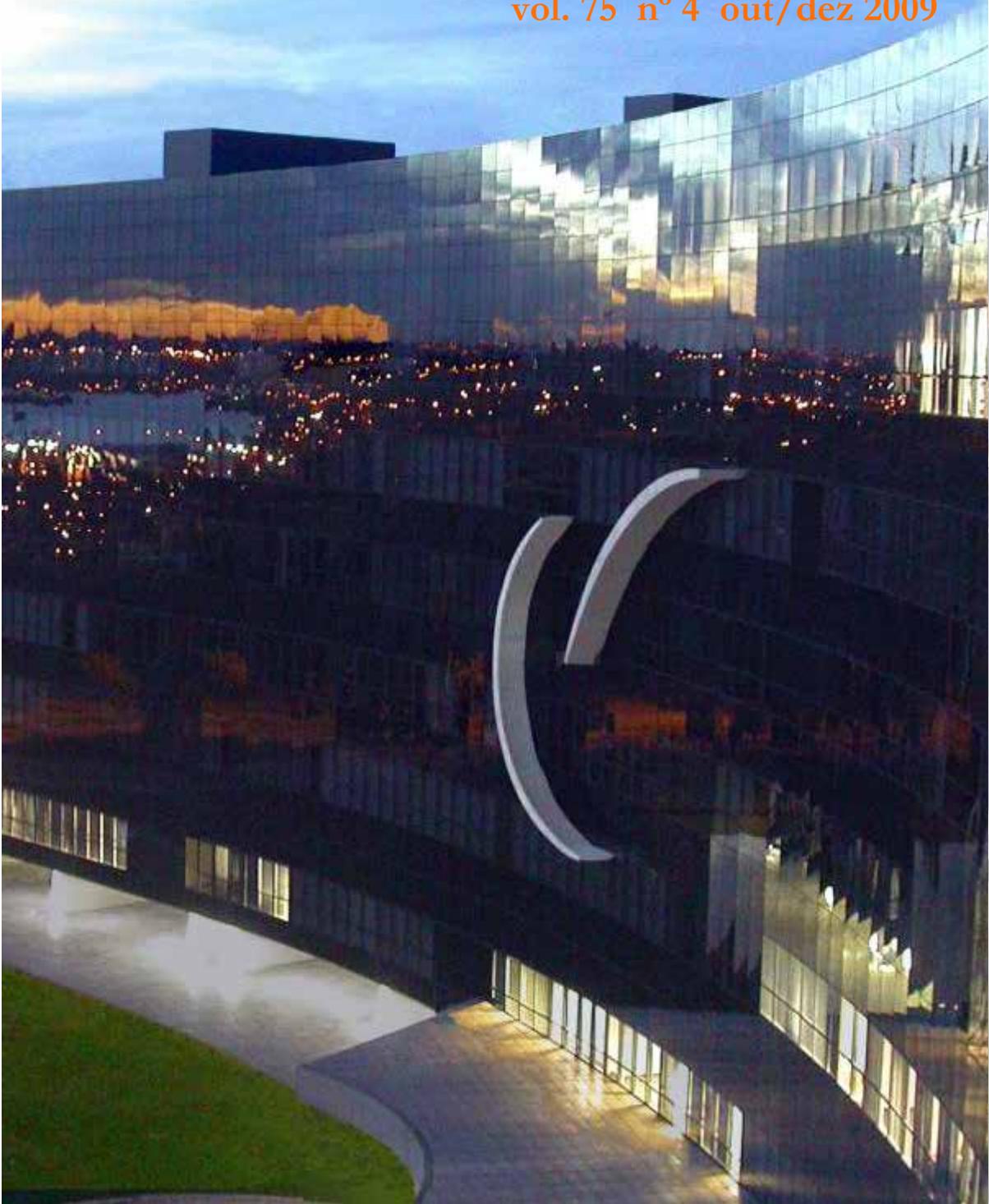


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 75 n° 4 out/dez 2009



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Milton de Moura França
Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Vice-Presidente

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Comissão de Documentação

Ano 75 – nº 4 – out. a dez. – 2009



Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar – Porto Alegre – RS – 91.340-340
magister@editoramagister.com – www.editoramagister.com

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007-, Magister.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil.
4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

Assinaturas:

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho (a partir de 14.12.2009)

Órgão Especial

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Augusto César Leite de Carvalho (a partir de 14.12.2009)

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Desembargadora Maria Doralice Novaes (convocada)

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Vantuil Abdala, Presidente
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Augusto César Leite de Carvalho (a partir de 14.12.2009)

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente (licenciado – membro do CNJ)
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Desembargadora Maria Doralice Novaes (convocada)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



MILTON DE MOURA FRANÇA
Presidente



JOÃO ORESTE DALAZEN
Vice-Presidente



CARLOS A. R. DE PAULA
Corregedor-Geral



VANTUIL ABDALA



ANTONIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO

Sumário

DOCTRINA

1. Da relação de trabalho
Arnaldo Süssekind 17
2. Serviços de teleatendimento: aspectos jurídicos materiais e processuais controvertidos
Alexandre Agra Belmonte 25
3. Dano moral da pessoa jurídica
José Geraldo da Fonseca 43
4. Equiparações salariais sucessivas: quando o Direito contraria a lógica
Estêvão Mallet 65
5. Repensando a sucessão trabalhista na recuperação judicial e falência
Marcelo Papaléo de Souza 81
6. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na Justiça do Trabalho
Mauro Vasni Paroski 111
7. Consectários da ocorrência de gravidez da empregada no curso do prazo do aviso prévio
Christiana D'arc Damasceno Oliveira 138

NOTAS E COMENTÁRIOS

- TST empossa novo ministro 155
- Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi lança livro 155
- Alterações à jurisprudência uniforme do TST 156
- Centenário do professor Orlando Gomes 158

JURISPRUDÊNCIA

- Jurisprudência do TST 163

SUMÁRIO

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST	323
--	-----

Doutrina

DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Arnaldo Süssekind*

I – CONCEITO

O conceito de relação de trabalho é tão amplo, abrangendo todo contrato de atividade, que o fundamento da sua conceituação é a pessoa do trabalhador, qualquer que seja a modalidade do serviço prestado.

