

Ematira XV

PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRT DA 15ª REGIÃO

CADERNO DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

ENCARTE DO BOLETIM INFORMATIVO N. 198





**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
ESCOLA DA MAGISTRATURA**

CADERNO DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DA EMATRA XV

ENCARTE DO BOLETIM INFORMATIVO N. 198 DO TRT DA 15ª REGIÃO

ESCOLA DA MAGISTRATURA

Juiz EDUARDO BENEDITO DE OLIVEIRA ZANELLA
DIRETOR

Juiz FLAVIO ALLEGRETTI DE CAMPOS COOPER
COORDENADOR

CONSELHO CONSULTIVO E DE PROGRAMAS

Juíza VERA TERESA MARTINS CRESPO
Representante dos Juízes do Tribunal

Juiz JOSÉ OTÁVIO DE SOUZA FERREIRA
Representante dos Juízes Titulares de Vara do Trabalho

Juíza ALZENI APARECIDA DE OLIVEIRA FURLAN
Representante dos Juízes Substitutos

REPRESENTANTES DAS CIRCUNSCRIÇÕES

Juiz JOÃO ALBERTO ALVES MACHADO - Araçatuba

Juiz JOSÉ CARLOS ÁBILE - Bauru

Juíza THELMA HELENA MONTEIRO DE TOLEDO VIEIRA - Campinas

Juíza KATIA LIRIAM PASQUINI BRAIANI - Presidente Prudente

Juiz AMAURI VIEIRA BARBOSA - Ribeirão Preto

Juíza SCYNTHIA MARIA SISTI TRISTÃO - São José do Rio Preto

Juiz LÚCIO SALGADO DE OLIVEIRA - São José dos Campos

Juíza REGINA DIRCE GAGO DE FARIA MONEGATTO - Sorocaba

© Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, 2005

Organização

Serviço de Documentação e Publicações Técnicas:

Maria Inês Braga Pinheiro – Diretora

Laura Regina Salles Aranha

Rosiane Cristina Runho Lucarelli

Jornalista responsável

José Francisco Turco – MTb/SP – 21.571

Capa

Mônica de Oliveira Jurgensen

Patrícia Izumi da Silva

Impressão e Acabamento

Setor de Gráfica do TRT da 15ª Região

Catálogo na Publicação (CIP) elaborada pelo
Serviço de Documentação/TRT 15ª Região

Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV / Tribunal Regional
do Trabalho da 15ª Região, Escola da Magistratura – Campinas/SP,
v.1, n.1, jan./fev. (2005-)

Encarte do Boletim Informativo do TRT da 15ª Região

Periodicidade: Bimestral

1. Direito do Trabalho – Periódicos. 2. Processo Trabalhista. 3. Jurisprudência
Trabalhista. 4. Justiça do Trabalho – Brasil I. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª
Região. Escola da Magistratura.

CDU - 34:331

CDD - 344.01

® Todos os direitos reservados:

Ematra XV

Rua Barão de Jaguara, 901 – 14º andar – Centro

13015-927 Campinas – SP

Telefone: (19) 3031-4183 - Fax: (19) 3236-0585

e-mail: ematra@trt15.gov.br

SUMÁRIO*DOCTRINA*

OS TRABALHADORES RURAIS, O TRABALHO A CÉU ABERTO E O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE
Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani _____ 7

GRAUS DA CULPA E REDUÇÃO EQÜITATIVA DA INDENIZAÇÃO
Miguel Kfourí Neto _____ 15

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

TRT da 15ª Região _____ 27

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

TRT da 15ª Região _____ 37
Índice do Ementário _____ 51

DOCTRINA

OS TRABALHADORES RURAIS, O TRABALHO A CÉU ABERTO E O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (*)

Sumário: 1. Apresentação do tema. 2. A dignidade da pessoa humana. Rápida abordagem. 3. A saúde e o trabalho em condições de insalubridade. 4. A justiça do trabalho e suas possibilidades de atuação no caso *sub examen*. 5. O Processo e a Constituição como sustentáculos ao procedimento adotado. 6. Conclusão.

Resumo: A idéia é a de demonstrar que devido o adicional de insalubridade para os trabalhadores rurais que exerçam suas atividades sujeitos à ação do tempo e de temperatura, atento ao valor da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, à sua saúde, superado o entendimento de que, à falta de previsão legal não seria possível cuidar do respectivo pagamento, já que o ordenamento jurídico, visto como um todo, permite seja feito o aludido pagamento, mesmo porque a Constituição Federal já contém o quando necessário para autorizar esse posicionamento, o que não traduz invasão de atribuição alguma das atribuições do poder legislativo pelo poder judiciário.

Palavras-chave: insalubridade, constituição, adicional de insalubridade, processo, lei.

1. Apresentação do tema

Quanto a ser ou não devido o adicional de insalubridade, a trabalhador rural, em decorrência do trabalho a céu aberto, como bem se sabe, muito se fala e sustenta, com amparo em forte argumento, de que indevido o respectivo pagamento, à míngua de previsão legal; todavia, o tema comporta ou mesmo reclama um debate mais amplo, para se definir se não há mesmo base, no ordenamento jurídico, visto em seu todo, para sua concessão, o que passa pela apreciação da dignidade da pessoa humana do trabalhador, pela consideração dos arts. 1º, III, 3º, III e IV, e 7º, XXII, da CF, e pelas possibilidades de atuação e mesmo responsabilidade da Justiça do Trabalho, no particular. No que a mim me toca, gostaria de reafirmar, trazendo, já agora, alguns novos enfoques, o

que disse, em outra e anterior oportunidade, pois estou em que:

“a simples exposição do trabalhador rural às mais variadas condições de tempo e temperatura, justifica a percepção do adicional de insalubridade, quando não observadas as medidas especiais que protejam o trabalhador contra os efeitos agressivos a sua saúde, que essa situação pode provocar porque, nesse campo, da segurança e medicina do trabalho, deve-se sempre e cada vez mais avançar, em busca da efetiva proteção da saúde do trabalhador, porque isso é um mandamento constitucional, art. 7º, inciso XXII, CF/88, no sentido de que é direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.” (1)

Porém, antes de prosseguir, quero deixar claro que, conquanto firme nesse sentir, tenho em alta conta o modo de pensar diverso, e acho mesmo que, para que se chegue a uma consistente conclusão, sempre útil a existência de modos de ver diferentes, o que vale para as mais variadas situações que a vida ofereça, máxime em sede jurídica, em que a possibilidade de se chegar a conclusões opostas, mas nem por isso qualquer delas balofa, é muito acentuada; vem a talho citar-se aqui, valiosa observação do Professor Ovídio Baptista da Silva, *in verbis*:

“A possibilidade de contraste entre proposições jurídicas, ou soluções hermenêuticas antagônicas mas que, apesar disso, possuam um elevado grau de razoabilidade, capaz de permitir que elas convivam, apesar de reciprocamente se negarem, é uma contingência natural ao fenômeno jurídico que não se verifica, a não ser em grau reduzidíssimo, nas ciências empíricas, sejam elas ciências ditas da natureza ou ciências sociais (Aulis Aarnio, *Lo Racional como razonable*, trad. da ed. inglesa de 1987, Madrid, 1991, p. 116); e que obriga o jurista a ser humilde em suas concepções e modesto com suas verdades.” (2)

Aliás, na busca de maior aproximação da Justiça - ainda que sem olvidar as dificuldades e limitações então decorrentes -, há de se estar com o espírito aberto a outras maneiras de se examinar um fato e seus desdobramentos, pois, sob esse aspecto, a arte e o direito encontram-se em situação muito semelhante, e quanto a esta última já se observou que, ela: “A arte é aberta, não se fecha em uma única interpretação, está sempre pronta para uma nova leitura” (3), ou como diz Tzvetan Todorov: “O campo do interpretável corre sempre o risco de se expandir” (4), felizmente, acredito.

E por falar em interpretação e justiça, oportuno o fixar que, ao se examinar/interpretar um fato e seu enquadramento jurídico, não se pode esquecer que é o homem - seu bem-estar, as condições necessárias à sua realização, as garantias ao respeito à sua dignidade de pessoa humana - que há de se ter em vista, que há de ser o fim visado por qualquer norma jurídica, ou que deveria ser, ou que se deve lutar para ser; assim como Georges DUBY, em livro de sua autoria, em dado momento, asseverou que “(...) evoco com reconhecimento e respeito a memória de Marc Bloch a quem devo a descoberta de que era o homem vivo que importava descobrir sob a poeira dos arquivos e no silêncio dos museus” (5), assim para o Direito há de ser: quando da análise, como dito, de um fato e suas conseqüências, há buscar, incessantemente, a realização dos objetivos mencionados, sem jamais perder de vista, sob os textos legais, o homem, sua razão de ser e que, por isso mesmo, não pode ser esquecido e/ou colocado em posição de inferioridade, perante outro interesse, se com isso tiver magoada sua dignidade enquanto pessoa humana. Nesse passo, acredito de extrema valia a transcrição de excerto, transbordante de ensinamento, do Prof. Gustavo Tepedino, *verbis*:

“(...) o Direito é produto do homem e feito para o homem. A primeira e principal tarefa do jurista é reconhecer e descrever os direitos da pessoa. A pessoa humana ‘anterior’ e superior à sociedade. Impõe-se, portanto, ao Direito.” (6)

Assim, efetivamente, há de ser, mesmo porque não podemos e “Não encaramos as pessoas como espaços moral e psicologicamente em branco, portadores neutros de qualidades acidentais” (7); lógico que essa alusão vale para o homem livre e de princípios, não para aqueles que, infelizmente comprometidos com interesses outros, ignoram e/ou não vêem no outro a mesma “porção”, passe a singeleza do vocábulo, humana que possuem; para estes, quicá útil (ingenuidade?) as penetrantes palavras do grande constitucionalista José Afonso da Silva: “Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores” (8), para, na seqüência, coroar a idéia contida na assertiva aqui reproduzida, afirmando: **DESCONSIDERAR UMA PESSOA SIGNIFICA EM ÚLTIMA ANÁLISE DESCONSIDERAR A SI PRÓPRIO**” (9) (grifei, negritei, queria mesmo dar som a essa colocação, para que ela, quem sabe, fosse ouvida pelos corações daqueles que deveriam regular a questão ora enfocada,

mas não o fazem, com a presteza devida e que se observa em e para outras situações...); diga-se mais, agora em uníssono com Gláucia Correa Retamozo Barcelos Alves, o que urge é reconhecer “o outro como uma pessoa dotada de dignidade, não pelo seu nascimento, pelo seu *status*, e nem pela sua riqueza (a moderna forma de estratificação social), mas apenas pela sua condição de pessoa - ainda que muito diferente.” (10)

2. A dignidade da pessoa humana. Rápida abordagem

Com certeza, a questão aqui tratada tem ligação estreita, estreitíssima, com a dignidade da pessoa humana, com o respeitante princípio, como, de resto, não poderia mesmo deixar de ser, de vez que, o que é de suma importância e não deve ser esquecido:

“(...) o valor supremo, o fundamento primeiro e o fim último da vida humana politicamente associada é a dignidade da pessoa, que diz respeito a todos os homens e não apenas a alguns, porque é condição da própria humanidade, e qual nobreza inviolável deve ser respeitada por todos; sua promoção é dever do Estado, quanto de cada um dos homens. Nesta quadra do tempo, assim, mais do que em qualquer outra, aos detentores do poder cumprem tenham lúcida visão do destino fundamental do Direito, que há de ser - nos comandos, na sua exegese e aplicação, na consciência que dele se guarde - instrumento de verdadeira ‘ordem de justiça’ entre os homens.” (11)

Que trecho! Bom seria - e como! - se aqueles que tenham por ofício, voluntariamente escolhido, a feitura de leis, tivessem presente na memória, mais, na alma, o que está contido no excerto logo acima reproduzido, fosse assim (utopia?), certamente, com vistas, agora, ao assunto que nos ocupa, estariam os trabalhadores rurais recebendo pelo adicional de insalubridade, quando labutando sujeitos à ação do tempo e de temperatura. Por que não é assim?

De todo modo, e aqui já estou me encaminhando mais diretamente para o modo em que possível, ao menos para o momento, resolver a questão, o que passa, está visto, pelo respeito ao princípio da dignidade humana, que deve ser observado por todos os “órgãos e agentes do Estado” e jamais descurado pelo operador e aplicador do direito.

Com efeito, porquanto como dilucidado pelo eminente Prof. Carlos Roberto Siqueira Castro, ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, para ele, “globalizante e emblemático do conjunto das virtualidades humanas, tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos e sociais, culturais, humanitários e personalíssimos” (12), com amparo no referido princípio: “Por sua indisputável proeminência no conjunto de valores constitucionais, deve o Estado, por intermédio de todos os seus órgãos e agentes, prestigiá-lo e impedir quaisquer ameaças e ações que debilitem a dignidade da pessoa humana” (13), até porque, como bem observado pelo notável processualista João Batista Lopes: “Num sistema como o nosso, em que o direito à vida e à dignidade constituem pilares do sistema, deverá o intérprete e aplicador guiar-se por tais princípios, dando-lhes prevalência na solução dos conflitos.” (14)

3. A saúde e o trabalho em condições de insalubridade

Prosseguindo, é de se estabelecer a íntima relação entre o princípio da dignidade de pessoa humana e a saúde, que deve ser uma das preocupações do Estado; da pena da preclara Juíza Marga Inge Barth Tessler as seguintes e lúcidas assertivas: “a saúde é, sem dúvida, um direito fundamental, pois intimamente vinculada ao direito à vida (art. 5º) e princípio fundamental, pois integra o conceito de ‘dignidade humana’, princípio fundante da República (art. 1º, III, CF/88). A dignidade humana é elevada com o valor ‘saúde. O § 1º do art. 5º inscreve como sendo de aplicação imediata as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (15); em continuação, disse ainda: “Garantiu, também, a CF/88, no art. 7º, XXIII, a redução dos agravos à saúde por ocasião do trabalho, bem como assegurou que o exercício de atividades laborativas em locais insalutíferos fossem remunerados com um adicional (art. 7º, XXIII)” (16) daí haver, anteriormente, lembrado ensinamento do ilustre Prof. Wagner Balera, para quem o direito à saúde é um direito subjetivo público “que não pode ser negado a nenhuma pessoa sob pretexto algum” (17), entretanto, como se sabe, e a realidade brasileira o demonstra de várias maneiras, há vários meios de se tentar negar às pessoas, principalmente às mais necessitadas, mas com menos força na voz para se fazerem ouvidas, o indeclinável direito à saúde, no que mais de perto nos interessa, de momento, ignorando as condições agressivas a que ficam sujeitos e indefesos os trabalhadores rurais que trabalham expostos às variações de tempo e de temperatura.

Porém, essa situação não pode ser aceita, sem mais, eis que, como já se fez notar, pela força da palavra da insigne Prof.^a Yara Maria Pereira Gurgel, em harmonia, de frisar, com o entendimento já antes exposto:

“A Carta Magna, fruto de todo um movimento de democratização do país, consagrou o direito à saúde do trabalhador como direito fundamental quando o inseriu nos direitos sociais.” (18)

Disse, outrossim, a preclara juslaborista Yara Maria Pereira Gurgel que, no “Brasil, contrariamente à tendência dos países industrializados, o trabalhador continua se submetendo a regime de sobrejornadas e baixos salários para garantir a sua sobrevivência e de sua família, não se importando o empregador com a saúde daquele; muito embora o direito à saúde do trabalhador tenha sido alçado à matéria de direito Constitucional, consubstanciando em direito indisponível, de ordem pública e sua inobservância deve ensejar responsabilidade” (19); embora se referindo a ilustre Professora ao trabalho em regime extraordinário, de pronto se infere que as suas conclusões são inteiramente válidas quanto ao tema ora focado. De salientar que, evidentemente, quando se diz que o dador de serviço não se preocupa com a saúde do obreiro, a

alusão tem um certo grau de generalização, mas não significa que não se saiba que há os que se preocupam com a saúde dos seus empregados, uns procurando, efetivamente, resolver o problema, na medida do seu alcance, outros pensando ainda em como resolvê-lo, mas dispostos a tanto, o que já é um bom sinal.

Certamente terrível o peso da indagação do respeitável médico Francisco Antonio de Castro Lacaz, formulada na apresentação de livro do qual é um dos autores: “Quantos trabalhadores morrem a cada dia por causa das condições insalubres de trabalho, muitas vezes tempos depois de deixar aqueles ambientes?” (20), ainda que a aludida obra tenha vindo a lume no ano de 1989, não perdeu nem em atualidade, nem em importância, daí havê-la reproduzido, e faço-o assestando para os corações sensíveis daqueles que consideram que, se na lei, não se encontra, de imediato, uma resposta ao direito à percepção do adicional de insalubridade pelos trabalhadores rurais que labutam nas condições neste mencionadas, não há desistir e aceitar essa realidade (realidade?), mas sim procurar uma solução no ordenamento jurídico para resolver a questão da melhor maneira, não digo já com a suspensão do mourejar em tão difícil situação, o que, bem se sabe, não é viável - por múltiplos fatores, de ordem técnica inclusive -, já que o direito não tem força, tampouco meios para tanto, mas ao menos para que o trabalhador que se vê na contingência de trabalhar em tão adversas condições, ao menos receba o adicional de insalubridade, ao menos isso!

Aliás, na referida obra, encontra-se, ainda, específica referência aos rurais, alusão essa que, lida não apenas com vistas ao aspecto técnico, mas com o interesse que um ser humano sempre deve inspirar, já agitará a mente e a alma de quem assim o fizer, na busca por soluções, assim nela se diz:

“A injustiça no campo é tão séria em nosso país, que pouco se tem falado em condições de trabalho (...) O trabalho é realizado permanentemente no tempo; sob o sol causticante e ao sabor das intempéries. A exposição prolongada ao sol significa exposição a radiações ultravioletas e infra-vermelhas, que podem provocar câncer de pele e cataratas. Estão ainda sujeitos à chuva...” (21); quiçá por isso: “Não existem no Brasil registros que permitam uma avaliação precisa de quantos acidentes e doenças do trabalho ocorrem por ano no meio rural. Sabe-se, no entanto, que traz riscos e danos à saúde, em certas circunstâncias, comparáveis à construção civil e à indústria petroquímica” (22), o que, força é convir, é preocupante.

4. A justiça do trabalho e suas possibilidades de atuação no caso *sub examen*

Cumprido não olvidar de que, como com muita sensibilidade já foi percebido: “as reclamatórias trabalhistas

bem exemplificam ações de interesses individuais mas que buscam, ainda que particularmente, a dignidade humana.” (23)

Atento a essa realidade, de inferir que a Justiça do Trabalho não pode, sabendo que um mal existe, agredindo a saúde de algum trabalhador, simplesmente ignorá-lo, uma vez ajuizada a correspondente reclamação trabalhista, o que seria trair a sua razão de ser!

A Justiça Especializada do Trabalho, não pode existir - ah! Não pode mesmo! - apenas para tranquilizar e/ou entorpecer certos segmentos da sociedade, antes, deve atuar, respeitando e nos limites, por óbvio, da Magna Carta, mas atuar, firmemente, assumindo, por inteiro, as responsabilidades que lhe cabem, na tutela dos direitos dos trabalhadores, o que não significa, de modo algum, deferir-lhes algo que não lhes seja devido, longe disso, mas não permitir que o que cumpre seja reconhecido como um direito, que o ordenamento jurídico assim lhes assegura, deixe de sê-lo, ainda mais quando, como na situação que ora se examina, esteja em tela o sagrado direito à saúde e à vida, vida essa tão cara para mim, como para os que estiverem tendo contato com essas linhas e que não pode ser menos cara para os trabalhadores rurais.

Há evitar que com o princípio da dignidade da pessoa humana se tente fazer o mesmo que já se tentou com o também valioso princípio da igualdade, qual seja, confiná-lo em um aspecto formal, absolutamente insuficiente. A advertência é do Prof. Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

“Se o direito à igualdade já foi reduzido para um direito de igualdade formal, pela simples isonomia diante da lei, é imperioso impedir que o mesmo venha a ocorrer com a dignidade da pessoa humana. Evitar que venha a tornar-se o miserável formalmente digno diante do abastado, conferindo-lhe apenas a titularidade de um direito subjetivo à dignidade... a dignidade da pessoa não é um valor futuro, mas presente desde a vigência da Constituição. Todos têm acesso ao direito de dignidade material” (24), e assim há mesmo de ser pois, ensina o já citado lente José Afonso da Silva: “a dignidade acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado.” (25)

Logo, cumpre não permitir que situações como a que se analisa venham a agredir a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores rurais que mourem sujeitos aos efeitos do tempo e de temperatura sem, nem ao menos, terem reconhecido o direito ao recebimento do adicional de insalubridade, abstração feita de outras discussões, que aqui não cabem; a falta de reconhecimento do direito à percepção do adicional de insalubridade, na espécie, deságua numa brutal falta de proteção, que magoa, inequivocamente, a dignidade do trabalhador, como já foi dito, superiormente, por Kátia Magalhães Arruda: “Avulta a

dignidade humana, de modo especial, a falta de proteção do trabalho.” (26)

Tem-se, por conseguinte, que não há outra senda a seguir, que não a percorrida por Nelson Rosendal, para quem: “Percebe-se que a dignidade é noção da mais alta relevância axiológica, pois jamais o ser humano poderá servir de meio para os outros” (27); como corolário, na situação *sub examen*, labutando para algum dador de serviço em condições de insalubridade, por trabalho a céu aberto, de rigor o pagamento, por este, do respeitante adicional, o que tem de acontecer já, e não em um momento futuro, sabe-se lá quando. Há obstar a que alguns, no seu exclusivo interesse, impeçam e/ou retardem, indefinidamente, que os direitos dos demais segmentos da sociedade sejam efetivamente reconhecidos. Há de ter cuidado para que não perdure o quadro já vivamente desenhado pelo brilhante constitucionalista Luis Roberto Barroso, veja-se o que ele retrata:

“O Estado, apropriado pelo estamento dominante, é o provedor de garantias múltiplas para os ricos e de promessas para os pobres. Em um País sem tradição de respeito aos direitos, a constituinte termina sendo uma caça aos privilégios. Criam-se diferentes castas dos que são mais iguais. Alguns conseguem um lugar sob o sol da proteção constitucional direta. Outros ficam no mormaço das normas que sinalizam o *status*, mas precisarão ser integradas pelo legislador infraconstitucional. A maioria fica sob o sereno das normas programáticas, as que prometem saúde, cultura e terceira idade tranqüila. Mas só quando for possível.” (28)

É isso o que vai acontecer, também, com os trabalhadores rurais que trabalham a céu aberto, em condições de insalubridade? Vamos todos esperar por uma lei que regule a situação, sabe-se lá quando, isso se um dia, realmente, regulá-la? Estamos irremediavelmente condenados a essa postura de passividade?

Será que nada poderá ser feito para remediar a verdade contida nas palavras de Fernanda Pereira Amaro (?):

“a que o Poder deve servir? Há críticas bastante contundentes afetas à sua resposta: ‘A Constituição Brasileira, apesar de ter sido elaborada por um Órgão Constituinte, que seria, teoricamente, capaz de representar o povo, e que aliás é a nossa sétima Constituição, não passa de uma folha de papel, desvinculada da realidade e incapaz de garantir os direitos e deveres que teoricamente assegura’.” (29)

5. O Processo e a Constituição, como sustentáculos ao procedimento adotado

O operador do direito, vendo o inusitado da situação, entendendo que a NR 15, ou ainda alguma outra, da Portaria n. 3.218, não regula o caso, ou ainda que entenda que na mencionada Portaria já se encontra regulamentada a questão, mas ciente de não ser esse o posicionamento prevalecente, terá de quedar-se, conformado,

com essa conclusão? Isso não frustraria a Constituição Federal, designadamente os artigos apontados nas linhas transatas? E a obrigação que pesa sobre os operadores do direito, no sentido de realizar, plenamente, a Lei Fundamental? A essa altura, válida a transcrição do quanto afirmado por Anderson Sant'Ana Pedra, para quem:

“A atividade do jurista não pode se cingir à leitura (exegese) do direito positivo. É imprescindível a concretização do direito aplicável à luz da Constituição e com o compromisso de realizá-la, efetivá-la.” (30)

Obviamente, o realizar, o concretizar a Constituição Federal não pode ficar, sempre e necessariamente, e pior ainda, indefinidamente, na dependência de uma lei infraconstitucional, máxime em se cuidando de observância/respeito a um direito fundamental, situação que, se verificada, torna impostergável, interpretando-o, vendo o que ele espera e quer, dar vida ao texto constitucional. O processualista Luiz Guilherme Marinoni, percucientemente nota que “o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa, no caso de omissão ou de insuficiência de lei” (31), observação essa que se aplica, com todo vigor, à questão para a qual voltamos nossa atenção.

Vale repisar esse ponto: o legislador não pode mais ser tido como aquele que, com exclusividade, pode, com seu sopro, dar vida à Constituição Federal, embora lhe caiba fazê-lo de maneira preponderante, de maneira que cabe também ao Judiciário uma boa parcela de responsabilidade nesse momento mágico de dar vida à Lei Fundamental, para o que precisa ser compreendido que “o juiz, que não é um serviçal do legislador, torna os códigos socialmente relevantes.” (32)

Assim, o que se espera, dentro de uma normalidade, é que o legislador cumpra a parte que lhe cabe, editando as leis que a Constituição Federal reclama, para melhor e/ou adequadamente respirar; entretanto, em não o fazendo, não se poderá, por isso, sufocar o quanto estabelece a Lei Maior - do contrário, muito fácil mantê-la “respirando artificialmente”. Como bem faz notar Jônatas Luiz Moreira de Paula,

“o Estado deve retornar aos fins sociais ora descritos no preceito constitucional (art. 3º). E o Poder Judiciário, que exerce a jurisdição como função típica e instrumentalizado pelo direito processual, deve exercer esse mister como essência da sua existência. A jurisdição deixou de ser mera pacificadora. Hoje, para pacificar, ela deve efetivar as diretrizes do art. 3º, da CF.” (33)

Para tanto, “importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.” (34)

Nos dias que correm, não parece mais aceitável que se separe o processo do homem, de suas necessidades, pois, como já antes dito, ao Poder Judiciário também cabe, e isso lhe deve ser cobrado, atuar para a mais completa realização dos fins almejados pela Carta Fundamental, e que, em última instância, tem a legitimá-la a preocupação com o homem, o que, em um processo, repita-se, não se pode obnubilar; valiosa, no particular, a lembrança de L.A. Becker: “Como bem observou Marinoni, é preciso quebrar o ‘encanto’ de que o direito processual poderia ser tratado como ciência pura, ‘que se mantivesse eternamente distante do direito material e das vicissitudes dos homens de carne e osso’ ” (35); diga-se mais, eis que não se deve ignorar que, como salientado por Francisco José Rodrigues de Oliveira, a “função jurisdicional é uma função própria de um poder do Estado, sendo uma função política por antonomásia e tem a seu cargo, como as funções executiva e legislativa, a realização do sistema republicano e democrático adotado pela Constituição” (36), e ainda, de acrescentar, cabendo-lhe observar e fazer observar, quando de sua atuação, o elevado princípio da dignidade da pessoa humana, sem o que resta, inegavelmente, diminuída a utilidade de se realizar aqueles fins; de fixar, portanto que: “A jurisdição, como expressão do poder estatal que é, destina-se à realização dos fins do próprio Estado” (37), entre os quais, como se não desconhece, sobressai o de valorizar a dignidade da pessoa humana.

Aqui, certamente, é o momento de recordar, com Luiz Edmundo Appel Bojunga, que o “eminente Scialoja expressou em frase sintética, porém, de enorme profundidade que a missão do jurista é fazer ciência processual útil” (38), e que utilidade maior poderá ter o processo que não a de fazer observar a Constituição e os princípios maiores nela abrigados?

Imprescindível caminhe nesse rumo a atividade jurisdicional, já que, em assim “ocorrendo, em perfeita sintonia com os fins do art. 3º, da CF, realmente far-se-á justiça ao ditado: o direito material é o direito do povo, enquanto o direito processual é o direito para o povo” (39), pois que, nele, também se contém o sofrimento, as dores, as esperanças daqueles que batem às portas do Judiciário, o que não pode ser esquecido, como não o foi pelo ilustre João Baptista Herkenhoff, que assim se expressou: “Não são apenas pleitos, demandas, requerimentos que chegam à presença do juiz. São vidas e são dores, são esperanças e desesperanças, são gritos e são choros” (40), peço vênias para acrescentar que essas manifestações chegam também aos dedicados advogados, atingindo, assim, os operadores do direito em geral, os quais, então, hão de buscar respostas para resolvê-las, segundo o ordenamento jurídico, talvez mais humano do que as leis, caminhar esse que não é de um percurso só, chegar ao texto legal que trate da questão, mesmo porque essa senda pode, para além de não ser mais possível

de ser percorrida, por abandonada, não ser nem sequer uma trilha ou, sendo-o, não passar de uma pequena vereda que leve a um caminho maior, mais movimentado e com paisagem mais bela e variada - a Constituição -, de todo modo, o caminho não o vence sozinho o operador do direito, leva consigo as referidas manifestações/aflições/esperanças, que aguardam chegar também ao seu destino, aquele que o ordenamento jurídico lhes reserva, com justiça!

