devedor, principalmente quando existentes outros bens passíveis de penhora, discorrendo, ainda, sobre os bens impenhoráveis, bem como dando sua interpretação ao artigo 5º, X e XIII da Constituição Federal, que disciplina questões da inviolabilidade.

A autoridade apontada como coatora esclarece, em fl. 129, que adotou a medida por entender que se encontra em vigor o artigo 671 do CPC, afirmando ter respeitado todas as regras processuais aplicáveis.

O ilustre Procurador Regional do Trabalho, doutor Amadeu Barreto Amorim, por sua vez, em parecer de fls. 135/137 manifesta-se no sentido de que o ato impugnado tem firme apoio no artigo 655 do CPC, não afetando, portanto, o direito líquido e certo da impetrante, mormente quando não há nos autos prova cabal de que, no caso de penhora do crédito, venha a ficar impossibilitada de prosseguir nas suas atividades. Opina, pois, seja denegada a segurança.

Insta destacar, de início, que a matéria relativa à eventual sucessão da SEG - Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S.A. pela impetrante não comporta exame em mandado de segurança.

Conforme afirmo no despacho que indeferiu a liminar, o argumento de que a impetrante está impedida de cumprir obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias e sociais, além de estar sendo obstaculizada na continuidade de sua atividade empresarial, não convence. Primeiro, porque não passa de mera alegação e, depois, por que, a toda evidência, no desenvolvimento de seu empreendimento não firmou contrato de prestação de serviços apenas com o Banco do Estado do Paraná S.A. (Banestado).

Por outro lado, e por razão mais relevante, o ato judicial atacado - determinação de penhora em crédito, ainda que futuro - não se reveste de qualquer ilegalidade que autorize a concessão da segurança, pois encontra amplo respaldo no ordenamento jurídico pátrio, em especial, na Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), subsidiariamente aplicável à execução

trabalhista, e no artigo 671 do Código de Processo Civil (CPC).

Com efeito, o artigo 11 da Lei n.º 6.830/80 (Lei da Execução Fiscal), estabelece que “a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declara absolutamente impenhoráveis”, não incluindo entre tal exceção os créditos do executado perante terceiros, mesmo futuros, os quais, por força do artigo 671 do CPC são perfeitamente penhoráveis, conforme entendimento, inclusive, Araken de Assis, em sua obra *Manual do Processo de Execução*, que peço *venia* para transcrever:

“A penhora de crédito abrange o dinheiro do executado em mãos de terceiro, **quaisquer créditos** que não permitam apreensão por sua imaterialidade, **presentes ou futuros**, títulos diversos (art. 672, *caput*), direitos potestativos, inclusive já litigiosos.” (5ª ed., São Paulo, LTr., 1998, p. 503, n.º 198. Grifei).

Nessa linha de raciocínio, concluo que o ato atacado não fere direito líquido e certo da impetrante, assim considerado aquele direito que transparece de forma clara, evidente, ou seja, em relação ao qual não existe dúvida ou controvérsia, situação esta que não se encontra presente nestes autos.

Não se cogitando, portanto, de ofensa ao artigo 5º, incisos X e XIII, da Constituição Federal, denego a segurança pleiteada.

III. CONCLUSÃO

RESOLVEU a Primeira Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO MANDADO DE SEGURANÇA** e, no mérito, por igual votação, **EM DENEGÁ-LO**, nos termos da fundamentação.

Custas pela impetrante, sobre o valor dado à causa de R\$ 300,00 (trezentos reais) no importe de R\$ 6,00 (seis reais) dispensadas.

Intimem-se.

Tobias de Macedo Filho - Presidente Regimental - Altino Pedrozo dos Santos – Relator - Amadeu Barreto Amorim - Procurador Regional do Trabalho.

MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA. AMPLA UTILIZAÇÃO PELO JUIZ. AUSÊNCIA DE NULIDADE. Há de se esclarecer que ao magistrado não está vedado aplicar a **máxima de experiência**, prevista no art. 335, do CPC, ainda mais com os **indícios** que a própria atividade judicante possibilita, ante a reiteração dos mesmos fatos, sem esquecer do princípio da simplicidade e aplicação compatível de forma sempre subsidiária do Direito Processual Comum. É dever do magistrado impedir a colusão das partes (art. 129, do CPC), dirigir o processo (art. 125, do CPC) e sempre reprimir ato contrário à dignidade da Justiça (art. 125, inciso III, do CPC).

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. Junta de Conciliação e Julgamento de Paranaguá - PR, sendo recorrente **RUI SANTOS SILVA** e recorridos **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM BLOCO DE PARANAGUÁ E ANTONINA** e **ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA**.

I. RELATÓRIO

Sentença às fls. 108/112, proferida pela Junta de Conciliação e Julgamento de Paranaguá, firmada pelo Juiz **EDUARDO MILLÉO BARACAT**, que rejeitou os pedidos da inicial, da qual recorre o Reclamante.

Recurso ordinário do Reclamante às fls. 114/121, pugnando a reforma da v. sentença argüindo, preliminarmente, nulidade da sentença por julgamento *extra petita* e cerceamento de defesa. No mérito, pela declaração de existência do vínculo empregatício nos moldes prescritos pelo art. 3º, da

^(*) Publicado do Diário da Justiça do Paraná de 17/09/1999.

CLT, devolvendo-se os autos à origem para julgamento das parcelas acessórias.

Custas às fls. 123.

Contra-razões apresentadas às fls. 126/134 (APPA) e às fls. 137/139 (Sindicato).

Parecer do i. representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. ITACIR LUCHTEMBERG, opinando pela rejeição do recurso.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do RECURSO ORDINÁRIO e das CONTRA-RAZÕES, posto que atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

2. PRELIMINAR

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA E JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.

O Autor apresenta argumentação para que seja acolhida nulidade processual por cerceamento de defesa e julgamento *extra petita*, em razão da r. sentença ter baseado sua fundamentação em fato diverso do apresentado pelas partes .

O motivo para a insurgência do Recorrente tem como objeto o seguinte trecho da fundamentação da r. sentença:

"...o presente processo é idêntico ao 1641/97, em que José Carlos de Oliveira ajuizou ação trabalhista em face das mesmas rés..." E mais adiante: "Salta aos olhos que naquele processo procurou-se obter vantagem ilícita através de simulação." (fls. 110/111).

Na mesma orientação apresentada no Parecer do Ministério do Trabalho, inclino-me a considerar que essa questão foi apenas uma das vertentes que embasou a r. sentença, não sendo, no entanto, a pedra de toque

que impossibilitou o reconhecimento do direito pleiteado, inexistindo a configuração das hipóteses do art. 460 do CPC.

O que fica translúcido de uma simples leitura do *decisum*, é que os indícios verificados do depoimento nos autos 1641/97, apenas reforçam a inexistência dos requisitos necessários para a configuração do vínculo de emprego (art. 3º, da CLT), não bastando, na situação especialíssima sob comento, o depoimento de uma única testemunha. Há também, segundo a v. sentença, o óbice do art. 37, II, da CF/88.

Há de se esclarecer, ainda, que ao magistrado não está vedado aplicar a **máxima de experiência**, prevista no art. 335, do CPC, ainda mais com os **indícios** que a própria atividade judicante possibilita, ante a reiteração dos mesmos fatos, sem esquecer do princípio da simplicidade e aplicação compatível de forma sempre subsidiária do Direito Processual Comum. É dever do magistrado impedir a colusão das partes (art. 129, do CPC), dirigir o processo (art. 125, do CPC) e sempre reprimir ato contrário à dignidade da Justiça (art. 125, inciso III, do CPC).

Por fim, o art. 469, também do diploma Processual Civil, adverte que os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a verdade dos fatos, não fazem coisa julgada.

Entendo, desta forma, inexistente qualquer nulidade por julgamento *extra petita* ou cerceamento de defesa, eis que amplamente utilizado os princípios do devido processo legal (contraditório e ampla defesa). MANTENHO.

3. MÉRITO

3.1. VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Pretende o Autor o reconhecimento da existência de vínculo empregatício com o APPA, com base nas provas produzidas no caderno processual.

Não socorre ao Reclamante entender que a relação de emprego existente entre o obreiro e a administração pública indireta, não resulte em nulidade integral pelo descumprimento do art. 37, II, da CF/88, face a concordância sistemática de interpretação da Constituição, que também

enaltece a dignidade humana e o primado do trabalho, cujos efeitos não podem ser infirmados.

O Ministério Público sintetizou com ponderação os fatos:

"Como se vê, tudo se resume à prova da existência ou não, primeiramente, de prestação de serviços, e, em segundo lugar, da presença, na relação mantida entre as partes, dos requisitos previstos no art. 3º da CLT. No caso em exame, **convenceu-se a primeira instância, segundo a prova dos autos, de que sequer a prestação de serviços à reclamada restou comprovada.** Trata-se de matéria afeta ao livre convencimento do julgador (art. 131)" (fls. 154) (grifo nosso).

O Juiz de primeiro grau, sem qualquer divergência, pôde analisar com mais segurança, no desenrolar da instrução processual, o perfil psicológico da testemunha e a sinceridade e boa-fé nas respostas aos quesitos formulados. Diante disso, entendo que na busca da verdade real e com base no princípio da persuasão racional (art. 131, do CPC), não merece reparo a r. sentença.