Como bem observou o professor Rodrigues Pinto, ao tratar da relação de trabalho:

“De todos os contratos de atividade, somente o de emprego é trabalhista. Entretanto, todos eles têm por sujeito a pessoa do trabalhador, não mais apenas a do empregado, o que mostra a realidade de que o novo critério da determinação da competência passou a ter seu centro, ou eixo, na pessoa do trabalhador, o qual atrai para si toda matéria de suas relações possíveis, seja ela trabalhista (quando o trabalhador é empregado) ou cível (quando o trabalhador não é empregado).”¹

A relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados. Ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado. O trabalhador autônomo, ao contrário do empregado, assume o risco da atividade profissional que exerce. No mesmo sentido, entre outros, o ministro João Oreste Dalazen e o professor Amauri Mascaro Nascimento.

O magistrado Sergio Pinto Martins, depois de acentuar que “o prestador de serviços será necessariamente uma pessoa física e o tomador dos serviços uma pessoa física ou jurídica”, pondera, com razão, que a subordinação, que

* *Ministro Aposentado do Tribunal Superior do Trabalho; Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.*

1 “A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Justiça do Trabalho”. In *Revista LTr*, São Paulo, nº 05/09, p. 525.

existe na relação de emprego, “não existe na relação do trabalhador autônomo com o tomador dos serviços”².

A pessoalidade na prestação de serviços é comum a vários tipos de contratos; mas a direção da prestação pessoal dos serviços contratados representa fator de relevo na configuração da relação de emprego. O mais importante, no entanto, é, sem dúvida, a assunção do risco da atividade empreendida. Como observa Renato Corrado:

“A noção de subordinação, pela generalidade de sua concepção e pela multiplicidade que assume na linguagem técnica, não pode ser de muita ajuda para a definição do contrato de trabalho, se não esclarecer o sentido específico que se lhe pretenda atribuir.”³

Na execução do contrato de trabalho, o empregado, em hipótese alguma, pode participar do risco do negócio. Aliás, a subordinação jurídica peculiar a esse contrato explica-se e justifica-se por caber exclusivamente ao empregador os riscos da atividade que empreende. Para repetir Jean-Claude Javillier, “no regime capitalista o empregador assume todo o risco econômico. O empregado, nenhum. A subordinação é, portanto, o reflexo dessa relação de produção”⁴.

O empregado distingue-se do *trabalhador autônomo*, porque, além de ficar juridicamente subordinado ao poder de comando do empregador, este é que assume todo o risco da atividade econômica empreendida. Já o autônomo executa o trabalho que contrata por vontade própria e assume o risco dessa atividade, explorando sua força de trabalho em seu benefício. Daí a definição legal:

“Trabalhador autônomo é aquele que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada.” (art. 4º, alínea c, da Lei nº 5.890/1973)

II – ALGUMAS MODALIDADES DE RELAÇÃO DO TRABALHO

No *contrato de empreitada*, o “locador de serviços obriga-se a fazer ou mandar fazer certa obra, mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado”⁵. Trata-se – convém sublinhar – de contrato cujo pagamento

2 “Elementos para a caracterização do trabalho”. In *LTr, Suplemento Trabalhista nº 78*, São Paulo, 2005, p. 345.

3 *Tratado di diritto del lavoro*. Turin: Uted, 1966, v. 1, p. 246.

4 *Manual de droit du travail*. Paris: LGDJ, 1978, p. 50.

5 BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 351.

é ajustado em função de determinada obra, cuja execução é feita pelo próprio empreiteiro ou por intermédio de empregados seus, cujos serviços ele dirige pessoalmente ou mediante prepostos, utilizando material próprio ou fornecido pelo contratante.

A empreitada está regulada pelos arts. 610 a 626 do Código Civil. Ao empreiteiro cabe o risco pela má realização da obra, se fornece os materiais. Se ele só fornece a mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono. Entretanto, cabe-lhe o risco pela má execução da obra se fornecer os materiais.

A *locação de serviços* de pessoa jurídica ou natural, para executar trabalho na empresa contratante, deve ser examinada com rigor, pois tem sido ajustada, por vezes, para fraudar a aplicação da legislação social-trabalhista⁶. Ela deve ser apenas para misteres que não se enquadrem entre as atividades necessárias permanentes ao empreendimento econômico da locatária e cujas condições especiais de execução justifiquem o apelo a sociedades civis ou comerciais ou, ainda, a profissionais especializados (p. ex.: serviço de segurança ou vigilância, conservação de máquinas, elevadores e outros aparelhos ou equipamentos, higienização de estabelecimentos, exploração de restaurantes, etc.). A operação triangular, em virtude da qual a empresa contratada fornece pessoal para trabalhar sob o poder de comando da contratante, só é possível nas hipóteses restritas de trabalho temporário regidas pela Lei nº 6.019/1974.

O *representante comercial* promove a venda dos produtos, objeto do contrato de representação, encaminha os “pedidos” ao representado e aguarda a decisão deste para concluir as operações mercantis. Mas poderá concluir desde logo os negócios que promove, se o representado outorgar-lhe poderes de mandato⁷. Já o agente, no dizer de Pontes de Miranda, “age até onde o seu agir não o põe no lugar do agenciado”⁸.