Lembremo-nos todos, nesse momento, das palavras do ilustre processualista José Carlos Barbosa Moreira, que, lidas e assimiladas com a atenção devida, por certo ajudarão na busca do melhor caminho, disse o afamado Professor: “a rigor, não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade” (41), e no caso vertente, deve ecoar em todos os homens de bem, as manifestações de angústia dos trabalhadores rurais, que, labutando em condições de insalubridade, sujeitos à ação do tempo e de temperatura, quando chegam ao Judiciário, não raro, deixaram para trás um pedaço de sua saúde, um significativo pedaço, o que não pode ser apagado.

Talvez se possa concluir que não contribua para a honra da cultura jurídica pátria, designadamente quanto ao direito constitucional e ao direito processual, nem sirva para elevar o respeito devido à pessoa humana do trabalhador, recusar a possibilidade de, via processo, se reconhecer, em casos como o ora *sub examen*, em que há um direito que o ordenamento jurídico lhe confere, simplesmente porque não há uma lei disposta a respeito, expressamente reconhecendo o respeitante direito: isso é reduzir todo o direito à lei, posicionamento esse, *permissa venia* dos que entendem de modo diverso, já superado; cai como luva ao ponto nesse comenos abordado a seguinte observação do culto Galeno Lacerda, ao observar que o “processo, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização.” (42)

Tenho em que o dito por Luiz Guilherme Marinoni, eminente processualista ao qual novamente recorro, pelo alto valor e consistência de sua palavra, no sentido de que o processo não pode “ficar limitado à legislação processual ou, melhor dizendo, tiver a sua feição escravizada à lei, muitas vezes ele poderá ficar distante das necessidades dos direitos e da vida” (43), é uma verdade que vale para os mais diversos ramos do direito, mormente o direito do trabalho e o constitucional, frente à dinâmica da vida contemporânea, e atento a que o ordenamento jurídico há de ser visto como um todo, abarcando, como deve ser, os princípios albergados pela Constituição Federal, e também os próprios ao direito do trabalho, o que significa dizer que a lei é um dos elementos a ser observado, quando da apreciação de um conflito de interesses, mas não o único, embora importante, quando regularmente editada; parece claro que esse posicionamento apenas reforça o desenho de um autêntico Estado

Democrático de Direito, para cuja existência - mais, portanto, do que a mera criação e/ou denominação -, necessário se faz a soma de esforços, da sociedade e de todos os Poderes e agentes do Estado, sem exceção, frise-se, por relevante. Acerca do atual lugar que uma lei deve ocupar, como elemento para a solução de uma pendência, interessante a seguinte colocação de Daniela Lacerda Saraiva Santos, para quem:

“visando reforçar um novo Estado Democrático de Direito, na medida que o direito vem sendo distinguido da lei e o primeiro vem se sobressaindo ao segundo, formando uma ordem jurídica que se constitui de valores e princípios onde a lei é apenas um dos componentes integradores da decisão judicial.” (44)

Esse recurso ao texto constitucional para resolver a questão dos trabalhadores rurais que trabalham a céu aberto, em condições de insalubridade, pode ser, por alguns espíritos, visto com reservas, o que não passou despercebido ao grande constitucionalista Paulo Bonavides que, com muita visão, já observou que: “A Nova Hermenêutica levou a cabo a revolução do constitucionalismo contemporâneo. Nem todos os juristas - designadamente os mais conservadores - percebem o sentido e a extensão das transformações por derradeiro havidas” (45), a consequência disso, porém, é tornar o operador do direito refém do legislador, o que, como já se vem afirmando, é situação que não mais se justifica - se é que algum dia se justificou -; conquanto se referindo ao operador do direito mais voltado ao direito civil, semelhante situação, com algumas variações, se vive no mundo do direito do trabalho, o que autoriza, mesmo recomenda, a transcrição das agudas observações do Prof. Gustavo Tepedino, *verbis*: “O civilista, em regra, imagina como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses - patológicas e extremas - de controle de constitucionalidade. Tal preconceito o faz refém do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e visitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição.” (46) Hodiernamente, insista-se, a realidade é a de se enxergar os diplomas legais “à luz” da Lei Fundamental; para completar a referência acima, quanto ao direito civil, e igualmente, estendendo o quanto é dito ao direito do trabalho, cabe citar o ilustre Luiz Edson Fachin, para quem: “Numa expressão, é mais o Código Civil brasileiro que deve ser visto à luz da Constituição Federal de 1988 e menos a Constituição que deve içar à sombra do Código.” (47)

Oferecendo o texto constitucional o que for necessário para o reconhecimento e a observância de um direito, cumpre reconhecê-lo, aplicá-lo, eis que, nessas condições,

não há porque se deixar de reconhecê-lo, de aplicá-lo; veja-se o que diz o preclaro e já citado mestre José Carlos Barbosa Moreira: “Acerca das disposições que remetem a normas infraconstitucionais, a diretriz básica deve consistir em reconhecer-lhes, desde já, toda a eficácia praticamente possível. Se, apesar da remissão, o texto da Carta permite identificar os pressupostos da incidência da regra e os respectivos efeitos, ela satisfaz os requisitos essenciais de aplicabilidade, e inexistente razão para que não se aplique de imediato. Isso vale inclusive para as hipóteses em que a Constituição formula, a título de ‘princípios’, determinações a serem obedecidas pelo legislador” (48), segue daí que: “O juiz não é escravo da lei, mas submisso à Constituição” (49), o que reforça o que vem sendo asseverado, no sentido de que, permitindo a Lei Fundamental, se reconheça o direito correspondente, não havendo necessidade de se aguardar a edição de uma lei que nem se sabe se um dia virá, o que encontra amplo respaldo no fato de que: “as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal” (50), até porque, como se não desconhece, e foi taxativamente afirmado pelo Prof. Jônatas Luiz Moreira de Paula: “Uma Constituição não deve ser uma engabelação.” (51)

6. Conclusão

A idéia que neste se procurou desenvolver foi a de que o homem deve estar no centro das preocupações do direito e de sua interpretação, mesmo porque, nas palavras do grande Evandro Lins e Silva, “o direito deve servir à vida” (52), logicamente, à vida de todos e com saúde, conseqüentemente, respeitando sempre a dignidade humana de cada um, valor maior da vigente Constituição Federal.

Ainda, que a lei não contém todo o direito, de modo que não se pode impedir o reconhecimento de um direito, previsto na Constituição Federal, sob o fundamento de ausência de previsão/regulação legal, quando a Lei Maior contiver o que for preciso para seu mais completo respeito e observância, uma vez que a vinculação do operador do direito é com o ordenamento jurídico visto em sua totalidade, e não apenas e tão-somente sob o enfoque legal, absolutamente insuficiente, por uma série de razões, o que não traduz invasão alguma, por parte do Poder Judiciário, das atribuições próprias do Poder Legislativo, porquanto, para além da circunstância que este Poder ter atribuições sim, mas que devem ser atendidas com vistas ao que espera e quer a Magna Carta, e não ficar em estado de hibernação indefinido, principalmente direitos como o de que ora se trata, esse esperar e esse querer devem ser perseguidos por todos os Poderes e agentes do Estado, como também pela sociedade; como observa o grande constitucionalista português A. Castanheira Neves, “o poder legislativo não tem o ‘monopólio

da constituição’, mas apenas uma ‘prerrogativa de constituição’ do direito.” (53)

Tudo considerado e atento a que os arts. 1º, III, 3º, III e IV, e 7º, XXII, da CF permitem e contêm o necessário para que seja reconhecido e determinado o pagamento do adicional respectivo, uma vez demonstrado o labor em condições de insalubridade, pelo trabalho sujeito à ação do tempo e de temperatura, não há mais o que esperar, cumpre respeitar e observar o que espera e quer a Magna Carta!

Notas

(1) *Suplemento Trabalhista LTr*, 124/98, p. 569; ou *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*, 1998, p. 171 e 172.

(2) “Execução em face do executado”, inserto em obra coletiva, *O Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 314.

(3) *O Verbal e o Não Verbal*, Vera Teixeira de Aguiar, Editora Unesp, 2004, p. 38.

(4) *Symbolismo e Interpretação*, Edições 70, Lisboa, s/d, p. 27.

(5) *Sociedades Medievais*, Terramar, p. 6.

(6) *Temas de Direito Civil*, 3. ed., Renovar, 2004, p. 39.

(7) *As Esferas da Justiça*, Michael Walzer, Editorial Presença, Lisboa, 1999, p. 251.

(8) “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, abr.-jun./1998, p. 90.

(9) “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia”, *cit.*, p. 90.

(10) “Sobre A Dignidade da Pessoa”, in obra coletiva *A Reconstrução do Direito Privado*, organizadora Judith Martins-Costa, RT, 2002, p. 27.

(11) “Reflexão sobre uma Ordem de Liberdade e Justiça”, José Néri da Silveira, in *Revista de Direito Público*, n. 74, p. 36.

(12) *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Forense, 2003, p.13.

(13) *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, *cit.*, p. 13.

(14) “Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil”, in obra coletiva *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, coordenador Luiz Guilherme Marinoni, RT, 2005, p. 137.

(15) “O Direito à Saúde. A Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988”, in *Revista da AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 20, n. 67, p. 192.

(16) “O Direito à Saúde...”, *cit.*, p. 193.

(17) “O Direito à Saúde...”, *cit.*, p. 190.

(18) “Limites à Duração do Tempo de Trabalho: Direito Fundamental do Trabalhador”, in *Estudos em*

Direito Público, publicação da ESMARN – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, nov./2002, p. 203.

(19) “Limites à Duração do Tempo de Trabalho: Direito Fundamental do Trabalhador”, in *Estudos em Direito Público*, publicação da ESMARN – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, nov./2002, p. 205.

(20) “Insalubridade – Morte Lenta no Trabalho”, organização e pesquisa do DIESAT, vários autores, Obo-ré Editorial, São Paulo, 1989, p. 10.

(21) “Insalubridade – Morte Lenta no Trabalho”, *cit.*, p. 55.

(22) “Do que Adoecem e Morrem os Trabalhadores”, diversos colaboradores, organizadores Herval Pina Ribeiro e Francisco Antonio de Castro Lacaz, DIESAT – IMESP, 1984, p. 169.

(23) *Visão Crítica da Jurisdição Civil*, Jônatas Luiz Moreira de Paula, LED-Editora de Direito Ltda., 1999, p. 116.

(24) “A Dignidade da Pessoa Humana: Estudo de um Caso”, *Revista dos Tribunais*, ano 87, dez./1998, v. 758, p. 115.

(25) “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia”, *cit.*, p. 93.

(26) “A Proteção do Trabalho, a Proteção no Trabalho e os Direitos Constitucionais Trabalhistas”, inserido em obra coletiva *Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides*, coordenador José Ronald Cavalcante Soares, Ltr, 2001, p. 306.

(27) *Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil*, Saraiva, 2005, p. 02.

(28) “Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)”, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, out.-dez./1998, p. 23.

(29) “O Serviço Público sob a Perspectiva da Garantia Constitucional de Direitos Humanos Fundamentais”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 50, p. 124.

(30) “Interpretação e Aplicabilidade da Constituição: Em Busca de um Direito Constitucional”, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abr.-jun./2003, p.194.

(31) *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, RT, 2004, p. 220 e 221.

(32) *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, Paulo Roberto Soares Mendonça, Renovar, 1997, p. 14.

(33) “A Ideologia do Processo Civil”, na *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR – Universidade Paranaense*, n. 1, v. II, jan.-jun./1999, p. 46.

(34) *Teoria dos Princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Humberto Ávila, Malheiros Editores, 2003, p. 25 e 26.

(35) *Contratos Bancários – Execuções Especiais*, Malheiros, 2002, p. 185 e 186.

(36) *Atividade Jurisdicional sob o Enfoque Garantista*, Juruá Editora, 2002, p. 67.

(37) *A Tempestividade da Tutela Jurisdicional e a Função Social do Processo*, Babyton Pasetti, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, PA, p. 54.

(38) “A Exceção de Pré-Executividade”, in *Repro* n. 55, p. 62.

(39) *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social*, Jônatas Luiz Moreira de Paula, Editora Manole Ltda., 2002, p. 47.

(40) *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*, Thex Editora, RJ, 1997, p. 30.

(41) “O Processo, as Partes e a Sociedade”, in *Revista de Processo*, ano 30, n. 125, jul./2005, p. 124.

(42) “Processo e Cultura”, artigo publicado em *Tribuna da Magistratura*, abr./1999, p. 58.

(43) *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, RT, 2004, p. 28.

(44) “O Princípio da Proporcionalidade”, inserido em obra coletiva *Os Princípios da Constituição de 1988*, organizadores Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, Lumen Juris, RJ, 2001, p. 360.

(45) Prefácio ao livro *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Carlos Roberto Siqueira Castro, Forense, RJ, 2003, p. XV.

(46) *Temas de Direito Civil*, *cit.*, p. 18.

(47) “A Cidade Nuclear e o Direito Periférico”, *RT/Fascículo Civil*, ano 85, v. 723, jan./1996, p. 108.

(48) “O Poder Judiciário e a Efetividade da nova Constituição”, *Revista Forense*, ano 84, v. 304, p. 153.

(49) *O Devido Processo Proporcional*, Amini Haddad Campos, Lejus, 2001, p. 5.

(50) “Interpretação e Aplicabilidade da Constituição: Em Busca de um Direito Civil Constitucional”, Anderson Sant’Ana Pedra, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abr.-jun./2003, p. 186.

(51) *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social*, Editora Manole Ltda., 2002, p. 32.

(52) “Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva”, palavras do homenageado em um dos discursos que proferiu e foi reproduzido no livro, Editora Método, SP, 2001, p. 18.

(53) *O Instituto dos ‘Assentos’ e a Função dos Supremos Tribunais*, 1983, p. 128

(*) Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Campo Limpo Paulista, do TRT da 15ª Região.

GRAUS DA CULPA E REDUÇÃO EQÜITATIVA DA INDENIZAÇÃO

Miguel Kfouri Neto (*)

Sumário: 1. Introdução. 2. A equidade. 3. Os graus da culpa. 4. A fixação da indenização. 5. O juiz e a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/02. 6. Fixação da indenização e o enriquecimento sem causa. 7. A redução eqüitativa da indenização: duas hipóteses de aplicação, no domínio da responsabilidade civil do médico. 7.1 Ausência de obtenção do consentimento informado. 7.2 Perda de uma chance e quantificação da indenização. 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

1. Introdução

Destaca-se, no Código Civil de 2002, a maior responsabilidade do juiz, em face da prevalência de normas abertas - uma das alterações fundamentais da nova codificação, em confronto com a Lei revogada. (1)

Francisco Amaral, com precisão, forte no escólio de Miguel Reale, elucida: “Entre os princípios introduzidos no Código Civil de 2002, que orientam comportamentos e a própria realização do direito sistematizado pelo legislador, cientista e filósofo, destaca-se o princípio da operabilidade ou da concretude, essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica que leva o intérprete não à função limitadora de aplicar o direito, mas à de construir a norma jurídica adequada ao caso concreto e específico. Dessa opção metodológica do legislador resulta uma nova e saudável margem de criação para o intérprete, chamado a participar não mais como um agente passivo de um processo lógico dedutivo, mas sim como participante ativo do processo de normogênese jurídica, para resolver conflitos de interesses entre indivíduos concretos e em situações jurídicas concretas.” (2)

Essas cláusulas abertas desafiarão, por certo, a atividade interpretativa e criadora de advogados e juízes.

O art. 944, parágrafo único, do novo CCB, traz ao prosclênio a análise da graduação da culpa, para se fixar a extensão da reparação do dano - e autoriza o juiz, à luz da equidade, em havendo culpa leve ou levíssima e excessiva desproporção entre a culpa e o dano - a reduzir proporcionalmente a indenização.

Tal modificação - consoante lembrado por Luiz Roldão de Freitas Gomes - foi introduzida pelo Prof. Agostinho Alvim, que assim a justificou, na Exposição de Motivos do Projeto: “Do mesmo modo, em face do Código Civil, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; e sobretudo não vale nunca como atenuante. Todavia não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que economizou a vida toda para garantir a

velhice, pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que ‘acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade.’ E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou. É justamente por reconhecer isso que o legislador manda indenizar no caso de acidente do trabalho, embora ele ocorra, quase sempre, por motivo de descuido, negligência, imprudência, enfim culpa do empregado. Por estas razões é que o projeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias (*Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n. 24, p. 101 e 102).” (3)

Avultam, desde logo, como observa Francisco Amaral, as duas funções da equidade: “1) proporcionar um critério para a interpretação jurídica, concedendo ao intérprete maior autonomia; 2) constituir-se, como consciência do direito, em impulso para as respectivas mudanças, buscando o direito, o novo direito, como solução justa para casos concretos.” (4)

Agostinho Alvim, em magnífica obra - atualíssima, não obstante publicada em 1949 - comenta o art. 172, do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, transformado, com ligeiras alterações de redação, no parágrafo único do art. 944, do CC/02: “Este dispositivo tem sua fonte imediata no art. 43 do Código Federal das Obrigações, que subordina a extensão da reparação à gravidade da culpa e às circunstâncias apreciadas pelo juiz, regra esta ditada para as obrigações oriundas de atos ilícitos, mas aplicável às provenientes de contrato, por força do disposto no art. 99 do mesmo Código.

Porém, aquele arbítrio, que o Código Federal confere ao juiz, de modo algum poderá ser entendido como a possibilidade de aumentar-se a indenização, além do dano sofrido, no caso de haver dolo ou culpa grave, e isso porque haveria locupletamento injustificado do credor.

Tal preceito deve ser entendido como a possibilidade de reduzir-se a indenização, no caso de culpa leve.

Dos comentários de Rossel, vê-se ser esta a legítima interpretação e vê-se, também, a conveniência de um tal dispositivo.

Comentando o Código de 1881, diz ele: ‘Tem-se criticado esta disposição, que é peculiar do nosso Código. Certamente, suposto o ato ilícito, verificado o prejuízo e não havendo culpa por parte do lesado, o autor do ato deve ser condenado à reparação integral do dano. Mas o acaso desempenha, quase sempre, um papel tão evidente

nestas espécies de negócios, que convém permitir ao juiz levar isso em conta, principalmente nos casos de culpa leve, e não fazer suportar inteiramente pela parte culpada um prejuízo ocasionado, em parte mais ou menos considerável, pela fatalidade' (cf. *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, n 11)." (5)

Diversas codificações estrangeiras, dentre as quais o supramencionado Código Federal Suíço das Obrigações consideram a gravidade da culpa na fixação da indenização. A lei suíça dispõe: "Art. 43 (III. Fixação do Dano), 1) O modo e a extensão da indenização pelo dano causado, estabelece o juiz que, no caso, tem de considerar não só as circunstâncias como a gravidade da culpa. (...) Art. 44 (IV. Motivos de redução), 1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer; 2) Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar." (6)

A indenização por equidade encontra-se prevista no § 829, do Código Civil alemão: "§ 829 (Responsabilidade equitativa) Quem, em um dos casos assinalados nos §§ 823 a 826, não for, com fundamento nos §§ 827 e 828, responsável por um dano por ele causado, terá, não obstante, sempre que a indenização do dano não possa ser exigida de um terceiro com dever de vigilância, de indenizar o dano, desde que a equidade, de acordo com as circunstâncias, particularmente, de acordo com as relações entre os interessados, exigir uma compensação, e a ele não sejam tirados os meios dos quais necessita para sua manutenção conveniente, assim como para a realização das suas obrigações legais de alimentos." (7)

Menciona Milton Paulo de Carvalho Filho que, no direito argentino, o art. 1.069, do Código Civil, contemplado na Lei n. 17.711, passou a dispor: "O dano compreende não apenas o prejuízo efetivamente sofrido, senão também a ganância de que foi privado o danificado pelo ato ilícito, e que neste Código se designa com as palavras perdas e interesses. Os juízes, ao fixar as indenizações pelos danos, poderão considerar a situação patrimonial do causador, atenuando-a se for equitativo; mas não será aplicável esta faculdade se o dano for imputável a dolo do responsável." (8)

Na seqüência, o magistrado paulista reproduz comentários de Atilio Anibal Alterini: "(...) A natureza da obra do autor exclui a possibilidade de atenuar a responsabilidade quando há dolo; não havendo culpa, ou havendo um ligeiro descuido como é a culpa, compete que os juízes atenuem equitativamente as indenizações no caso. (...)" (9)

O art. 1.103, do Código Civil espanhol autoriza os Tribunais, na responsabilidade contratual e também na aquiliana, a moderar a indenização, "*según los casos*".

Yzquierdo Tolsada refuta a idéia de que o Código espanhol tenha pretendido restaurar a velha gradação de culpa, do Direito romano.

A possível redução ocorre segundo "as circunstâncias do caso" - e não se vincula à intensidade da culpa. O art. 1.103 outorga ao juiz uma faculdade moderadora, igualmente aplicável aos casos de concorrência de culpas (*rectius*, de causas).

A equidade é a fonte exclusiva da decisão judicial - e a forma de aplicá-la integra a soberania do julgador. (10)

2. A equidade

A concepção de RAWLS, acerca da "teoria da justiça como equidade", embora engastada noutro contexto, torna-se útil para validar a menção à equidade, contemplada pelo legislador, no art. 944, parágrafo único, do novo CC: "Assim, a teoria da justiça como equidade busca precisar o núcleo central de um consenso por justaposição, isto é, idéias intuitivas comuns que, coordenadas numa concepção política de justiça, se revelarão suficientes para garantir um regime constitucional justo. Isso é o que podemos esperar de melhor e não necessitamos de nada mais." (11)

O apelo à equidade encontra-se em várias leis. Conceituá-la e, principalmente, aplicá-la, contudo, é tarefa das mais difíceis. (12)

A equidade, entre nós, faz parte da aplicação do direito aos casos concretos. Tanto o legislador, quanto o magistrado, valem-se da equidade - como observa Alípio Silveira. (13)

Pondera Mário Bigotte Chorão:

"Adquire especial saliência, apoiada numa vetusta e prestigiosa tradição cultural, a concepção da equidade como justiça do caso concreto, isto é, uma forma de justiça que, superando a mera justiça legal, se adequa às circunstâncias da situação singular. Nesta acepção, a equidade é como que mediadora entre o princípio abstracto da justiça legal e as exigências dos casos singulares e concretos. Ela é, pode-se dizer, a justiça enquanto concretizada na solução de cada caso. (...) Segundo uma tal concepção, a equidade é, em suma, uma realidade essencialmente jurídica, embora, translegal, que serve para a mais plena realização da justiça (e do direito). Por meio dela se consegue, diz-se, '*sortir de la légalité pour rentrer dans le droit*' (Sertillanges)." (14)

A equidade, para Bigotte Chorão, ao superar a mera legalidade positiva, "possibilita uma consecução mais perfeita da justiça e do direito." (15)

Vicente Ráo, a propósito do tema, expõe as seguintes considerações:

"Designa-se por equidade uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão, sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para esse fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões." (16)

Alípio Silveira destaca uma das funções da equidade - a adaptação das normas às circunstâncias do caso:

"Com efeito, muitas vezes sucede que a generalidade com que foi concebida a norma impede a sua correta

aplicação às circunstâncias do caso concreto. Então, surge uma importante operação do juiz: a adaptação da norma abstrata ao caso concreto. A equidade, nesta função, não quer que a norma se quebre, mas simplesmente se amolde, às circunstâncias do caso concreto.” (17)

Por óbvio, será deveras trabalhoso, para o juiz, lançar mão do critério da equidade, para dimensionar com justiça a indenização. Isto porque o conceito, para lá de lógico, é sobretudo ontológico e axiológico - transcende a simples aplicação da norma - para se situar num campo preponderantemente interpretativo.

Incumbirá ao juiz, como acentua o autor português, encontrar a via média entre o normativismo abstrato e o decisionismo casuístico. (18)

Maria Helena Diniz lembra Aristóteles, em sua “Ética a Nicômaco”:

“Desempenha a equidade o papel de um corretivo, de um remédio aplicado pelo julgador para sanar defeitos oriundos da generalidade da lei, pois a aplicação fiel de uma norma a um caso concreto poderá ser injusta ou inconveniente. A equidade é, teoricamente, uma virtude de que deve lançar mão o aplicador, para temperar os rigores de uma fórmula demasiado genérica, fazendo com que esta não contrarie os reclamos da justiça. Considera, portanto, a equidade como uma virtude informada pela justiça.” (19)

A função individualizadora, resultante da equidade - reitere-se - é atribuída ao juiz.

O magistrado, todavia, não dispõe de poderes ilimitados. Sua decisão deverá ser orientada por informes e circunstâncias que - como afirma Agostinho Alvim - “tenham valor perante o direito, circunstâncias que o legislador levaria em consideração, se legislasse para o caso em apreço.” (20)

Deve-se repelir o subjetivismo absoluto. O critério a ser adotado é aquele recomendado pelo sistema do direito - não apenas calcado nas convicções pessoais do juiz.

Isto porque, como assevera o Prof. Alvim, “o juiz, quando julga por equidade, não cria o direito, antes o extrai do sistema e o revela”. O juiz deve revelar o que “descobriu”, não o que haja criado arbitrariamente. (21)

Oportuna, também, a ponderação de GËNY, lembrada por Alípio Silveira:

“Embora a suponhamos perfeita e completa, a lei não pode, por si só, abranger diretamente todas aquelas injunções cuja natureza é satisfazer às necessidades inteiramente concretas da vida jurídica. Entre essas necessidades, tão variadas, tão fugidias, e a fórmula rígida do texto legal, é necessário um intermediário, que possa e saiba adaptar esta fórmula às situações e circunstâncias para as quais foi elaborada. Este intermediário é, precisamente, o intérprete do direito e, particularmente nos litígios concretos, o juiz. Por isso, pode dizer-se que a lei não passa de um simples ponto de partida para aquilo que deve ser realmente e definitivamente estatuído. Quer dizer, o legislador muitas vezes não pode senão determinar as linhas gerais de um dado quadro jurídico, e deve deixar à aplicação do Direito o cuidado de preenchê-lo segundo os pormenores das espécies.” (22)

Por outro lado, mister ressaltar que não se pode colocar a equidade acima da lei - na exata dicção de Brebbia:

“La equidad no se situa por arriba de la ley sino en su mismo nivel, en cuanto ayuda a su aplicación, y por ende, integra el sistema de derecho positivo, al constituir un elemento necesario para la consecución del fin propuesto por la norma. Y ello es así, porque la equidad, en el plano axiológico, según se ha visto, equivale a la justicia, y el Derecho es un conjunto de normas generales coactivas que tienen por finalidad esencial la consecución de aquélla, en el seno de las comunidades humanas. Puede decirse entonces que esa meta final del Derecho que es la justicia, penetra e impregna toda su estructura, e impone a la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso particular; sin la cual, las normas positivas constituirían solo meras aspiraciones y no, concreciones del valor justicia en el plexo del mundo del ser.” (23)

3. Os graus da culpa

Tradicionalmente, tem-se a culpa levíssima, leve e grave. Poderá o juiz, agora, reduzir equitativamente a indenização, mediante a aferição do grau de culpa, cuja gravidade influenciará a quantificação - em cotejo com a extensão do prejuízo.

Incumbirá ao órgão julgador averiguar a culpa, para determinar a obrigação de indenizar; em seguida, definir-lhe a graduação, para a correta valoração pecuniária do ressarcimento (art. 944, parágrafo único).

A seguir, avaliará a desproporção entre culpa e dano, para depois, reconhecida a culpa leve ou levíssima, operar a redução, mediante indicação precisa das razões do seu convencimento, além de detalhar, em suas possíveis minúcias, a forma pela qual obteve o *quantum* indenizatório cominado.

O julgador deverá, também, se for o caso, sopesar a eventual participação da vítima na ocorrência do evento danoso, a fim de excluir o dever de indenizar - ou, atenuá-lo, proporcionalmente, na hipótese de culpas concorrentes (*rectius*, causas concorrentes).

Determinam os dispositivos legais pertinentes:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa, em confronto com a do autor do dano.”

Consigne-se, desde logo, que “se o fato da vítima surgir como causa exclusiva do dano, resultará eliminado o nexo de causalidade - e exonerará totalmente o demandado”.