Sequer ficou caracterizada a existência da prestação de serviço como premissa para se verificar os requisitos configuradores da relação de emprego. De outro lado, em regra a prestação de serviço na zona portuária é de natureza AVULSA, sendo aquele prestado por trabalhador sem vínculo empregatício, com a intermediação do sindicato de classe, na prestação de serviços eventuais para terceiros (Lei n. 8.630/93). Assim o ordinário se presume, o extraordinário se prova.

O Reclamante afirmou que laborou exclusivamente para a APPA no período de dez/94 a dez/95, baseando seu pedido única e exclusivamente em um único depoimento testemunhal, sem que tenha sabido o depoente informar em que período ambos laboraram juntos. O Reclamante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de provar os fatos constitutivos do seu direito. Não provada a existência da prestação de serviço, não há como se verificar a existência dos requisitos do art. 3º, da CLT.

Faço minhas as conclusões do seguinte - aresto, acaso aja divergência quanto a existência do vínculo empregatício:

“Mesmo estando presentes os elementos caracterizadores da relação de trabalho, entendo inviável a configuração de vínculo de emprego entre o trabalhador avulso e a empresa tomadora de serviços ante as peculiaridades da prestação laboral” (TST, RR 165.040/95.5, Armando de Brito, Ac. 5ª T. 2.245/96).

MANTENHO.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO E DAS CONTRA-RAZÕES**. Por igual votação, **EM REJEITAR** a preliminar de nulidade processual por julgamento *extra petita* e cerceamento de defesa. No mérito, sem divergência de votos, **EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE**.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Rosemarie Diedrichs Pimpão - Presidente Regimental – **Luiz Celso Napp** – Relator.

INTIMAÇÃO DE ADVOGADO. Válida a intimação feita a apenas um dos advogados regularmente constituídos, ainda que este tenha atuado tão-somente na audiência inaugural.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO**, provenientes da MM. 18ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CURITIBA-PR** sendo agravante **ELEVADORES OTIS LTDA** e agravado **SEBASTIÃO PEREIRA DOS SANTOS**.

I. RELATÓRIO

Irresignada com a respeitável decisão de fl. 701, insurge-se a executada a este Egrégio Tribunal Regional, fazendo-o através de Agravo de Petição.

Apresenta suas razões às fls. 704/706 alegando nulidade de intimação, porquanto aquela feita em 13/11/98 através de DJPR fora somente em nome de uma das procuradoras da executada.

Contraminuta apresentada às fls. 709/711.

O Ministério Público do Trabalho manifestou-se às fls. 714.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do Agravo de Petição do executado, eis que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 01/10/1999.

2. MÉRITO

Argúi a agravante a nulidade da intimação feita em 13/11/98 da decisão de embargos à execução através do DJPR porque fora em nome de Regiane Antunes Dequeche, tão-somente. Diz que esta procuradora participou da audiência inicial e todos os demais atos foram praticados pela procuradora Dra. Elionora Harumi Takeshiro, razão pela qual inválida a intimação, vez que ao constar somente o nome da 1ª advogada não foi possível a identificação prevista no art. 236, § 1º, do CPC. A intimação deveria ter sido feita em nome da Dra. Elionora.

Ainda, que o art. 886, § 1º, da CLT determina que a notificação da decisão na execução seja realizada através de registro postal, não havendo qualquer previsão na CLT de intimação através de Diário Oficial.

Sem razão a agravante.

O ato praticado não está eivado de qualquer vício ou nulidade, eis que observada a Portaria nº 1.128/96, art. 1º, § 1º deste Egrégio Tribunal. Não há que se falar em inaplicabilidade da Portaria sob referência, porque faz parte do ordenamento jurídico.

A procuradora intimada à fl. 686 da decisão de embargos à execução está regularmente habilitada nos autos, conforme substabelecimento de fl. 55. Não consta do presente caderno processual qualquer revogação do substabelecimento, portanto este continua vigorando.

Quanto ao fato da procuradora intimada só haver atuado na audiência inicial, é fato totalmente irrelevante, pois o que o art. 236, § 1º do CPC prevê, é que na intimação constem os nomes dos advogados, suficientes para sua identificação. Isto é, com clareza, sem abreviaturas para que se possa identificar o advogado.

Saliente-se que inclusive o papel das razões do agravo de petição é timbrado e consta o nome da Dra. Regiane na parte superior.

Advogado que não firmou nenhum ato no processo. Intimação. Intimação por nota de expediente a advogado constituído, mas que não subscreveu qualquer petição. Validade da intimação feita ao procurador cujo nome inclusive identifica

o escritório de advocacia e está impresso na cabeça dos respectivos papéis e petições (STJ, 4ª T., AgRg, 20.339, rel. Min. Athos Carneiro, j. 10/8/1992, DJU 31/8/1992, p 13.659).

Em face do exposto, **REJEITO** o pedido.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO AGRAVO DE PETIÇÃO** e, no mérito, por igual votação, **EM NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

José Montenegro Antero – Presidente - **Arnor Lima Neto** -
Juiz Relator.

MULHER. ART. 384 DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. O art. 384 da CLT não foi recepcionado pela nova ordem constitucional que assegurou a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I, da Constituição Federal).

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de CURITIBA, sendo recorrente **SENTINELA SERVIÇOS ESPECIAIS S/C LTDA** e recorrida **CLEUZA AFONSINA DE JESUS**.

Inconformada com a r. sentença de fls. 106/119, que julgou parcialmente procedente o pedido, interpõe recurso ordinário a reclamada.

Alega, em síntese, que não houve qualquer vício de consentimento ao pedido de dispensa formulado pela autora; que as datas de entrada e saída anotadas na CTPS estão corretas; que a autora não logrou desconstituir os controles de jornada acostados nos autos; que o intervalo intrajornada era desrespeitado por iniciativa dos próprios empregados e não por determinação da empresa; que a inobservância ao art. 384 da CLT constitui mera infração administrativa e que a retenção dos descontos previdenciários e fiscais constitui imperativo de ordem legal a ser observado, independentemente de determinação em comando sentencial.

Depósito recursal e custas às fls. 127/128.

Contra-razões apresentadas às fls. 149/155.

A douta Procuradoria Regional do Trabalho, em seu parecer à fl. 158 pugna pela retenção dos descontos previdenciários e fiscais.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 23/07/1999.

É o relatório.

I - Admissibilidade

Conheço do recurso ordinário da reclamada, eis que presentes os pressupostos legais de admissibilidade, bem assim das tempestivas contra-razões.

II - Fundamentação

a) pedido de dispensa

Pretende a recorrente a reforma da r. sentença que reconheceu a nulidade do pedido de demissão, sustentando, em síntese, não ter havido qualquer vício de consentimento ao pedido de dispensa formulado pela reclamante.

De plano, cumpre esclarecer que não procede a alegação da reclamada no sentido de que a r. sentença não poderia ter considerado o depoimento do preposto prestado em outros autos. Ocorre que, na audiência de instrução às fls. 71/76, quando foi autorizada a juntada de cópia da ata de audiência e da sentença envolvendo caso análogo, a reclamada abriu mão do prazo para se manifestar sobre os documentos, sustentando já ter conhecimento do seu teor, inexistindo portanto qualquer impugnação às provas colacionadas. Por outro lado, é irrelevante o fato da sentença lançada naqueles autos ter sido quase totalmente reformada, na medida que o juízo *a quo* considerou apenas o teor do depoimento do preposto da reclamada para formação do seu convencimento, em conjunto com os demais elementos de convicção trazidos nestes autos.

No que se refere à ocorrência de coação para o pedido de demissão, entendo que a sentença merece reforma.

A MM. Junta concluiu que a reclamante foi coagida a pedir demissão em face da redução salarial que lhe seria imposta, uma vez que haveria redução da carga horária que cumpria, já que o trabalho efetuado pela reclamada seria passado para empresa distinta.

Ora, se tal fato ocorreu, a solução, *data venia*, não seria o pedido de demissão, mas a continuidade do trabalho e eventual discussão

acerca da possibilidade ou não da redução da carga horária e da remuneração. Assim como foi informado à reclamante que haveria modificação da jornada, também consta dos autos que a outra hipótese seria sua demissão, por iniciativa da empresa, o que evidencia que não havia qualquer motivo para o pedido de desligamento devidamente assinado pela reclamante.

A par deste aspecto, é preciso notar que a autora foi admitida quase que imediatamente pela empresa que assumiu as tarefas da reclamada no mesmo local, o que igualmente mostra que havia interesse da empregada no desligamento, já que possuía nova colocação. A meu ver, este aspecto é de vital importância para o deslinde da questão, sendo de se ressaltar que a autora foi admitida pela outra empresa cinco dias depois de seu desligamento da ré.

Em resumo, concluo que a reclamante pediu demissão por sua vontade, já que possuía outro emprego em vista. Porém, ainda que o desligamento tenha ocorrido antes de saber que poderia ser aproveitada pela outra empresa, não vislumbro coação para o pedido de demissão já que, segundo as provas produzidas, a reclamante seria demitida, se não aceitasse a redução da carga horária. Logo, não haveria necessidade de se desligar, pois a empresa iria demiti-la, em caso de não concordância com as novas condições de trabalho.