É evidente, porém, que nem os autênticos agentes comerciais, mandatários e representantes comerciais são empregados. Mesmo a finalidade protecionista do Direito do Trabalho pode, em bom direito, confundir conceitos juridicamente distintos.

Releva ponderar que a existência de certa dose de subordinação, ainda que se trate de indiscutível exercício de atividade comercial, ressalta da simples

6 Cf. o que escrevemos sobre a terceirização e a empresa de trabalho temporário no Título III, Capítulo I, Seção VI.

7 Cf. REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 32.

8 *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. XXIV, 1972, p. 35.

leitura da Lei nº 4.886, de 9.11.1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos⁹. A exclusividade a favor do representado está, por igual, prevista na lei (art. 27, alínea *i*). Sequer o controle da produção é incompatível com o contrato típico de representação comercial autônomo.

Certo é que pode haver contrato de trabalho com *poderes de representação*. No dizer de Orlando Gomes, a outorga desse poder é “um ato jurídico unilateral, que não se vincula necessariamente ao mandato e, mais do que isso, que tem existência independentemente da relação jurídica estabelecida entre quem o atribui e quem o recebe”¹⁰. A representação pode ser conferida a um empregado, o que geralmente se verifica com os que exercem cargos de direção, por isso mesmo considerados de confiança imediata do empresário. Pode, portanto, coexistir, ou não, com o contrato de trabalho.

O mandato é contrato pelo qual uma pessoa obriga-se a praticar determinados atos jurídicos por conta de outrem. Como esclarecem Délio Maranhão e Luiz Inácio Carvalho, poderá ser objeto de contrato específico ou agregar-se ao contrato de trabalho. “Mas será de um ou de outro, conforme a maneira independente, ou não, pela qual a obrigação é executada.”¹¹

Tal como a representação comercial, a corretagem de imóveis também está regulada em lei (nº 6.530, de 12.5.1978), que dispõe:

“Compete ao corretor de imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.”

Essa atividade pode ser exercida tanto por pessoa física como jurídica (parágrafo único do art. 3º) e supõe, justamente, independência e autonomia do corretor. Há casos, porém, em que o agenciador imobiliário trabalha com todas as características da relação de emprego. Nesta hipótese, evidentemente, não existe contrato de corretagem, mas uma simulação em fraude à lei.

III – CONTRATOS DE SOCIEDADE

Em algumas modalidades de *contrato de sociedade*, a atividade pessoal de sócios corresponde à prestação de serviço. Por exemplo, cooperativa de trabalho e parceira agrícola. Neles, em vez da subordinação jurídica ca-

9 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, v.XLIV, p. 35.

10 *Contratos*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 423.

11 *Direito do trabalho*. 17.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993, p. 70-71.

racterística da relação de emprego, existe a *affectio societatis*. Conforme assinalaram Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, “no contrato de sociedade obrigam-se as pessoas, mutuamente, a caminhar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns” (art. 1.363 do Código Civil). É a *affectio societatis*¹². Nele não há salário, mas divisão do lucro, na forma contratada.

IV – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

É incontroverso que, independentemente da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os respectivos litígios, o direito material aplicável será:

- a) em se tratando de relação de emprego, a CLT e legislação complementar;
- b) as relações de trabalho são reguladas no Código Civil ou em lei especial, as correspondentes disposições.

Consoante prescreve o art. 593 do novo Código Civil:

“A prestação de serviço que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

Tanto o Supremo Tribunal Federal¹³ como o Superior Tribunal de Justiça¹⁴ vêm decidindo que, se a relação de trabalho determina a competência da Justiça do Trabalho, cumpre-lhe aplicar, para dirimir o litígio, a norma pertinente ao respectivo ramo do Direito.

Os princípios gerais do Direito e, especialmente, os do Direito do Trabalho, podem e devem ser invocados, não só para sanar omissão, como para iluminar a interpretação das normas aplicáveis. Segundo Orlando Gomes, constituem eles regras gerais induzidas dos sistemas jurídicos pela ciência e pela filosofia do Direito, tendo cunho de universalidade¹⁵.

Aliás, o novo Código Civil refletiu as tendências sociais contemporâneas, prestigiando princípios e normas que se sintonizam com as consagradas pelo

12 *Introdução ao direito do trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 284.

13 RE-238.737-4, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ, 05.02.99.

14 CC-1.866, rel. min. Eduardo Ribeiro, *Revista LTr*, julho de 1992, p. 855.

15 *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 57.

Direito do Trabalho. A diretriz *mater*, a meu ver, está inserida no art. 421, segundo o qual:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Consoante sublinhou mestre Miguel Reale, que presidiu a comissão elaboradora do Código Civil, em carta de 30 de abril de 2003 dirigida ao autor deste trabalho, o novo ordenamento do Direito Privado consagrou “os princípios de eticidade, socialidade, sociabilidade e operabilidade”. A boa-fé objetiva transformou-se em dever jurídico, inerente a todos os contratos.

A fraude, como soe acontecer, pode verificar-se, tal como explicita o Código Civil, em virtude de simulação, que se caracteriza, dentre outros motivos, quando o negócio jurídico contiver “declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira” (art. 167, inciso II). Nas relações de trabalho é comum a simulação de modalidade contratual com o objetivo de encobrir inquestionável relação de emprego. E o vício de consentimento imposto ao trabalhador pode advir de erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão irresistível.