Por outro lado, a culpa da vítima, quando concorrente, é levada em consideração para exonerar parcialmente o causador do dano. É relativamente raro que a culpa da vítima seja causa exclusiva do dano. Em presença de culpas provadas, tanto da vítima, quanto do requerido, a responsabilidade pelos danos será partilhada entre ambos. A indenização poderá ser reduzida, mas não suprimida totalmente. (24)

Pertinentes, neste comenos, as corretas observações

de Eugênio Facchini Neto: “O art. 945 igualmente constitui uma inovação apenas formal no ordenamento jurídico pátrio, pois embora não conste da legislação vigente, a jurisprudência desde sempre levou em consideração a concorrência de culpas para a fixação das indenizações. Registre-se que embora esteja absolutamente consagrado pelo uso jurisprudencial (predominando também na doutrina) a expressão concorrência de culpas, na verdade a questão não se coloca tecnicamente no plano da culpabilidade, mas sim no plano da causalidade (concorrência de causas ou concausalidade), onde se deve fazer a distinção entre causa e condição. Todavia, referir-se à concorrência de culpas é um uso linguístico tão arraigado que dificilmente poderá ser revertido, apesar da impropriedade técnica. Rendemo-nos, assim, à tradição, embora registrando nossa discordância.” (25)

A propósito da elaboração legislativa do parágrafo único do art. 944, inalterado desde o Projeto submetido à Câmara dos Deputados, o Prof. Arthur E. S. Rios (26), expendeu lúcidos e pertinentes comentários, ora transcritos:

“A gravidade do ato e não a extensão do dano como medida indenizatória - É uma flexibilidade do Projeto 634 a regra geral encontrada no parágrafo único do art. 946, onde ao invés da indenização pela extensão do dano, temos a indenização do prejuízo pela intensidade da culpa do autor do dano ou o julgar pela equidade, reduzindo o *quantum* indenizatório: ‘Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.’ Tal inciso foi bastante discutido na Câmara dos Deputados pelos Deputados Tancredo Neves, Cleverson Teixeira, Siqueira Campos, Fernando Cunha e outros, com cerca de cinco emendas. S. Ex.^a, que depois foi guindado à Presidência da República, afirmou: ‘a indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação do prejuízo’ (Emenda 539), enquanto os demais foram para que não se desse ‘aos juízes tamanha atribuição de alcance impressionante’ conforme expressão de um deles, enquanto o outro dizia: ‘o perigo está em que há juízes bons, íntegros e ilustres, mas há também os maus, perseguidores e grosseiramente incultos’, todos batendo na tecla da supressão daquele dispositivo. Olvidaram Suas Excelências que o juiz não é instância única, e por outro lado, não se legisla por possíveis erros e defeitos dos aplicadores e sim pela justiça, lógica e humanização da norma. No sentido contrário, ou seja, no sentido de se ampliar o ‘reduzir’ para ‘fixar’ firmou-se o Dep. José Bonifácio Neto. O Relator Geral, Dep. Ernani Satyro, recusou todas as emendas, com apoio do Plenário. Com referência à proposta de substituição do termo ‘reduzir’ para ‘fixar’ expressou-se: ‘O poder que no mencionado parágrafo se outorga ao juiz é apenas o de reduzir a indenização por equidade, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’. Realmente o ‘fixar’ que poderia ser também ‘aumentar’ iria ferir o *restitutio in integrum* e transformar o dispositivo numa apenação não razoável. O princípio da ‘redução’ por equidade, decorrente das condições econômicas do responsável, já está exitoso em países evoluídos. Uma desgraça não se compensa com

outra, ademais quando em se tratando da intensidade leve da culpa, até o homem cauteloso pode incorrer (levíssima) ou o homem médio pode incidir (leve) e sempre somente o querer-meio ser a força motriz.”

A existência de culpa, satisfatoriamente provada, qualquer que seja a intensidade, concede ao lesado direito à reparação. (27)

A inovação representada pelo parágrafo único do art. 944 do novo CC, entretanto, introduz a necessidade de o juiz estabelecer o grau da culpa com que se houve o causador do dano, no propósito de fixar com maior justiça a indenização.

Assim, o julgador, após demonstrar, concretamente, em que consistiu o agir culposo do réu, deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência verificada no caso concreto - se grave, leve ou levíssima.

Somente após análise fundamentada, tendo em conta o padrão de conduta do homem prudente, passará o juiz à quantificação da indenização.

O julgador é livre nessa análise; conserva grande liberdade de apreciação. Não existe regra fixa. Preponderará a equidade - como o próprio texto legal recomenda.

Mas a culpa há de resultar configurada, plenamente provada.

Impõe-se, doravante, considerar a maior ou menor gravidade da culpa - não para se imputar responsabilidade, posto que, para tal, basta a existência da culpa - mas ao fito de se estabelecer o valor da indenização: “A extensão da indenização será determinada por arbítrio judicial, conforme a equidade, as circunstâncias e a condição dos interessados. Assim, portanto, o juiz pode decretar uma indenização meramente parcial.” (28)

Na culpa, inexistente intenção de causar o dano, mas há previsibilidade. A culpa grave aproxima-se do dolo, integra a categoria do “quase-delito”. Prosseguem os Mazeaud e Tunc: “(...) a negligência ou imprudência cometida é de tal modo grosseira, que apenas se torna crível que o autor não tenha desejado, ao agir, causar o dano que se produziu.”

Somente a prova da falta de intenção maliciosa afasta a caracterização do dolo. A culpa quase-delitual é um erro de conduta tal, que não o cometeria uma pessoa razoavelmente cuidadosa, que estivesse nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano. (29)

Enquadrar-se-ão no figurino da culpa grave a supina negligência, a imperícia crassa, a imprudência criminoso.

Para Mosset Iturraspe, a culpa lata ou grave implica negligência, imprudência ou imperícia extremas, não prevenir ou compreender o que todos prevêm ou compreendem, omitir os cuidados mais elementares, descuidar da diligência mais pueril, ignorar os conhecimentos mais comuns. Cita o exemplo do advogado que se esquece de ofertar uma prova que demonstraria de modo inequívoco o direito de seu cliente; do médico que não desinfeta uma ferida; do motorista que abandona seu automóvel em movimento. (30)

Em França, a Corte de Cassação assentou que a culpa grave, inexcusável, “revela gravidade excepcional quando derivada de ato ou omissão voluntários, da consciência do perigo que o autor deveria possuir; ausenta-se toda e qualquer causa justificativa - e se distingue do

dolo apenas pela falta de um elemento intencional.”

Julgar-se-á a conduta do causador do dano comparando-a com aquela que teria sido observada por um homem escrupuloso, de inteligência e prudência normais.

Nosso Código, ao restaurar a tradicional graduação da culpa, para determinar a extensão da indenização, em leve, levíssima e grave, faz com que o juiz estabeleça comparações entre condutas, observadas as mesmas condições e iguais circunstâncias de tempo e lugar.

Fernando Pessoa Jorge (31) lembra que, no direito romano - do qual advém a teoria das três culpas - na responsabilidade contratual o devedor não respondia por culpa levíssima, a qual, todavia, era relevante na responsabilidade delitual, extracontratual ou aquiliana - daí o aforismo “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”.

Adiante, escolia:

“Os termos da classificação não correspondem, a nosso ver, a modalidades autônomas de culpa em sentido estrito. Trata-se, no fundo, de graus da própria culpabilidade, na apreciação da qual não entra apenas o estado psicológico do agente: pode este actuar com dolo e o juízo de reprovação ser menos severo do que se actuasse com mera culpa. É mais grave a negligência daquele que não apagou a fogueira que acendeu na floresta, do que o dolo de quem causou propositadamente um dano ligeiro em bem alheio; como é mais censurável a atitude do médico que se esqueceu de visitar um doente grave, que estava a seu cuidado, e cujo tratamento exigia essa vigilância, do que aquele que conscientemente faltou à visita prometida, quando sabia que o estado do enfermo não reclamava a sua presença.” (32)

Bustamante Alsina, após esclarecer que a codificação civil argentina não classifica a culpa em graus, indica de que forma deve o juiz atuar para estabelecer a culpabilidade do autor do ato ilícito ou devedor de uma obrigação:

“a) considerar em concreto a natureza da obrigação ou do fato - e as circunstâncias das pessoas, tempo e lugar; b) considerar unicamente as condições pessoais do agente em relação ao maior dever de previsibilidade imposto pelas circunstâncias em que atua; c) com tais elementos concretos, deve o juiz criar um tipo abstrato de comparação que lhe permita estabelecer se o réu atuou ou não como deveria atuar - com cuidado, perícia, diligência, prudência, etc.” (33)

Starck, Roland e Boyer identificam quatro degraus na hierarquia da culpa: intencional, inescusável, grave e leve. Na culpa intencional - ou dolo - a vontade incide sobre o ato e suas conseqüências. Não somente a vontade de agir de tal maneira, mas ainda querer o resultado danoso. A intenção de prejudicar, de causar o dano, é inerente ao dolo.

Restam, portanto, os demais graus de culpa, acima referidos. Inescusável é a culpa de excepcional gravidade, derivado de ato ou omissão voluntária, da consciência do perigo que o autor deveria possuir - e da ausência de qualquer causa justificativa. Distingue-a do dolo - ou culpa intencional - o fato de a vontade não se aplicar às conseqüências danosas do ato em questão.

Quanto à culpa grave, apresenta grau de importância menor que da culpa inescusável. Também é despojada de malignidade - e tampouco se equipara ao dolo. A culpa

grave exige julgamento mais severo da conduta do agente, seja pelo comportamento em si, seja pelas conseqüências advindas dessa conduta. Intrinsecamente, revela erro grosseiro, imperícia imperdoável, incúria patente (não perceber o que todos perceberiam). Extrinsicamente, a gravidade decorre da importância do dano causado, da previsibilidade desse dano e do esforço para evitá-lo.

A culpa leve - ou levíssima - é o erro de conduta ao qual todos os indivíduos estão expostos. Apresenta-se mais freqüentemente sob a forma de negligência, revelando falta de atenção - ou imprudência, devido à falha ou insuficiente reflexão sobre a conseqüência de seus atos. (34)

A culpa leve consiste na omissão de um cuidado próprio do diligente pai de família, de um homem normal, ordeiro e cuidadoso na gestão de sua empresa ou na atividade correspondente à prestação de que se trata. (35)

Enfim, a culpa, ainda que levíssima, determina a responsabilidade civil. A análise da gravidade determinará o *quantum* indenizatório.

4. A fixação da indenização

Essa graduação introduzida pelo novo CCB permitirá maior justiça ao se fixar a extensão da reparação - por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o causador do dano. Conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposo será enquadrado como levíssimo, leve ou grave. Aí, o juiz poderá proceder à justa individualização da culpa e, por conseguinte, determinar a extensão da reparação.

Milton Paulo de Carvalho Filho, sobre a inserção de tal dispositivo em nossa codificação civil, comenta:

“Alvim ainda aduz que o fundamento da adoção desse abrandamento legal encontra-se no fato de que às vezes alguém se vê obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções por ter concorrido com culpa leve ou por mera fatalidade para a ocorrência do dano. Nesse caso, o juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio-termo. É certo que o juiz não deve fazer isso, mesmo porque a dureza é da lei e não dele. Contudo, certo é também que, se em tais casos ele não tiver algum arbítrio, não serão evitados os julgamentos por sentimentalismo, imprópriamente ditos por equidade. O renomado jurista cita como exemplo o caso de um homem que economizou a vida toda para garantir a velhice, e, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, pode vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Argumenta ainda que, se a vítima também perde, poderia perder igualmente, sem ter a quem recorrer, se a fatalidade fosse outra: um raio, ou obra de um malfeitor desconhecido. Conclui dizendo que a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, da qual ninguém nunca se furtou.” Acrescenta, também, em nota, exemplo de Sílvio Rodrigues: “(...) pessoa que distraidamente se encosta na vidraça, no vigésimo andar de um prédio, e esta se desprende para cair na rua e matar um chefe de família. Segundo ele, aquela pessoa, que teve apenas uma

inadvertência, poderá ser condenado ao pagamento de uma enorme indenização, capaz de consumir toda a economia de sua família.” (36)

Pertinentes as observações de Fernando Pessoa Jorge, sobre o art. 494, do Código Civil Português:

“(…) que veio dispor: ‘quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem’. Convém precisar o alcance do preceito. Antes de mais, a faculdade atribuída ao tribunal é de fixar uma indemnização inferior ao valor dos danos causados: não pode fixar, pois, indemnização superior, porque a responsabilidade civil não deixa de exercer uma função primordialmente reparadora, e a imposição de tal indemnização envolveria uma pena para o lesante e um enriquecimento injusto para o lesado. Além disso, deverá tratar-se de responsabilidade fundado em acto ilícito meramente culposos, pelo que se excluem os actos dolosos. O tribunal poderá fixar a indemnização em termos diferentes da regra geral, em que ela se mede pelos prejuízos, mas não terá necessariamente de o fazer; se o fizer, julgará segundo a equidade, isto é, segundo o que lhe parecer justo no caso concreto, atendendo a todas as circunstâncias que se verificarem e, em especial, ao grau de culpabilidade do agente.” (37)

Enfatize-se que tal redução - quando viável - repercutirá sobre todas as verbas indenizatórias: danos materiais, morais, lucros cessantes e pensionamento - quando se tratar de dano a pessoa (morte ou incapacidade para o trabalho). O pensionamento em caso de morte, por exemplo, é fixado em dois terços da remuneração auferida pela vítima, pois se presume ser o terço restante consumido no sustento próprio. Reconhecida a culpa leve, poderá o juiz, após avaliar todas as nuances do caso, reduzir a pensão, por exemplo, para um terço da remuneração do *de cuius*.

O mesmo ocorrerá com a compensação do dano moral. É esta, também, a orientação de Carvalho Filho:

“(…) Por fim, ressalte-se que a lei não faz distinção quanto à natureza do dano que autoriza a redução do valor da indenização, que poderá ser material ou moral. Isso significa que poderá ocorrer a hipótese em que a mitigação se dará apenas na fixação da indenização na espécie de um dos danos causados. Seria o caso em que, por exemplo, a culpa leve do agente tenha causado danos morais elevados e materiais de pequena monta. Nesta hipótese, como estaria presente a desproporção exigida pela lei apenas em relação aos danos morais, somente estes autorizariam a redução equitativa da indenização.” (38)

Por óbvio, o dispositivo não se estende aos domínios da responsabilidade objetiva, devido à expressa determinação legal.

Entretanto, nas hipóteses em que terceiro haja de responder (v.g., responsabilidade do patrão por ato culposos do preposto), é plenamente justificável que a culpa leve ou levíssima do empregado seja considerada na atenuação do encargo indenizatório.

Em tais casos, não se cuida de responsabilidade objetiva, mas da modalidade culposa, embora com

transferência do dever de indenizar àquele que, pela má escolha do serviçal, responderá pelos danos que este venha a causar a outrem.

Saliente-se, ainda com Carvalho Filho (39), forte nas ensinanzas de Agostinho Alvim, “para quem o arbítrio conferido ao juiz de modo algum poderia conduzi-lo a aumentar a indenização, além do dano sofrido, no caso de haver dolo ou culpa grave, pois geraria locupletamento injustificado ao credor. Por isso, tal preceito deve ser entendido como a possibilidade de reduzir-se a condenação, no caso de culpa leve.”

Sílvio Rodrigues, a propósito do art. 980, parágrafo único, do Projeto de Código Civil de 1975 (com idêntica redação à do atual art. 944, parágrafo único), expendeu as seguintes considerações:

“Tal solução é de grande sabedoria e tenderia a restabelecer a justiça faltante, em muitas hipóteses. De fato, examinado o caso concreto, as circunstâncias pessoais das partes e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada. Poderá fazê-la variar conforme as posses do agente causador do dano, a existência ou não de seguro, o grau de culpa e outros elementos particulares à hipótese em exame, fugindo de uma decisão ordenada por regra genérica, no geral desatenta das peculiaridades do caso concreto.” (40)

Mais uma vez com Carvalho Filho:

“(…) os requisitos objetivos que devem ser satisfeitos para que o causador do dano tenha direito à redução de que trata o parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil” seriam os seguintes: “1) a menor gravidade da culpa - conduta menos reprovável do agente; 2) a ocorrência de um dano de grande extensão que autorize reconhecer a excessiva desproporção entre ele e a gravidade da falta, e 3) permitir a situação econômica do lesante, que não poderá ser reduzido ao estado de necessidade.” (41)

Como dantes mencionado, Agostinho Alvim já se posicionara favoravelmente ao disposto no art. 172, do Anteprojeto de Código de Obrigações - por consagrar melhor doutrina que a do Código Civil - porquanto:

“Sucede, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, como acentua Rossel, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízo de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio-termo. É verdade que o juiz não deve fazer isso, mesmo porque a dureza é da lei e não dele. Mas o certo é que, se em casos tais ele não tiver algum arbítrio, não se evitarão os julgamentos por sentimentalismo, impropriamente ditos por equidade.” (42)

Arthur E. S. Rios observa que a “*socialização ou humanização do direito* não perde de vista também o autor do dano, embora tenha em vista mais os fracos, enfraquecidos ou prejudicados.” E conclui:

“Evidente que uma indenização não pode provocar um ‘enriquecimento indevido’ (receber a vítima mais do que o necessário para o restabelecimento do *statu quo ante*) como também não pode promover um ‘empobrecimento indevido’ (receber a vítima menos do que o preconizado no instituto do *restitutio in integrum*), entretanto o pagamento deverá ter o equilíbrio possível, também para

que não se transforme numa injustiça para o devedor.

Jus est ars boni et aequi é a máxima seguida pelo direito, destarte a possibilidade menor do agente para suportar o peso indenizatório pode chegar às raias da necessidade da redução, a fim de que não se consubstancie uma outra desgraça ou desastre, ditada aquela diminuição não pela lógica e sim pela equidade (justiça do caso concreto). O Projeto evolui no particular (aquilo que se tem e aquilo que se deseja ter), de uma das maneiras das mais justas, visto que a reparação civil é patrimonial, com suas limitações, enquanto os riscos assumidos por todos, podem causar danos ilimitados, no que concerne às perspectivas e possibilidades da sorte de cada um.” (43)

5. O Juiz e a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/02

Quando se recorre à equidade, com o propósito de se reduzir a indenização, em face da culpa levíssima ou leve com que agiu o causador do dano, poder-se-iam estabelecer, desde logo, três faixas, correspondentes às “três culpas”.

Tais parâmetros, percentuais ou numéricos, constituiriam ponto de partida para se operar a redução, em se tratando de culpas menores.

Pode-se então afirmar que a culpa provada, ainda que levíssima, sempre acarretará o dever de indenizar.

Mas incumbirá ao juiz, tendo como ponto de partida hipotética indenização integral, estabelecer o valor apropriado da reparação, a partir de criteriosa análise da extensão da culpa com que se houve o agente.

Ao juiz, quando decidir ação de reparação de danos, fundada na alegação de culpa, incumbirá demarcar, na motivação do *decisum*, quatro fases distintas: na primeira, analisará a existência da culpa - e, caso positivo esse juízo, firmar-se-á a obrigação de indenizar; na segunda, resolverá a questão das verbas indenizatórias, concedendo aquelas que entender cabíveis (danos emergentes, lucros cessantes, pensionamento, danos morais etc.), com adequada motivação; no terceiro momento, já admitido o agir culposo - devidamente provado - o julgador estabelecerá o grau da culpa, por ele identificado, no caso concreto. Quando grave, exporá as razões do seu convencimento e deferirá a reparação integral, já explicitada - encerrando-se aí a sentença. Todavia, caso reconhecida a culpa leve - ou levíssima - passará à quarta fase, que consistirá na indicação, fundamentada, do percentual ou valor da redução, aplicável a cada uma das parcelas integrantes da indenização, deferidas à vítima. Nesta última fase, a par do grau da culpa, deve-se evidenciar a excessiva desproporção entre a culpa e o dano - ou seja, o prejuízo ocasionado pela mínima negligência, v.g., deve assumir grande vulto.

Nessa apuração, como o dano é o requisito de maior visibilidade, dentre os que integram a responsabilidade civil, uma vez fixado o grau da culpa, não haverá dificuldade para se identificar a ocorrência ou não da desproporção a que alude o parágrafo único do art. 944.

Relembre-se, ainda uma vez - com Mosset Iturraspe - que a previsibilidade objetiva, com seu critério abstrato de comparação da atuação do agente a um modelo idealizado, conduz ao reconhecimento dos graus da

culpa, ao estabelecimento de um juízo de maior ou menor reprovação da conduta que se examina, em cotejo com esse *standard* ideal de prudência média. Nessa comparação - prossegue Iturraspe - não se pode prescindir das esferas em que cada pessoa atua (industrial, comercial, profissional) e das exigências de uma vida social ordenada. Fala-se, então - em retrospectiva - no critério do “bom pai de família” (Código Civil francês); aos “cuidados exigíveis nas relações ordinárias” - § 276, BGB; e na “diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” - art. 487, 2, do Código Civil português. (44)

Longe de representar uma benesse ao causador do dano, a modificação ora vigente em nosso Código Civil parece-nos apropriada à consecução, pelo julgador, da solução mais justa e equânime, em todas as demandas onde se examine a responsabilidade calcada na culpa, dita subjetiva.

6. Fixação da indenização e o enriquecimento sem causa

Nos dias atuais, verifica-se tendência acentuada, por parte dos julgadores, a agregar às indenizações o denominado “preço do desestímulo.”

Acrescenta-se quantia, em pecúnia, com finalidade punitiva, destinada a quebrantar o ânimo do ofensor, dissuadindo-o de cometer outros atos lesivos. Trata-se de punição exemplar ou danos punitivos.

Tal parcela não guarda nenhuma pertinência com o dano efetivamente sofrido pela vítima, quer material, tampouco extrapatrimonial.

Em tais casos, a rigor, nega-se vigência ao comando emergente do art. 944, *caput*, do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano.”

Giovanni Ettore Nanni, em preciosa tese doutoral, detém-se na análise do enriquecimento sem causa, vinculado à questão da quantificação das indenizações. (45)

Firma, desde logo, princípio segundo o qual é vedado, ao fixar-se a indenização, fazer com que a quantia reparatória transforme-se em fonte de locupletamento do lesado. Esclarece, com apoio nas ensinanças de Caio Mário da Silva Pereira, que o montante da indenização não poderá ser inferior ao prejuízo, posto que a reparação deve ser integral. Também não poderá ser superior ao prejuízo, caso em que as perdas e danos tornar-se-iam fonte de enriquecimento - além de ocasionar a ruptura do binômio dano-indenização. (46)

Na seqüência, o autor expõe, com clareza, seu posicionamento:

“Antes de prosseguir na demonstração da extensão do dano, vale dizer que a questão da instituição da penalidade ao ofensor não vigora no que concerne ao dano patrimonial. E mais, na opinião adotada no presente trabalho, sequer com relação ao dano extrapatrimonial deve-se admitir tal possibilidade. (...)”

Resulta esse ponto de vista da obediência à regra instituída no art. 944, *caput*, do novo Código Civil ao prescrever que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, pelo que ficam excluídas verbas adicionais - vale dizer, penalidades -, sob pena

de vilipendiar o princípio em estudo. (47)

A lição do Prof. Renan Lotufo é esclarecedora:

“(...) o objetivo da responsabilização é tornar o lesado indene, isto é, fazer com que o dano não seja sentido, de sorte que a diminuição ou o desaparecimento de um bem jurídico, ou a lesão de um interesse, seja superado, quando não pela reposição no *statu quo ante*, como uma forma indenizatória que supra a perda, a lesão.” (48)

7. A redução equitativa da indenização: duas hipóteses de aplicação, no domínio da responsabilidade civil do médico

7.1 Ausência de obtenção do consentimento informado

A quantificação da indenização sempre suscita controvérsia, principalmente por inexistir balizamento legal - permanecendo a fixação do montante indenizatório ao alvedrio do órgão julgador, de quem se espera, inda mais agora, por expressa previsão legal, decisão informada, sobretudo, pela equidade.

Pode-se exemplificar, no domínio da responsabilidade civil do médico, com as hipóteses de ausência de obtenção do consentimento informado e quando se aplica a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

No que tange ao consentimento informado, desenhasse a seguinte situação: o paciente submeteu-se a uma cirurgia, por exemplo, sem que os possíveis riscos inerentes ao ato lhe fossem convenientemente esclarecidos. A intervenção se realiza sem falhas, mas o risco, embora pouco freqüente, se concretiza. Noutras palavras, caso o doente, após informado, houvesse aquiescido, o dano seria inevitável - pois não decorreu de culpa médica, sim de causas absolutamente inevitáveis. Mas o enfermo não foi consultado, tampouco informado, e a lesão sobreveio.

Surge, então, a indagação: o profissional deve ser condenado ao ressarcimento integral, como se tivesse ocasionado diretamente os danos materiais e morais - ou a uma reparação parcial, relacionada não ao ato médico em si, mas à ausência do consentimento esclarecido?

Galán Cortés, ao abordar a questão dos critérios para a quantificação da indenização, presente a alegação de dano resultante da falta ou deficiência de informação devida pelo médico, sugere solução assemelhada àquela adotada para a “perda de uma chance”.

A soma indenizatória não seria fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como no caso de a lesão ter sido provocada por falha técnica ou deficiente atuação médico-cirúrgica, mas sim diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido convenientemente informado, não se submeter ao tratamento.

O parâmetro seria, hipoteticamente, a decisão previsível e razoável de outro paciente, diante da mesma situação e bem informado. (49)

Também outros fatores seriam analisados, como o estado de saúde do paciente, prognóstico e gravidade do processo patológico, as alternativas terapêuticas existentes, a necessidade da intervenção médica, a natureza do risco e condições. Assim, prossegue o Prof. Galán, não seria a mesma a indenização fixada quanto ao risco de uma lombalgia ou de uma hemiplegia; se se tratasse de

cirurgia imprescindível ou eletiva; em presença de patologia sem alternativa terapêutica, que não a realizada, ou com diversas opções, algumas menos arriscadas ou até isentas de risco.

Considerar-se-á, ainda, se seria razoável que outro paciente, devidamente informado, optasse pela terapia realizada - ou, ao contrário, declinasse daquela intervenção - bem como se o prognóstico da patologia tratada agravar-se-ia, caso não realizado o ato médico, ou não. (50)

De qualquer forma, como o dano não foi causado pela atuação culposa do médico, apesar da ausência do consentimento informado, a indenização será menor que aquela estabelecida para a hipótese de dano diretamente ocasionado por imperícia, imprudência ou negligência do profissional.

A propósito, julgado proferido por corte espanhola: “não pode equiparar-se, no plano da responsabilidade, o dano que é consequência da negligência médica, durante a intervenção, com aquele que resulta da omissão de informação concreta sobre um risco infreqüente, mas não excepcional, da operação.” (51)

Indeniza-se o dano moral gerado por privar-se o paciente de sua capacidade de autodeterminação - e não pela lesão causada pela cirurgia - toda vez que a intervenção tiver sido correta e representado a única opção terapêutica existente; por isso mesmo, o consentimento, naquelas circunstâncias, teria sido concedido por qualquer outro paciente.

Constata-se, pois, que a correlação entre a falta de consentimento e o dano, ao fito de se estabelecer o *quantum* indenizatório, não se faz de modo exatamente análogo à hipótese do prejuízo acarretado diretamente pelo agir culposos do médico.

O juiz, ao fixar a indenização, deverá examinar os fatores enfatizados por Galán Cortés - em especial: a) existência de outras terapias menos perigosas ou desprovidas de potencialidade lesiva; b) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após inteirar-se dos perigos inerentes à intervenção; c) se tais riscos, não informados, eram comuns ou excepcionais. Após, incumbirá ao julgador mensurar as consequências concretas da falta de consentimento, arbitrando reparação consentânea.

Fundamental é que o juiz avalie a distinção entre as duas hipóteses - falta de informação e nexos etiológico com o dano sofrido pelo paciente - a fim de que resulte bem definida, no julgado, a origem da reparação.

Em suma, também quando se trata da quantificação da reparação, nessas hipóteses de transgressão ao dever de obtenção do consentimento esclarecido e bem formado do paciente, ao órgão julgador incumbirá considerar o grau da culpa - aqui considerada tão-somente no que pertine à falta do consentimento esclarecido - e informar sua decisão, também, pelos princípios da equidade.

7.2 Perda de uma chance e quantificação da indenização

Às vezes, não é possível ao lesado provar que a atuação (ou omissão) do médico ocasionou o dano.

É o caso, por exemplo, do retardamento no diagnóstico de certa enfermidade. Quando, enfim, o médico descobre qual a doença de que padece o en-

fermo, a terapia não mais surte efeito e a pessoa morre.

Em muitos casos, não se pode afirmar, com certeza absoluta, que o diagnóstico precoce poderia salvar a vida do paciente, dada a virulência do mal.

Não é possível provar, portanto, que o prejuízo fatal foi causado pela demora em diagnosticar. Mas ninguém põe em dúvida que o retardamento subtraiu, ao menos, uma chance, ou oportunidade, de a vítima sobreviver por mais tempo - ou até vir a se curar.

Como essa causalidade entre a chance perdida e o resultado morte é incerta e improvável, a jurisprudência (a principiar pela França, em 1965) contenta-se com a indenização desse prejuízo “intermediário” - no dizer de Jorge Gamarra. (52) A reparação, no entanto, não é integral, posto que não se indeniza o prejuízo final, mas sim a chance perdida. (53)

O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável. Há sintomas inespecíficos, que mascaram determinadas doenças. Por isso, o médico só responderá por falha de conduta diagnóstica - o modo de proceder à investigação dos sinais patognomônicos - ou quando grosseira sua falha ao diagnosticar (descurar sintoma evidente e inconfundível, que outro médico, sem lugar, jamais ignoraria).

Inexiste dúvida, por conseguinte, que a perda de uma chance contempla casos singulares de culpa médica - quase sempre levíssima ou leve.

Também aqui se encontra, por conseguinte, terreno apropriado à incidência da redução da indenização, por equidade, na forma do art. 944, parágrafo único, do novo CC.