Reformo para excluir da condenação o aviso prévio, 1/12 de 13º salário, multa de 40% do FGTS e a liberação dos depósitos efetuados. Ainda, exclui-se da condenação o pagamento das férias proporcionais, pois a esta não faz jus o empregado que se desliga voluntariamente do emprego antes de completar um ano de serviço, como é o caso da reclamante.

b) anotação correta da CTPS

Requer a reclamada a exclusão da determinação para retificar a data de entrada e saída da autora, bem como os consectários dessa decisão, sustentando que, quanto à data de entrada, não houve prova de que o labor tenha começado antes da data anotada e, quanto à data de saída, a r. sentença deve ser reformada porque a autora pediu dispensa, não tendo direito à integração do aviso prévio.

No que se refere à data de entrada, do cartão-ponto acostado à fl. 58, constata-se, de forma inequívoca, que a admissão ocorreu em 23.9.96,

na medida que consta registro dos horários cumpridos pela autora da aludida data em diante.

Quanto à data de saída, merece reforma a decisão em face do que foi decidido no item anterior, quanto à causa da extinção do contrato.

Reformo parcialmente para afastar da condenação a ordem de retificação da CTPS quanto à data da saída.

e) horas extras

Irresigna-se a reclamada com o deferimento das horas extras, sustentando que a confissão da autora já é suficiente para infirmar qualquer declaração posteriormente feita por suas testemunhas de que prorrogavam alguns horários. Assevera que a condenação em dois dias da semana em 45 minutos de intervalo intrajornada não é cabível, ante a afirmação da testemunha de que laboravam por vontade própria, sendo indevida também a condenação em 15 minutos com fundamento no art. 384 da CLT, uma vez que não há amparo para deferimento de horas extras neste caso. Requer, por fim, em caso de subsistir a condenação quanto aos intervalos intrajornada, que seja deferido apenas o adicional, nos termos da Lei 8.923/94.

A declaração da autora no sentido de que “foi transferida para prestar serviços no Bom Jesus, das 21:30 às 6:30 horas, para fazer limpeza, de segunda à sexta-feira”, não implica em uma confissão acerca da sua jornada de trabalho, mas apenas delimita a jornada contratual que foi acordada pelas partes. Nesse passo, correta a r. sentença que fixou a jornada de trabalho com base nos horários menos amplos noticiados pela testemunha da reclamante e em observância às restrições impostas pela autora em seu depoimento, ante a inexistência de qualquer prova em sentido contrário, e considerando que tanto a autora como a testemunha ouvida a seu convite relatam a impossibilidade de se consignar, nos controles de ponto, a efetiva jornada laborada.

No que toca à pretensão da reclamada em excluir da condenação os 45 minutos de intervalo intrajornada, sob o argumento de que os empregados não paravam por vontade própria e não por determinação da empresa, esta não merece prosperar, na medida em que o depoimento da testemunha é claro ao relatar que “03 vezes por semana era possível cumprir intervalo de uma hora no Colégio, mas não nos demais dias, quando fazia intervalo de no máximo 15 minutos” (fls. 73), donde se extrai que o labor

decorria unicamente da necessidade do serviço. Oportuno esclarecer que é irrelevante se a prestação de serviços decorreu da iniciativa da empregada ou a mando do empregador, pois houve prestação de serviços em prol deste, com seu consentimento tácito, o que não pode resultar prejuízo à obreira.

Acresça-se que, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, o labor prestado no intervalo intrajornada deve ser remunerado como jornada extraordinária, pois visa compensar a ausência do intervalo mínimo legal a que faz jus o empregado para o descanso e alimentação.

Note-se, portanto, que o trabalhador tem direito a receber como jornada extraordinária, e não apenas o adicional, o período em que não desfrutou do descanso mínimo determinado em lei, não havendo *bis in idem*.

Por derradeiro, quanto à não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT, entendo que, por não importar em acréscimo de jornada, configura mera infração administrativa. Além do mais, o dispositivo citado trata de proteção do trabalho da mulher, o qual se encontra revogado em face das disposições constitucionais que asseguram igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher. A meu juízo, impossível a manutenção de qualquer norma de proteção, salvo aquelas que se referem a condições especiais da condição de mulher, como a maternidade e o deslocamento de peso.

Ante o exposto, reformo o r. julgado para excluir da condenação o pagamento de 15 minutos extraordinários e reflexos baseados no art. 384 da CLT.

d) FGTS

Sobre as parcelas de natureza salarial cuja condenação restou mantida, incide FGTS, mas à base de 8% e com recolhimento à conta vinculada da reclamante, em face do pedido de demissão.

Reformo parcialmente.

e) descontos previdenciários e fiscais

De acordo com o posicionamento majoritário da jurisprudência, consubstanciada na orientação nº 32 da SDI do E. TST, há competência para a Justiça do Trabalho manifestar-se acerca de descontos fiscais. Assim, embora

não seja este meu entendimento, curvo-me ao posicionamento dominante para autorizar a efetivação dos descontos fiscais, na forma da Lei nº 8.212/91.

No que se refere aos descontos previdenciários, inviável a manutenção do julgado. A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, é indiscutível a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, tendo-se em vista o § 3º do art. 114 da Constituição Federal.

Reformo para autorizar a efetivação das deduções fiscais e previdenciárias, na forma da Lei nº 8.212/91 e Emenda Constitucional 20/98.

III - Conclusão

Isto posto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da reclamada para, nos termos da fundamentação, excluir da condenação: a) aviso prévio, 1/12 de 13º salário, férias proporcionais, multa de 40% do FGTS, liberação dos depósitos efetuados e a retificação da CTPS quanto à data de saída; b) horas extras decorrentes da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT; c) restringir a condenação do FGTS a 8% sobre as parcelas salariais deferidas, com recolhimento à conta vinculada; d) autorizar a efetivação das deduções fiscais e previdenciárias, na forma da Lei nº 8.212/91 e Emenda Constitucional 20/98.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO DA RECLAMADA** e das contra-razões. No mérito, por maioria de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA** para, nos termos da fundamentação, excluir da condenação: a) aviso prévio, 1/12 de 13º salário, férias proporcionais, multa de 40% do FGTS, liberação dos depósitos efetuados e a retificação da CTPS quanto à data de saída; b) horas extras decorrentes da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT; c) restringir a condenação do FGTS a 8% sobre as parcelas salariais deferidas, com recolhimento à conta vinculada; d) autorizar a efetivação das deduções fiscais e previdenciárias, na forma da Lei nº 8.212/91 e Emenda Constitucional 20/98, vencida parcialmente a Exma. Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Rosemarie Diedrichs Pimpão - Presidente Regimental -
Dirceu Pinto Junior – Relator - Ciente: **EDER SIVERS** - Procurador do
Trabalho.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO**, sendo agravante **ESTADO DO PARANÁ** e agravado **ANA DOLORES DO AMARAL**.

I. RELATÓRIO

Agrava de petição o Estado do Paraná, réu na ação trabalhista de origem, irresignado com a r. sentença que indeferiu liminarmente o processamento da pretensão executiva por ele deduzida, por inepta, em decorrência de ausente título executivo oponível contra os trabalhadores que pretende executar. Sustenta, em síntese, o agravante, que a procedência de ação rescisória por ele interposta constitui título judicial bastante a compelir os trabalhadores a devolverem o que já receberam, quando tinha eficácia o título jurídico, agora desconstituído por sentença rescindente.

Contraminuta apresentada, às fls. 489/492, propugnando seja mantida a r. sentença hostilizada.

Instado a manifestar-se, o I. Representante do Ministério Público do Trabalho, em laborioso parecer, opinou pelo não provimento ao agravo de petição (fls. 501/504).

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná em 24/03/2000

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de petição e da respectiva contraminuta.

2. MÉRITO

Em razão do êxito obtido em sede de Ação Rescisória que rescindiu o v. acórdão regional e rejeitou o pleito formulado na ação trabalhista de origem, pretende o Estado do Paraná executar a devolução dos valores pagos aos trabalhadores, em decorrência do título judicial outrora favorável e agora desconstituído.

O MM. Juízo da Execução, declinando que o agravante não detinha título executivo oponível em face dos trabalhadores que pretendia executar, indeferiu liminarmente o processamento da pretensão deduzida pelo Estado do Paraná em sua petição inicial executiva, por inepta, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, incisos I e IV, do CPC. Fundamentou, o MM. Juiz da execução, que a existência de título executivo é pressuposto de constituição válida do processo de execução, bem como que a ausência, nesta hipótese, constituiu vício insanável (fl. 469).

O I. Representante o Ministério Público do Trabalho, em articulado parecer, opinou pelo não provimento do agravo de petição, argumentando que havendo juízo rescisório, neste caso a eficácia da sentença só se aplica para o futuro, pois a execução trabalhista esteve fulcrada em sentença garantida pela coisa julgada e, assim, executada de boa-fé, tendo por objeto o pagamento de salário, este revestido de caráter alimentar. Acrescenta que inexistente decisão judicial condenatória, porque o acórdão rescisório encerra provimento meramente constitutivo.

Data venia do MM. Juízo da Execução e do I. Representante do Ministério Público, entendo que assiste razão ao agravante.

A sentença proferida em sede de ação rescisória desconstituiu o título judicial que dava supedâneo à execução do agravante, portanto detém eficácia jurídica que legitima a atuação do Judiciário para obter a restituição do montante que indevidamente foi pago aos agravados, em observância ao primado romano, sustentáculo e objetivo maior do direito, que é **dar a cada um o que é seu**.