V – PRINCÍPIOS PERTINENTES

No que tange aos princípios, bem enfatizou Francisco Meton de Lima, que os atinentes do Direito do Trabalho são aplicáveis aos litígios decorrentes de relações de trabalho, porquanto o bem protegido “é o trabalho na sua expressão mais larga, sob todas as formas de relação contratual (...) Ora, as modalidades contratuais de trabalho se diversificam, a Justiça do Trabalho se atualiza e amplia o seu objetivo, lógico que o manto protetor do trabalho continua cada vez mais necessário”¹⁶.

Da Constituição, por concernirem aos fundamentos da República Federativa do Brasil, os princípios da dignidade do trabalho humano e dos valores do trabalho (art. 1º, III e IV) deveriam ser rigorosamente respeitados. Outros, aplicáveis quando for o caso, estão explicitados ou podem ser deduzidos da Carta Magna.

Nas palavras do ilustre professor português J. J. Gomes Canotilho:

16 “Por que aplicamos os princípios trabalhistas nas relações de trabalho não subordinado”. In *Revista LTr*, abril de 2005, p. 393.

17 *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1.310.

DOCTRINA

“O princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-verticial ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas.”¹⁷

O mais relevante princípio do Direito do Trabalho é o da proteção do trabalhador, do qual são filhos legítimos os princípios da norma mais favorável, da condição mais benéfica, do *in dubio pro operario*, da primazia da realidade e outros de aplicação limitada à relação de emprego.

VI – TRABALHADORES AUTÔNOMOS

O trabalhador autônomo é uma das modalidades da relação cogitada pelo art. 114, I, da Constituição. Ele corresponde tanto ao trabalhador que habitualmente e por conta própria exerce uma atividade profissional remunerada em favor de terceiros, como ao que eventualmente executa o serviço contratado. E pouco importa que essa relação se estabeleça por um ajuste verbal ou em razão de um contrato escrito de locação de serviços. O relevante é que o trabalho seja realizado por pessoa física e praticado sem as características da relação de emprego, cujos elementos estão enunciados nos arts. 2º e 3º da CLT. A relação de trabalho, no concernente ao trabalhador, é sempre *intuitu personae*.

O Capítulo VII do Título VI do Código Civil trata dos contratos de prestação de serviços, com ou sem prazo determinado, ainda que episódica. Dentre esses, cumpre destacar a empreitada de labor, o mandato, o contrato de agenciamento e distribuição, o contrato de comissão e corretagem e o contrato de transporte. A parceria agrícola e a representação comercial são disciplinadas por leis especiais.

Destarte, um profissional liberal ou um marceneiro, contratados sem os elementos configuradores da relação de emprego, são trabalhadores autônomos. Entretanto, se o ajuste for com a pessoa jurídica formada pelos trabalhadores que executam os serviços, é evidente que não haverá relação de trabalho.

VII – RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE CONSUMO

Há quem sustente que a relação entre o profissional liberal e o cliente, seja pessoa física ou jurídica, é de consumo e não de trabalho. Mas vale acentuar que o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor assevera que o “serviço”, para efeito de conceituar o “fornecedor”:

DOCTRINA

“É qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, *salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*” (grifos nossos)

Afigura-se-nos indubioso que o profissional liberal que, na qualidade de pessoa física, obriga-se a prestar determinado serviço ao contratante, estabelece típica relação de trabalho.

O ilustrado ministro do TST, Ives Gandra Martins Filho, é incisivo ao acentuar que a relação de trabalho não se confunde com a “relação de consumo (regida pela Lei nº 8.078/1990), cujo objeto não é o trabalho realizado, mas o produto ou serviço consumível, tendo como pólos o fornecedor (art. 3º) e o consumidor (art. 2º) que podem ser pessoas físicas ou jurídicas”¹⁸.

18 “A reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho”, *rev. cit.*, p. 34.

SERVIÇOS DE TELEATENDIMENTO: ASPECTOS JURÍDICOS MATERIAIS E PROCESSUAIS CONTROVERTIDOS

Alexandre Agra Belmonte*

I – INTRODUÇÃO

Os *call centers* ou centros de atendimento visam a estabelecer um canal direto de comunicação entre cliente e empresa, por meio da interface telefônico-informática.

Esse canal de comunicação, próprio ou terceirizado, foi inicialmente criado para a aferição da qualidade, por intermédio de pesquisas de mercado destinadas à avaliação do cliente quanto ao produto ou atendimento.

Atualmente predomina a utilização terceirizada, mas voltada também, entre outras finalidades, para a divulgação e venda de produtos e serviços, agendamento de serviços, cancelamento de contratos, atendimento de reclamações, comunicação de extravio e roubo de cartões de crédito, formação de cadastro e atendimento de consultas sobre carteira de pedidos, faturamento, crédito e títulos, histórico de compras e disponibilidade de estoque, etc.

Trata-se de um mercado em franca expansão, notadamente em virtude da regulamentação da Lei nº 8.078/1990 pelo Decreto nº 6.523/2008. Ele fixa as normas gerais sobre o serviço de atendimento telefônico das prestadoras de serviços que tenham como finalidade resolver as demandas dos consumidores sobre informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento de contratos e de serviços.

Por consequência, são inúmeros os ramos da economia envolvidos: telefonia, serviços de utilidade pública, bancos, grandes indústrias e grande comércio, entre outros.

* Juiz do TRT da 1ª Região; Doutor em Direito; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

DOCTRINA

Observa Airton Marinho Silva que “segundo o Health and Safety Executive, *call centers* são ambientes de trabalho nos quais a principal atividade é conduzida via telefone, utilizando-se simultaneamente terminais de computador. O operador ou teleatendente é o profissional que atende chamadas que gastam uma proporção significativa de seu tempo de trabalho com chamadas telefônicas e utilizando simultaneamente terminais de computadores”¹.