Quando não é possível afirmar que determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, a Corte de Casação francesa supõe que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura - e, em conseqüência, condena à indenização por esta perda.

Desaparece, desse modo, a dificuldade em se estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente - que tanto podem dever-se à culpa do profissional quanto às condições patológicas do próprio doente. Afirma-se que a atuação do médico diminui a possibilidade de cura desejável.

A causalidade resulta, então, fácil de estabelecer, pois, como disse Penneau, já não se trata tanto de demonstrar que tal culpa causou tal prejuízo, mas sim de afirmar que sem a culpa o dano não teria ocorrido. (54)

Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente.

Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida.

Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.

O Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em voto que proferiu (55), reproduz as características da perda de uma chance, na lição de François Chabas (*La Perte d'une Chance en Droit Français*, palestra na Faculdade de Direito da UFRGS, em 23.05.1990): “*On remarque, dans ces affaires, les traits communs qui sont les caractéristiques du problème: 1. Une faute de l'agent; 2. Un enjeu total perdu et qui pourrait être le préjudice; 3. Une*

absence de preuve du lien de causalité entre la perte de cet enjeu et la faute, parce que, par définition, cet enjeu est aléatoire. C'est une caractéristique essentielle de la question.”

Nunca se deslembre, todavia, que na perda de uma chance indeniza-se, em realidade, a chance, a oportunidade subtraída à vítima. Estampa tal conclusão julgado do Tribunal de Alçada do Paraná, que reapreciou - e manteve - sentença de procedência parcial da seguinte demanda indenizatória: associado de um plano de saúde contratara, também, transporte por UTI aérea - justamente por ser agropecuarista, deslocando-se freqüentemente à propriedade situada no interior do Estado de São Paulo. A vítima, quando se encontrava na fazenda, sofreu um AVC hemorrágico, derrame cerebral de significativas proporções. O médico que o atendeu, na pequena cidade interiorana, tentou entrar em contato telefônico, durante cerca de hora e meia, com a central da UTI aérea - sem êxito. Alegou-se a ocorrência de pane no sistema de telefonia do Aeroporto de Congonhas. Por isso, o transporte se fez por via terrestre, até a localidade que dispunha de maiores recursos. Três dias depois, não obstante a craniotomia levada a efeito por neurocirurgião, o paciente faleceu. Ninguém, em sã consciência, poderia afirmar com absoluta convicção que o paciente teria sobrevivido - dadas as dimensões do AVC - caso o traslado aéreo, por jato ou helicóptero, tivesse sido imediato. Mas não há dúvida quanto ao fato de o serviço deficientemente prestado pelo plano de saúde haver subtraído, ao menos, uma chance de o paciente sobreviver. Com seqüelas ou não, é impossível afirmar-se. A pretensão ao recebimento de valor correspondente a três mil salários mínimos, como compensação pelos danos morais, resultou na condenação ao pagamento de R\$16.000,00 (dezesesseis mil reais). (56)

Yves Chartier assinala que o dano, na perda de uma chance, é incerto - pois a própria realização da chance jamais seria certa. Mas existe uma certeza, que justifica a indenização: esta chance de obter algo, ou de evitar uma perda, que se situa na ordem possível - se não provável - das coisas, não poderá mais se produzir.

De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida - e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo - e certeza na probabilidade.

A chance perdida deve ser “séria”, ou “real e séria”. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado - prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

O montante estará vinculado à avaliação do dano consecutivo à perda. Se, por exemplo, a indenização integral atingiria cem mil francos, mas a vítima teve perdida uma chance, em duas razoavelmente possíveis, a indenização seria de cinquenta mil francos. (57)

Acórdão relatado pelo Des. Araken de Assis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sufraga “*la perte d'une chance*”:

“Responsabilidade civil. Médico. Comporta-se contra

a prudência médico que dá alta a paciente, a instâncias deste, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação e comunicado, posteriormente, do agravamento do quadro, prescreve sem vê-lo pessoalmente. O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. Também contribuiu a vítima à extensão do dano insistindo na alta. Limites indenizativos remetidos à liquidação. Verba honorária alterada. Apelação provida em parte” (In RJTJRGs 158/214). A condenação, de 408 salários mínimos, a título de dano moral, foi reduzida em trinta por cento (30%), devido a essa contribuição da vítima.

Gamarra alude a um dos casos mais conhecidos, *Herzkovits v. Group Health Cooperative* (S.C. Washington, 1983) em que houve retardamento de seis meses no diagnóstico de um câncer de pulmão: “quando o paciente é examinado pela primeira vez pelo médico, este fracassa em diagnosticar um tumor; se houvesse sido detectado nesse momento, o paciente teria 39% de chances de sobreviver cinco anos; quando o tumor foi descoberto e tratado, sua chance de sobreviver por mais de cinco anos era somente de 25%; o dano estava representado pela redução da chance em 14%; aqui encontramos a quantificação percentual do dano em função do valor da chance perdida, que é clássica - *todavía nada impede que os juízes recorram também a uma liquidação por equidade.*” (58) (destaquei.)

A matéria é instigante, mormente no âmbito da responsabilidade médica. De qualquer modo, representa um agravamento do estatuto da culpa. Às vezes, será solução justa, para contrabalançar o caráter aleatório da prova.

Sérgio Severo, a propósito da indenização pela perda de uma chance, pondera, com inteira pertinência: “(...) é essencial que a mesma seja ‘plausível e não aponte uma simples quimera’, como ensina Le Tourneau”. E, adiante, reforça: “(...) esta chance deveria ser séria e viável. (...) Portanto, a chance deve ser considerável e não meramente eventual. O montante indenizatório também não deve ser correspondente ao total do benefício que possivelmente ocorreria ou das perdas que poderiam ser evitadas. Na estipulação de tal montante, deve ser levada em conta a probabilidade de que tal sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privada a vítima, ou seja, o juiz apreciará, então, não o valor global dos ganhos ou perdas, mas a proporção deste valor que em concreto representa a frustração da chance, que é atribuível ao agente segundo as circunstâncias do caso.” (59)

Como visto, a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.

Tanto a chance perdida de obter um ganho quanto a de evitar uma perda tornam-se ressarcíveis.

Ressalte-se, ainda uma vez, que *a perte de chance de guérison ou de survie* não constitui artifício hipotético. Dá-se o que Yvonne Lambert-Faivre denomina “culpas deontológicas”, que também lançam conseqüências sobre o doente.

No tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato médico - aparentemente vinculado à perda - e o dano em si. (60)

Lambert-Faivre também alude às críticas formuladas a essa teoria. A determinação do nexo causal constitui operação intelectual apoiada sobre indícios e presunções. Tal exercício mental é sempre delicado - e exige dos magistrados que determinem, com sabedoria, se a culpa médica foi relevante, ou não, para causar o dano. Se a resposta for afirmativa, o médico deverá reparar por inteiro o prejuízo; se negativa, impossível se estabelecer o nexo de causalidade, não haveria responsabilidade médica. É a teoria do “tudo ou nada”.

A “perda de uma chance de cura ou sobrevivência”, não obstante, tem conquistado mais adeptos que detratores - e, com mais de trinta e cinco anos de aplicação, resiste ao passar do tempo.

No Brasil, aos poucos, a teoria tem encontrado adeptos.

Em fevereiro de 1993, ainda o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo voto condutor do Des. Araken de Assis, ao julgar o procedimento de um médico que concedeu alta a paciente, atendendo a insistentes pedidos do enfermo, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação - e, comunicado posteriormente do agravamento do quadro, prescreveu sem ver o doente - concluiu: “O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. Também contribuiu a vítima à extensão do dano insistindo na alta”. (61) Ao motivar o julgado, asseverou o relator: “(...) Liberando o paciente e retardando seu reingresso na instituição hospitalar, o apelante fê-lo perder chance razoável de sobreviver, embora a virulência estatística da doença. (...)”.

A apuração do *quantum* foi remetida à liquidação - considerando-se participação da vítima, pelo retardamento em comunicar o agravamento de seu estado de saúde, em trinta por cento do montante a ser apurado.

Tal hipótese, hoje, também se resolveria adequadamente mediante invocação do supra-referido art. 944, parágrafo único, do novo CC.

8. Conclusões

8.1 O novo Código Civil, pela adoção de normas abertas, consagra o princípio da operabilidade e possibilita ao juiz, em diversas hipóteses, construir a norma que regerá o caso.

8.2 O art. 944, parágrafo único, do CC/02, determina que o juiz aplique a equidade, para reduzir a indenização, tendo em conta o grau da culpa e o vulto do prejuízo.

8.3 A equidade desempenha função individualizadora, atribuída ao juiz - e visa à consecução da justiça e do direito.

8.4 A aplicação da equidade repele o subjetivismo absoluto e deve adequar-se ao sistema do direito.

8.5 Tradicionalmente, a culpa classifica-se em levíssima, leve e grave (ou *lata*). Quando levíssima ou leve, em cotejo com a extensão do prejuízo, o juiz efetuará as operações, racionais e fundamentadas, tendentes a reduzir o *quantum* indenizatório.

8.6 Quando houver culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a indenização poderá ser denegada ou atenuada, proporcionalmente à contribuição do lesado na eclosão do evento danoso (art. 945, CC).

8.7 Culpa é o desvio de um modelo ideal de conduta.

Na culpa leve, transgride-se o dever de cautela inerente ao homem médio; na levíssima, deixa-se de observar cuidado excepcional.

8.8 A culpa, ainda que levíssima, acarreta a responsabilidade civil; a análise da gravidade determinará a extensão da indenização.

8.9 A redução, quando possível, incidirá sobre todas as verbas indenizatórias: danos emergentes, lucros cessantes, pensionamento e dano moral - dentre outras.

8.10 Tal redução terá lugar somente nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, em que o fator de atribuição radica na culpa *stricto sensu* (imperícia, imprudência ou negligência) - descartados os casos de responsabilidade objetiva.

8.11 Nos casos de responsabilidade por culpa presumida - em que terceiro responde pelo ato culposo - também será possível operar-se a redução preconizada pelo art. 944, parágrafo único, do CC.

8.12 A adequação da indenização, na forma do parágrafo único do art. 944, não vem em detrimento da vítima, tampouco em favor do causador do dano; visa, tão-somente, à consecução da justiça, quando flagrante a desproporção entre o agir culposo e a magnitude do prejuízo.

8.13 O juiz, nas sentenças que apreciam o mérito das ações de reparação de danos, derivadas de responsabilidade subjetiva, deverá deliberar sobre a existência de culpa provada, resolver as verbas indenizatórias aplicáveis, definir o grau da culpa, examinar a extensão do dano e, presentes os pressupostos legais, operar a redução porventura cabível. Todas essas operações, em tópicos destacados, devem ostentar precisa fundamentação.

8.14 O art. 944, *caput*, do CC, veda a incidência da função punitiva da indenização - sob a denominação "danos punitivos", "punição exemplar", "preço do desestímulo" ou outras, pelo jaez - porquanto a indenização deve-se medir pela extensão do dano, vedado o enriquecimento sem causa da vítima.

8.15 No âmbito da responsabilidade civil do médico, nas hipóteses de transgressão ao dever de obtenção do consentimento informado e de aplicação da teoria francesa da "perda de uma chance de cura ou sobrevivência" - nas quais a culpa é leve, ou até mesmo inexistente, no ato médico em si, torna-se recomendável a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/02 - deferindo-se, sempre, indenização parcial.

Notas

(1) REALE, Miguel. *A história do novo Código Civil brasileiro*, p. 2.

(2) AMARAL, Francisco. *A equidade no Código Civil brasileiro*, p. 197.

(3) GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*, p. 66 e 67.

(4) *Idem*, p. 199.

(5) ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, p. 200 e 201.

(6) SOUZA DINIZ. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações*, p. 164 e 165.

(7) SOUZA DINIZ. *Código Civil Alemão*, p. 138 e 139.

(8) CARVALHO FILHO. Milton Paulo. *Indeni-*

zação por Equidade no Novo Código Civil, p. 97.

(9) *Idem*, p. 98.

(10) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Madrid: Dykynson, p. 233 e 234.

(11) RAWLS, John. *Justiça e Democracia*, p. 235.

(12) ALVIM, Agostinho. Da equidade. *RT*, vol. 797, mar. 2002, p. 767.

(13) SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. 1, p. 370.

(14) CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de Direito*, p. 86.

(15) *Idem*, p. 88.

(16) RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1, p. 69.

(17) SILVEIRA, Alípio. *Op. cit.*, p. 372.

(18) CHORÃO, Mário Bigotte. *Op. cit.*, p. 93.

(19) DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*, p. 244.

(20) ALVIM, Agostinho. Da equidade, *cit.*, p. 770.

(21) *Ibidem*.

(22) GÈNY, F. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 1932, vol. II, parágrafo 176 bis. *Apud* SILVEIRA, Alípio. *Op. cit.*, p. 76.

(23) BREBBIA, Roberto H. *La equidad en el Derecho de Daños*, p. 54.

(24) LE TOURNEAU, Philippe e CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité*, p. 278 ss.

(25) FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*, p. 185.

(26) RIOS, Arthur E. S. "Responsabilidade civil - os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale", *Revista de Direito Civil* 36/68.

(27) MAZEAUD, Henry e León et TUNC, André. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1º, vol. 2, p. 162.

(28) ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, p. 618.

(29) *Op. cit.*, p. 63, 65 e 85.

(30) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*, t. I, p. 75.

(31) JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 357.

(32) JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 359.

(33) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidad civil*, p. 334 ss.

(34) STARCK, Boris; ROLAND, Henri e BOYER, Laurent. *Obligations*, p. 147 ss.

(35) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 73.

(36) CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Op. cit.*, p. 67 e 68.

(37) *Op. cit.*, p. 364.

(38) *Op. cit.*, p. 103.

(39) *Op. cit.*, p. 67.

(40) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, vol. 4, p. 205.

(41) *Op. cit.*, p. 103.

(42) ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução...*, *cit.*, p. 201.

(43) RIOS, Arthur E.S. *Loc. cit.*

(44) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*, t. I, p. 73 a 75.

(45) NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 331 ss.

(46) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 312. Apud NANNI, Giovanni Ettore. *Op. cit.*, p. 333.

(47) NANNI, Giovanni Ettore. *Op. cit.*, p. 334 e 335.

(48) LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*, vol. 1, p. 302.

(49) GALÁN CORTÉS, Júlio César. *Responsabilidad medica y consentimiento informado*, p. 237.

(50) *Idem*, p. 238.

(51) *Ibidem*.

(52) GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad Medica*, p. 301.

(53) MÉLENNEC, Louis e MÉMETEAU, Gérard. *Traité de droit médical*, t. 2, p. 138 a 140.

(54) PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977. Apud ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los medicos y la responsabilidad civil*, p. 342 a 346.

(55) *In RJTJRS* 149/459.

(56) TAPR. Ap. Cível n. 224.231-1. Rel. Juiz Conv. Sérgio Luiz Patitucci.

(57) CHARTIER, Yves. *La réparation du prejudice*, p. 13 ss.

(58) GAMARRA, Jorge. *Op. cit.*, p. 303.

(59) SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 13-14.

(60) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit du dommage corporel*, p. 678 e ss.

(61) ApCiv 592020846. 1ª Câmara. Civ. Passo Fundo. j. 16/02/1993. Rel. Des. Araken de Assis. *RJTJRS* 158/214.

9. Bibliografia

ALVIM, Agostinho. “Da equidade”. *In RT* 797, mar./ 02.

_____. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. “A equidade no Código Civil brasileiro”. *In: ARRUDA ALVIM, J. M. et al. Aspectos Controvertidos do novo Código Civil - Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los medicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985.

BREBBIA, Roberto H. “La equidad en el Derecho de Daños”. *In: BUERES, Alberto José e KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.). Responsabilidad por Daños en el Tercer Milênio - Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*. Atlas, 2003.

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

CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1960, v. 2.

FACCHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo Código”. *In: SARLET, Ingo Wolfgang*

(coord.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad medica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad Medica*. Montevideo: FCU, 2001, p. 301.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

LE TOURNEAU, Philippe, CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1996.

LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

MAZEAUD, Henry, MAZEAUD, León, TUNC, André. *Tratado de la responsabilidad civil* (trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo). Buenos Aires: EJE, 1962, tomo 1º, v. II.

MÉLENNEC, Louis, MÉMETEAU, Gérard. *Traité de droit medical*. Paris: Maloine, 1982. t. 2.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar, 1982, t. I.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 331 ss.

PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991, v. 1.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. “A história do novo Código Civil brasileiro”. *In: Direito e Justiça*. Estado do Paraná, 08/12/2002.

RIOS, Arthur E. S. “Responsabilidade civil - os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale”. *Revista de Direito Civil* 36/68.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Responsabilidade de civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 4.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVEIRA, Alípio. *Heremênutica no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, v. 1.

SOUZA DINIZ. *Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

_____. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações* (trad.). Rio de Janeiro: Record, 1961.

STARCK, Boris, ROLAND, Henri, BOYER, Laurent. *Obligations*. 5. ed. Paris: Litec, 1996.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001.

(*) Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorando em Direito na PUC/São Paulo. Prof. da Escola da Magistratura do Paraná. Titular da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

4ª Câmara 35.172/2005-PATR

RECURSO ORDINÁRIO

Processo TRT/15ª Região 00776-2001-066-15-00-9 RO

Recorrente: R. F.

Recorrido: TRANSERP - EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S.A.

Origem: 3ª VT DE RIBEIRÃO PRETO

NULIDADE. SENTENÇA. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CARACTERIZAÇÃO.- Enquanto existiam os Colegiados de primeira instância - formados por juízes classistas temporários e por um juiz de direito, seu presidente - assentou-se na Jurisprudência superior o entendimento uniforme de que o princípio da identidade física não era compatível com a peculiar estrutura da Justiça Obreira. De fato, a colegiabilidade dos órgãos de primeiro grau trabalhista, como originalmente prevista, resultava em óbice à identidade subjetiva do julgador, porquanto o art. 649 da CLT estabelecia que as Juntas poderiam conciliar, instruir ou julgar com qualquer número, sendo indispensável, apenas, a presença do seu presidente. A controvérsia acerca da identidade física, antes pacificada na doutrina e na jurisprudência, renovou-se com a extinção dos cargos de juiz classista. Nesse passo, filio-me à corrente que se tem manifestado a favor da aplicação, ao processo do trabalho, da norma descrita no art. 132 do CPC, considerando, ainda, os benefícios que a identidade física do julgador acarreta. Assim, há de se reconhecer que o desrespeito ao princípio da identidade física do juiz implica em nulidade processual absoluta, independentemente da prova de prejuízo às partes, na medida em que se refere à competência jurisdicional.

Trata-se o presente de recurso ordinário (fls. 1.031/1.071) interposto pelo reclamante R. F. contra a r. sentença de fls. 1.023/1.026, proferida pela 3ª VT de Ribeirão Preto, que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos do dissídio individual, que move em face de TRANSERP - EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S.A., recorrida.

O recorrente suscita preliminar de nulidade dos atos processuais praticados a partir de fl. 1.019 e da sentença de fls. 1.023/1.026. No mérito, deseja a reforma da r. sentença para ver-lhe deferidos os pedidos de diferenças salariais por acúmulo de função, horas extras e reflexos decorrentes da sobrejornada e da ausência de fruição do intervalo intrajornada, adicional noturno, adicional de periculosidade, benefícios da justiça gratuita para isenção

das custas e dos honorários periciais, retenção de imposto de renda e de contribuição previdenciária e honorários advocatícios.

Regularmente processado o recurso, apresentou a reclamada suas contra-razões recursais (fls. 1.217/1.225), rebatendo as teses do apelo.

O Ministério Público, por sua ilustre Procuradora Dra. Liliana Maria Del Nery, com fulcro no art. 83, incisos II e VII, da Lei Complementar n. 75, de 20/05/93, opinou pelo prosseguimento do feito, sem prejuízo de eventual manifestação verbal, se for o caso, por ocasião do julgamento (fl. 1.246).

É o relatório, adotado, no mais, o da r. sentença.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

PRELIMINARES

Da nulidade processual

Suscita o reclamante, ora recorrente, em preliminar, a nulidade dos atos processuais praticados a partir de fl. 1.019, sob a alegação de que o processo foi instruído sem sua presença, pois, embora intimado para comparecer à audiência, ao chegar foi avisado pelo Juízo que esta não ocorreria, não tendo sido sequer intimado para manifestação posterior.

Para o deslinde da questão posta em juízo, importante se faz uma digressão acerca dos fatos ocorridos.

Às fls. 620/622, foi realizada audiência de instrução do feito, com depoimento do reclamante e oitiva de testemunhas. Vale consignar que consta da ata de audiência que foi “renovada, sem êxito, a segunda proposta conciliatória”, sendo “encerrada a instrução processual” (fl. 621).

Conclusos os autos para sentença, o MM. Juiz verificou que a perícia (efetuada para apurar o direito ao adicional de periculosidade) fora realizada em condições bem diversas daquelas existentes à época em que o reclamante trabalhava na ré, e converteu o julgamento em diligência, “a fim de reabrir a instrução processual, para que apresente o reclamante os laudos que pretende sejam considerados como prova emprestada” (fl. 625), único meio de se verificar a periculosidade argüida. Concedeu prazo de dez dias ao reclamante para cumprir a determinação, com vista posterior à reclamada para manifestação sobre os documentos.

O reclamante apresentou farta documentação (fls. 627/670), sendo seguido pela reclamada, que se manifestou sobre os documentos juntados, impugnando-os e apresentando outros (fls. 672/1.104). Registre-se que a reclamada, neste momento, ainda, requereu a reabertura da instrução processual e o desentranhamento dos documentos juntados pelo reclamante, o que restou indeferido pelo MM. Juiz, sob a alegação de que foram juntados por determinação judicial, após a conversão do julgamento em diligência, determinando, então, que o reclamante se manifestasse sobre os documentos juntados pela reclamada, salientando que a força probante de toda a documentação juntada aos autos seria analisada na prolação da sentença (fl. 672).

O reclamante requereu o desentranhamento dos documentos juntados pela reclamada, por perda de oportunidade processual para apresentação de provas (fls. 1.010/1.013). O MM. Juiz, no r. despacho de fl. 1.010, aduziu que o requerimento seria analisado por ocasião da sentença.

Conclusos os autos, foi determinada audiência para última tentativa de conciliação e prolação de sentença (fl. 1.014), sendo intimadas as partes (fls. 1.015 e 1.016).

À fl. 1.017, a reclamada atravessou petição requerendo a intimação do reclamante para que prestasse depoimento pessoal na audiência designada, o que restou indeferido pelo MM. Juiz, sob o fundamento de que “as provas de audiência já foram colhidas e o julgamento foi convertido em diligência por determinação do Juízo” (fl. 1.017).

Na data marcada, o reclamante não participou da audiência, pois “foi avisado que não haveria audiência pelo Juízo” (conforme consta da ata de audiência, fl. 1.019, segundo parágrafo). A reclamada, por sua vez, compareceu e requereu a oitiva de testemunha e o depoimento pessoal do reclamante, a fim de demonstrar a ausência da periculosidade na função do reclamante (fl. 1.019).

Conclusos os autos para sentença, o MM. Juiz decidiu que “a farta documentação acostada aos autos pela reclamada, bem como o laudo pericial elaborado por seu assistente técnico já demonstram a oportunidade que teve de exercer plenamente o princípio da ampla defesa, ainda que tenha sido reaberta a instrução processual; a oitiva de sua testemunha (mesma pessoa que confeccionou o laudo pericial) nada acrescentaria aos elementos já constantes dos autos”, declarando a não ocorrência de cerceamento de defesa (fl. 1023).

Pois bem.

No caso em tela, vislumbra-se, realmente, a ocorrência de uma irregularidade na audiência de fl. 1019, pois o reclamante, intimado para comparecer à audiência designada, foi impedido de participar, tendo-lhe sido dito que a audiência não se realizaria.

Entretanto, verifica-se que a ausência do reclamante na audiência não lhe causou qualquer prejuízo processual. Com efeito, para a caracterização da ilegalidade ou vício processual, deve perquirir, no caso concreto, se houve efetivo prejuízo ao recorrente, sem o que afasta-se qualquer arguição dessa natureza.

De fato, inúmeras são as disposições legais que indicam que só haverá de se decretar a nulidade do feito quando dessa resultar efetivo prejuízo às partes, pois não há nulidade sem prejuízo – *pas de nullité sans grief*: a

esse respeito, prescreve o art. 794 da CLT (“nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho, só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”); o art. 249, § 1º do CPC (“o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”); o art. 563 do CPP (“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”).

Dessa feita, não merece acolhida a preliminar *sub examen*.

Da nulidade da sentença - princípio da identidade física do juiz

Suscita, ainda, o recorrente, preliminar de nulidade da r. sentença de fls. 1.023/1.026, por não ter sido aplicado o princípio da identidade física do juiz.

Com efeito, toda a instrução do feito foi feita pelo MM. Juiz Fábio Alegretti Cooper, que recebeu os autos conclusos para sentença e converteu o julgamento em diligência. Entretanto, a r. sentença foi prolatada pela MM. Juíza Maria Socorro de Souza Pereira.

Para a solução da controvérsia, mister se faz tecer algumas considerações.

O caráter subsidiário das regras processuais civis comuns ao processo do trabalho, tal qual preconizado pelo art. 769 da Consolidação, sempre fez suscitar, seja na doutrina, seja na jurisprudência, questões principiológicas acerca desses ramos do direito - questões essas que, muitas vezes, transbordam do campo teórico para firmarem raízes na realidade processual, segundo as peculiaridades do caso concreto.

Tal é o caso da aplicação, ao procedimento laboral, da norma inserta no art. 132 do CPC, ao determinar que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Enquanto existiam os Colegiados de primeira instância - formados por juízes classistas temporários e por um juiz de direito, seu presidente - assentou-se na Jurisprudência superior o entendimento uniforme de que o princípio da identidade física não era compatível com a peculiar estrutura da Justiça Obreira.

De fato, a colegiabilidade dos órgãos de primeiro grau trabalhista, como originalmente prevista, resultava em óbice à identidade subjetiva do julgador, porquanto o art. 649 da CLT estabelecia que as Juntas poderiam conciliar, instruir ou julgar com qualquer número, sendo indispensável, apenas, a presença do seu presidente. “Ora, é óbvio que, se a lei permite que a conciliação e a instrução sejam realizadas com qualquer número de membros da Junta, desde que esteja presente o respectivo presidente, se o próprio julgamento pode ser proferido pelo órgão colegial incompleto, se, em consequência, podem votar juízes representantes classistas que não assistiram à instrução e podem não votar os que assistiram à instrução, naturalmente não se podem aplicar, aos referidos juízes representantes classistas, o princípio da identidade da pessoa física do juiz e o princípio conexo da imediatidade”, como ressaltam Lígia Maria Teixeira Gouvêa e Ana Paula Volpato Wronski (“O Princípio

da Identidade Física do Juiz no Processo do Trabalho - Revisando um Velho Mote”, in *Revista LTr* n. 65-07/780, jul./2001).

Naquele contexto, o Pretório Excelso editou, em 16/12/1963, sua Súmula n. 222, através da qual reconhecia que “o princípio da identidade física do juiz não é aplicável às Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho”. O C. TST, a seu turno, em 11/10/1982, publicou seu Enunciado n. 136, pronunciando-se no sentido de que “não se aplica às Juntas de Conciliação e Julgamento o princípio da identidade física do juiz”.

Também a doutrina se posicionava no mesmo sentido, segundo ilustrativas lições de Amauri Mascaro Nascimento (in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 290 e 291), *in verbis*:

“A identidade da pessoa física do juiz é uma expressão que tem o seguinte sentido: o juiz que começa a funcionar no processo deve nele prosseguir até o fim. Essa vinculação tem um pressuposto: o juiz perante o qual as provas são produzidas e as alegações defendidas, pelo conhecimento que vai adquirindo da lide, tem melhores condições para decidi-la do que outro juiz que não sentiu diretamente as reais dimensões do caso.

Na verdade, a identidade do juiz é de elevada importância, porque não é possível reproduzir nas atas e depoimentos as impressões que resultam da inquirição direta das partes e das testemunhas. Da identidade resulta a valorização da verdade real. A identidade enseja, muitas vezes, a supremacia da verdade formal.

Surge uma dificuldade, no processo trabalhista, para essa vinculação entre os juízes e o processo. Os órgãos jurisdicionais trabalhistas são colegiados. Os classistas são investidos temporariamente nos seus cargos. A identidade rígida poderia ser utilizada como fonte de protelações, redundando contra os objetivos que a oralidade procura atingir, razão pela qual é inaplicável o princípio da identidade física do juiz (Enunciado n. 136 do TST).”

A controvérsia acerca da identidade física, antes pacificada na doutrina e na jurisprudência, renovou-se com a extinção dos cargos de juiz classista. Retomadas, então, as discussões sobre o tema, houve quem apregoasse a imediata aplicabilidade do aludido princípio à Justiça do Trabalho; todavia, ainda se encontra resistência a essa postura, dentre os aplicadores do Direito, agora sob novas argumentações.