Se ao tempo da execução havia título judicial que legitimava o pagamento, no presente esse título foi desconstituído por sentença constitutiva negativa, que **invalidou o julgado rescindendo** e que detem eficácia **ex tunc**, retroagindo no tempo, a fim de fazer cumprir o objetivo e razão de ser da ação rescisória. Negar-se efeito retroativo a sentença rescisória, nesta hipótese, seria lançá-la ao vazio, extraíndo-lhe o conteúdo e eficácia, seria, essencialmente, reconhecer à ação rescisória total inutilidade jurídica.

Peço venia para transcrever a lucida lição do mestre Barbosa Moreira, trazida aos autos pela I Representante do Ministério Público do Trabalho

*“A decisão que no **iudicium rescindens**, acolhe o pedido de rescisão da sentença é, como se disse, constitutiva. Ensino tradicional, muito difundido entre nós, atribui às sentenças constitutivas eficácia apenas **ex nunc**, com ressalva de expressa disposição legal em contrário. Uma vez que inexiste no Código tal disposição ter-se-ia de concluir que a anulação da sentença, no **iudicium rescindens**, embora a faça desaparecer daí em diante não a apaga no passado. Levando o raciocínio às últimas consequências forçoso seria convir que sempre subsiste todo e qualquer efeito da sentença rescindida, cuja produção remonte ao lapso de tempo anterior à rescisão.*”

Em posição diametralmente oposta, haveria de colocar-se quem tivesse por aplicáveis aqui princípios consagrados em leis substantivas com referência à anulação de atos jurídicos. Em nosso ordenamento, v.g., conforme estatui o artigo 158 do Código Civil, ‘anulando o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restitui-las serão indenizadas com o equivalente’. Partindo de tal premissa, afirmou-se, na doutrina pátria, que ‘a sentença proferida na ação rescisória retroage os seus efeitos à época da sentença rescindida.’”

*As soluções radicais - eficácia **ex tunc**, eficácia só **ex nunc** - seduzem pela simplicidade, mas nenhuma delas se mostra capaz de atender, satisfatoriamente, em qualquer hipótese, ao jogo de interesses contrapostos. Daí as atenuações com que os escritores habitualmente se furtam a uma aplicação muito rígida de princípios. Parece impossível resolver bem todos os problemas concretos à luz de regras apriorísticas inflexíveis. Muitas vezes ter-se-ão de levar em conta dados do direito material.”*

É certo que o acórdão rescisório não detém expresso provimento condenatório, a exemplo das sentenças proferidas na generalidade das ações trabalhistas. Entretanto, ao acolher o pedido de rescindir a r. sentença de origem, consubstancia título judicial dotado de eficácia executiva. A peculiaridade de ser proferido em sede de ação rescisória, não pode ser óbice à sua execução. Outrossim, a inexistência de expressa determinação, no dispositivo do acórdão em comento, no sentido de que devam ser restituídos os valores pagos por força da sentença rescindida, não pode ser interpretada como inexistência de comando condenatório, eis que a restituição dos valores constitui mero efeito do provimento dado à ação rescisória.

Aconselha a boa técnica que o dispositivo das sentenças (estas consideradas em sentido amplo) contenham explicitamente em que consiste o provimento que lhe é dado, justamente ante a qualidade de título judicial que ostentam e a soberania de ser oponível contra o réu e passível de execução forçada. Contudo, a inobservância da boa técnica não pode servir de justificativa para subtrair do provimento judicial a qualidade que lhe é intrínseca e ontológica e que consiste na eficácia de título executável.

Não é fácil conceber a idéia de que, percorrida a via rescisória e obtido êxito, a parte veja obstada a efetividade do provimento judicialmente reconhecido, em razão de louvável - mas exacerbado - tecnicismo, mormente porque ambas as partes envolvidas em nenhum momento contestaram a existência do acórdão rescisório.

Em homenagem ao bem lançado parecer do Ministério Público, impende realçar, *data venia*, que a natureza alimentar dos valores pagos por força do provimento dado à ação trabalhista não pode servir de justificativa a impedir a devolução do que foi indevidamente pago, mesmo porque se o direito a respectivos valores foi desconstituído por provimento judicial posterior, remanesce cristalino que não correspondiam a salários devidos; portanto não mais ostentam natureza alimentar. Nesse contexto, admitir-se a perpetuação dos efeitos da sentença judicialmente rescindida seria compactuar com enriquecimento sem causa dos trabalhadores.

Não se trata de perquirir sobre a boa-fé que norteou a execução da sentença primeira, pois que inequívoca. Trata-se de reconhecer a desconstituição daquela sentença, ante a eficácia axiológica do provimento constitutivo dado à ação rescisória. É certo que a execução da sentença deu-se de boa-fé, entretanto essa sentença foi desconstituída por ação judicial

legítima a tal mister, impondo-se que seus efeitos sejam revertidos para que se restabeleça o direito e a justiça.

Na esteira dos magníficos ensinamentos do mestre Coqueijo Costa, “*quando procedente a rescisória, se substituir sentença rescindenda constitutiva por sentença condenatória, a execução deve ser feita nos autos da ação principal*” (in Ação rescisória, 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: LTr, 1993).

Os princípios da celeridade e do aproveitamento dos atos processuais justificam a posição do mestre.

Ante os efeitos condenatórios da sentença constitutiva negativa prolatada em sede de ação rescisória, os agravados assumem a condição de devedores, impondo-se determinar sejam citados para devolução dos valores indevidamente recebidos, que serão apurados em regular liquidação por cálculos.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO AGRAVO DE PETIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ** e, no mérito, por maioria de votos, vencido o Exmo. Juiz Mirianto José Túlio, **EM DAR-LHE PROVIMENTO** para determinar a liquidação dos valores rescindidos e citação dos agravados para pagamento, em regular execução.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

ANA CAROLINA ZAINA - Presidente regimental e relatora.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, sendo embargante **ANA DOLORES DO AMARAL GALDAMEZ E OUTROS** e embargado **V. ACÓRDÃO 5.615/2000 DA 2ª TURMA DO E. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO**.

I - RELATÓRIO

Alegando contradição e requerendo efeito modificativo (Súmula nº 278 do C. TST), além de necessidade de prequestionamento (Súmula nº 297 do C. TST), apresentam os reclamantes embargos declaratórios (fls. 520/524).

A omissão residiria no fato de esta E. 2ª Turma ter mantido a determinação concernente à devolução de valores recebidos indevidamente em conflito com o disposto no artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, que veda a redução salarial.

A contradição, por sua vez, é apontada sob a alegação de que o v. acórdão afirmou a inexistência de expresse provimento condenatório na ação rescisória nº 25/89, mas determinou a devolução dos valores percebidos; ao mencionar a existência de efeito ex tunc quando a r. sentença rescindenda não faz referência ao mesmo, suprindo omissão sem que a decisão fosse prequestionada; e ao determinar a liquidação dos valores na Justiça do Trabalho, sustenta não terem natureza salarial.

Pugna, pois, pelo prequestionamento dos seguintes dispositivos legais: a) artigos 460 do CPC; b) artigo 580, parágrafo único do CPC; c) artigo 583, caput, e inciso II do CPC; d) artigo 535, inciso I e II, do CPC; e) artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 26/05/2000.

Conclusos, vieram os autos a esta Relatora.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço dos embargos de declaração dos reclamantes, porque regularmente opostos.

2. MÉRITO

AÇÃO RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE EXPRESSO PROVIMENTO CONDENATÓRIO

Os embargantes alegam ter o v. acórdão incorrido em contradição ao determinar a liquidação dos valores rescindidos quando havia afirmado que o acórdão rescisório não detinha expresso provimento condenatório. Postula esclarecimentos indagando se que a manutenção do entendimento deste Colegiado não negaria vigência ao disposto nos artigos 460, 580, parágrafo único; 583, caput, e 583, inciso II, do CPC e artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Não merecem prosperar os argumentos dos embargantes, haja vista inexistir no conteúdo do v. acórdão a alegada contradição.

O Colegiado perfilhou entendimento de que o decisum proferido em ação rescisória desconstituiu o título judicial que embasava a execução dos embargantes, portanto, imprescindível a restituição do montante indevidamente pago.

No corpo do v. acórdão há a observação de que embora o acórdão rescisório não detenha expresso provimento condenatório, sua existência implícita é inegável, impondo-se, assim, a restituição dos valores pagos, como efeito do provimento, consubstanciando-se em título judicial de eficácia executiva.

Ademais, segundo consta do v. acórdão embargado:

“Aconselha a boa técnica que o dispositivo das sentenças () contenham explicitamente em que consiste o provimento que lhe é dado,

Contudo, a inobservância da boa técnica não pode servir de justificativa para subtrair do provimento judicial a qualidade que lhe é intrínseca e ontológica e que consiste na eficácia de título executável.” (fl. 513)

Por conseguinte, não se vislumbra contradição no teor do v. acórdão, mas análise das circunstâncias inseridas no contexto de forma articulada até a conclusão, da qual não se afasta e não se contradiz.

Neste sentido, o julgado não incorreu em julgamento extra petita (artigo 460 do CPC), pois a restituição do montante percebido indevidamente é efeito do acolhimento do pedido de rescisão da r. sentença de origem.

Igualmente não se vislumbra a violação aos artigos 580, parágrafo único; 583, caput, e 583, inciso II, do CPC, tendo em vista que a existência de título executivo se cristaliza na própria sentença rescindenda e a figura do devedor passa aos obreiros que detém valores indevidos.

Conseqüentemente, a decisão embargada não fere o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Rejeito.

EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

Sustentam os embargantes que o v. acórdão embargado faz menção ao efeito ex tunc, sem, contudo, existir tal referência no acórdão rescindendo. Requer esclarecimento no que tange à possibilidade de suprir omissão de acórdão e lhe acrescentar efeitos condenatórios sem que a decisão seja prequestionada no prazo legal e, ainda, se não haveria negativa de vigência aos artigos 535, incisos I e II, do CPC e artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Incabíveis os questionamentos dos embargantes, pois apenas reiteram o inconformismo com o decisum.

Resta evidente que o v. acórdão embargado não supriu o rescindendo, pois consequência natural que a rescisão da sentença de origem implique no retorno das partes ao estado anterior, ou seja, a devolução dos valores, fato a que resistem os embargantes.

Ademais, como consta do v acórdão

“Negar-se efeito retroativo à sentença rescisória, nesta hipótese, seria lançá-la ao vazio, extraindo-lhe o conteúdo e eficácia, seria, essencialmente, reconhecer à ação rescisória total inutilidade jurídica ” (fls 511/512)

Com efeito, não se vislumbra violação ao artigo 535, incisos I e II, do CPC, nem mesmo ao dispositivo constitucional apontado, pois não se sanou omissão, de decisão proferida na ação rescisória mas apenas se salientou a consequência lógica do provimento do pedido rescisório. Aliás, entendimento diverso atentaria contra a eficácia da sentença e seu efetivo cumprimento em detrimento da parte lesada

Rejeito.

NATUREZA ALIMENTAR DOS VALORES DEVIDOS

Alegam, os embargantes, ter o v acórdão incorrido em contradição ao concluir que se o direito aos valores foi desconstituído, não correspondiam a salários devidos, portanto, isento de caráter alimentar. Em decorrência deste entendimento, haveria impossibilidade da execução prosseguir na Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114 da Carta Magna

Os embargantes demonstram, em verdade, a insurgência contra o entendimento deste Colegiado

O v acórdão foi claro no sentido de que a natureza alimentar não deve servir de justificativa para obstar a decisão rescindenda, haja vista que, se indevidos, não possuem tal caráter. Igualmente, não deve servir de alegação para obstar a liquidação dos valores, pois, a pretensão obreira decorreu da relação trabalhista e, por óbvio, esta Especializada é competente na continuidade da análise

Não se constatando qualquer contradição no corpo do v acórdão, ha que se rejeitar os presentes embargos

Rejeito.

DEVOLUÇÃO DOS VALORES. IRREDUTIBILIDADE SALARIAL.

Igualmente não se vislumbra que o decisum incorra em violação ao que preceitua o artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, pois os valores não são devidos aos embargantes. Portanto, o v. acórdão não conflita com a garantia de irredutibilidade dos salários, pois estes não adquiriram tal qualidade, não se inserindo no patrimônio dos mesmos, diante da rescisão da sentença de origem.

Rejeito.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração dos reclamantes.

III – CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DOS(AS) RECLAMANTES** e, no mérito, por igual votação, **EM LHES NEGAR PROVIMENTO**.

Intimem-se.

NEY JOSÉ DE FREITAS – Presidente - **ANA CAROLINA ZAINA** – Relatora.

SENTENÇA

TERMO DE AUDIÊNCIA^(*)

Aos vinte e um dias do mês de janeiro de 1999, às dezesseis horas, na sala de audiências desta Junta, sob a presidência da MM. Juíza do Trabalho Substituta, Dra. **SANDRA MARA DE OLIVEIRA DIAS**, presentes os Exmos. Srs. Juizes Classistas **ANTÔNIO SARTOR** e **MILTON WITTIG BUENO**, Representantes dos Empregados e Empregadores, respectivamente, foram apregoados os contendores: **KEVIN PAUL ROBINSON**, autor, e **BRASMOLD MADEIRAS LTDA.**, ré.

Ausentes as partes.

Submetido o processo a julgamento, proposta a conciliação pela Presidência e colhidos, na forma da legislação vigente (art. 850, parágrafo único, da CLT), os votos dos Srs. Juizes classistas, a Junta de Conciliação e Julgamento de São José dos Pinhais, proferiu a seguinte

SENTENÇA

Vistos, etc...

RELATÓRIO

KEVIN PAUL ROBINSON, qualificado na preambular, exerceu, por advogado, direito público subjetivo de ação trabalhista, demandando em face de **BRASMOLD MADEIRAS LTDA.**, igualmente qualificada. Pleiteia, em decorrência dos fatos articulados em sua peça de ingresso: a) reconhecimento de vínculo empregatício; b) diferenças salariais; c) integração salarial; d) aviso prévio; e) férias (+1/3); f) 13º salário; g) FGTS (11,2%); h) multa do § 8º, do artigo 477 da CLT; i) indenização no importe de R\$12.900,00 (doze mil e novecentos reais), relativa às passagens aéreas para retorno ao seu País de origem; j) dobra prevista pelo artigo 467, da CLT; k) honorários advocatícios; l) correção monetária e juros de mora. Atribuiu à causa, para fins de alçada, o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Coligiu os documentos de fls. 11 a 23.

A Ré, devidamente citada, apresentou resposta, fls. 51 a 64; rebatendo, no mérito, todos os pedidos prefaciais e pugnano pela total

^(*) Vara do Trabalho de São José dos Pinhais/PR, RT nº 530/97 – sentença – 21/01/1999, proferida pela Exma Juíza Substituta Sandra Mara de Oliveira Dias

improcedência dos pedidos obreiros. Requereu, em caso de condenação, o abatimento dos valores já pagos. Colacionou os documentos de fls. 65 a 122, com tradução daqueles em idioma estrangeiro às fls. 125 a 157, sobre os quais o Autor se pronunciou às fls. 159/161.

Tomado o depoimento pessoal do Autor e do representante da Ré, e sem outras provas a serem produzidas, as partes autorizaram o encerramento da instrução processual (fls. 162/164).

Razões finais remissivas pelo Demandante e na forma de memoriais pela Demandada (167/169).

Propostas conciliatórias rejeitadas.

É o substrato do álbum processual.

DECIDE-SE

II- FUNDAMENTAÇÃO

1. MÉRITO

1.1 VÍNCULO EMPREGATÍCIO. GERENTE-DELEGADO.

Postula o Autor o reconhecimento de liame empregatício com a Demandada, BRASMOLD MADEIRAS LTDA., pelo interregno de 01 de julho de 1994 a 30 de novembro de 1996, aduzindo que foi contratado mediante recrutamento de mão-de-obra estrangeira, para exercer a função de gerente delegado.

De outra banda, a Ré se defende alegando que a sua sócia majoritária, a norte-americana WOODGRAIN MILLWORK, INC., somente fez uso da faculdade estampada no artigo 13, do Decreto 3.708/19, o qual dispõe que, *verbis*: “(...) E lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação. (...)”. Sustenta, ainda, que não se fizeram presentes quaisquer dos requisitos do artigo 3º da CLT, a render ensejo ao reconhecimento de vínculo empregatício.

Passemos à apreciação do caso.

A Ré, BRASMOLD MADEIRAS LTDA., consoante documentação constitutiva carreada ao caderno processual, possui dois sócios, quais sejam, Woodgrain Millwork, INC., a majoritária, e James Brian Liddell, sendo que “a administração e a gerência da sociedade incumbem à sócia WOODGRAIN MILLWORK, INC.” [cláusula 6ª, do Contrato Social (fls. 46)].

Em se tratando a sócia majoritária de pessoa jurídica sediada em território estrangeiro, inviável se mostra a administração e gerência da Reclamada por aquela, razão pela qual, o Contrato Social da Brasmold faz expressa

menção à delegação da gerência, explicitando os poderes dos quais o gerente-delegado dispõe para administração e gerenciamento da empresa Ré, segundo se extrai de fls. 36 a 49 dos autos.

Somente pelas disposições contratuais, vê-se que a Woodgrain Millwork INC. não contrariou o estabelecido pelo artigo 13, do Decreto 3708/19, sendo lícita, pois, a delegação da gerência ao Autor.

Trespasado o conflito a luz da legislação reguladora do Direito Comercial, prossigamos em face do que emana do Direito do Trabalho e dos seus princípios orientadores.

O artigo 3º, da CLT, pontifica que, *in verbis*: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador sob a dependência deste e mediante salário.”

Do texto acima, extrai-se, pois, os requisitos do contrato de trabalho: pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade.

Quanto à pessoalidade e habitualidade inexistente controvérsia nos autos, vez que o Autor foi nomeado gerente-delegado com a devida alteração no Contrato Social da Ré, vide 5ª Alteração, cláusula 7º, §2º (fls. 47). Portanto, somente ele (Reclamante) poderia dispor dos poderes atribuídos pela documentação constitutiva da Ré.

Cinge-se o litígio, desta forma, aos elementos da onerosidade e subordinação jurídica.

No que pertine à onerosidade, por mais que o Autor debata-se em sustentar que recebia salários da Demandada, equivocou-se em sua tese. Contrariamente, depreende-se da documentação junta aos autos, que a contraprestação pela administração da Brasmold, aí incluindo o ressarcimento de despesas efetuadas, era feita mediante depósito direto em sua conta bancária nos Estados Unidos, pela sócia majoritária WOODGRAIN MILLWORK, INC.. A Reclamada nada despendia de sua receita com tal despesa. Repete-se que toda a documentação constante do álbum processual, retrata-nos o Autor solicitando reembolso de despesas e ajustes de sua contraprestação junto à WOODGRAIN

MILLWORK, INC.