Ocorre que uma série de questões jurídicas têm povoado os tribunais trabalhistas, iniciando no próprio significado de teleatendimento, prosseguindo nos problemas decorrentes da utilização terceirizada do *telemarketing* para atividades coincidentes com aquelas a que se dedicam as empresas contratantes e finalizando na adequação da prestação desse serviço à legislação trabalhista, que gera indagações específicas como jornada de trabalho e intervalos, enquadramento legal e sindical, mecanismos de apuração da produtividade, limitações ao uso do banheiro e doenças do trabalho derivadas das condições do trabalho, sem falar nas indagações processuais relacionadas às postulações decorrentes dessas matérias.

Este artigo tem por fim promover o debate sobre tema que, pela novidade, ainda não está sedimentado quanto aos diversos aspectos jurídicos que suscita, que procuramos levantar no próximo item.

II – PROBLEMAS JURÍDICOS DOS *CALL CENTERS*

1 – Quanto à terceirização

As atividades de teleatendimento das empresas de *call centers* são de apoio e podem ser terceirizadas ou se apresentam como longa *manus* dos empreendimentos aos quais estão relacionados?

Em outras palavras e apenas a título exemplificativo:

a) é empregado de empresa de teleatendimento ou é financiário o trabalhador de *call center* que acessa dados pessoais, autoriza empréstimos e financiamentos, cancela lançamentos e libera cartões de crédito?

b) é empregado da empresa de teleatendimento ou da empresa contratante quem se ocupa da oferta e venda de produtos, esclarecimento de dúvidas, agendamento de serviços ou atendimento de reclamações?

1 Condições de Trabalho e Adoecimento dos Trabalhadores em Teleatendimento: Uma Breve Revisão, em artigo publicado na Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente, disponível em http://www.interfacehs.sp.senac.br/br/artigos.asp?ed=3&cod_artigo=45&pag=0. Acesso em 17 de novembro de 2009.

DOUTRINA

c) é empregado de empresa de teleatendimento ou empregado de operadora de sinal de televisão a cabo o trabalhador de *call center* que atende reclamações e dá orientações técnicas operacionais?

2 – *Quanto à nomenclatura*

Há quem faça a distinção entre *telemarketing* e teleatendimento, no sentido de que se ativam com finalidades e sob condições de trabalho distintas.

Indaga-se, portanto, se as referidas nomenclaturas significam a mesma coisa e se existe distinção entre operador de telemarketing, que se ativa no relacionamento empresa-cliente, por exemplo, ofertando ou divulgando produtos e serviços, e operador de teleatendimento que recebe reclamações e agenda atendimentos no relacionamento cliente-empresa.

3 – *Quanto à norma legal ou coletiva incidente*

A pergunta que comumente se faz é se são válidos os acordos coletivos interempresariais de empresas de teleatendimento destinados a afastar a aplicação das convenções coletivas intersindicais – e a própria lei – em relação aos direitos dos trabalhadores, empresas de telecomunicações e de atividades correlatas.

Por consequência, costuma-se indagar quais são, especificamente, a duração do trabalho, pausas e a remuneração do operador de teleatendimento.

4 – *Quanto às pausas e forma de aferição de desempenho*

Outro questionamento, comum neste tipo de operação, em que existe a necessidade permanente de atendente no teleatendimento receptivo das reclamações e informações sobre produtos e serviços (SACs), diz respeito à possibilidade de regulação dos intervalos de ida do operador de teleatendimento ao banheiro e respectivos limites.

Um outro está relacionado à mensuração da prestação do serviço pelo operador e à cobrança do atingimento de metas. Indaga-se sobre os limites das exigências patronais e se faz jus a dano moral o empregado que tem o seu mau desempenho publicamente divulgado.

5 – *Aspectos processuais*

As questões jurídicas não se esgotam no relacionamento material, posto que a utilização terceirizada das empresas de teleatendimento dá margem a

DOCTRINA

inúmeras questões de natureza processual, relacionadas à postulação judicial dos direitos trabalhistas, a saber:

a) empresa tomadora responde subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações trabalhistas dos trabalhadores da contratada ou ambas respondem solidariamente?

b) dá-se a isonomia de obrigações entre os trabalhadores da terceirizada e os da tomadora?

c) a responsabilidade fica limitada ao tempo de execução do contrato de prestação de serviços ou a extrapola?

d) ajuizada a reclamação apenas em face da prestadora de serviços, poderá o responsável subsidiário ser executado? É caso de formação necessária de litisconsórcio?

e) que matérias o responsável subsidiário pode arguir em defesa?

III – ANÁLISE DAS QUESTÕES

I – Limites da terceirização nas teles

a) Terceirização e a legislação

O art. 581, § 2º, CLT, dispõe, em síntese, que se entende por atividade-fim a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional.

Por sua vez, a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) estabelece:

“Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I – empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertencam;

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados;

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários;

DOUTRINA

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.”

b) Terceirização e a jurisprudência

A Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, na interpretação das regras e princípios jurídicos relacionados ao fenômeno da terceirização, consolidou a jurisprudência no sentido de que:

a) a intermediação de serviços é ilícita, salvo na hipótese da Lei nº 6.019/1974;

b) terceirização significa a transferência, a pessoa física ou jurídica, da exploração de parte não essencial de uma atividade empresarial;

c) para a sua validade, a prestadora de serviço deverá ainda diretamente subordinar e remunerar os empregados por ela utilizados na execução do contrato;

d) responde o tomador final de forma subsidiária ou solidária, conforme a licitude ou ilicitude da intermediação.

c) Terceirização nas empresas de teleatendimento

Feitas essas considerações, tem-se que a Lei nº 9.472/1997 – que, nos termos da Emenda Constitucional nº 8/1995 – dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, de fato autoriza às empresas concessionárias a contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares aos serviços de telecomunicações.