Assim, Vicente José Malheiros da Fonseca (“Princípio da Não Identidade Física do Juiz e Exceção de Suspeição (Procedimento nas Varas do Trabalho)”, in *Revista do TRT da 7ª Região*, jan/dez de 2001, p. 67 a 88), ao discorrer sobre o assunto, e após demonstrar a relatividade do princípio mesmo na Justiça Comum, assevera que, *in verbis*:

“*Data venia*, o argumento da ‘colegiabilidade’ das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento é, no mínimo, **fictício**, senão irreal.

De fato, apenas formalmente as antigas Juntas de Conciliação e Julgamento tinham composição ‘colegiada’. Na prática, o seu efetivo ‘funcionamento’ era ‘monocrático’, sobretudo nos atos de instrução e, notadamente, de julgamento, pois, na verdade, quem realmente instrua

e, em especial, julgava a causa era o Juiz Presidente ou Substituto, quase sem nenhuma participação dos juízes leigos, cientes que eram de suas limitações técnicas, salvo exceções.

Nesse particular, embora o auxílio dos juízes classistas (antigos vogais) fosse relevante na tentativa de ‘conciliação’ (além de outros pequenos encargos que eles realizavam, a título de colaboração, como apregoar as partes, por exemplo), não se pode afirmar, em sã consciência, que o fenômeno da ‘colegiabilidade’ devesse realmente justificar a inaplicação do princípio da identidade física do juiz. Pelo contrário, a realidade quanto ao ‘funcionamento’ das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento, na instrução e no julgamento, praticamente implementados apenas pelo magistrado de carreira, deveria, então, conduzir ao entendimento no sentido da aplicação daquele princípio aos órgãos trabalhistas de primeiro grau. (...)

Por outro lado, o ‘modelo’ preconizado pela legislação processual trabalhista é o procedimento previsto no art. 849, da CLT, segundo o qual ‘a audiência de julgamento será **contínua**’, de modo que apenas ‘se não for possível, por motivo de força maior, **concluí-la no mesmo dia**, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação’.

Ora, em sendo assim, o normal é o mesmo juiz instruir e julgar a causa. (...)

É oportuno frisar que o ‘modelo’ de **audiência única**, para instrução e julgamento das demandas, não é criação da Lei n. 9.957, de 12/01/00, que instituiu o chamado ‘procedimento sumaríssimo’ na Justiça do Trabalho (art. 852-C, da CLT).

Pelo menos na 8ª Região, e, por certo, em muitas outras, os Juízes do Trabalho conseguem, ainda, manter essa prática, inclusive nos chamados ‘procedimentos ordinários’, porque, enfim, o processo trabalhista caracteriza-se sobretudo pela **celeridade processual**.

Creio, então, que esta característica fundamental do processo trabalhista é o motivo principal para justificar a inaplicação do princípio da identidade física do juiz, nos órgãos de primeiro grau, perante a Justiça do Trabalho. (...)

Além disso, o art. 765, da CLT, acentua que a direção do processo trabalhista cabe aos ‘Juízes e Tribunais’. Repito: ‘**Juízos**’ (e não ‘juízes’). (...)

Suponho que nem é preciso reportar-me à regra contida no art. 37, da Carta Magna, que impõe à administração pública, em geral, a obediência a diversos princípios, tais como os da ‘impressoalidade’ e da ‘eficiência’.

Afinal de contas, a competência para instruir e julgar os processos é do **Juízo** Trabalhista, que se expressa pela atuação do Juiz Titular ou do Juiz Substituto, indistintamente.

O ‘Juízo’ não corresponde à pessoa física do magistrado. Trata-se, na verdade, do órgão jurisdicional, em que atuam os magistrados, sejam titulares ou substitutos.

(...) É verdade que, em tese, o juiz instrutor do feito estaria em melhores condições para proferir o julgamento.

Entretanto, que esse ideal da ‘identidade física do juiz’ (princípio de natureza subjetiva) é sacrificado ou

comprometido em benefício da **celeridade** e da economia processuais (princípios de natureza objetiva), razão maior da própria existência da Justiça do Trabalho, concebida para ser um serviço jurisdicional gratuito, informal, simples e, sobretudo, célere.

Toda e qualquer interpretação do direito processual do trabalho deve levar em consideração as suas próprias razões de ser e de seu papel na sociedade. (...)

O juiz que não instruiu o processo, se estudá-lo adequadamente, pode decidir com justiça, inclusive no caso de embargos de declaração.

Pior do que uma decisão injusta é decisão tardia ou a falta de qualquer decisão.”

E conclui:

“(…) a sua causa real [da não aplicabilidade do princípio] resulta da força de outros dois princípios, com os quais aquele, ora questionado, é incompatível: os princípios da **economia e celeridade processual**, que mais caracterizam o processo trabalhista, em qualquer grau de jurisdição, à luz do **art. 765, da CLT**, e não sob o pretexto de que as antigas Juntas de Conciliação e Julgamento eram órgãos ‘colegiados’ e integradas por juízes ‘temporários’, daí porque entendo que persistem as **mesmas razões** para manter **impessoal** o Juízo quanto ao funcionamento das atuais Varas do Trabalho, onde os feitos podem ser, indistintamente, instruídos ou julgados por seu Juiz Titular ou pelo Juiz Substituto, auxiliar ou no exercício da titularidade, em benefício do andamento rápido das causas, eis que as controvérsias, na Justiça do Trabalho, giram em torno de créditos de **natureza alimentar**. Assim, **não** se aplica o princípio da identidade física do juiz às Varas do Trabalho, embora Juízos monocráticos.”

Segundo a melhor doutrina, exemplificada nas lições de Nelson Nery Júnior (*in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 482), o princípio da identidade física do juiz é subprincípio da oralidade, este entendido como “o conjunto de subprincípios que interagem entre si, com o objetivo de fazer com que seja colhida oralmente a prova e julgada a causa pelo juiz que a colheu. Compõem a oralidade: a) a identidade física do juiz; b) a prevalência da palavra falada sobre a escrita; c) a concentração dos atos processuais na audiência; d) a imediação do juiz na colheita da prova (colhe diretamente, não deixando os advogados dirigirem perguntas às testemunhas); e) a inapelabilidade, em separado, das decisões interlocutórias”.

Nesse sentido, a identidade física do julgador está indissolivelmente associada ao procedimento oral, sendo dele corolário e conseqüência, como ressaltam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (*in Teoria Geral do Processo*, 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 326.), *in verbis*:

“Os procedimentos do passado, assim como os atuais, demonstram que pode o procedimento seguir exclusivamente a forma oral, apenas escrita, ou ambas em combinação. Quando se exige que as alegações ou provas orais sejam conservadas

por escrito, fala-se no princípio da documentação.

O CPC unitário de 1939 proclamou solenemente, na Exposição de Motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o procedimento oral, em sua forma pura. O que se adota é o procedimento misto, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz. É o sistema brasileiro, tanto no processo civil como no penal.

Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias.

O princípio da imediação exige o contrato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (...). Como corolário indispensável da imediação, segue-se o princípio da identidade física do juiz: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais (...)” (g.n.)

Em sendo a oralidade o princípio reitor do procedimento moderno, na medida em que as provas são, em regra, produzidas oralmente em audiência, há de se concluir com acerto, nas palavras de José de Albuquerque Rocha (*in Teoria Geral do Processo*, 6. ed. rev., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55), que “só o juiz que assistiu o debate está em condições de tomar a decisão”, pois, do contrário, a forma falada perderia seu prestígio, bem assim sua finalidade.

Tal é, aliás, o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni (*in Novas Linhas do Processo Civil*, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 97 a 145), ao tratar do assunto, *in verbis*:

“O procedimento oral está ligado ao princípio da imediatidade, até porque a oralidade pressupõe contato direto entre dois ou mais interlocutores. O princípio da imediatidade exige, portanto, o juiz em contato pessoal com a produção das provas. Esse contato permite uma melhor apreensão dos fatos, contribuindo, de forma decisiva, para a melhoria da qualidade da tarefa jurisdicional. (...)”

De nada adiantaria o princípio da imediatidade, porém, se não fosse dada a devida importância ao princípio da identidade física do juiz. O juiz, através da imediatidade, tem uma possibilidade de avaliação crítica do material probatório bastante ampla. Assim, por óbvio, seria completamente descabido que outro juiz, que não aquele que teve contato pessoal com as partes e com as provas, pudesse proferir a sentença. É por isso que o art. 132 do CPC deve ser interpretado de modo a preservar a imediatidade. (...)”

A oralidade propicia um contato direto do juiz com as partes e as provas, dando ao magistrado não só a oportunidade de presidir a coleta da prova, mas

sobretudo a de ouvir e sentir as partes e as testemunhas.

Chiovenda, referindo-se ao princípio da imediação, afirma que este princípio almeja 'que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui essência do processo oral.' (...)

É contraditório falar em benefícios da oralidade e pensar em um juízo repetitivo sobre o mérito, proferido por juízes que não tiveram qualquer contato com as partes e com a prova." (g.n.)

Apoiando-se fundamentalmente na extinção da representação classista, filio-me à corrente que se tem manifestado a favor da aplicação, ao processo do trabalho, da norma descrita no art. 132 do CPC, considerando, ainda, os benefícios que a identidade física do julgador acarreta.

Assim é o pensamento de Lineu Miguel Gómes ("Identidade Física do Juiz do Trabalho", in *Suplemento Trabalhista LTr* n. 119/00, agosto/2000), ao discorrer sobre o assunto, *in verbis*:

"Agora, transformadas em Varas ou à medida que se vão esvaindo as composições paritárias na Justiça Trabalhista de primeiro grau, por decorrência lógica, as partes obterão a prestação jurisdicional singular ou tornada monocrática. Assim, não se há como sustentar o entendimento, até então ostentado pela jurisprudência, de que não se aplica ao processo do trabalho o princípio da identidade física do Juiz. (En. 136/C.TST). (...)

Tenho para mim que o Enunciado n. 136 do C. TST feneceu e em boa hora, de maneira que nulo é o processo que seja julgado sem a observância do art. 132 do CPC.

E nem se invoque a afastá-lo, qualquer silogismo ou articulações semânticas, pois que ele, pelo atual sistema, guarda consonância plena com todos os princípios informativos do processo, mormente o do trabalho, onde o Juiz deve estar próximo possível dos fatos e da realidade, quando se está a tratar das agruras humanas do trabalho ou quicá de mais uma aventura levada às barras da Justiça para a busca de um lucro fácil. (...)

Os princípios da oralidade, da concentração e notadamente, o da Identidade Física do Juiz, deverão ser, doravante, o fanal da sempre zelosa e empenhada Magistratura Trabalhista, com a impreterível vigilância dos advogados, quanto ao cumprimento do art. 132 do CPC, ao perseguir, tenazmente, a nulidade processual, quando da sua inobservância, pela evidente revogação do Enunciado n. 136 do C. TST e Súmula n. 222 do C. STF."

No mesmo sentido, Lígia Maria Teixeira Gouvêa e Ana Paula Volpato Wronski ("O Princípio da Identidade Física do Juiz no Processo do Trabalho - Revivendo um Velho Mote", in *Revista LTr* n. 65-07/780, jul./01) ressaltam a importância do princípio em tela ao processo do trabalho, orientado em essência pela oralidade dos seus atos, especial-

mente após a instituição do rito sumaríssimo, pela Lei n. 9.957/00:

"O texto reformador da Constituição da República Federativa do Brasil extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho, transformando os colegiados de primeiro grau em juízos singulares com estrutura similar aos demais órgãos judiciários pátrios. Eliminou, com isso, o fator determinante da incompatibilidade entre o preceito em análise e a organização da Justiça do Trabalho.

Levando-se em consideração, ainda, a forte presença da oralidade nas instruções dos processos trabalhistas, revocacionada com a edição da Lei n. 9.957/00, instituidora do rito sumaríssimo, o contexto atual não só comporta a aplicação da identidade física do Juiz como exige o redimensionamento de sua incidência. (...)

Sem dúvida, necessária a revisão dos procedimentos e da postura dos Tribunais no que concerne à validade do princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho, porquanto agora não há mais os óbices estruturais à sua aplicação. (...) Impõe-se, dessarte, a revisão dos procedimentos adotados no processo do trabalho, a fim de se questionar a exigência da vinculação do juiz condutor da instrução processual à prolação da sentença, mormente em se tratando de processo em que impera a oralidade e cujo objeto, a relação de direito material, não raro se reveste do caráter de informalidade. Trata-se de renovação de velho tema já sepultado, que hodiernamente revive sua modernidade com base nas marchas e contramarchas de radical alteração constitucional."

Importa reconhecer, assim, que após a extinção das Juntas de Conciliação e Julgamento, o entendimento consolidado na Súmula n. 222 do Pretório Excelso e no Enunciado n. 136 do C. TST se esvazia, distanciando-se sobremaneira da realidade estrutural da Justiça do Trabalho, nos moldes da Emenda n. 24/99.

Não convence, ainda, a tese de que o referido princípio atenta contra a celeridade e a economia processuais: trata-se, como alhures consignado, de componente indissolúvel do princípio da oralidade, sobre o qual se apoia o processo judiciário brasileiro, em especial o processo trabalhista. Se a sistemática em vigor é a da oralidade, tal qual preceitua, em particular, o art. 852-F da CLT, não se pode, em nome de uma pseudo celeridade processual, recusar uma de suas derivações naturais, a identidade física da pessoa do julgador.

Nem mesmo dificuldades de caráter administrativo podem autorizar a diminuição do princípio, salvo nas estritas hipóteses consignadas no art. 132 do CPC. Com efeito, reveste-se o preceito em comento do manto garantista, na medida em que distribui objetivamente competências, distanciando-se da vontade das partes ou dos órgãos de administração judiciária.

É, por assim dizer, resultado do princípio constitucional do juiz natural, compreendido na dimensão concreta da causa, segundo os limites delineados em lei.

Por esse motivo, inclusive, há de se reconhecer que o seu desrespeito implicará em nulidade processual absoluta, independentemente da prova de prejuízo às partes, na medida em que se refere à competência jurisdicional.

Cabe ressaltar, por importante, a publicação, em

08/06/05, do Provimento GP/CR n. 08/2005, deste Egrégio Tribunal, que alterou o art. 4º do Capítulo AUD da CNC, passando a vigorar com a seguinte redação, *in verbis*:

“Art. 4º - Vincula-se ao julgamento da lide o juiz que:

I - colher as provas orais;

II - encerrar a instrução processual quando não houver provas orais ou documentais a serem produzidas;

III - determinar a produção de provas complementares fora da audiência ou em audiências em prosseguimento;

IV - converter o julgamento em diligência;

V - reabrir a instrução processual;

VI - prolatar sentença anulada ou reformada pela instância superior, se não for obrigatória a colheita de novas provas de qualquer espécie.

Parágrafo Único - Ocorrendo promoção ou remoção de VT ou de circunscrição e, ainda, convocação para atuar no TRT ou afastamento legal que devam perdurar por ainda 60 (sessenta) dias ou mais, não haverá vinculação.”

Dessa feita, acolho a preliminar suscitada, para declarar a nulidade da r. sentença de fls. 1.023/1.026, determinando-se, por conseguinte, a baixa dos autos à Vara de origem a fim de seja proferida nova decisão, com observância do princípio da identidade física do juiz, pelo MM. Juiz Fábio Alegretti Cooper, como entender de direito.

Após a prolação de nova sentença, as partes serão intimadas para, querendo, apresentarem seus voluntários recursos.

Acolhida a preliminar em debate, resta prejudicada a análise das demais matérias ventiladas pela parte, em seu apelo.

POSTO ISSO, nos termos da fundamentação, DECIDO: conhecer do apelo; REJEITAR a preliminar de nulidade dos atos processuais praticados a partir de fl. 1.019; ACOLHER a preliminar de nulidade da r. sentença de fls. 1.023/1.026, determinando-se, por conseguinte, a baixa dos autos à Vara de origem a fim de seja proferida nova decisão, com observância do princípio da identidade física do juiz, pelo MM. Juiz Fábio Alegretti Cooper, como entender de direito.

Após a prolação de nova sentença, as partes serão intimadas para, querendo, apresentarem seus voluntários recursos.

Acolhida a preliminar em debate, resta prejudicada a análise das demais matérias ventiladas pela parte, em seu apelo.

LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO
DA SILVA
Juiz Relator

DOE 29/07/2005, p. 72.

1ªSDI 658/2005-PDI-1

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR

Processo TRT 15ª Região 01194-2005-000-15-00-1

Impetrante: FICHER S.A.- AGROINDÚSTRIA

Impetrado: JUIZ DA VT DE MATÃO

Litisconsorte Passivo: J. N. S.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por FICHER S.A.- AGROINDÚSTRIA (fls. 02 a 12), em face da r. decisão do MM. Juiz da VT de Matão, que deferiu antecipação de tutela requerida na reclamatória trabalhista 918-2005-081-15-00-4 e determinou a nulidade da dispensa e o restabelecimento do contrato de trabalho entre as partes, com a conseqüente manutenção do plano de saúde, plano farmacêutico/auxílio de medicamentos, plano de seguro de vida, plano alimentação e demais benefícios costumeiramente concedidos pela ré aos seus empregados, em razão de o reclamante no feito trabalhista ser portador de doença grave (Aids, fls. 124 a 127).

Aduz que o obreiro foi acometido de doença grave infecto-contagiosa e, quando do término de seu contrato de trabalho encontrava-se afastado gozando auxílio-doença, situação esta que não impede a rescisão do pacto laboral, em razão da pré-determinação da data do término.

Afirmou a impetrante que a determinação judicial prorrogará o contrato por mais uma vez, tornando-o a prazo indeterminado o que ocasionará consideráveis prejuízos não somente à impetrante, como também ao erário público, até porque jamais receberá o valor desembolsado em razão do cumprimento da decisão judicial.

Pugna pelo deferimento de liminar para desobrigar de dar continuidade ao contrato de trabalho, bem como pela concessão definitiva da segurança, suspendendo-se a antecipação da tutela.

Fls. 130 a 132 - Os autos foram distribuídos à Ex.^{ma} Juíza Regina Dirce Gago de Faria Monegatto, que indeferiu a liminar requerida, bem como, solicitou as informações da autoridade dita coatora, a citação do litisconsorte e o encaminhamento dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

Fls. 134 e 135- Prestadas as informações.

Não houve manifestação do litisconsorte passivo necessário.

Fls. 139 a 142 - Parecer do Ministério Público do Trabalho pelo cabimento da medida e pela denegação da segurança.

Fls. 143 - Autos remetidos a esta Juíza Relatora.

Relatados.

VOTO

A decisão atacada, qual seja, a concessão de tutela antecipada, anteriormente à prolação de sentença não comporta recurso de imediato. Também, não há notícia nos autos que já tenha sido proferida sentença no feito trabalhista, em que o ato impugnado fora exarado. Assim, por analogia, aplicável o entendimento cristalizado na Súmula n. 414 do C. TST (antiga OJ n. 50 da SDI-1).

A impetrante insurge-se na presente ação contra o deferimento do pedido de antecipação que entendeu nula a dispensa e o restabelecimento do contrato de trabalho entre as partes, com a manutenção do plano de saúde, plano farmacêutico/auxílio de medicamentos, seguro de vida, plano alimentação e demais benefícios concedidos pela ré aos outros empregados, em virtude de o reclamante na ação trabalhista ser portador de doença grave (Aids).

Em que pese toda a argumentação tecida pela impetrante em sua peça de vestibular, impende observar que, em se tratando a presente ação de Mandado de Segurança, por evidente que, somente pode ser apreciado nessa via eleita, se a decisão que concedeu tutela antecipada, incorreu em ilegalidade ou abuso de poder.

Não há que se perquirir, nesse feito, sobre a legalidade ou ilegalidade da dispensa do empregado; tampouco a questão acerca do contrato a prazo; diárias e outros temas, já que referidas matérias são específicas e próprias de discussão na ação trabalhista, jamais em sede mandamental.

Como se observa, o enfoque a ser dado neste feito concentra-se na verificação de ilegalidade ou abusividade de direito da autoridade dita coatora que, na hipótese, concedeu a tutela antecipada. E no provimento jurisdicional, ora atacado nesta ação, **na esteira do parecer do Ministério Público, entendendo que a autoridade, apontada como coatora, sopesou a contento os elementos que permeiam o feito trabalhista.**

Nesse passo, infere-se que a decisão atacada não merece censura, porquanto atendidos os requisitos constantes do art. 273 do CPC, mesmo porque, antes da dispensa, o empregado já se encontrava afastado percebendo auxílio doença previdenciário, fato este reconhecido pela própria impetrante em sua peça exordial (fls. 85 a 87).

Ademais, às fls. 95 a 97 consta prova inequívoca ser o obreiro portador do vírus HIV. **“O fundado receio de dano irreparável é evidente, visto que, infelizmente, trata-se de patologia sem cura, o que inexoravelmente acarreta a extrema necessidade de se manter trabalhando, até para o devido custeio do tratamento médico. Se todo cidadão tem o direito em trabalhar para suprir as suas necessidades básicas, com maior razão em relação àquele que, infelizmente, foi acometido por um mal físico maior. O art. 1º, inciso III da Carta Magna c/c inciso XLI do art. 5º também da Lei Maior concede como garantia fundamental a dignidade do ser humano.”**

Não bastassem os argumentos supramencionados, sobreleva notar que na hipótese perfilhada em maior desigualdade estaria o reclamante no feito trabalhista, em testilha, pois além de estar acometido por um mal físico incurável, permaneceria afastado da sua atividade produtiva, não podendo inclusive manter suas condições de sobrevivência.

Convém ponderar ainda que toda a problemática de fundo da ação trabalhista (Aids) preocupa, cada vez mais, as autoridades públicas, pois atingiu um nível alarmante e sua maior incidência é na população em idade produtiva, por tais motivos, não poderia deixar de repercutir na esfera trabalhista.

De outra parte, uma vez mais sem adentrar ao

mérito do feito, vislumbra-se uma atitude discriminatória por parte da empregadora, porquanto detinha total conhecimento da gravidade da doença do trabalhador, anteriormente à dispensa e, mesmo assim, sob o pálio do término do contrato por prazo determinado, promoveu a dispensa. Não bastasse, afirma ainda que a determinação judicial, ora atacada, poderia tornar o contrato a prazo indeterminado, acarretando “(...) a possibilidade iminente de prejuízos de grande monta, sem que haja meios para ressarcí-los.” (fls. 10 e 11, grifos nossos).

Em assonância com a lição sempre precisa de Alice Monteiro de Barros, tratando da discriminação em sua obra *Curso de Direito de Trabalho*, Editora LTr, março/2005, p. 1.064, assim consignou:

“A idéia de pessoa é incompatível com a desigualdade entre elas. A tutela jurídica do direito à igualdade passará, normalmente, pela declaração de inconstitucionalidade das normas que a violem no domínio privado e incluirá a obrigação de indenizar por parte de quem praticar atos discriminatórios em razão de raça, estado civil, religião, sexo, orientação sexual, convicção filosófica, política e social, entre outros.

A não-discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto. (...)

A palavra “discriminação” é de origem anglo-americana. Do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção.

No plano internacional, a discriminação compreende qualquer ‘... **distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência específica pelo Estado-membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão**’ (art. 1º da Convenção n. 111 da OIT, de 1958, sobre discriminação ao emprego ou ocupação).”

Feitas essas considerações, com a devida vênia em não adentrar ao mérito da ação trabalhista, mister firmar que a dispensa do obreiro encontra-se permeada de razões discriminatórias, motivo pelo qual reputo como correto o indeferimento da liminar, nesta ação mandamental.

Por outro lado, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consignados em seu art. 3º, inciso IV, é justamente a promoção do bem de todos, repelindo quaisquer formas discriminatórias, de sorte que o respeito à dignidade da pessoa humana, esculpido no inciso III do art. 1º como pedra angular do Estado Democrático de Direito, prevalece e se sobrepõe ante à inexistência de dispositivo legal que assegure estabilidade no emprego ao trabalhador portador do vírus HIV.

Em recentes julgados, o C. TST pronunciou-se quanto ao tema, conforme ementas, que ora peço *venia* para transcrever:

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO JUIZ QUE LIMINARMENTE

ANTECIPA A TUTELA, DETERMINANDO A REINTEGRAÇÃO DO RECLAMANTE NO EMPREGO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.- Segundo a atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial n. 142 da SBDI-2, inexistente direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a **reintegração** do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei n. 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus **HIV** ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva. Recurso a que se nega provimento. (ROMS 4-2003-909-09-00, DJU 25/06/04, Rel. Min. Barros Levenhagen).”

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DA AIDS.- Dá-se provimento ao agravo de instrumento quando demonstrada divergência jurisprudencial específica e divergente da decisão recorrida. Aplicação do disposto no art. 896, “a”, da CLT. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DA AIDS.- A dispensa arbitrária e discriminatória do empregado portador da AIDS gera o direito à reintegração, em face dos princípios constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana. Recurso de revista a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista TST RR 381-2004-061-03-40-7, em que é Recorrente AFL DO BRASIL LTDA. e Recorrido JEAN WAGDO HONÓRIO FILHO. **Número Único Processo:** RR 381-2004-061-03-40 **Publicação** DJU 26/08/2005 - Processo TST RR 381-2004-061-03-40-7 1ª Turma JCMP/S/BFS - Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro.”

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.- 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos arts. 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da CF não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (E RR 439.041/98, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 23/05/03, decisão unânime)” (grifos nossos).

Ademais, é importante assinalar que a manutenção do vínculo não ocasionará qualquer gravame impossível de ser suplantado pelo empregador, pois, usufruirá da força de trabalho do reclamante, e arcará com a correspondente contraprestação (remuneração). Indene de

dúvidas que não haverá prejuízo irreparável à impetrante, independentemente do resultado final da reclamação trabalhista.

Em consonância com essa conclusão, podemos citar o seguinte julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CABIMENTO. Contra a concessão de tutela antecipada não há recurso previsto em lei para reexaminá-la na Justiça do Trabalho, razão pela qual entendo possível a impetração de mandado de segurança, desde que presentes os requisitos legais, como no presente caso. MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REINTEGRAÇÃO. Tratando-se de execução de obrigação de fazer, notadamente de reintegração de trabalhador antes da sentença de mérito, é possível a tutela antecipada, em razão da verossimilhança do direito postulado a autorizá-la, **já que a eventual demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva causará prejuízos ao trabalhador, face a natureza alimentar dos salários e a impossibilidade de estabilizar-se em outra relação empregatícia, sem considerar o fato de que a prestação de serviços por parte do empregado não acarreta nenhum dano ao empregador. Portanto, a decisão impetrada foi proferida dentro dos limites da lei.**” (grifo nosso) (TRT 15ª Região Ac. SE 246/00-A - Processo 659/98-MS, Relator Juiz Antonio Tadeu Gomieri, DOE 25/03/00, p. 2)

Posto isto, decido: julgar improcedente a ação mandamental, observada a fundamentação supra.

MARIANE KHAYAT
Juíza Relatora

DOE 25/11/2005, p. 3.

4ª Câmara 19.178/05-PATR
RECURSO ORDINÁRIO
Processo TRT 15ª Região 00148-2004-071-15-00-1
Recorrente: DOURADO HOTEL LTDA.- ME
Recorrido: L. F. S. A.
Origem: VT DE MOGI GUAÇU

Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamada em face da r. sentença de fls. 50 a 53, que julgou a ação parcialmente procedente.

Assevera o recorrente, às fls. 56 a 61, que há nulidade por cerceamento de defesa; que a alegação de assédio sexual é inepta e nunca foi presenciada; que não há prova cabal do assédio; que a testemunha ouvida não mais laborava na época dos fatos narrados na exordial; que nenhum prejuízo restou provado à reclamante e muito menos as condições para que seu contrato de trabalho fosse rescindido por justa causa do empregador e que a indenização foi fixada de forma exorbitante. Comprovou a efetivação do depósito recursal e

o pagamento das custas processuais (folhas 62 a 64).

A reclamante apresentou suas contra-razões às fls. 68 a 72.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Nulidade processual

Não há qualquer nulidade a declarar. O documento de fl. 43 foi produzido em 07/01/04, muito antes de realizada a audiência inaugural e acostada a defesa aos autos, o que se deu em 11/03/04 (fl. 18). A contestação deve vir acompanhada dos documentos que corroboram as alegações realizadas, nos termos dos arts. 847 e 848 da CLT. Outrossim, a própria recorrente, à fl. 19, asseverou não ter testemunhas e não desejar produzir outras provas e, assim, o documento de fl. 43 foi extemporaneamente juntado, quando já encerrada a instrução processual.

Além disso, o documento de fl. 43 não traz em seu bojo qualquer fato a justificar nova dilação probatória, porque não se encaixa na previsão do art. 303 do CPC.

Mas não é só. Nulidade não há e, no processo do trabalho, ela só é decretada quando causa prejuízo à parte que a ela não deu causa. No caso vertente, a recorrente requereu o encerramento da instrução processual e não apresentou fato novo a possibilitar a reabertura da instrução processual. Finalmente, e por amor ao debate, da leitura do documento de fl. 43 verifica-se que, se fosse considerado, só poderia ser utilizado para manter o quando decidido na origem.