Já em se tratando da subordinação jurídica, elemento fundamental para a elucidação da lide, a sorte do Reclamante não é diferente.

Necessário se fazer a devida distinção entre a empresa figurante do pólo passivo da presente demanda e a sua sócia, WOODGRAIN MILLWORK, INC., vez que o Autor insiste em atribuir uma responsabilidade à Reclamada que não restou configurada.

O Reclamante aduz que era subordinado à Reclamada, que tinha que se reportar aos seus superiores, prestando contas de seus atos e elaborando relatórios de sua produtividade, bem assim, que constava da folha de pagamento de funcionários da Reclamada.

Todavia, aquilatando as provas produzidas, temos que o Autor não se apresentava como funcionário da Brasmold e, sim, como aliás, ressaltado na defesa de fls. 51 a 64, funcionava como verdadeiro Órgão da Sociedade Brasmold, incorporando a figura da sócia majoritária Woodgrain Millwork, INC, que por ser pessoa jurídica e sediada em território estrangeiro não podia se fazer presente de forma direta na administração da Ré.

Inclusive, assim reconheceu o Autor ao depor em Juízo:

“que o depoente foi contratado pela Ré para ser gerente-delegado, para “montar a empresa e gerenciar””(fls. 162). O-único reparo a ser feito é que a contratação foi levada a efeito pela sócia majoritária que delegou poderes de administração e gerenciamento da Reclamada ao Autor.

Portanto, se o Reclamante tinha que se reportar “aos seus superiores”, e de fato tinha, estes eram da WOODGRAIN MILLWORK, INC., e não da Brasmold Madeiras Ltda.. Nada mais justo, já que aquela delegou os poderes que, em princípio, caberiam-lhe para administrar a empresa do pólo passivo.

No entanto, sustentar que o Autor estava subordinado à Reclamada, tal não pode prosperar, já que era livre para administrá-la e gerenciá-la, dentro dos limites e poderes estabelecidos pelo Contrato Social, como seria qualquer sócio-gerente.

Ademais, se o Autor estava integrado à folha de pagamento de funcionários, não era da Reclamada, pois, como já dito, esta nada despendia com a remuneração do Autor, que era satisfeita pela sócia norte-americana, com repasse de dólares diretamente à sua conta nos Estados Unidos.

Destarte, não restando presentes os requisitos do artigo 3º da CLT, quais sejam, a onerosidade e a subordinação jurídica, a configurar o contrato de trabalho entre as partes litigantes, impõe-se a declaração de inexistência do vínculo empregatício e, *ipso facto*, a improcedência de todos os pedidos elencados na petição inicial.

III — DISPOSITIVO

PELO EXPOSTO, decide a Junta de Conciliação e Julgamento de São José dos Pinhais, por maioria de votos, vencido o representante classista dos empregados, **DECLARAR** a inexistência de liame empregatício entre o autor, **KEVIN PAUL ROBINSON**, e a ré, **BRASMOLD MADEIRAS LIDA.**, e, em decorrência julgar **IMPROCEDENTES** todos os pedidos formulados na petição inicial, nos termos da fundamentação retro, que se integra à presente parte dispositiva para todos os efeitos legais. Custas processuais, no montante de R\$100,00 (cem reais), calculadas sobre o valor atribuído à causa, de R\$5.000,00 (cinco mil reais), que deverão ser satisfeitas pelo Autor. **Intimem-se as partes**, eis que adiada a data do julgamento. Transcorrido o prazo recursal e satisfeitas as custas processuais, arquivem-se os autos. Prestação jurisdicional entregue. Nada mais.

SANDRA MARA DE OLIVEIRA DIAS - Juíza do Trabalho Substituta - Antonio Sartor - Juiz Classista Representante dos Empregados - Milton Wittig Bueno - Juiz Classista Representante dos Empregadores.

TERMO DE AUDIÊNCIA^(*)

Aos 03 (três) dias do mês de dezembro do ano de mil novecentos e noventa e nove, às 16:17 horas, na Sala de Audiências desta Junta, sob a presidência da MMª Juíza do Trabalho Substituta AUDREY MAUCH, presentes os Srs. PAULO DOS SANTOS FERREIRA, Juiz Classista Representante dos Empregados, e COLATINO DE CASTRO NETO, Juiz Classista Representante dos Empregadores, foram apregoados os litigantes: CARLOS RAUL MROZ, ESPÓLIO DE JOSLEI DE CASTRO MENDES, DIRCEU ROGAL, ORLANDO JAQUES DA ROSA, CELSO CÂNDIDO BORGES, MATILDE MARIA FRANCISCO, ZANETH BITTENCOURT DE MORAES, EDSON DE QUADROS, MARIA DE NAZARÉ DA SILVA TELES, NILCEU BRAZ TOZETTO, OSMAR LEONE DO NASCIMENTO e BELIZÁRIO BATISTA DE CAMARGO, reclamantes, e PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS e FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL - PETROS, reclamadas.

Ausentes as partes.

Formulada, pela MMª Juíza Substituta, a proposta visando solver o conflito intersubjetivo de interesses que qualifica a lide, e colhidos, na forma da Lei (CLT, art. 850, parágrafo único), os votos dos Srs. Juízes Classistas, pela Junta foi proferida a seguinte

SENTENÇA

Vistos, etc...

I - RELATÓRIO

CARLOS RAUL MROZ, ESPÓLIO DE JOSLEI DE CASTRO MENDES, DIRCEU ROGAL, ORLANDO JAQUES DA ROSA, CELSO CÂNDIDO BORGES, MATILDE MARIA FRANCISCO, ZANETH BITTENCOURT DE MORAES, EDSON DE QUADROS, MARIA DE NAZARÉ DA SILVA TELES, NILCEU BRAZ TOZETTO, OSMAR LEONE DO NASCIMENTO e BELIZÁRIO BATISTA DE CAMARGO, já qualificados nos autos, invocaram a tutela jurisdicional deste Colegiado de

^(*) Vara do Trabalho de Araucária/PR, RT nº 1.344/98 – sentença – 03/12/1999, proferida pela Exma. Juíza Substituta Audrey Mauch.

primeiro grau pretendendo, em decorrência dos fatos narrados na peça inicial, a declaração da natureza salarial dos abonos pagos pela primeira demandada aos seus empregados da ativa, nos meses de agosto/96 e novembro/97, e a condenação solidária das reclamadas, PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS e FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL - PETROS, a efetuarem o cômputo dos referidos abonos para cálculo da suplementação de benefícios, incorporando-se seu percentual duodecimal, ou, sucessivamente, incorporando-se o valor integral nos meses em que se deram os pagamentos. Pediram, ainda, a condenação das rés em honorários advocatícios. Atribuíram à causa o valor de R\$ 500,00.

Responderam as reclamadas, em síntese, argüindo preliminares, impugnando os pedidos e requerendo a improcedência dos mesmos (fls. 69/94 e 381/393).

Documentos foram juntados, com manifestação dos demandantes (fls. 402/405). Instrução encerrada. Razões finais remissivas. Propostas conciliatórias rejeitadas. Julgamento designado para esta data (fls. 67).

É o relatório.

DECIDE-SE:

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminarmente

Incompetência em razão da matéria

As reclamadas afirmam que a Justiça do Trabalho não tem competência para apreciar os pedidos formulados pelos reclamantes, dizendo, em síntese, que a relação existente entre os autores e a PETROS seria de natureza civil/previdenciária, regida por normas específicas, e não relação de trabalho.

Razão não lhes assiste.

Uníssonas são doutrina e jurisprudência no sentido de que compete a essa Justiça Especializada o julgamento das ações que versem

acerca de litígios decorrentes da participação de empregado em entidades de previdência privada constituídas e patrocinadas pelo empregador, como no caso dos autos.

O que se tem em mira, em tais casos, é a circunstância de que essas questões deitam raízes no próprio contrato de emprego, pouco importando tenham ou não cunho previdenciário, sendo flagrante, pois, a competência material desta Justiça para apreciação da controvérsia, nos termos do artigo 114, da CF/88.

Nesse sentido é farta a jurisprudência, a exemplo da ementa a seguir transcrita, *verbis*:

"COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de complementação de aposentadoria, ainda que como direito superveniente ao contrato de trabalho, quando neste está a origem obrigacional do empregador à complementação. A natureza da verba não tem força para afastar a competência material da Justiça Especializada, frente ao disposto no artigo 114, da Constituição Federal." (TRT-PR-RO 2.442/95 - Ac. 3ª T. 9.994/96 - Rel. Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva, DJPr 24-5-96).

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

Inépcia da petição inicial

Embora os autores realmente não tenham juntado aos autos os Acordos Coletivos que determinaram o pagamento dos abonos em agosto/96 e novembro/97, esses documentos foram apresentados pela primeira demandada às fls. 318/378, restando suprida, com isso, essa falha da petição de ingresso.

Rejeita-se.

Ilegitimidade ativa

A *legitimatio ad causam*, como todos sabem, consiste na coincidência entre os sujeitos da relação processual e da relação material.

É evidente, portanto, que apenas os autores, e somente eles, poderiam ingressar em juízo postulando o reconhecimento de seus direitos como contribuintes e beneficiários do plano de suplementação de aposentadoria mantido pela PETROS.