Trata-se, portanto, de legislação regulamentadora de atividade econômica específica, com eficácia limitada ao âmbito do exercício da concessão pública que disciplina e que, além de não afastar os efeitos da tutela conferida ao trabalhador pelo Direito Laboral, termina por reafirmar a responsabilização subsidiária nas hipóteses de intermediação lícita da sua mão-de-obra. Como o crédito do trabalhador é protegido contra os riscos no inadimplemento, a responsabilidade do tomador final de serviços não decorre da existência de vínculo de emprego e sim de sua condição de beneficiário final dos serviços prestados pelo trabalhador.

Assim, sempre que a concessionária de serviços de telecomunicações contratar empresas para a execução dos serviços inerentes, acessórias ou

DOCTRINA

complementares à prestação dos serviços de telecomunicações, como instalação e reparo de linhas telefônicas, os trabalhadores contratados para o desiderato estarão licitamente vinculados a essas empresas, respondendo, no entanto, de forma subsidiária, pelo implemento das obrigações trabalhistas.

Ocorre que atividade inerente ou própria não se confunde com a atividade principal ou fim da empresa

Com efeito, a terceirização da atividade principal esvaziaria completamente a razão da existência da empresa de telecomunicações

Por consequência, a terceirização deve restringir-se aos serviços de apoio ou suporte da parte técnica, inerentes à atividade meio. Há vedação à terceirização da própria atividade-fim, na qual estão compreendidos os serviços especializados, assim entendidos os principais ou existenciais, porque a extensão aos serviços especializados corresponderia a uma prestação deslocada ou à distância de atividades das empresas tomadoras

Enfim, às empresas de *call center* é vedado desenvolver o objeto social da empresa que lhe contrata serviços. Não podem realizar serviço típico *ou constitutivo* da atividade principal da contratante, o que caracterizaria ilicitude da terceirização e vinculação direta.

Serão, portanto, de responsabilidade direta da própria concessionária, todavia, os trabalhadores vinculados às suas condições de funcionamento, caso do serviço de atendimento aos clientes e ampliação da clientela, secretárias dos diretores, atendentes de balcão e demais funcionários da administração.

A hipótese retratada não se confunde com a atuação dessas concessionárias como donas-da-obra. Nesses casos, em que a obra não for destinada à exploração da atividade, mas sim à própria instalação da concessionária, não responderá pelas obrigações dos trabalhadores arregimentados pelas empresas contratadas.

2 – Telemarketing e teleatendimento: significado e enquadramento sindical

a) Significado e conceito de telemarketing

Marketing deriva da palavra *market* (mercado). Significa mercadologia, que alia a comunicação com o cliente (propaganda, promoção, aferição de qualidade) com o estudo do mercado consumidor como ciência (política de mercado).

DOUTRINA

Para a AMA – American Marketing Association, significa, em síntese, o conjunto de estratégias ou planejamento para o lançamento, sustentação e expansão de produto ou serviço no mercado, incluindo a mensuração do comportamento do consumidor e o gerenciamento do relacionamento da empresa com seus clientes.

Telemarketing, por sua vez, diz respeito ao gerenciamento, por telefone, do relacionamento direto com os clientes de determinada empresa, visando à divulgação e oferta de produto ou serviço, e a aferição da qualidade e satisfação.

No Brasil, segundo o Código Brasileiro de Ocupações, operador de *telemarketing* é aquele que atende usuários, oferece serviços e produtos, presta serviços técnicos especializados, realiza pesquisas, faz serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento.

Sobre as condições gerais de exercício da profissão, o referido Código explicita ser “comum o trabalho sob pressão quando as filas de espera de atendimento aumentam”, sendo características do teleatendimento a necessária e contínua utilização do telefone, a variedade de formas de trabalho, a necessidade de relacionamento com os usuários e a organização do trabalho baseada em “roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes”.

Exige-se do operador de teleatendimento diversas competências pessoais: qualidade vocal, autocontrole, capacidade de trabalhar sob pressão e agilidade, entre outras, o que revela o caráter potencialmente nocivo das condições de trabalho.

Para a CBO – Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho, *telemarketing* e teleatendimento significam a mesma coisa, em face da sujeição às mesmas condições de trabalho (utilização permanente de audíofone, terminal de computador com acesso a banco de dados, trabalho sob pressão, necessidade de agilidade, autocontrole e cumprimento de roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes).

Ambos podem ser ativo e receptivo (códcs. 4223 e 4223-15)², a saber:

a) teleatendimento/*telemarketing* ativo: contato empresa-cliente, por meio de atividades como oferta de produtos e serviços;

b) receptivo: iniciativa do cliente. O operador dá informações e atende reclamações e pedidos.

2 In <http://www.sine.rn.gov.br/cbo/CBO2002Liv3.pdf>. Acesso em 17.11.2009.

Logo, carece de fundamentação jurídica a diferenciação entre operador de *telemarketing* e operador de teleatendimento para efeito de enquadramento sindical e direitos trabalhistas decorrentes.

b) Enquadramento e representação sindical

Estabelece o § 1º, art. 511, CLT, que a solidariedade de interesses econômicos dos empreendedores de atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo denominado categoria econômica.