No mérito

“Dano moral é (...) o constrangimento que alguém experimenta em consequência de uma lesão em direito personalíssimo, ilícitamente produzida por outrem”, e “(...) surte efeitos na órbita interna do ser humano, causando-lhe uma dor, uma tristeza ou qualquer outro sentimento capaz de lhe afetar o lado psicológico, sem qualquer repercussão de caráter econômico”, segundo as lições de Orlando Gomes e Jorge Pinheiro Castelo.

Essencialmente, distingue-se o dano patrimonial e o moral porque, no primeiro, temos a prática de uma lesão que resulta na redução do patrimônio do ofendido, e do outro, aquele tipo de ofensa que vai atingir elementos incorpóreos - a honra, dignidade, intimidade, reputação - mas que têm relevância tanto para o bem-estar pessoal do indivíduo como para seu trato com a sociedade em que vive. É de se considerar, portanto, que esses elementos incorpóreos também fazem parte do “patrimônio” do indivíduo, visto que qualquer e eventual lesão que lhes advenha pode ocasionar grave “diminuição”, ao menos na óptica subjetiva do lesado.

Nesse sentido, nota-se que o ataque sofrido por alguém em sua dignidade, seu decoro, sua honra ou sua intimidade configura uma forma absoluta de lesão, em especial porque todos esses elementos compõem o que

chamamos **personalidade**, que é um dos principais bens jurídicos resguardados pelo nosso direito.

É oportuno lembrar que, pela própria visão conceitual que se tem do dano, como anteriormente mencionado, seu pressuposto é que tenha havido efetivo prejuízo ao ofendido: sem esse fator, não existe o propalado dano moral. Mas esse prejuízo, pela sua própria natureza, não há que ser materializado, de forma objetiva, em algum elemento concreto, como a referida publicidade na imputação de conduta delituosa que se faz a alguém. O dano moral se aperfeiçoa na medida em que a honra de alguém é atingida, de modo a causar-lhe constrangimento, dor, sofrimento. Trata-se de um dano que nem sempre se revela externamente, e bem por isso é de difícil prova. Para sua configuração, ao Juízo cabe avaliar se a ofensa propalada foi suficiente para atingir a honra da pessoa, de modo a causar os efeitos já apontados.

Pois bem. No caso dos autos a autora assevera que, por ter sofrido assédio sexual, deixou de laborar. E a prova dos autos milita em seu favor. Vejamos.

A autora narrou na exordial que vinha sendo assediada sexualmente por seu empregador, até que, em 23/12/03, esse adotou atitudes mais audaciosas, o que determinou que desse por encerrado seu contrato e não retornasse ao trabalho. Fez um boletim de ocorrência dias depois, juntado à fl. 12 e ingressou com a presente ação um mês após os fatos.

Na audiência realizada, a testemunha M. F. R. C. foi ouvida e confirmou que o empregador costumava assediar as empregadas e, conquanto não pudesse ter verificado os fatos que ensejaram a saída da reclamante, ocorridos em 23/12, porque ali já não mais trabalhava, foi categórica em asseverar que eles ocorriam e que o Sr. Manuel, proprietário da reclamada, costumava dirigir gracejos às camareiras do hotel, atitude, no mínimo, indecorosa e inadequada e que, demonstrada, enseja o deferimento da indenização por dano moral e da rescisão, por culpa do empregador, do contrato de trabalho.

Note-se que a prova do dano moral, mormente do assédio sexual é por demais complexa. Nenhum empregador que assedia uma de suas trabalhadoras o fará em público e, assim, compete ao Magistrado verificar os fatos e analisá-los de forma adequada e condizente com o que normalmente ocorre no seio social. Aquele que costuma assediar sexualmente empregadas, no geral, o fará não só com uma pessoa, mas com outras empregadas, demonstrando tendência a adotar a conduta inadequada; por outro lado, nenhuma trabalhadora que já se encontrava no emprego havia quase três anos passaria gratuitamente pelo dissabor de comparecer a uma delegacia, lavrar boletim de ocorrência e indiciar seu empregador se não tivesse convicção de que os fatos já teriam ultrapassado a todo o limite do bom-senso e da “brincadeira”. Esses dados dão credibilidade às alegações da reclamante, mormente quando analisado o depoimento da testemunha M. F., acerca do perfil do Sr. Manuel Duo da Rocha, contumaz em adotar a conduta na exordial narrada.

Um dos patrimônios maiores do trabalhador é seu emprego; dele depende sua manutenção e, muitas vezes, a

de sua família. Adotada conduta constrangedora do empregador para com o empregado, patente que esse pode dar por encerrado o contrato por culpa daquele; mais, se essa conduta, como no caso vertente, fere a honra, a intimidade do trabalhador, patente que o ato danoso foi praticado e patente também o dano. As decisões de se expor a realizar um boletim de ocorrências em uma delegacia e a séria decisão de deixar o trabalho, são por demais custosas a qualquer pessoa normal, a qualquer mulher; são dolorosas, revoltantes. Ninguém que está há quase três anos em um emprego adota essas condutas gratuitamente, se não experimentar a dor da alma, das mais relevantes. É por isso, aliás, que o assédio moral, e mormente o sexual, é tão poucas vezes denunciado.

Mantenho, em face das considerações acima, não só o reconhecimento da dispensa por culpa do empregador, mas também a pequena indenização deferida na origem, de R\$ 9.923,10, fixada, diga-se, em valor inferior àquele normalmente deferido para casos idênticos.

Isto posto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

MARIA INÊS CORRÊA DE CERQUEIRA
CÉSAR TARGA
Juíza Relatora

DOE 06/05/2005, p.22

1ª Câmara 9.353/2005-PATR
RECURSO ORDINÁRIO EM PROCEDIMENTO
SUMARÍSSIMO
Processo TRT 15ª Região 00569-1999-010-15-00-4 ROPS
Recorrente: J. F. M. A.
Recorrida: IGREJA MISSÃO NOVA JERUSALEM
Origem: VT DE RIO CLARO

Recurso do reclamante, contra a r. sentença de origem. Procedimento sumaríssimo. Apto ao conhecimento.

VOTO

O Autor pretende o reconhecimento do contrato de trabalho com a Reclamada, alegando que se encontram nos autos provas suficientes do vínculo empregatício. Todavia, nenhuma razão lhe assiste.

Para se caracterizar a existência do liame empregatício, é necessária a presença cumulativa dos requisitos elencados no art. 3º da CLT, quais sejam: onerosidade, subordinação hierárquica, não eventualidade do serviço prestado e pessoalidade.

O que se conclui das provas produzidas, é que o reclamante possuía uma relação religiosa com a reclamada, sem subordinação e onerosidade necessárias, sendo a fé na ideologia religiosa pregada pela Igreja, o motivo da devoção do autor à causa em que se atiou. Com efeito, a ligação de fé existente entre o pastor e a entidade religiosa não pode ser tida como relação de emprego, ainda que alguma despesa daquele sejam custeadas pela instituição,

verba que, em casos tais, não se reveste de cunho salarial.

Quanto ao tema, farta a jurisprudência, como nos arestos a seguir transcritos, *verbis*:

“RELAÇÃO DE EMPREGO. TRABALHO RELIGIOSO. PASTOR. Inexiste contrato de trabalho entre um Pastor e sua Igreja. Apesar da atividade intelectual e física, o traço de união é a fé religiosa, decorrente da vocação, sem a conotação material que envolve trabalhador comum. Revista parcialmente conhecida e provida. (TST RR 104.323/94, Ac. 1ª Turma 4.842, Rel. Min. Ursulino Santos, DJU 25/11/94, p. 32.430)”;

“PASTOR EVANGÉLICO. RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO.- O vínculo do pastor evangélico com a Igreja a que pertence tem natureza religiosa e não econômica. A prestação de serviços, nesse caso, tem como fundamento a convicção religiosa e não a contraproposta econômica mensurável. O exercício de atividades religiosas é incompatível com o vínculo jurídico de emprego, pois, ao contrário, admitir-se-ia que a fé e a caridade são meros artigos exploráveis para a obtenção de recursos materiais, o que é inconcebível. Aplicação analógica do trabalho voluntário previsto na Lei n. 9.608/98, que afasta o reconhecimento da relação de emprego. (TRT 9ª Região RO 10.487/98 - Ac. 2ª Turma 5.331/99 - Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther - DJPR 12/03/99).”

Observe-se que o Autor tinha ocupação profissional distinta das atividades desenvolvidas na Reclamada, ativando-se nesta última em horários considerados não-comerciais, como nos cultos, ensaios e orações, sempre após às 19h (fl. 03).

A existência de horários fixos para realização dos cultos ou orações é o mínimo que se espera de uma igreja organizada, para que seus fiéis possam dela participar.

Por fim, ao contrário do que afirma o autor, não restou caracterizada, em qualquer momento, a existência de cunho econômico nas atividades da Reclamada, como confirmado por sua testemunha, Sr. J. C. O., ouvido à fl. 47, e que foi Pastor daquela Igreja.

Desta forma, ante a ausência de prova quanto ao preenchimento dos requisitos necessários à caracterização do vínculo empregatício, mister se faz manter a r. sentença de primeiro grau que julgou improcedente a reclamatória.

CONCLUSÃO

ISTO POSTO, decido conhecer do recurso interposto pelo reclamante e NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo íntegra a r. sentença de origem, nos termos da fundamentação supra. Mantenho os valores arbitrados pela r. decisão recorrida, para fins recursais.

CLAUDINEI SAPATA MARQUES
Juiz Relator

DOE 18/03/2005, p. 12.

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

AÇÃO

1. CAUTELAR. DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ADMISSIBILIDADE.- É plenamente cabível a ação cautelar de exibição de documentos nos casos em que a parte pretende mover ação contra outrem e necessita de documentos que não estão em seu poder para elaborar seu pedido. Evidente o caráter preparatório desta ação para obtenção de dados necessários para posterior propositura de ação, ainda mais após a instituição do rito sumaríssimo nesta Justiça Especializada, no qual a inicial deve, obrigatoriamente, conter pedido certo e determinado. Recurso da requerida ao qual se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 558-2005-081-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 55.654/05-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 18/11/05, p. 76.

2. RESCISÓRIA. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA QUE REVOGA DECISÃO ANTERIOR, HOMOLOGATÓRIA DO MESMO ACORDO. AFRONTA A NORMA DE ORDEM PÚBLICA (CLT, ART. 831, PARÁGRAFO ÚNICO). VIOLAÇÃO DE LEI. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.- A legitimação ativa do Ministério Público do Trabalho, para propor a ação rescisória quando se objetiva desconstituir decisão em que se alega a existência de conluio praticado pelas partes, com a finalidade de fraudar a lei, encontra previsão expressa no CPC, art. 487, III, “a” e “b”. Não há literal disposição legal, contudo, quando em questão a incolumidade da lei, eventualmente fraudada. No entanto, em ação rescisória proposta pelo Ministério Público, com lastro em violação de lei, incide o entendimento expresso na Súmula n. 407 do C. TST (ex-OJ n. 83 da 2ª SBDI), segundo a qual “a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas “a” e “b” do inciso III do art. 487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas”. Em tais casos, não se questiona se houve prejuízos para a parte ou para terceiros, mas, sim, procura-se preservar a ordem jurídica, da qual o Ministério Público foi eleito fiscal. Ação rescisória que se julga procedente, após reconhecer a legitimação ativa do Ministério Público do Trabalho para postular, com fulcro no art. 485, V, do CPC, a rescisão de sentença homologatória de acordo proferida com violação de lei (art. 831, parágrafo único, da CLT) por ter revogado homologação

anterior, atinente à mesma avença. TRT/SP 15ª Região 443-2004-000-15-00-0 - Ac. 2ªSDI 405/05-PDI2. Rel. Desig. I. Renato Buratto. DOE 25/11/05, p. 6.

ACIDENTE DO TRABALHO

INDENIZAÇÃO. AÇÃO EM FACE DO EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.- Antes mesmo da vigência da EC n. 45/04, que dispôs ser desta Especializada a competência para processar e julgar ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, o art. 114 da Carta Magna já dispunha ser da competência desta Justiça Laboral, as ações movidas em face do empregador, mesmo as relativas a acidentes de trabalho. O art. 109, inciso I e § 3º, afasta a competência da Justiça Federal, remetendo para a alçada da Justiça Estadual, apenas as ações em que são partes segurados e beneficiários e Instituição de Previdência. A estas se aplicam as Súmulas ns. 501 do STF e 15 do STJ. Conclusão decorrente da interpretação sistemática do atual texto Constitucional. Exceção de Incompetência corretamente rejeitada. **DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA.-** Tratando-se de ação que visa obter reparação de dano moral decorrente da relação de emprego, a natureza trabalhista da pretensão atrai não só a competência específica prevista no art. 114 da CF, como também a incidência do prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da referida Carta. Inviável a contagem do prazo genérico estabelecido no art. 205 do atual CC. A fundamentação jurídica do pleito não afasta o caráter trabalhista do crédito, nem justifica tratamento diferenciado em relação aos demais títulos advindos do vínculo empregatício. TRT/SP 15ª Região 1923-2004-053-15-00-4 - Ac. 4ª Câmara 54.238/05-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 04/11/05, p. 81.

ACORDO

1. FIRMADO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS PELO RECLAMANTE (PRESTADOR DOS SERVIÇOS), SENDO DA RECLAMADA A RESPONSABILIDADE PELO RESPECTIVO PAGAMENTO SE AJUSTADA QUANTIA LÍQUIDA NO ACORDO.- Além da contribuição devida pela empresa (reclamada), o prestador de serviços (reclamante), na qualidade de contribuinte individual,

também deve recolher a contribuição previdenciária de 20% (vinte por cento) sobre o valor recebido no acordo homologado sem reconhecimento de vínculo de emprego, com fundamento nos arts. 12, inciso V, alínea “g”, e 21, da Lei n. 8.212/91. Deve ser observado, ainda, o limite estabelecido no § 5º, do art. 28, bem como aplicada a regra contida no § 4º, do art. 30, da citada Lei de Custeio, reduzindo-se a contribuição de 20% (vinte por cento) para a 11% (onze por cento) sobre o valor recebido. A responsabilidade pelo pagamento da contribuição devida pelo prestador do serviço passa a ser da reclamada se, no ajuste homologado, não houve qualquer previsão de retenção a esse título e foi fixado o pagamento de quantia líquida ao reclamante, não podendo, conseqüentemente, haver qualquer dedução desse valor. Recurso ordinário conhecido e provido. TRT/SP 15ª Região 666-2004-071-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 54.803/05-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 11/11/05, p. 96.

2. HOMOLOGAÇÃO. ABRANGÊNCIA.- Os efeitos do acordo entabulado entre reclamantes e uma das reclamadas, do qual constou de forma expressa que a indenização seria concedida por mera liberalidade, com o intuito de dar fim às suas pendências judiciais, não pode ser estendido à outra responsável subsidiária, tendo em vista que a relação jurídica se estabelece entre reclamantes e cada uma destas reclamadas de forma independente. Tanto é verdade que, havendo provas nos autos, pode vir a ser limitado o período da responsabilidade subsidiária de cada uma das demandadas. **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PAGAMENTO DA DÍVIDA. TÍTULOS.**- A condenação de forma subsidiária diz respeito ao dever de quitar a dívida não paga pelo devedor da obrigação (empregadora), e não ao pagamento de cada um dos títulos decorrentes do vínculo empregatício de forma individualizada. TRT/SP 15ª Região 1191-2002-10515-00-5 - Ac. 10ª Câmara 57.270/05-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 25/11/05, p. 44.

ADITAMENTO

DA INICIAL. PEDIDO FORMULADO EM RÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO.- Não se pode acatar pedido de aditamento da inicial formulado em réplica, sob pena de se cercear direito de defesa da parte adversa, eis que formulado em momento processual inoportuno, nos termos do disposto no art. 294 do CPC. **AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESCISÃO DE SENTENÇA, QUANDO HÁ ACÓRDÃO. EFEITO SUPLETÓRIO. RECURSO PARCIAL. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE ARGÜIDA.**- Havendo recurso de apenas parte da sentença, o trânsito em julgado da decisão ocorre em momentos distintos, conforme tenha se esgotado o debate das matérias nela tratadas. Em

face da autonomia existente entre as diversas partes constitutivas da sentença, o biênio para o ajuizamento da ação rescisória visando desconstituir parte do comando jurisdicional que não foi matéria de recurso, conta-se de seu trânsito em julgado. **AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESCISÃO DE SENTENÇA, QUANDO HÁ ACÓRDÃO. EFEITO SUPLETÓRIO. RECURSO PARCIAL. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE ARGÜIDA.**- Não havendo insurgência de uma das partes, as decisões desfavoráveis a esta na pendência judicial (que, portanto, não foram matéria de recurso), assumem caráter definitivo e imutável já em primeiro grau, fazendo com que a pretensão desconstitutiva se volte exclusivamente para a sentença originária, que não é substituída pelo acórdão nos pontos mencionados. **AÇÃO RESCISÓRIA. CONTROVÉRSIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE.**- A alegação de violação do texto constitucional afasta a aplicação da Súmula n. 343 do C. STF, tratamento diferenciado que se deve, essencialmente, à relevância da Constituição Federal e à gravidade contida no descumprimento de seus preceitos, e que objetiva, primordialmente, a preservação da supremacia da lei fundamental e sua aplicação uniforme. **AÇÃO RESCISÓRIA. RÉ. MUNICIPALIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESCISÃO DE SENTENÇA, QUANDO HÁ ACÓRDÃO. EFEITO SUPLETÓRIO. RECURSO PARCIAL. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE ARGÜIDA.**- Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, eis que, embora este Egrégio Tribunal tenha analisado a demanda em grau recursal, isto somente ocorreu em função da remessa obrigatória, eis que inexistente recurso das partes envolvidas, donde se conclui que o reexame da sentença se restringiu às matérias desfavoráveis ao Município, pois vedada a *reformatio in pejus* em detrimento da entidade estatal. O efeito supletório do art. 512 do CPC limita-se ao que foi objeto de recurso, convolvando-se a coisa julgada quanto aos aspectos que refogem a esta hipótese (não recorridos, portanto). **AÇÃO RESCISÓRIA. RÉ. MUNICIPALIDADE. CONTROVÉRSIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.** Considerando-se que a presente ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC, tem como escopo a violação literal do art. 41 da Constituição da República, afasta-se, em princípio, a aplicação da Súmula n. 343 do C. STF, já que, em se tratando de “texto constitucional”, a ação demonstra-se cabível mesmo nos casos em que há controvérsia interpretativa nos Tribunais. **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXEGESE DETERMINADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRONUNCIAMENTO APTO A RESCINDIR JULGADOS EM SENTIDO CONTRÁRIO.**- Muito embora caiba ao STF, que detém legitimidade constitucional para tanto, dar a palavra definitiva quanto

à exegese e à aplicação da Carta Magna, nem todo pronunciamento deste autoriza a rescisão de sentenças ou acórdãos contrários à interpretação por ele adotada, pois sua manifestação em decisões desprovidas de eficácia *erga omnes* podem representar apenas uma das possíveis na divergência jurisprudencial. Portanto, a diretriz quanto à melhor interpretação, para autorizar a rescisão de um julgado por violação ao texto constitucional, deverá ser manifestada por meio de decisões de eficácia subjetiva universal e efeito vinculante. **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXEGESE DETERMINADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRONUNCIAMENTO APTO A RESCINDIR JULGADOS EM SENTIDO CONTRÁRIO.**- O precedente do STF tomado em controle difuso, s.m.j., não representa a palavra final em temas constitucionais, não podendo obrigar a uniformização da controvérsia interpretativa, nem o ajustamento das decisões em sede de ação rescisória. **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO TEXTO CONSTITUCIONAL. RELEVÂNCIA ÍMPAR. EXEGESE DETERMINADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**- A necessidade de apreciação da alegação de violação do texto constitucional, pela decisão rescindenda, deve-se, essencialmente, à relevância da CF e à gravidade contida no descumprimento de seus preceitos, e objetiva, primordialmente, a preservação da supremacia da lei fundamental e sua aplicação uniforme. Tratando-se de interpretação aberrante, que viola a literalidade do dispositivo, não há maiores problemas, eis que a necessidade de retificação se faz patente. Entretanto, tratando-se de interpretação razoável e havendo divergência nos Tribunais acerca de qualquer uma das regras insertas na CF, caberá ao STF, que detém legitimidade constitucional para tanto, dar a palavra definitiva quanto à exegese e à aplicação da Carta Magna (art. 102). **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR CELETISTA QUE TEVE SUPOSTO DIREITO À ESTABILIDADE RECUSADO. INEXISTÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DOTADA DE EFICÁCIA SUBJETIVA UNIVERSAL E EFEITO VINCULANTE.**- Admitir o corte rescisório de decisão que aborda tema constitucional a respeito do qual não tenha havido pronunciamento da Excelsa Corte - de eficácia subjetiva universal e efeito vinculante - significa transformar a ação rescisória em recurso ordinário com prazo de dois anos, sem qualquer contribuição à guarda da Constituição (ao revés, com manifesto comprometimento do princípio da segurança). **AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR CELETISTA QUE TEVE SUPOSTO DIREITO À ESTABILIDADE RECUSADO. INEXISTÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO STF DOTADA DE EFICÁCIA SUBJETIVA UNIVERSAL E EFEITO VINCULANTE.**- Constatando-se que a decisão utilizada como precedente para o acatamento da pretensão autoral

diverge do posicionamento externado em outros julgamentos do STF, não se pode vislumbrar que a Excelsa Corte, na proteção dos valores constitucionais e na harmonização dos conflitos da interpretação do direito, tenha, até o momento, efetivamente indicado a posição a ser adotada quanto ao tema (estabilidade de celetistas concursados antes da EC n. 19/98). TRT/SP 15ª Região 2223-2004-000-15-00-1 - Ac. 2ªSDI 387/05-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 25/11/05, p. 5.

AGRAVO

1. DE PETIÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS. INEXIGIBILIDADE. DESERÇÃO NÃO CONFIGURADA.- Não há deserção de agravo de petição em embargos de terceiro se não houve recolhimento de custas processuais ou se a guia de recolhimento apresenta-se com preenchimento incompleto, ante o disposto no art. 789-A da CLT que remete o pagamento das custas em execução para o final do processo. Da mesma forma, rejeita-se a alegação de necessidade de complementação da garantia do juízo porque nos embargos de terceiro a presunção é de que o embargante é terceiro estranho à lide, ou seja, não é parte executada no processo principal. Portanto não há que se falar em garantia da execução por quem não é responsável pelo seu pagamento. Preliminar de deserção em contraminuta que se afasta. TRT/SP 15ª Região 1377-2004-081-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 54.529/05-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 11/11/05, p. 85.

2. DE PETIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.- Por força do parágrafo único, do art. 16, da Lei n. 4.506, de 30/11/64, ainda em pleno vigor, e do § 3º, do art. 43, do Decreto n. 3.000, de 26/03/99, incide o imposto de renda sobre os juros de mora de parcelas originalmente tributáveis como rendimentos do trabalho assalariado, não havendo como se aplicar, à hipótese, o inciso I, do § 1º, do art. 46, da Lei n. 8.541/92, já que ele trata exclusivamente dos “juros e indenizações por lucros cessantes” e não dos juros de mora. Agravo conhecido e parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 2240-1991-043-15-85-4 - Ac. 6ª Câmara 55017/05-PATR. Rel. Desig. Jorge Luiz Costa. DOE 11/11/05, p. 93.

3. REGIMENTAL. INDEFERIMENTO LIMINAR DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR INCABÍVEL. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO.- Se o impetrante dispunha do remédio jurídico cabível para impugnar o ato atacado, que em execução definitiva determinou o bloqueio de valores devidos por empresas tomadoras de serviços prestados por trabalhadores avulsos, qual seja, os embargos à execução e, em sendo desfavorável a decisão proferida em sede de embargos à execução, do agravo de petição, é inviável a utilização da ação de segurança. consoante dispõe o art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/51 e a OJ n. 92 da E. SDI 2 do TST. Agravo

regimental não provido. TRT/SP 15ª Região 1306-2005-000-15-0-4 - Ac. 1ªSDI 629/05-PDI1. Rel. Samuel Corrêa Leite. DOE 04/11/05, p. 3.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE SALÁRIO *STRICTO SENSU*. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE INIDONEIDADE DAS RECLAMADAS. INDEFERIMENTO.- O r. *decisum* não contém verbas de natureza salarial *stricto sensu* tampouco há nos autos comprovação ou afirmação de serem as recorrentes empresas inidôneas, sem recursos suficientes para adimplir sua responsabilidade. Tais circunstâncias não justificam a concessão da tutela antecipada, ainda mais se considerarmos que a condenação imposta às reclamadas ainda não transitou em julgado, havendo, em tese, possibilidade de reforma e/ou exclusão da condenação inclusive em relação às horas extras, que contêm natureza compensatória. Por consequência, merece reforma o r. julgado para afastar da condenação o deferimento da tutela antecipada. Recursos ordinários providos neste aspecto. TRT/SP 15ª Região 262-2004-119-15-00-7 - Ac. 5ª Câmara 52.449/05-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 04/11/05, p. 91.

APLICAÇÃO

DO ART. 557 DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO.- Não se confunde admissibilidade recursal com denegação de seguimento do apelo que contraria a jurisprudência tranqüila de Tribunal Superior. Há norma processual trabalhista no mesmo sentido, no C. TST (art. 9º, Lei n. 5.584/70). O art. 557 do CPC disseminando igual norma entre todos os Tribunais, é perfeitamente compatível com o sistema (IN n. 17, III, TST). Nem se há falar de negativa de prestação jurisdicional ou cerceamento de defesa, pois julgamento houve, embora monocrático, ratificando a decisão que agasalhou a firme jurisprudência. TRT/SP 15ª Região 747-2005-128-15-00-2 - Ac. 8ª Câmara 53.665/05-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 04/11/05, p. 115.

ARREMATACÃO

ADJUDICAÇÃO. EXEQÜENTE. POSSIBILIDADES.- Realizada a hasta pública e tendo na oportunidade um terceiro oferecido lance, permite a legislação que o exequente exerça seu direito, nas mesmas condições que o licitante, requerendo a arrematação dos bens penhorados por um valor inferior ao da avaliação, não lhe sendo imposto apenas a possibilidade de adjudicar estes bens pelo valor da avaliação. Inteligência dos arts. 888, § 1º, da CLT, 690, § 1º e 2º e 714, ambos do CPC. TRT/SP 15ª Região 1926-1999-109-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara

51.227/05-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 21/10/05, p. 58.

CARGO EM COMISSÃO

CARACTERIZAÇÃO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.- Ainda que os manuais de processo deixem claro não ser possível a utilização por analogia de regras de competência, o caso proposto se apresenta *sui generis*, eis que na esfera federal existe lei obstruindo o conhecimento de causas que envolvam portadores de funções em comissão por parte desta Justiça Especializada. Ora, se a aplicação, ainda que por analogia, não for estendida aos outros entes públicos, ante a essência do vínculo criado, estar-se-ia criando, por exceção, um foro privilegiado, sem qualquer previsão legal, para o pessoal da administração pública estadual, municipal e do distrito federal, o que, sem dúvida, é impossível. Tendo em vista o disposto na Lei n. 9.962, de 22/02/00 (art. 1º, § 2º, I, letra "b"), aplicado por analogia, como fundamentado anteriormente, não é possível a esta Justiça Especializada apreciar a presente lide. A competência da Justiça do Trabalho, no caso proposto, é delimitada pelo liame de confiança entre o cargo efetivamente exercido pelos obreiros e a administração pública a que prestam serviços. Sendo este liame fraudulento, a competência será desta Justiça Especializada e, em caso negativo, a competência será da Justiça Comum, estadual ou federal, dependendo do ente público envolvido. Eficácia da lei processual nova sobre processos já iniciados e pendentes do julgamento definitivo. Aplicação do art. 37, V, da CF e dos arts. 113, *caput*, e 1.211 do CPC. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 918-2003-111-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 54.875/05-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 11/11/05, p. 98.

CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL

FALECIMENTO DO TABELIÃO. VACÂNCIA DA SERVENTIA E CONSEQÜENTE EXTINÇÃO DA DELEGAÇÃO DO TABELIONATO. RECOLHIMENTO DO ACERVO A OUTRO TABELIÃO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS NA RESPECTIVA COMARCA. CESSAÇÃO IMEDIATA DE PRÁTICA DE QUALQUER ATO NOTARIAL E DE PROTESTO. INVENTÁRIO E ENCERRAMENTO DE TODOS OS LIVROS E DOCUMENTOS DA SERVENTIA EXTINTA PELO MM. JUIZ CORREGEDOR PERMANENTE. SUCESSÃO TRABALHISTA. INOCORRÊNCIA.- Incensurável a r. decisão recorrida; isto porque, se, como amplamente assente na jurisprudência juslaborista, a sucessão clama a transferência de uma unidade econômico-jurídica de um titular a outro, além da continuidade na prestação laboral, fazendo coro, assim, às previsões dos arts. 10 e 448, da CLT, tais

requisitos não se fizeram presentes na hipótese: Falecido o respectivo tabelião, restou declarada vaga a serventia e extinta a decorrente delegação, sem qualquer continuidade da prestação laboral pelo recorrente a partir do referido falecimento, por determinação expressa do Ex.^{mo}. Sr. Desembargador da Justiça Bandeirante. De resto, apenas se transferiu o acervo documental do cartório extinto ao existente na Comarca, sem possibilidade deste utilizar-se daquele, porquanto encerrado pela MM. Juíza Corregedora Permanente. Saliente-se, ainda, “que a concentração de atividades foi decorrência natural dessa determinação do Poder Público concedente, não advindo qualquer transferência formal e obrigatória” e que, de resto, “impossível, diante desse quadro, transferir-se os ônus advindos das obrigações trabalhistas assumidas pelo tabelião falecido ao reclamado, sem que nenhum proveito econômico tivesse obtido” da efetiva prestação (Rodarte Ribeiro). TRT/SP 15ª Região 1276-2004-062-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 51.305/05-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 21/10/05, p. 60.