Rejeita-se.

Ilegitimidade passiva da PETROBRÁS

A primeira reclamada sustenta ser parte ilegítima para responder ao feito, afirmando que não mais existe relação jurídica entre ela e os postulantes, já que seus contratos de trabalho foram extintos em razão da aposentadoria, e que não seria cabível a pretendida condenação solidária, porque a PETROBRÁS não é controladora da PETROS, e nem mesmo fazem parte do mesmo grupo econômico, cabendo unicamente à PETROS o cálculo, reajuste e prestação do benefício da suplementação de aposentadoria.

Também aqui não lhe assiste razão.

A PETROBRÁS é parte legítima para responder ao pedido em questão de forma solidária, já que é a instituidora e principal mantenedora da PETROS, criada basicamente com o intuito de assegurar a seus empregados complementação dos proventos de aposentadoria pagos pelo INSS, o que nos permite concluir pela existência de grupo econômico para fins trabalhistas, na forma do artigo 2º, § 2º, da CLT, norma de caráter público, que não pode ser afastada por disposição em contrário constante meramente do Estatuto da PETROS.

Rejeita-se.

Ilegitimidade passiva da PETROS

À PETROS incumbe o pagamento das complementações de aposentadoria instituídas em seus Regulamentos, e por isso é óbvio e indiscutível a sua legitimidade para a causa.

Rejeita-se.

Impossibilidade jurídica do pedido quanto ao abono de novembro/97

A impossibilidade jurídica do pedido, na lição de **Humberto Theodoro Júnior**, consiste na "... *viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor ...*", e "... *deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor ...*" (Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, vol. 1, p. 56/57).

Nota-se, pois, que na impossibilidade jurídica do pedido existe veto Legal à instauração da relação processual, o que leva à extinção do processo sem julgamento do mérito, de acordo com o artigo 267, inciso VI, do CPC, situação diversa daquela em que se constata a ausência de amparo Legal ao pleito do demandante, hipótese em que há o indeferimento do mesmo, extinguindo-se o feito com apreciação do mérito.

Assim, se o abono pago em novembro/97 tinha ou não natureza jurídica salarial, é questão que pertence ao *meritum causae*, e como tal será apreciada, no momento adequado.

Rejeita-se.

2. Mérito

a) Natureza jurídica dos abonos pagos pela PETROBRÁS em agosto/96 e novembro/97 ao pessoal da ativa

Na peça portal os autores noticiam que em agosto/96 a PETROBRÁS pagou a seus empregados da ativa um abono salarial equivalente a 50% dos respectivos salários básicos, por decisão unilateral, apenas cientificando o Sindicato da categoria em Acordo Coletivo. Em novembro/97 teria novamente lançado mão de tal expediente, pagando aos obreiros, desta vez, abono no valor de 1 (um) salário básico, dando ciência à entidade sindical em Acordo Coletivo de Trabalho.

Segundo os postulantes, o intuito da primeira reclamada foi o de substituir reajustes salariais por abonos, concedidos às vésperas das negociações coletivas, como forma de fugir das contribuições sociais incidentes sobre o salário e diminuir o ímpeto negocial dos trabalhadores com o pagamento de vantagens únicas e imediatas. Invocam os reclamantes, também, o artigo 457, § 1º, da CLT, em favor de sua tese de que as parcelas em questão teriam natureza jurídica salarial.

Ainda de acordo com o raciocínio desenvolvido na exordial, se os abonos possuem natureza salarial constituem base de incidência da contribuição previdenciária e deveriam ter sido computados no salário de participação, conforme Regulamento de Planos e Benefícios da PETROS, mas não o foram.

Em sendo assim, pedem seja declarado em sentença o caráter salarial dos indigitados abonos, e condenadas as reclamadas a efetuar o cômputo dos mesmos para efeito de cálculo da suplementação de benefícios, incorporando-se seu percentual duodecimal no salário de participação adotado pela PETROS, ou, sucessivamente, o valor único integral dos abonos, nos meses em que se deram os respectivos pagamentos.

A primeira reclamada defende-se, negando o caráter salarial das parcelas, dizendo que tais pagamentos não representaram abono, mas sim "gratificação contingente" e "participação nos resultados".

A primeira parcela, segundo a PETROBRÁS, teria sido paga em agosto/96 por mera liberalidade da empregadora, de uma única vez, sem compensação ou incorporação aos respectivos salários, com o intuito de atender "*situação emergencial e provisória*", não se tratando, portanto, de reajuste salarial extensível aos aposentados, sendo que sua natureza jurídica assemelha-se à do "prêmio", porque não representou contraprestação do trabalho prestado, mas sim benevolência da empregadora, puramente subjetiva. Segundo a demandada, reajuste salarial seria aquela majoração de salário definitiva, que se incorpora ao mesmo.

A segunda parcela, paga em novembro/97, também foi concedida de uma só vez, sem compensação ou incorporação aos salários, a título de "participação nos resultados" do exercício de 1996, sem caráter salarial.

Ainda de acordo com a PETROBRÁS, as verbas em questão foram pagas através de Acordos Coletivos de Trabalho, inaplicáveis aos empregados aposentados, e entendimento em sentido contrário implicaria em extensão inadmissível do pactuado na norma coletiva.

A PETROS, por sua vez, relativamente à natureza jurídica das parcelas em discussão reportou-se à defesa apresentada pela primeira demandada, acrescentando que o reajuste da suplementação de benefícios é

feito de conformidade com as tabelas salariais informadas pelas respectivas patrocinadoras, periodicamente comunicadas à Fundação, de acordo com o artigo 41, do Regulamento do Plano de Benefícios, e as parcelas ora em questão não integraram a tabela salarial da PETROBRÁS, motivo pelo qual não poderiam refletir no valor da suplementação de aposentadoria dos autores. No mais, a segunda ré aduz que a natureza jurídica das verbas teria sido regulada pelos Acórdos Coletivos, com força de coisa julgada, descabendo, portanto, qualquer pronunciamento da Justiça a respeito.

Em síntese apertada, é essa a controvérsia posta em Juízo.

Analisemos separadamente a questão referente a cada uma das parcelas em discussão, iniciando-se pela denominada "gratificação contingente".

A cláusula 1º, parágrafo único, do ACT 96/97, juntado às fls. 318/345, prova que o pagamento dessa parcela em agosto/96 não foi objeto de negociação coletiva, ao revés do que sustentam as demandadas, mas sim efetuado pela PETROBRÁS de forma unilateral, que lançou mão do ACT apenas para cientificar a entidade sindical de que esse pagamento já teria sido efetuado, de uma só vez, em valor correspondente a meio salário básico, sem compensação e sem incorporação aos respectivos salários (fls. 318).

Não procede, portanto, o argumento de que o caráter não salarial desse benefício teria sido pactuado através do Acordo Coletivo, e por isso não poderia ser questionado, sob pena de afronta à livre negociação, prestigiada pela Constituição Federal de 1988.

Mas, mesmo que assim não fosse, e o Acordo tivesse realmente declarado o caráter não salarial dessa verba, seria absurdo sustentar que essa questão não poderia ser objeto de apreciação pela Justiça, já que a mesma Constituição Federal de 1988 diz claramente que "*... a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito ...*" (artigo 5º, inciso XXXV), de forma que a nulidade e ineficácia de cláusulas convencionais ilegais pode e deve ser reconhecida pelo Judiciário Trabalhista, notadamente em razão do disposto no artigo 9º, da CLT.

Igualmente despropositado o argumento de que seria impossível a extensão dessas verbas aos aposentados, sob pena de afronta aos limites do pactuado no ACT, já que é incontroverso nos autos o fato de que os reajustes

salariais concedidos pela PETROBRÁS, inclusive aqueles pactuados em instrumentos coletivos, devem ser computados para efeito de reajuste da suplementação de benefícios paga pela PETROS.

Afastadas essas questões, analisemos, agora, qual a verdadeira natureza jurídica da parcela paga sob a denominação "gratificação contingente".

Como vimos, a PETROBRÁS sustenta que ela seria semelhante ao "prêmio".

Nada mais incorreto, porém.

Em sua obra "TEORIA JURÍDICA DO SALÁRIO" o Professor **Amauri Mascaro Nascimento** conceitua os prêmios como sendo "... *salários vinculados a fatores de ordem pessoal do trabalhador, como a economia de tempo, de matéria-prima, a assiduidade, a eficiência, o rendimento.*" (op. cit., São Paulo, LTr, 1994, p. 255).

Ainda segundo o Mestre **Amauri Mascaro**, os prêmios são uma forma de salário vinculado a um fator de ordem pessoal do empregado ou geral de muitos empregados, via de regra a sua produção, caracterizando-se por seu aspecto condicional, ou seja, devem ser pagos quando verificada a condição de que resultam, ou seja, o cumprimento pelo empregado de uma condição pré-estabelecida (op. cit., p. 256).

No caso em exame, a verba "gratificação contingente" foi paga pela PETROBRÁS a todos os seus empregados, indiscriminadamente e independentemente do cumprimento de qualquer condição ou exigência, o que denota não possuir, rigorosamente, natureza salarial de prêmio.

Vejamos, então, se haveria alguma possibilidade de se emprestar a essa parcela natureza jurídica de abono salarial.

Para tanto, lançamos mão, novamente, dos ensinamentos de **Amauri Mascaro Nascimento**.