Nos termos do § 2º, art. 511, CLT, a aglutinação em categoria profissional não leva em conta a profissão ou função exercidas. Prevalece a atividade econômica do tomador. Uma única categoria profissional reúne trabalhadores com habilidades distintas.

O art. 581, § 2º, CLT, por sua vez, dispõe que nas empresas que possuem várias atividades, o enquadramento profissional simétrico considera a que for preponderante.

Já o § 3º, art. 511, CLT, estatui que profissões ou funções diferenciadas não decorrem de decisão judicial e sim de estatuto profissional especial (lei) ou de condições de vida singulares: motoristas profissionais, vigilantes, ascensoristas, etc. Pelo que os profissionais liberais, que podem exercer a profissão com autonomia e liberdade, se contratados como subordinados, não compõem categoria diferenciada.

As empresas de telecomunicações e atividades correlatas correspondem às empresas, entre outras:

a) que fornecem a telecomunicação para utilização dos usuários (concessionárias de serviço público);

b) que usam a telecomunicação como meio de prestação de serviço (e que não constituem categoria profissional diferenciada).

Tem-se, portanto, que ambas são representadas pelo mesmo sindicato. Engenheiros, técnicos de manutenção, cabistas, instaladores e operador de empresa de teleatendimento têm a mesma representação.

Como corolário, porque os trabalhadores de empresas de *call centers* não compõem categoria diferenciada, temos por inaplicável a OJ nº 55, TST, que dispõe que a percepção das vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria.

3 – Normas aplicáveis ao operador de teleatendimento/telemarketing

a) Normas coletivas em confronto

As empresas de *call center* costumam alegar que os Acordos Coletivos interempresariais estabelecem normas específicas para o tipo de trabalho executado pelos operadores, além do que são mais benéficos do que a Convenção da categoria, firmada com sindicato que representa as indústrias.

Ora, os Acordos Coletivos interempresariais estabelecem jornada de oito horas diárias. E as Convenções Coletivas intersindicais têm conferido, para quem trabalha como telefonista ou assemelhado utilizando audíofone e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta, dez minutos a cada cinquenta minutos trabalhados, em jornada de seis horas diárias ou 36 semanais.

Sob o prisma do horário de trabalho, as Convenções são mais benéficas do que os referidos Acordos, mas é preciso ainda verificar o que dispõe a legislação a respeito.

b) O que dispõe a lei?

O art. 72, CLT, determina que nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), há que se conceder ao operador dez minutos de repouso remunerado a cada período de 90 minutos de trabalho consecutivos.

Já o art. 227, *caput*, CLT, estabelece que nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonía, há de se observar, para os operadores, a duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou trinta e seis horas semanais.

Por sua vez, a Portaria 09, de 30.03.07, que aprovou o Anexo II da NR-17 para o trabalho em teleatendimento, estabelece:

a) no item 5.3, a jornada de seis horas diárias e trinta e seis semanais, incluídas duas pausas remuneradas;

b) no item 5.4.1, b e c, duas pausas de dez minutos cada, uma após os sessenta minutos iniciais e outra antes dos últimos sessenta minutos de trabalho;

c) no item 5.4.2, um intervalo de vinte minutos para repouso e alimentação.

Feita a verificação do que dispõe a legislação a respeito, é preciso confrontá-la com as condições de trabalho do operador de teleatendimento.

c) Condições de trabalho e normas aplicáveis

O operador de teleatendimento trabalha, com audíofone e terminal de vídeo, para consultas por meio de digitação simultânea ao atendimento, de forma contínua na realização ou atendimento de chamadas telefônicas, com necessidade de cumprimento de metas de tempo de duração.

O operador de teleatendimento necessita, permanentemente, tomar decisões, incluindo contornar problemas, satisfazer e manter o cliente. Trabalha por produção e sob pressão.

Logo, lhe são aplicáveis as condições previstas nos arts. 72 e 227, da CLT, pela caracterização do trabalho penoso de telefonia com mecanografia em situação de constante estresse, a exigir a limitação a seis horas de trabalho, com os intervalos ali mencionados.

Por tais razões a NR-17 adequa o trabalho do operador de teleatendimento/*telemarketing* à disciplina de seis horas diárias de trabalho com duas pausas de dez minutos cada e vinte minutos de pausa alimentar.

d) Normas que incidirão

Entre o mínimo legal da NR-17 (seis horas diárias de trabalho, com duas pausas de dez minutos cada e vinte minutos de pausa alimentar) e o ajuste feito entre as categorias (dez minutos a cada cinquenta de trabalho), há de vigorar o convencional, por ser mais benéfico ao trabalhador.

Com efeito, aplicando-se o princípio da norma mais favorável, no confronto de normas prevalecerá a mais favorável ao trabalhador, ainda que a menos favorável seja hierarquicamente inferior.

Além da NR, aplicam-se, quanto à remuneração, as Convenções da categoria, que têm se revelado, pelo critério do conglobamento, mais benéficas do que a prevista nos Acordos Coletivos interempresariais.

e) E quanto à OJ nº 273 do TST?

A OJ nº 273, TST, estabelece que a jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televendas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função.

DOCTRINA

A OJ é de 27.9.2002. O operador de teleatendimento hoje trabalha de forma contínua com audíofone e terminal de vídeo, para consultas por meio de digitação simultânea ao atendimento e necessidade de cumprimento de metas de tempo de duração das chamadas.

Nesse intervalo precisa tomar decisões, incluindo contornar problemas, satisfazer e manter o cliente. Trabalha por produção e sob pressão.