CELERIDADE

INFORMALIDADE E AMPLA DEFESA NO PROCESSO LABORAL.- O processo trabalhista prestigia a celeridade, desprezando formalidades excessivas e obsoletas, sem, contudo, deixar de observar os direitos fundamentais que garantem o devido processo legal e a ampla defesa consagrados no art. 5º, LV, da Constituição. Um dos exemplos desta informalidade útil está no art. 794, da CLT, dispositivo precioso que permite aproveitar os atos praticados, desde que respeitado o direito à integral defesa da parte e, por aplicação subsidiária, o disposto no art. 249, § 2º, do CPC. TRT/SP 15ª Região 626-2005-131-15-00-3 - Ac. 10ª Câmara 57.103/05-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DOE 25/11/05, p. 39.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

FRAUDE.- A Comissão de Conciliação Prévia não substitui o Sindicato na atribuição prevista no § 1º do art. 477 da CLT. Considera-se fraudulento o ato do empregador que leva seus empregados a outra cidade para, perante Comissão de Conciliação Prévia, obter quitação geral dos contratos com o simples pagamento de verbas rescisórias. TRT/SP 15ª Região 342-2003-004-15-00-4 - Ac. 2ª Câmara 50.552/05-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 21/10/05, p. 36.

COMPETÊNCIA TERRITORIAL

TERCEIRIZAÇÃO.- A competência territorial envolvendo empregado contratado por empresa prestadora de serviços que promove suas atividades em várias localidades,

de acordo com as necessidades dos tomadores, é definida pela exceção prevista no § 3º do art. 651 da CLT. TRT/SP 15ª Região 246-2004-028-15-00-7 - Ac. 7ª Câmara 55.552/05-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 18/11/05, p. 73.

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

1. DE EX-EMPREGADOS DO BANESPA.- As Normas Coletivas são expressamente disciplinadas pela legislação heterônima, embora remontem o exercício da chamada autonomia privada coletiva e logrem de natureza jurídica mista, conquanto tenham “alma de lei”, posto que estipulam condições genéricas, impessoais, imperativas no bojo de uma empresa ou categoria, mas também “corpo de contrato”, posto que se formam pela conjugação da manifestações de vontade, no caso, dos sindicatos profissionais e do recorrido - BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A. - BANESPA.- Assim sendo, a instituição de prorrogação automática do Acordo Coletivo para vigência superior a 2 (dois) anos é ilícita, dado que viola o teor do § 3º do art. 614 da CLT, em que o Legislador Consolidado expressamente estabelece que não será permitido estipular duração de convenção ou acordo superior a dois anos. Também porque o art. 615 da CLT, ainda vigente, determina que as regras concernentes à prorrogação, revisão, denúncia, revogação total ou parcial de normas coletivas serão as mesmas que disciplinam a celebração original de tais diplomas, logo, perpassam pela necessidade de nova realização de assembléia, votação, enfim, de todos os procedimentos legais destinados a disciplinar a instituição de Acordos e Convenções Coletivos, o que fica inviabilizado pela prorrogação automática em comento. TRT/SP 15ª Região 1704-2004-092-15-00-8 - Ac. 11ªC 54.800/05-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 11/11/05, p. 95.

2. SERVIDOR ESTADUAL. UNICIDADE CONTRATUAL. - Não tendo havido solução de continuidade na prestação de serviços, e como nenhum termo de pagamento rescisório foi produzido, resta configurada a unicidade contratual desde a admissão em 1965, frente aos precisos termos do art. 453 da CLT. Irrelevante tenha existido período de vinculação ao regime estatutário, que não pode ser excluído do tempo de serviço, mormente quando sequer impugnada a alegação de estar sendo considerada a unicidade contratual para cálculo de licença-prêmio, sexta-parte e quinquênios. O legislador, com amparo na Lei Estadual n. 4.819/58, combinada com a Lei Estadual n. 1.386/51, instituiu norma dispondo sobre critérios para complementação de aposentadoria, cuja aplicação assegura ao servidor público celetista admitido antes da edição da Lei Estadual n. 200/74, proventos integrais idênticos aqueles conferidos ao funcionário público estatutário. A complementação traduz mera

garantia da integralidade. Admitido em 1965 pelo regime jurídico da CLT, nos moldes da Lei Estadual n. 200/74 o autor tem direito adquirido à complementação de aposentadoria. TRT/SP 15ª Região 860-2004-106-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 57.252/05-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 25/11/05, p. 43.

CONTRATO DE FRANQUIA

SÚMULA N. 331 DO E. TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE.- Difere na essência o contrato de franquia daquele de terceirização de serviços especializados, sobre o qual se manifestou o E. TST por meio da Súmula n. 331. Mediante o contrato de franquia, o franqueado adquire os direitos de uso da marca do franqueador e empreende negócio próprio, ensejador dos riscos a que se refere o art. 2º da CLT, observando padrões pré-estabelecidos. Não há, portanto, fundamento para o reconhecimento da responsabilidade do franqueador. TRT/SP 15ª Região 2059-2002-053-15-00-6 - Ac. 5ª Câmara 55.809/05-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 18/11/05, p. 62.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

1. INCIDÊNCIA SOBRE A REMUNERAÇÃO DO INTERVALO SUPRIMIDO.- Sobre a remuneração do intervalo intrajornada violado incide a contribuição previdenciária, pois essa verba possui inegável caráter salarial, tanto que no § 4º do art. 71 da CLT o legislador usou o verbo remunerar e não indenizar. TRT/SP 15ª Região 1100-2004-089-15-00-9 - Ac. 7ª Câmara 55.488/05-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 18/11/05, p. 72.

2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS A PESSOA OU ENTIDADE FAMILIAR.- O recolhimento de contribuição previdenciária quando o trabalho é realizado no âmbito familiar somente ocorre na hipótese de vínculo empregatício. A legislação previdenciária equipara o contribuinte individual à empresa (art. 15, parágrafo único), mas não há como equiparar a pessoa ou entidade familiar e empresa, porque estes não são contribuintes individuais. Com efeito, na situação de contribuinte individual estão apenas as figuras elencadas no art. 12, inciso V, da Lei n. 8.212/91. Não é devida a contribuição previdenciária sobre os acordos por eles realizados perante a Justiça do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 640-2004-080-15-00-8 - Ac. 4ª Câmara 54.323/05-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 04/11/05, p. 83.

CONTRIBUIÇÕES

1. DEVIDAS AO INSS. POR TOMADOR DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS. ACORDOS SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO COM TRABALHADORA DOMÉSTICA.- O recolhimento de 20% sobre os acordos sem reconheci-

mento de vínculo não é devido pelo tomador de serviços domésticos, pessoa física, que não é empresa e, muito menos, entidade à empresa equiparada. TRT/SP 15ª Região 408-2005-101-15-00-7 - Ac. 4ª Câmara 56.774/05-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 18/11/05, p. 58.

2. PREVIDENCIÁRIAS. E FISCAIS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA.- Por serem as contribuições previdenciárias e fiscais acessórias do crédito trabalhista (principal), a responsabilidade subsidiária abrange-as também. TRT/SP 15ª Região 1632-2004-022-15-00-8 - Ac. 1ª Câmara 52.270/05-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 4/11/05, p. 58.

3. PREVIDENCIÁRIAS. JUROS.- Indevidos juros para cálculo das contribuições previdenciárias quando a apuração decorrer de acordo, posto que conforme vem decidindo a majoritária corrente jurisprudencial, com base na lei, o fato gerador das contribuições previdenciárias é o pagamento dos salários. Inteligência do art. 11 da Lei n. 8.212/91. TRT/SP 15ª Região 1278-2001-079-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 54.758/05-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 11/11/05, p. 90.

CORREÇÃO

1. MONETÁRIA. E JUROS DE MORA. DIFERENÇAS. DEPÓSITO JUDICIAL.- O depósito judicial não faz cessar a obrigação do devedor quanto à incidência de correção monetária e juros de mora. Lei n. 8.177/91. Cômputo de juros de 1% ao mês *pro rata die* e correção monetária. Data do efetivo pagamento é a oportunidade em que o numerário se torna efetivamente disponível ao trabalhador. Depósito para garantia de embargos não tem natureza de satisfação do crédito. Obrigação do devedor de responder por diferenças daí decorrentes. TRT/SP 15ª Região 2046-1999-120-15-85-0 - Ac. 7ª Câmara 55.420/05-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DOE 18/11/05, p. 69.

2. MONETÁRIA. JUROS. DIFERENÇAS. DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA GARANTIA DA EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR ATÉ A DATA DO EFETIVO PAGAMENTO OU DA SUA DISPONIBILIZAÇÃO AO CREDOR. DEVIDAS.- Sobre os débitos trabalhistas incidem juros de mora e atualização monetária até a data do seu efetivo pagamento, que não se confunde com o simples depósito efetuado para garantia da execução, na medida em que, nessa hipótese, não está o numerário disponível ao credor. Assim é que as diferenças apuradas entre a correção monetária e os juros creditados pela instituição bancária e aqueles devidos até a data do efetivo pagamento - ou da sua efetiva disponibilização ao credor - continuam sob a responsabilidade exclusiva do executado, não lhe socorrendo, na espécie, a Lei n. 6.830/80, diante das disposições legais específicas introduzidas pela Lei n. 8.177/91. TRT/SP 15ª Região 458-1996-

029-15-86-5 - Ac. 4ª Câmara 51.059/05-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 21/10/05, p. 44.

CURADOR ESPECIAL

NOMEAÇÃO PARA O RÉU REVEL. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO.- A CLT não é omissa no que se refere à figura do Curador Especial, pois previu a hipótese no art. 793, preferindo não fazê-lo no caso do art. 880. Não se aplica, portanto, o art. 769 consolidado. Em consonância com os princípios da celeridade e informalidade, optou o legislador pela desnecessidade de instituir na execução trabalhista a figura do Curador Especial. Assim, conclui-se que a nomeação de curador especial para o réu revel constitui procedimento incompatível com as normas processuais trabalhistas. TRT/SP 15ª Região 1092-2001-062-15-00-9 - Ac. 6ª Câmara 52.775/05-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 04/11/05, p. 94.

DANO MORAL

INDENIZAÇÃO.- O aplicador do Direito, reconhecendo cabível indenização no caso concreto, deverá estar atento ao princípio da igualdade, para que o ressarcimento chegue o mais perto possível do dano; “(...)a dificuldade de avaliação não inviabiliza a apuração, tendo em vista o que ocorre com o homem médio (*standard jurídico* - critério de avaliação das relações jurídicas concretas que exprime a conduta social média)” - Rotondaro. “La indeterminación de los conceptos, por si sola, no tiene otro alcance jurídico que el de hacer posible la más exacta aplicación de la norma” - Sainz Moreno. TRT/SP 15ª Região 1394-2004-022-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 51.683/05-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 21/10/05, p. 66.

DEPOSITÁRIO

SÓCIO-PROPRIETÁRIO. NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA. POSSIBILIDADE.- Legítima se mostra a nomeação compulsória do sócio-proprietário da empresa executada, mormente tendo em vista ser ele o titular do domínio do bem penhorado, cumprindo destacar que o art. 655, inciso IV, do CPC não exige a aquiescência do nomeado, nem mesmo sua assinatura no auto respectivo, constando sua firma apenas para ciência da incumbência, o que no caso se torna despicando ante a presença do depositário no ato de sua nomeação. TRT/SP 15ª Região 352-1998-124-15-85-7 - Ac. 11ª Câmara 56.856/05-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 18/11/05, p. 87.

DIREITO DO TRABALHO

JORNADA DE TRABALHO SEMANAL MÓVEL E VARIÁVEL AJUSTADA COM ANTECEDÊNCIA DE DEZ (10) DIAS. REMUNERAÇÃO POR UNIDADE DE TEMPO. TRANSFERÊNCIA AO EMPREGADO DOS RISCOS DA

ATIVIDADE ECONÔMICA. ILEGALIDADE.- Nula é a estipulação contratual que impõe ao empregado o cumprimento de jornada semanal de no mínimo oito e no máximo quarenta e quatro horas, em “escala móvel e variável”, da qual o obreiro somente tomará conhecimento com dez dias de antecedência, com pagamento de salários por unidade de tempo, visto que ofende princípios básicos de proteção ao trabalhador. O sistema é nefasto, na medida em que impossibilita o contratado de se auto-organizar social e financeiramente. Não há a certeza da jornada que irá cumprir e o quanto irá perceber. Impõe ao empregado manter-se à disposição do empregador durante a totalidade das horas semanais (44), mas este remunerará somente as efetivamente trabalhadas, implicando ilegal transferência dos riscos da atividade econômica. Constitui modo sutil de o empregador fugir ao cumprimento do mínimo legal ou piso da categoria profissional, sem que o empregado tenha a perspectiva de complementar sua renda, buscando, talvez, outra atividade profissional. Incidência do art. 9º da CLT. Recurso ordinário a que se dá provimento para acolher o pedido de diferenças salariais. TRT/SP 15ª Região 1825-2004-113-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 52.615/05-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 04/11/05, p. 76.

DISPENSA IMOTIVADA.

ÔNUS DA PROVA.- Em direito, o comum se presume e o extraordinário se prova. Não é comum um empregado ser dispensado e, no dia seguinte, começar a trabalhar em estabelecimento concorrente. Quando isso ocorre, o comum é que o empregado tenha trocado de emprego, sendo esta a presunção que deve prevalecer, cabendo ao reclamante o ônus de provar a alegada dispensa imotivada. TRT/SP 15ª Região 133-2003-006-15-00-3 - Ac. 2ª Câmara 52.983/05-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 04/11/05, p. 67.

DIVISOR.

UNIDADE PRODUÇÃO. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS.- O salário por unidade de produção remunera a totalidade das horas efetivamente trabalhadas (normais e extras). Uma vez não apuradas separadamente tais verbas, o divisor a ser utilizado deve corresponder à totalidade das horas trabalhadas (Súmula n. 340 do C. TST). TRT/SP 15ª Região 75-2004-120-15-00-3 - Ac. 4ª Câmara 56.806/05-PATR. Rel. Desig. Paulo de Tarso Salomão. DOE 18/11/05, p. 59.

EMBARGOS DE TERCEIRO

1. PRESSUPOSTOS. ILEGITIMIDADE DE PARTE.- Nos termos do art. 1.046 do CPC e ressalvada a estrita hipótese prevista em seu § 2º, só se admite a oposição de embargos de terceiro por aquele que não é parte no processo em que verificada a apreensão judicial. Os embargos de

terceiro constituem ação autônoma de modo que em sendo ação, o embargante deverá demonstrar o atendimento de suas condições, dentre elas, a legitimidade *ad causam* e o interesse jurídico, isto é, a sua qualidade de terceiro, porque não foi parte no processo e sofreu turbacão ou esbulho de seus bens, sob pena de extinção do processo, sem julgamento do mérito, como estatuído no art. 267, VI, do CPC. No caso, o embargante era sócio da reclamada, à época em que trabalhou a embargada, e foi incluído como executado no processo principal, em decorrência da aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica. Nesse contexto, se pretende discutir sua legitimidade passiva, o instrumento processual adequado é aquele previsto no art. 741 do CPC, ou seja, os embargos à execução. Como parte incluída no título executivo judicial não tem legitimidade para opor embargos de terceiro. E, é claro, também não possui legitimidade para recorrer. Agravo não conhecido. TRT/SP 15ª Região 1081-2004-11915-00-8 - Ac. 3ª Câmara 55.226/05-PATR. Rel. Samuel Corrêa Leite. DOE 18/11/05, p. 51.

2. POSSUIDOR.- O art. 1.046, § 1º, CPC, permite o ajuizamento de Embargos de Terceiros pelo possuidor, entendimento esse preconizado pela Súmula n. 84 do STJ. Ainda que não esteja registrada no Registro de Imóveis, a escritura pública de venda e compra de imóvel demonstra a posse de boa-fé do terceiro. Estando a escritura com data anterior ao ajuizamento da reclamação trabalhista, não resta caracterizada a fraude, nos moldes do art. 593, II, CPC, devendo ser liberado o bem da constrição, porque pertencente a terceiro. TRT/SP 15ª Região 703-2004-124-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 55.127/05-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 18/11/05, p. 48.

EMPREGADA DOMÉSTICA

SALÁRIO-MATERNIDADE. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA.- Em princípio, é do INSS a obrigação de arcar com o pagamento do salário-maternidade à empregada doméstica; todavia, se a extinção do contrato de trabalho inviabiliza a obtenção do benefício perante o órgão previdenciário, consoante se infere do disposto no art. 97 do Decreto n. 3.048/99, que estabelece, como requisito essencial ao direito, a vigência do pacto laboral, cabe ao empregador, que obsteu o seu direito ao recebimento do citado benefício, a obrigação de pagar indenização substitutiva, com base do parágrafo único do art. 927 do CC. TRT/SP 15ª Região 1841-2004-096-15-00-8 - Ac. 12ª Câmara 56.828/05-PATR. Rel. Susana Graciela Santiso. DOE 18/11/05, p. 96.

EMPREGADO PÚBLICO

ESTÁGIO PROBATÓRIO. DISPENSA IMOTIVADA SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE.- Tratando-se de servidor público concursado, independentemente do regime jurídico ao qual

se vincula (estatutário ou celetista), e de se encontrar ou não em estágio probatório, sua demissão somente poderá ocorrer mediante a existência de motivação a justificar a dispensa, além de prévio procedimento administrativo e garantido o amplo direito de defesa do empregado, diante dos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da CF, especialmente o da impessoalidade, mesmo porque, se trata de ato administrativo vinculado. Sendo assim, ainda que o empregado público não se beneficie da estabilidade prevista no art. 41, da CF, dispositivo aplicável apenas aos servidores estatutários, não se admite a sua dispensa imotivada. Recurso da reclamante a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 649-2004-086-15-00-7 - Ac. 10ª Câmara 57.241/05-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 25/11/05, p. 43.

ESTABILIDADE

1. GESTANTE. RECUSA INJUSTIFICADA À REINTEGRAÇÃO. PERDA DO DIREITO ESTABILITÁRIO.- Empregada grávida que recusa injustificadamente a reintegração, espontaneamente, oferecida pela reclamada, abdica do direito à estabilidade gestante. Conquanto a maternidade tenha proteção especial, não cabe à empregada escolher entre a reintegração ou a indenização gestacional. Estando a tempo a reclamatória, primeiro, há de perquirir acerca da possibilidade do labor, pois, por via de regra, a gravidez não impede o trabalho, eis que não é doença, embora altere o estado físico, mental e espiritual da parturiente. A negativa da prestação de serviço se justifica, quando prejudicial à gestação, mediante atestado médico (art. 394, CLT). Compete ao juiz, no caso concreto, converter a reintegração em indenização, mormente sendo aquela desaconselhável por incompatibilidade pessoal ou decorrente de impossibilidade material (decurso do prazo da estabilidade). Inteligência do art. 10, II, "b", do ADCT-CF, art. 496 da CLT e Súmula n. 244 do C. TST. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 1502-2003-093-15-00-9 - Ac. 11ª Câmara 51.528/05-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 21/10/05, p. 61.

2. POR ACIDENTE DE TRABALHO. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. CONSEQÜÊNCIAS.- As garantias de emprego deferidas pela Constituição ou pela legislação inferior podem ser divididas quanto à finalidade, repartindo-se as de cunho social ou comunitário das de cunho personalíssimo, vinculadas diretamente à saúde do trabalhador. No primeiro caso, a estabilidade garantida pela norma jurídica objetiva proteger interesses coletivos da categoria da qual faz parte o empregado. Já quanto aos casos de origem personalíssima, a finalidade da norma é a proteção do próprio trabalhador. No segundo caso é pertinente a indenização do período de estabilidade, ainda que a empresa tenha encerrado suas atividades no sítio onde atuara o empregado. TRT/SP 15ª Região 2017-2001-020-15-00-3 - Ac. 2ª Câmara 50.479/05-

PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 21/10/05, p. 34.

EXECUÇÃO

EXCESSO DE PENHORA. ARGUMENTO QUE NÃO PODE SER VALIDAMENTE UTILIZADO APENAS PARA ETERNIZAR UM PROCESSO.- Sempre útil o observar que figuras como a do excesso de penhora não existem para que quem delas se valha tente fugir a um comando judicial, visando a eternizar um processo, esgrimindo-as para não cumprir obrigação que judicialmente lhe foi imposta, não sendo, para isso, admitidas. **DEPOSITÁRIO. NOMEAÇÃO. POSSIBILIDADE.-** Possível a nomeação compulsória de depositário pelo Juiz, não cabendo cuidar de ilegalidade ou abuso de poder na espécie, mesmo porque não é algo estranho ao direito positivo pátrio (Lei n. 8.866/94), além do que, o próprio art. 2º, da CLT, autoriza referido procedimento, relevando salientar que tal entendimento reflete a preocupação hodierna de se partilhar os ônus e as conseqüências de possível demora na entrega da prestação jurisdicional entre o autor e o réu. TRT/SP 15ª Região 678-2001-012-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 51.332/05-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 04/11/05, p. 84.

EXPERIÊNCIA

ACIDENTE DE TRABALHO. SUSPENSÃO DO CONTRATO.- O disposto no § 2º do art. 472, da CLT, é de caráter excepcional e abrange somente as hipóteses nele mencionadas (“exigências do serviço militar ou de outro encargo público”). O acidente de trabalho suspende o contrato de trabalho, mesmo por prazo determinado, e o período de afastamento não pode ser computado na contagem do prazo ajustado, independentemente de qualquer ajuste especial nesse sentido. TRT/SP 15ª Região 763-2004-118-15-00-7 - Ac. 4ª Câmara 56.819/05-PATR. Rel. Desig. Mariane Khayat. DOE 18/11/05, p. 59.

EXTINÇÃO

1. DO ESTABELECIMENTO. POR MOTIVO DE DESPEJO. GARANTIA DE EMPREGO POR ACIDENTE DO TRABALHO. DEVIDA INDENIZAÇÃO AO EMPREGADO.- O fechamento do estabelecimento empresarial por motivo de despejo não exclui o empregado da proteção que lhe confere o art. 118 da Lei n. 8.213/91, pois a norma visa a recuperação da saúde do trabalhador, sem perder de vista sua maior dificuldade em recolocar-se no mercado de trabalho. Impossibilitada a reintegração, o reclamante faz jus à indenização correspondente aos salários e demais vantagens contratuais do período entre o despedimento e o término da garantia provisória de emprego. TRT/SP 15ª Região 57-2004-114-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 56.383/05-PATR. Rel. Thelma

Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 18/11/05, p. 41.

2. DO PROCESSO. SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. QUESTÃO EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. JULGAMENTO IMEDIATO DA LIDE.- Em caso de extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267) em que a lide contém questão exclusivamente de direito e encontra-se em condições de imediato julgamento, o CPC (art. 515, § 3º) autoriza ao Tribunal julgar desde logo a lide, adentrando, pois, às demais questões processuais e, se estas restarem superadas, decidir também o mérito. TRT/SP 15ª Região 1310-2004-056-15-00-6 - Ac. 7ª Câmara 55.572/05-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 18/11/05, p. 74.

FLEXIBILIZAÇÃO

NEGOCIAÇÃO COLETIVA. HORÁRIO DE TRABALHO.- A flexibilização do horário de trabalho, por meio de convenções coletivas, não pode vulnerar norma de conteúdo mínimo, sob pena de afronta à melhoria da condição social do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 1782-2003-097-15-00-3 - Ac. 2ª Câmara 54.667/05-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 11/11/05, p. 79.

GREVE

INTERDITO PROIBITÓRIO. CONFLITO DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.- Os aspectos possessórios concernentes à realização de piquetes vinculados a movimentos parciais, não desvirtuam a natureza trabalhista do conflito, o que atrai a competência material desta Justiça Especializada para dirimi-lo, pertencendo ademais a atribuição funcional correlativa ao juiz de primeira instância, mercê do contexto institucional que dimana da atual redação conferida ao art. 114 da CF, ilação que só pode ser afastada em se tratando de dissídios coletivos em sentido estrito. TRT/SP 15ª Região 1537-2005-000-15-00-8 - Ac. SDC 90/05-PADC. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 25/10/05, p. 4.

GUELTA

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.- Gueltas são valores pagos habitualmente aos empregados de determinada empresa pelos fabricantes dos produtos por ela vendidos. Conquanto se trate de valores pagos por terceiro, como as gorjetas, têm natureza salarial, pois decorrem da prestação dos serviços. TRT/SP 15ª Região 193-2003-032-15-00-2 - Ac. 4ª Câmara 56.785/05-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 18/11/05, p. 58.

HABEAS CORPUS

DEPOSITÁRIO INFIEL. FURTO DO BEM DEPOSITADO.

PRISÃO CIVIL.- A lavratura de Boletim de Ocorrência comunicando o furto de veículo constitui documento unilateral, pois firmado pelo próprio interessado, não fazendo prova da ausência de culpa do depositário. A apresentação de outros elementos probantes ou indiciários do fato cumpria ao depositário, independentemente de designação de audiência pelo Juízo com essa finalidade, pois somente àquele, como responsável pela guarda e conservação da coisa, interessa demonstrar a veracidade de suas alegações, de forma a exonerar-se da obrigação de responder pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte (arts. 148 e 150 do CPC). TRT/SP 15ª Região 1577-2005-000-15-00-0 - Ac. 1ªSDI 676/05-PDI1. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 25/11/05, p. 3.

HONORÁRIOS PERICIAIS

CONTÁBEIS. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO.- Havendo divergência dos cálculos de ambas as partes em relação ao laudo pericial contábil, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais deve ser carreada à parte vencida na demanda, salvo comprovada má-fé do exequente. **HONORÁRIOS PERICIAIS. VALOR EXCESSIVO. INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ.**- A fixação dos honorários periciais está afeta ao poder discricionário do Juiz, em face da inexistência de base legal que defina esse valor. Deve-se levar em consideração o grau e zelo do profissional, o tempo despendido, o nível de complexidade e a qualidade técnica do trabalho realizado. TRT/SP 15ª Região 2041-1997-025-15-00-7 - Ac. 6ª Câmara 52.754/05-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 04/11/05, p. 93.

INTERVALO

1. INTERJORNADA. DESRESPEITO. REMUNERAÇÃO DO TEMPO SUPRIMIDO COMO HORAS EXTRAS.- Entre um dia e outro de trabalho deve haver um período mínimo de 11h consecutivas para descanso, que se soma às 24h do descanso semanal, perfazendo 35h de repouso no final de semana. Havendo desrespeito a esse período de descanso, o tempo suprimido deve ser remunerado como horas extras, sobretudo quando o trabalhador labora em regime de sobrejornada. Afinal, o ser humano necessita de tempo de descanso, a fim de que possa recuperar suas forças de trabalho; aliás, até o robô precisa de pausa para manutenção. Os intervalos intrajornada e interjornada são de ordem pública, destinam proteger o trabalhador da fadiga, resguardando sua saúde e a produtividade, além do convívio familiar e social. A inobservância desses intervalos enseja reparação pecuniária, sem prejuízo das penalidades de natureza administrativa (multas). Inteligência dos arts. 66, 67 e 71, da CLT, c/c

Súmula n. 110 do E. TST. TRT/SP 15ª Região 461-2003-011-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 53.174/05-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 04/11/05, p. 130.

2. TRABALHO RURAL. ART. 71 DA CLT. INAPLICABILIDADE.- A norma específica afasta a incidência de qualquer outra de caráter geral. Como art. 5º, da Lei n. 5.889/73, regulou integralmente o intervalo para refeição e descanso no trabalho rural, o disposto no art. 71 e §§ da CLT não se aplica aos rurícolas. **HORAS IN ITINERE. TRANSPORTE PÚBLICO. INSUFICIÊNCIA E INCOMPATIBILIDADE. DISTINÇÕES.**- A insuficiência do transporte público está diretamente relacionada com o número de veículos ou de linhas à disposição dos usuários, num determinado horário. A Súmula n. 90, inciso II, do C. TST, tem aplicação quando constatada a incompatibilidade entre os horários de transporte público e os de trabalho do empregado. Assim, se num determinado horário a empresa transporta 200 trabalhadores e existe apenas uma linha de transporte público, com capacidade para 50 pessoas, este deve ser considerado insuficiente, mas se o trabalhador deve entrar em serviço às 7h, por exemplo, e a linha de transporte público não permite que ele possa chegar ao local de trabalho antes do horário de início da jornada, dá-se a incompatibilidade entre os citados horários. TRT/SP 15ª Região 193-2005-081-15-00-4 - Ac. 4ª Câmara 56.765/05-PATR. Rel. Desig. Paulo de Tarso Salomão. DOE 18/11/05, p. 57.