Em suas palavras, no ordenamento jurídico brasileiro "... *abono é um adiantamento salarial, uma antecipação do pagamento de salários,*

eventual, não continuada, para atender a determinadas situações de perda do poder aquisitivo dos salários ..." (op. cit., p. 220).

No caso em exame, é bastante interessante notar que a "gratificação contingente" foi concedida pela reclamada no dia 30-8-96, ou seja, exatamente um dia antes do início da vigência do novo instrumento coletivo, que fixou em 8,8% o reajuste salarial para a categoria.

Se recordarmos que a PETROBRÁS em sua defesa justificou o pagamento dessa parcela dizendo que ela se destinava a atender "*situação emergencial e provisória*", não há como deixar de reconhecer que esse pagamento ocorreu como forma de minimizar a perda do poder aquisitivo de seus empregados.

Diga-se, aliás, que embora inexistam provas efetivas nos autos nesse sentido, é bastante razoável e verossímil a tese inicial de que esse pagamento tinha como finalidade, além de burlar a incidência de contribuições sociais, também arrefecer o ímpeto de negociação dos trabalhadores às vésperas da data-base.

Se não fosse assim, então perguntamos: porque razão a reclamada teria feito incluir no ACT cláusula comunicando à entidade sindical sobre esse pagamento?????

Parece-nos mais do que evidente que isso ocorreu como forma da PETROBRÁS utilizá-lo na mesa de negociação, de forma a se contrapor ao índice de reajustamento salarial pretendido pelos trabalhadores.

Em consequência de todo o exposto, reconhece-se que a verba paga em agosto/96 sob a rubrica "gratificação contingente" tinha, na verdade, natureza jurídica de abono salarial, ou seja, deveria fazer parte integrante dos salários de seus empregados da ativa, na forma do artigo 457, § 1º, da CLT.

No que tange à segunda verba em discussão, paga em novembro/97 sob a rubrica "participação nos resultados", são igualmente aplicáveis todas as ponderações que fizemos anteriormente a respeito de sua inclusão no ACT 97/98, porque através da cláusula 7ª, do referido instrumento coletivo, a PETROBRÁS apenas comunicou à entidade sindical obreira que já havia efetuado aquele pagamento em 4-11-97. Note-se que esse ACT, embora vigente no período de setembro/97 a agosto/98, foi firmado apenas em 15-12-

97 (fls. 346/378), o que nos autoriza a concluir, também, que o pagamento dessa parcela da mesma forma ocorreu às vésperas ou no curso da negociação coletiva.

Sendo assim, restam desde já afastadas as alegações de que essa verba não poderia ser estendida aos aposentados e nem mesmo reconhecida sua natureza salarial pelo Judiciário, sob pena de ofensa aos limites da negociação coletiva.

De outra banda, não há controvérsia nos autos sobre o fato de que também o pagamento dessa verba ocorreu por decisão unilateral da PETROBRÁS, "*por iniciativa própria*", como consta textualmente da cláusula convencional (fls. 348).

Ora, ora. A própria PETROBRÁS em sua defesa repetiu diversas vezes que a verba "participação nos lucros e resultados", cujo pagamento lamentavelmente foi regulamentado através de sucessivas Medidas Provisórias, deveria ser ajustado através de negociação entre a empresa e uma **comissão eleita pelos empregados**, pactuação essa necessária exatamente pela ausência de fixação em Lei de regras claras e objetivas para definição dos valores a serem pagos, periodicidade da distribuição dos lucros, etc, como a primeira ré salienta em sua peça defensiva (fls. 87).

Porém, ao invés de entabular negociação com comissão de empregados para fixar essa suposta "participação nos resultados", a primeira ré preferiu simplesmente efetuar de forma unilateral pagamento em valor definido a seu próprio talante (um salário básico), inexistindo nos autos qualquer notícia de que esse valor tenha qualquer correlação com os índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa, conforme prevê a Medida Provisória.

Não há como negar, portanto, que a denominação "participação nos resultados" foi adotada unicamente com o intuito de se afastar o reconhecimento do caráter salarial desse pagamento, que em verdade constitui autêntico abono salarial, concedido nos mesmos moldes e na mesma situação que o abono pago em agosto/96, e conseqüentemente deveria ter integrado os salários dos empregados da ativa para todos os efeitos Legais.

Por outro lado, o artigo 17, inciso III, do Regulamento da PETROS, teve o claro intuito de garantir igualdade de tratamento

remuneratório entre os empregados da ativa e os aposentados da PETROBRÁS, assegurando que a atualização do salário-de-cálculo seria feita "... nas épocas e proporções dos reajustes gerais de salário da classe funcional a que pertencia o mantenedor-beneficiário, quando da rescisão de seu vínculo trabalhista com a patrocinadora ..." (fls. 295).

Assim, a fim de se garantir essa isonomia de tratamento, é de se reconhecer que também os inativos, dentre eles os autores, faziam jus aos abonos de agosto/96 e novembro/97, dado o reconhecimento judicial de que ambos detinham caráter salarial.

As diferenças de suplementação de aposentadoria, decorrentes da não inclusão de tais abonos, deverão ser pagas pelas reclamadas, de forma solidária.

Aos fundamentos expendidos no tópico que apreciou a arguição de ilegitimidade passiva *ad causam* da PETROBRÁS, já suficientes para o reconhecimento de responsabilidade solidária das reclamadas, acrescemos também o fato de que, como bem ponderou a PETROS em sua defesa, cabia à PETROBRÁS comunicar-lhe periodicamente os valores salariais pagos aos empregados da ativa. Assim, por não ter efetuado de forma correta essa informação, omitindo de forma fraudulenta o caráter salarial das parcelas ora em discussão, deve ser também responsabilizada pelo pagamento das diferenças existentes, nos termos do artigo 159, do Código Civil.

Em conclusão, defere-se aos reclamantes a incorporações ao salário de participação dos abonos salariais pagos pela PETROBRÁS em agosto/96 e novembro/97 ao pessoal da ativa, sob as rubricas indevidas de "gratificação contingente" e "participação nos resultados", respectivamente nos valores de 50% do salário básico e 1 (um) salário básico, observando-se as faixas salariais constantes da tabela de salários da PETROBRÁS, para efeito de recálculo da suplementação de aposentadoria paga pela PETROS unicamente nos meses de agosto/96 e novembro/97, conforme fórmula estabelecida no artigo 41, do Regulamento da PETROS.

Resta indeferido, portanto, o pedido de incorporação do percentual duodecimal, já que os empregados da ativa não tiveram essa incorporação.

Defere-se parcialmente.

b) Honorários advocatícios

Os autores não se encontram assistidos pelo Sindicato representativo de sua categoria profissional, para fazer jus aos honorários advocatícios com amparo na Lei nº 5.584/70. Também não declararam estar impossibilitados de demandar sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, para que lhe fossem concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita com base na Lei nº 1.060/50.

Assim, inexistente amparo Legal ao pedido de pagamento de honorários advocatícios, já que o artigo 133, da CF/88, não derogou o *ius postulandi* conferido às partes pelo artigo 791, da CLT (Súmula nº 329, do E. TST), e o E. STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8 (D.J 14-10-94), suspendeu liminarmente o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.906/94, no que diz respeito aos juizados especiais previstos no artigo 98, inciso I, da CF/88, entre eles a Justiça do Trabalho.

Indefere-se.

III - DISPOSITIVO

PELO EXPOSTO, nos termos da fundamentação supra, parte integrante deste dispositivo, decide a MMª Junta de Conciliação e Julgamento de ARAUCÁRIA/PR, por maioria de votos, vencidos os Srs. Juízes Classistas em pontos diversos:

I - rejeitar as preliminares argüidas pelas reclamadas;

II - acolher em parte os pedidos formulados pelos autores, CARLOS RAUL MROZ, ESPÓLIO DE JOSLEI DE CASTRO MENDES, DIRCEU ROGAL, ORLANDO JAQUES DA ROSA, CELSO CÂNDIDO BORGES, MATILDE MARIA FRANCISCO, ZANETH BITTENCOURT DE MORAES, EDSON DE QUADROS, MARIA DE NAZARÉ DA SILVA TELES, NILCEU BRAZ TOZETTO, OSMAR LEONE DO NASCIMENTO e BELIZÁRIO BATISTA DE CAMARGO, para **condenar solidariamente** as reclamadas, PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS e FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL - PETROS, a pagar-lhes, no prazo Legal, diferenças de suplementação de aposentadoria nos meses de agosto/96 e novembro/97, decorrentes da não incorporação ao

salário de participação dos abonos salariais pagos pela PETROBRÁS naqueles meses aos seus empregados da ativa.

Custas pelas rés, calculadas sobre o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), arbitrado provisoriamente à condenação, no importe de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), sujeitas a complementação.

Julgamento adiado para este horário.

INTIMEM-SE AS PARTES.

Prestação jurisdicional realizada.

Nada mais.

AUDREY MAUCH - Juíza do Trabalho - PAULO DOS SANTOS FERREIRA – Juiz Classista Representante dos Empregados - COLATINO DE CASTRO NETO – Juiz Classista Representante dos Empregadores

Composição, impressão e montagem:

Setor de Reprografia do TRT 9ª Região

José Carlos Salles

Mário Jorge Tertuliano Pinto

Alcides Pires da Cruz Júnior

Maria Caetana de Oliveira

Setor de Gráfica do TRT 9ª Região

Evelyn Rose Chila Rodrigues

João Verci Santana