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO

Ex vi do art. 13, do CPC, deve o Juiz suspendendo o processo marcar prazo razoável para sanar o defeito. O texto legal impede a assunção de presunção de regularidade de representação. Recurso ordinário no qual colhe-se preliminar de irregularidade de representação, rejeitando requerimento no sentido de que seja declarado revel o recorrido e, *ex officio*, declarar nula a decisão de 1º grau, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem a fim de que, uma vez lá, assine-se prazo razoável para a sanção do defeito, submetendo-se o feito a novo julgamento, como entender-se de direito, após o respectivo decurso, restando prejudicada a apreciação dos demais itens do apelo. TRT/SP 15ª Região 101-2004-064-15-00-0 - Ac. 12ª Câmara 56.175/05-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 18/11/05, p. 92.

JORNALISTA

SALÁRIO NORMATIVO. HABILITAÇÃO.- Não é lícito ao empregador deixar de efetuar o pagamento do salário profissional ao empregado contratado para exercer as atribuições de jornalista, sob a exclusiva alegação de não possuir o trabalhador formação acadêmica específica. O

acolhimento de tal argumento, a despeito de permitir que a parte invoque em seu favor o próprio descumprimento da lei, também implicaria na abertura de grave precedente, na medida em que estimularia a contratação de profissionais sem habilitação acadêmica para o exercício de função regulamentada em lei. Recurso acolhido para deferir as diferenças salariais postuladas. TRT/SP 15ª Região 133-2004-071-15-003 - Ac. 10ª Câmara 57.093/05-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 25/11/05, p. 38.

JULGAMENTO EXTRA PETITA

NULIDADE. INEXISTÊNCIA.- Pode ser deferida a reintegração no emprego, no procedimento sumaríssimo, ainda que o pedido constante da exordial seja apenas de indenização equivalente, se por ocasião da sentença ainda estiver vigorando a garantia de emprego questionada e se o Juiz se convencer ser esta a decisão mais justa e equânime para o caso concreto, que atenda aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, nos termos do art. 852-I, § 1º da CLT. TRT/SP 15ª Região 1654-2004-004-15-00-6 - Ac. 2ª Câmara 54.649/05-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 11/11/05, p. 79.

JUROS DE MORA

IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO DECRETO N. 3.000/99.- De nítida natureza indenizatória, os juros moratórios correspondem à compensação pela demora no recebimento dos créditos que deveriam ter sido satisfeitos no tempo oportuno. Sem qualquer vinculação com investimento de capital, não importam em acréscimo patrimonial para o credor, e por essa razão se encontram excluídos da tributação, conforme explicitado no art. 46, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.541/92. Nem mesmo o Decreto n. 3.000/99 (art. 43º, § 3º) está a amparar a exação tributária, posto que, ato administrativo de natureza regulamentar e condicionado, não é o expediente legal meio apto para criar encargo tributário, a teor do preceituado nos arts. 5º, II, 150, I, 153, III e § 2º, I, todos da CF. TRT/SP 15ª Região 779-1995-083-15-00-9 - Ac. 11ª Câmara 53.112/05-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 04/11/05, p. 128.

MANDADO DE SEGURANÇA

BLOQUEIO EM CONTA CORRENTE UTILIZADA EXCLUSIVAMENTE PARA RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SEGURANÇA CONCEDIDA.- Diante de sua natureza alimentícia e com fundamento legal no art. 649, inciso VII, do CPC, não podem ser penhoradas as pensões percebidas do INSS, sob pena de se configurar violação a direito líquido e certo do impetrante. TRT/SP 15ª Região 1340-2005-000-15-00-9 - Ac.

1ªSDI 667/05-PDI1. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 25/11/05, p. 3.

MEDIDA CAUTELAR

EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ORDINÁRIO. REJEIÇÃO.- A concessão de efeito suspensivo a recurso ordinário somente pode ser deferida em hipóteses excepcionais e se estiverem, de plano, demonstrados o prejuízo iminente e a plausibilidade de se desconstituir a decisão recorrida. TRT/SP 15ª Região 767-2005-000-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 50.673/05-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 21/10/05, p. 40.

MULTA

1. DE 40%. CONTRATO A TERMO.- Na hipótese de rescisão antecipada do contrato a termo, não se pode aplicar a multa de 40% do FGTS e, sim, o disposto no art. 479 da CLT, que é norma específica para o caso. TRT/SP 15ª Região 122-2004-102-15-00-7 - Ac. 12ª Câmara 51.510/05-PATR. Rel. José Pitas. DOE 21/10/05, p. 71.

2. POR DESCUMPRIMENTO DE ACORDO JUDICIAL. ATRASO DE UM DIA NO PAGAMENTO DA TERCEIRA DE SETE PARCELAS. PAGAMENTO INTEGRAL E TEMPESTIVO DAS DEMAIS. INCIDÊNCIA DA MULTA PACTUADA. POSSIBILIDADE DE SUA REDUÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ART. 413 DO CCB.- De acordo com o art. 413 do CCB, o Juiz tem o dever de reduzir a cláusula penal ajustada pelas partes se a obrigação é parcialmente cumprida. No caso dos autos, apenas uma de sete parcelas foi paga com atraso, e ainda assim de apenas um dia, circunstância que não justifica a incidência da multa pactuada de 50% sobre o valor total transacionado. Todavia, se faz exigível a sanção do inadimplemento, tendo em vista a necessidade de valorização da composição judicial, objetivo primeiro da prestação jurisdicional trabalhista. Agravo parcialmente provido para admitir a incidência da multa e fixá-la em patamar que se julga razoável em face do cumprimento integral da avença. TRT/SP 15ª Região 1318-2003-022-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 52.425/05-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 04/11/05, p. 91.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA

EFICÁCIA NORMATIVA.- Em nosso sistema jurídico a simples negociação coletiva não detém eficácia normativa, sendo necessário para tanto que exista um acordo ou convenção coletiva. (inteligência dos incisos XIV e XXVI do art. 7º da CF/88 em face do princípio da unidade da Constituição). TRT/SP 15ª Região 220-2004-096-15-00-7 - Ac. 2ª Câmara 52.820/05-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 04/11/05, p. 64.

PARTE

E SEU PATRONO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SOLIDARIEDADE. POSSIBILIDADE.- Litigam de má-fé a parte e seu patrono que usam de recurso judicial apenas para aventar um ataque pessoal ao Magistrado *a quo* e para perpetuar no tempo questões inverossímeis. O óbice do parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/94 para a condenação solidária do patrono da parte se encontra ultrapassado nesta Justiça Especializada, primeiro, porque este entendimento colide frontalmente com os princípios da celeridade e concentração dos atos no processo, segundo, porque, com a EC n. 45/04, não há que se falar na incompetência dessa Justiça para julgar tal questão, até mesmo por ter se originado de um processo trabalhista, e, por fim, a imunidade pretendida pelo dispositivo em questão viola o princípio da igualdade preceituado pelo art. 5º da CF, pois, se o advogado não pode ser apenado no processo porque dele não é parte, não poderia, igualmente, valer-se do mesmo para cobrar seus honorários. TRT/SP 15ª Região 264-2003-072-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 51.690/05-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 21/10/05, p. 66.

PETIÇÃO INICIAL

INDEFERIDA. DECISÃO PRIMÁRIA QUE SE CONFIRMA.- A inicial é confusa e não diz ao Estado qual o pronunciamento que pretende, merecendo o indeferimento. Da *mihi factum, dabo tibi jus*. Alega, em dado momento, que pretende ressarcimento de danos; noutro, declaração de existência de relação jurídica; enfim, traduz ao Judiciário incerteza, imprecisão, dúvida, institutos sobre os quais não se estabelece qualquer edificação segura. TRT/SP 15ª Região 1982-2004-06415-00-6 - Ac. 6ª Câmara 54.960/05-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 11/11/05, p. 92.

PRELIMINAR DE NULIDADE

PROCESSUAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE AÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE INTEGRAÇÃO À LIDE. NÃO CONFIGURAÇÃO.- Não caracteriza cerceamento de defesa, melhor dizendo, do direito de ação, o indeferimento do pedido de integração à lide de nova reclamada, quando o processo já se encontra parcialmente instruído, inclusive com produção de prova pericial e cuja instrução foi encerrada com anuência das partes. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 810-2002-049-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 55.773/05-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 18/11/05, p. 61.

PRESCRIÇÃO

1. BIENAL. CONTAGEM DO PRAZO. TERMO INICIAL APÓS A RESCISÃO CONTRATUAL.- O direito de ação para o trabalhador reclamar créditos resultantes da relação de trabalho estende-se até o limite de 2 (dois) anos “após” a extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, da Carta Magna), concluindo-se que o último dia do contrato de trabalho deve ser excluído da contagem do prazo, senão, os dois anos não seriam após a extinção contratual. Nesse passo, também, o art.11/CLT, com a redação dada pela Lei n. 9.658/98, dispondo que “O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: I - em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos ‘após’ a extinção do contrato (...)”, e o art. 489/CLT, estipulando que “Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva ‘depois’ de expirado o respectivo prazo (...)” TRT/SP 15ª Região 395-2004-082-15-00-1 - Ac. 1ª Câmara 50.506/05-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 21/10/05, p. 34.

2. INTERRUÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA QUE FOI, POSTERIORMENTE, ARQUIVADA.- A interrupção da prescrição trabalhista preserva as parcelas anteriores a cinco anos contados do ajuizamento da primeira ação trabalhista. Assim, para declarar prescritas as parcelas do contrato de trabalho, deverá o juiz observar a data do ajuizamento da ação que foi arquivada, sob pena de admitir-se que a prescrição interrompida continuou gerando efeitos quanto às parcelas devidas. TRT/SP 15ª Região 598-2003-061-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 54.196/05-PATR. Rel. Renato Henry Sant’Anna. DOE 04/11/05, p. 80.

PRESTAÇÃO

LABORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO.- Incidência de contribuição previdenciária sobre a importância paga ao prestador de serviços, que se enquadra perante a previdência social na condição de contribuinte individual, nos termos da alínea “h” do inciso V do art. 12 da Lei n. 8.212/91. Inexistência de contribuição pelo tomador desses serviços, posto que a Lei de Custeio da Previdência Social não instituiu contribuição pela pessoa física que toma serviços autônomos no âmbito residencial. TRT/SP 15ª Região 641-2004-080-15-00-2 - Ac. 2ª Câmara 53.005/05-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 04/11/05, p. 68.

PROVA

CARTÕES DE PONTO. CÓPIAS JUNTADAS PELO

RECLAMANTE. MOMENTO PARA FAZÊ-LO.- Quando se trata da juntada de documentos, no caso, cartões de ponto, que ficam sob os cuidados da dadora de serviço, que, não raro guarda-os, para empregar uma locução simples, mas rica em significado, “a sete chaves”, não corresponde ao que comumente acontece, esperar possa e/ou tenha o obreiro, logo ao ingressar com uma reclamatória, cartões de ponto em mãos, de maneira que alimantar o entendimento de que lhe cumpre instruir a peça primeira com os mesmos, pode saciar um formalismo excessivo, mas deixará esfomeada a realidade, dieta essa que não se deve nem receitar, nem impor. **NORMA COLETIVA QUE ESTABELECE SITUAÇÃO EM QUE MOTORISTA TEM SUA JORNADA REGIDA PELO ART. 62, 'A', DA CLT. IMPOSSIBILIDADE.-** Escudando-se a reclamada, para ter como indevidas as horas extras postuladas, no quanto estabelecido em cláusula de norma coletiva, que estabelece que motorista que exerce suas atividades em percursos, quer municipais, quer intermunicipais, quer, ainda interestaduais e/ou internacionais terá sua jornada disciplinada pelo art. 62 ‘a’ da CLT, não havendo, no caso, obrigação de se manter controle de jornada, há reputar irrita aludida cláusula, por fugir, em passos largos, da razão de ser de um instrumento coletivo, ao dispor de maneira contrária aos interesses e direitos do trabalhador, e sem qualquer contrapartida, a qual, em situações quejandas, haveria de restar cumpridamente demonstrada, sendo de todo em todo insuficiente um mera alusão à teoria do conglobamento, pois, no caso concreto, apenas uma parcela dos integrantes da categoria estaria sendo atingida, o que, para se justificar, para quem entenda viável alguma justificativa, exigiria a demonstração de algum benefício concreto para essa parcela de trabalhadores, pena de restar magoado o princípio da igualdade, de estatura constitucional, mesmo porque, ainda para quem tenha como possível se estabeleça tal cláusula, como concertaram os personagens de um clássico da literatura universal, o aceitável é “Um por todos, todos por um”, quando a situação é idêntica para todos, e não, como parece ser o caso, fixar-se o “Alguns por todos.” TRT/SP 15ª Região 1133-2004-042-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 51.769/05-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 04/11/05, p. 88.

REAJUSTE SALARIAL

PLEITO EMBASADO EM LEI MUNICIPAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.- Amparando-se o pleito de reajuste salarial em Lei Municipal, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e decidindo o Tribunal Pleno desta E. Corte que referida decisão, exarada sob o controle concentrado daquele Tribunal, tem efeitos *erga omnes*, vinculando os

demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, resultando na suspensão da eficácia daquela norma, impõe-se a improcedência da ação, por falta de amparo legal. TRT/SP 15ª Região 1068-2001-002-15-00-6 - Ac. 12ª Câmara 51.519/05-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 21/10/05, p. 71.

RECURSO ORDINÁRIO

CONTRA SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPUGNANDO ATO DE SUBDELEGADO REGIONAL DO TRABALHO POR AUTUAÇÃO REFERENTE AO TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS. NÃO PROVIMENTO.- É inegável a constatação de que, atualmente, os super e hipermercados, também incluídos os *shopping centers*, são os substitutos do comércio varejista, das padarias, das feiras-livres e dos mercados, englobando, muitas vezes, num só espaço físico, todas essas espécies de estabelecimentos comerciais. Portanto, tratando-se os super e hipermercados, bem como os *shopping centers* de espécie de estabelecimentos comerciais varejistas em geral, a autorização para funcionamento em dia feriado, é concedida em caráter permanente, por disposição do art. 7º do Decreto n. 27.048/49, que regulamentou a Lei n. 605/49. TRT/SP 15ª Região 902-2005-019-15-00-1 - Ac. 1ªSDI 689/05-PDI1. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 25/11/05, p. 4.

REDUÇÃO DO INTERVALO

DE REFEIÇÃO.- Necessidade de autorização do Ministério do Trabalho, mesmo havendo acordo ou convenção coletiva a respeito do tema, vez que se trata de norma de ordem pública. Inteligência dos arts. 7º, XIII e XXVI, CF, 71, § 3º, da CLT, e 2º, §§1º e 2º, LICC. TRT/SP 15ª Região 894-2004-128-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 55.198/05-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 18/11/05, p. 50.

SENTENÇA NORMATIVA

VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. HORAS IN ITINERE. INSTRUMENTO NORMATIVO EXPIRADO. PROJEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. "ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE DE 4%. PROJEÇÃO. ENUNCIADO N. 277 DO TST. APLICÁVEL.- Pacificou-se na Corte o entendimento de que o adicional de produtividade previsto em sentença normativa ou em cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho tem sua exigibilidade adstrita ao período de vigência da norma, não se integrando, em definitivo, no contrato de trabalho dos empregados, nos termos da jurisprudência sedimentada no Enunciado n. 277. No mesmo sentido é o entendimento do C. STF ao proclamar

que 'as condições estabelecidas por convenções coletivas de trabalho ou sentenças normativas prevalecem durante o prazo de sua vigência, não cabendo alegar-se cláusula preexistente', consoante precedente citado. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST - SDI, E RR 481.895/98, Rel. Ministro Milton Moura França - julgado em 03/06/02)." Recurso Ordinário do reclamante a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 1602-2004-120-15-00-7 - Ac. 10ª Câmara 57.195/05-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 25/11/05, p. 41.

SUCESSÃO DE EMPREGADORES

O preceito contido nos arts. 10 e 448 da CLT não se refere apenas aos casos de sucessão, abrangendo de forma ampla qualquer alteração ou mudança ocorrida na estrutura jurídica da entidade empregadora. TRT/SP 15ª Região 1350-2003-041-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 50.638/05-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 21/10/05, p. 39.

SUPRESSÃO DE COMISSÕES

ENCARGO PROBATÓRIO. PRÊMIO. CUMPRIMENTO DE METAS. DESCARACTERIZAÇÃO.- Não pode ser aceito como "Prêmio" pagamento efetuado de forma continuada, desde o início da prestação dos serviços, sem efetiva demonstração de que se condicionava ao cumprimento de metas. Credibilidade à argumentação do reclamante de que eram comissões. Nesse caso, o encargo probatório era da ré, consoante estabelecem os arts. 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC, por se tratar de fato impeditivo do direito pleiteado pelo autor. TRT/SP 15ª Região 1825-2003-007-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 55.763/05-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 18/11/05, p. 61.

TRABALHO

1. AVULSO. IRREGULARIDADE.- Considerando-se as peculiaridades do trabalho avulso, este não se coaduna com a prestação de serviços de longa duração relacionados com a atividade-fim do tomador, em especial quando este é único e o labor se estende por período incompatível com a eventualidade exigida para esse tipo de contratação. Em casos tais, impõe-se o reconhecimento da

nulidade da intermediação feita pelo sindicato, estabelecendo-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. TRT/SP 15ª Região 601-2004-074-15-00-9 - Ac. 9ª Câmara 56.107/05-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 18/11/05, p. 86.

2. TEMPORÁRIO. NÃO JUSTIFICAÇÃO DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE DO CONTRATO. VINCULAÇÃO DIRETA COM O TOMADOR DA MÃO-DE-OBRA. ANOTAÇÃO EM CARTEIRA E PAGAMENTO DO AVISO PRÉVIO E SEUS REFLEXOS, MAIS OS 40% "FUNDIÁRIOS". PERTINÊNCIA.- A substituição de pessoal regular e permanente autorizada pela legislação do trabalho temporário se dá quando este pessoal se encontra, por algum motivo, afastado, necessitando, em consequência, sua substituição; substituição esta onde os vínculos do ocupante do posto regular e permanente e o do trabalhador temporário se fazem concomitantes. Presentemente, havia sucessividade, porquanto desocupado o posto de pessoal regular e permanente, era o então denominado temporário contratado. Hipótese totalmente diversa daquela prestigiada pela Lei n. 6.019/74. No reverso, aflorando nítida a irregular intermediação de mão-de-obra, declarar-se-á ineficaz (CLT, art. 9º), reconhecendo-se o vínculo diretamente com a tomadora dos serviços. Por consequência, além do registro em carteira, reconhece-se a contratação a prazo indeterminado, condenando-se a tomadora nas rescisórias, compostas do aviso prévio e suas projeções, mais os 40% "funditários". Recurso a que se dá provimento, para declarar nulo o contrato temporário. TRT/SP 15ª Região 1116-2003-090-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 57.225/05-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 25/11/05, p. 42.

VÍNCULO DE EMPREGO

APÓS A CESSAÇÃO DE RELAÇÃO CELETISTA DE QUASE OITO ANOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CORRETOR DE SEGUROS. RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CIVIL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO PRETENDIDA.- A alegação de fraude exige comprovação robusta, sobretudo nas hipóteses em que se discute a existência de relação jurídica de natureza civil entre duas empresas, uma das quais corretora de seguros, de propriedade do reclamante, constituída cerca de um ano antes de sua saída da reclamada. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 1981-1998-026-15-00-6 - Ac. 10ª Câmara 57.099/05-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 25/11/05, p. 39.

Índice do Ementário de Jurisprudência

AÇÃO

- Cautelar. De exibição de documentos. Admissibilidade37
- Rescisória. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Pedido de rescisão de sentença, quando há acórdão. Efeito supletório. Recurso parcial. Inocorrência da hipótese argüida38
- Rescisória. Controvérsia. Matéria constitucional. Necessidade de análise38
- Rescisória. Decisão homologatória que revoga decisão anterior, homologatória do mesmo acordo. Afronta a norma de ordem pública (CLT, art. 831, parágrafo único). Violação de lei. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho ...37
- Rescisória. Ré. Municipalidade controvérsia. Matéria constitucional.....38
- Rescisória. Ré. Municipalidade. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Pedido de rescisão de sentença, quando há acórdão. Efeito supletório. Recurso parcial. Inocorrência da hipótese argüida38
- Rescisória. Violação de texto constitucional. Servidor celetista que teve suposto direito à estabilidade recusado. Inexistência de interpretação do STF dotada de eficácia subjetiva universal e efeito vinculante 39
- Rescisória. Violação literal do texto constitucional. Exegese determinada pelo STF. Pronunciamento apto a rescindir julgados em sentido contrário 38, 39
- Rescisória. Violação literal do texto constitucional. Relevância ímpar. Exegese determinada pelo STF.....39

ACIDENTE DO TRABALHO

- Indenização. Ação em face do empregador. Competência da Justiça do Trabalho37

ACORDO

- Firmado sem reconhecimento de vínculo. Contribuições previdenciárias devidas pelo reclamante (prestador dos serviços), sendo da reclamada a responsabilidade pelo respectivo pagamento se ajustada quantia líquida no acordo37
- Homologação. Abrangência38

ADITAMENTO DA INICIAL

- Pedido formulado em réplica. Impossibilidade de deferimento ...38

AGRAVO

- De petição. Embargos de terceiro. Depósito recursal e custas. Inexigibilidade. Deserção não configurada39
- De petição. Imposto de renda sobre juros de mora. Hipótese de incidência.....39
- Regimental. Indeferimento liminar do mandado de segurança, por incabível. Existência de recurso próprio.....39

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

- Reclamação trabalhista. Ausência de salário *stricto sensu*. Inexistência de prova de inidoneidade das reclamadas. Indeferimento.....40

APLICAÇÃO

- Do art. 557 do CPC ao processo do trabalho40

ARREMATACÃO

- Adjudicação. Exequente. Possibilidades40

CARGO EM COMISSÃO

- Caracterização. Incompetência absoluta da Justiça do Trabalho.....40

CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL

- Falecimento do tabelião. Vacância da serventia e conseqüente extinção da delegação do Tabelionato. Recolhimento do acervo a

outro tabelião de notas e protesto de letras e títulos na respectiva comarca. Cessação imediata de prática de qualquer ato notarial e de protesto. Inventário e encerramento de todos os livros e documentos da serventia extinta pelo MM. Juiz corregedor permanente. Sucessão trabalhista. Inocorrência40

CELERIDADE

- Informalidade e ampla defesa no processo laboral41

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

- Fraude41

COMPETÊNCIA TERRITORIAL

- Terceirização.....41

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

- De ex-empregados do Banespa.....41
- Servidor estadual. Unicidade contratual41

CONTRATO DE FRANQUIA

- Súmula n. 331 do E. TST. Responsabilidade subsidiária. Inaplicabilidade.....42

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

- Incidência sobre a remuneração do intervalo suprimido.....42
- Prestação de serviços autônomos a pessoa ou entidade familiar42

CONTRIBUIÇÕES

- Devidas ao INSS. Por tomador de serviços domésticos. Acordos sem reconhecimento de vínculo com trabalhadora doméstica.....42
- Previdenciárias. E fiscais. Responsabilidade subsidiária. Abrangência42
- Previdenciárias. Juros42

CORREÇÃO

- Monetária. E juros de mora. Diferenças. Depósito judicial.....42
- Monetária. Juros. Diferenças. Depósitos judiciais para garantia da execução. Responsabilidade do devedor até a data do efetivo pagamento ou da sua disponibilização ao credor. Devidas ...42

CURADOR ESPECIAL

- Nomeação para o réu revel. Incompatibilidade com o processo do trabalho.....43

DANO MORAL

- Indenização43

DANOS MORAIS

- Indenização. Prescrição trabalhista37

DEPOSITÁRIO

- Nomeação. Possibilidade45
- Sócio-proprietário. Nomeação compulsória. Possibilidade.....43

DIREITO DO TRABALHO

- Jornada de trabalho semanal móvel e variável ajustada com antecedência de dez (10) dias. remuneração por unidade de tempo. Transferência ao empregado dos riscos da atividade econômica. Ilegalidade.....43

DISPENSA IMOTIVADA

- Ônus da prova43

DIVISOR

- Unidade produção. Adicional de horas extras43

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Possuidor44
- Pressupostos. Ilegitimidade de parte43

EMPREGADA DOMÉSTICA

- Salário-maternidade. Indenização substitutiva.....44

EMPREGADO PÚBLICO

- Estágio probatório. Dispensa imotivada sem prévio procedimento administrativo. Inadmissibilidade.....44

ESTABILIDADE

- Gestante. Recusa injustificada à reintegração. Perda do direito estabilitário..... 44

- Por acidente de trabalho. Encerramento das atividades empresariais. Conseqüências.....44

EXECUÇÃO

- Excesso de penhora. Argumento que não pode ser validamente utilizado apenas para eternizar um processo.....45

EXPERIÊNCIA

- Acidente de trabalho. Suspensão do contrato.....45

EXTINÇÃO

- Do estabelecimento. Por motivo de despejo. Garantia de emprego por acidente do trabalho. Devida indenização ao empregado.....45

- Do processo. Sem julgamento do mérito. Questão exclusivamente de direito. Julgamento imediato da lide.....45

FLEXIBILIZAÇÃO

- Negociação coletiva. Horário de trabalho.....45

GREVE

- Interdito proibitório. Conflito de natureza trabalhista. Competência funcional do juiz de primeira instância45

GUELTA

- Conceito e natureza jurídica.....45

HABEAS CORPUS

- Depositário infiel. Furto do bem depositado. Prisão civil.....45

HONORÁRIOS PERICIAIS

- Contábeis. Execução. Responsabilidade pelo pagamento.....46

- Valor excessivo. Inexistência de base legal. Discricionariedade do juiz.....46

HORAS IN ITINERE

- Transporte público. Insuficiência e incompatibilidade. Distinções46

INTERVALO

- Interjornada. Desrespeito. Remuneração do tempo suprimido como horas extras.....46

- Trabalho rural. Art. 71 da CLT. Inaplicabilidade.....46

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO.....46**JORNALISTA**

- Salário normativo. Habilitação46

JULGAMENTO EXTRA PETITA

- Nulidade. Inexistência.....47

JUROS DE MORA

- Imposto de renda. Não-incidência. Inaplicabilidade do Decreto n. 3.000/99.....47

MANDADO DE SEGURANÇA

- Bloqueio em conta corrente utilizada exclusivamente para recebimento de benefício previdenciário. Segurança concedida.....47

MEDIDA CAUTELAR

- Efeito suspensivo ao recurso ordinário. Rejeição.....47

MULTA

- De 40%. Contrato a termo47

- Por descumprimento de acordo judicial. Atraso de um dia no pagamento da terceira de sete parcelas. Pagamento integral e tempestivo das demais. Incidência da multa pactuada. Possibilidade de sua redução pelo juízo da

execução. Art. 413 do CCB47

NEGOCIAÇÃO COLETIVA

- Eficácia normativa47

NORMA COLETIVA

- Que estabelece situação em que motorista tem sua jornada regida pelo art. 62, 'a', da CLT. Impossibilidade49

PARTE

- E seu patrono. Litigância de má-fé. Solidariedade. Possibilidade.....48

PETIÇÃO INICIAL

- Indeferida. Decisão primária que se confirma48

PRELIMINAR DE NULIDADE

- Processual. Cerceamento do direito de ação. Indeferimento do pedido de integração à lide. Não configuração48

PRESCRIÇÃO

- Bial. Contagem do prazo. Termo inicial após a rescisão contratual48

- Interrupção pelo ajuizamento de ação trabalhista que foi, posteriormente, arquivada48

PRESTAÇÃO LABORAL

- No âmbito doméstico sem vínculo empregatício.....48

PROVA

- Cartões de ponto. Cópias juntadas pelo reclamante. Momento para fazê-lo48

REAJUSTE SALARIAL

- Pleito embasado em lei municipal declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça. Reclamação improcedente49

RECURSO ORDINÁRIO

- Contra sentença proferida em mandado de segurança impugnando ato de subdelegado regional do trabalho por autuação referente ao trabalho em domingos e feriados. Não provimento49

REDUÇÃO DO INTERVALO

- De refeição49

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

- Pagamento da dívida. Títulos38

SENTENÇA NORMATIVA

- Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. Horas *in itinere*. Instrumento normativo expirado. Projeção. Impossibilidade. Adicional de produtividade de 4%. Projeção. Enunciado n. 277 do TST. Aplicável.....49

SUCESSÃO DE EMPREGADORES50**SUPRESSÃO DE COMISSÕES**

- Encargo probatório. Prêmio. Cumprimento de metas. Descaracterização50

TRABALHO

- Avulso. Irregularidade.....50

- Temporário. não justificação da contratação temporária. Nulidade do contrato. Vinculação direta com o tomador da mão-de-obra. Anotação em carteira e pagamento do aviso prévio e seus reflexos, mais os 40% "fundários". Pertinência...50

VÍNCULO DE EMPREGO

- Após a cessação de relação celetista de quase oito anos. Não caracterização. Corretor de seguros. Relação jurídica de natureza civil. Ausência dos requisitos legais para a caracterização pretendida.....50