Por tais razões hoje o operador de teleatendimento desempenha serviço penoso, análogo ao do art. 227, da CLT. Daí a regulação estabelecida pelo Anexo II da NR-17.

f) Pausa entre a jornada normal e a extraordinária

Estabelece o item 5.1.3.1 do Anexo II da NR-17 que “em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso mínimo de 15 (quinze) minutos antes do início do período extraordinário do trabalho, de acordo com o Artigo 384 da CLT”.

A norma tem razão de ser: o serviço contínuo de teleatendimento, nas condições acima narradas, é estressante e se deve existir uma pausa de dez minutos a cada cinquenta de trabalho normal, com mais razão é preciso observar um intervalo de reposição de energias físicas e psíquicas entre o término da jornada normal e o início da extraordinária.

A norma, inicialmente prevista para o trabalho da mulher, recepcionada que foi pela Constituição, deve ser estendida ao trabalho do homem, a ela equiparado em direitos e obrigações.

IV – AFERIÇÃO DE DESEMPENHO

O empregador pode e deve aferir o desempenho do empregado.

Não pode, no entanto, por meio da divulgação pública de resultados individuais acompanhados de juízo de valor, submeter o empregado a censura pública ou ao constrangimento de sistemática pejorativa, implicitamente recriminatória do mau desempenho. Se o fizer, estará cometendo assédio moral estratégico, destinado a criar um ambiente hostil e de competição predatória, em que a censura pública dissemina o medo da perda do emprego como forma de estimular a produção.

No RO nº 887-2007-018-01-00-3, em processo de nossa relatoria, publicado em 18.12.2008, apurou-se que o desempenho do empregado era

DOCTRINA

retratado por meio de “carinhas”, satisfeitas ou decepcionadas. Quem recebesse “carinha” triste por ultrapassar o tempo máximo de atendimento exigido pela empresa não participava das campanhas promocionais, sendo que desempenho, com as mencionadas considerações, era afixado em quadro geral de avisos. Ficamos vencidos, eis que a 6ª Turma do TRT da 1ª Região, por maioria, deu provimento ao recurso para excluir a condenação em danos morais.

Atualmente a Turma tem decidido, por maioria, que a divulgação negativa de resultados com juízo de valor retratado por “carinhas” tristes ou dedos com o polegar apontado para baixo atentam contra a dignidade do trabalhador, ensejando a condenação em danos morais.

No RO nº 2061-2007-247-01-00-0, da 6ª Turma, em processo de nossa relatoria, publicado em 17.11.2009, apurou-se que os empregados que não atingiam as metas eram publicamente citados como exemplos negativos em reuniões gerais. No entanto, por unanimidade, deu-se provimento ao recurso para a redução do valor da indenização por danos morais.

V – RESTRIÇÃO AO USO DO BANHEIRO

Faz parte do poder diretivo disciplinar o uso dos banheiros e até mesmo reprimir os abusos, mas é ilegal inviabilizar a utilização sem motivo justificado, submeter o trabalhador a constrangimento para o uso ou vincular a utilização à apuração da produtividade.

A Portaria nº 09, de 30 de março de 2007, que aprovou o Anexo II da NR-17 para o trabalho em teleatendimento, estabelece no item 5.4 duas pausas de dez minutos cada, uma após os primeiros sessenta minutos e outra antes dos últimos sessenta, para prevenir o desgaste físico e psicológico, sem prejuízo do intervalo de vinte minutos para repouso e alimentação.

Essas pausas, embora sirvam também para a utilização do banheiro, não eliminam a necessidade de utilização do sanitário entre elas. Necessidades fisiológicas falam mais alto e reprimi-las atenta contra a dignidade do trabalhador.

Assim, restringir o uso do sanitário também caracteriza assédio moral estratégico, a ensejar a responsabilização por danos morais.

Com efeito, no RO nº 1125-2007-022-01-00-3, em processo de nossa relatoria, verificou-se que somente três pessoas por vez podiam usar o sanitário. A solicitação se dava por meio de bandeira colocada sobre a mesa de trabalho. Quando ultrapassado o período de 02 min, que coincidia com o limite máximo

de atendimento de chamadas batia o desespero e começava a gritaria no corredor, apressando o necessitado. Por maioria, foi dado parcial provimento ao recurso, para exclusão da condenação em danos morais, ficando vencidos os Desembargadores Alexandre Agra Belmonte e Rosana Salim Villela Travesedo.

No RO nº 202-2005-014-01-00-1, da 6ª Turma do TRT da 1ª Região, em processo de nossa relatoria, constatou-se que a empregada usufruía um intervalo de quinze minutos para lanche e outro de cinco minutos para banheiro. A utilização suplementar dependia de autorização, geralmente negada. A ida ao banheiro sem consentimento gerava advertência. Após ter a reclamante seguidamente solicitado, sem sucesso, autorização para utilizar o banheiro, urinou-se na própria mesa de trabalho, fato presenciado por todos. Por unanimidade, não se conheceu do recurso das reclamadas quanto à indenização por danos morais e, no mérito, foi negado provimento aos recursos das reclamadas.

No RO nº 1325-2005-243-01-00-2, publicado em 28.05.2009, em processo de nossa relatoria, apurou-se que o uso do banheiro além dos cinco minutos previstos dependia de autorização e ainda assim a ausência momentânea era considerada na apuração da produtividade. Por unanimidade, deu-se provimento ao recurso da 1ª Ré para reduzir o valor da indenização por danos morais.

Atualmente, a 6ª Turma tem, com fundamento no Anexo II da NR-17, por maioria de sua composição plena, dado provimento a pedido de indenização por danos morais com fundamento em restrições injustificadas ao uso do banheiro.

VI – ASPECTOS PROCESSUAIS DA TERCEIRIZAÇÃO

1 – Responsabilização subsidiária ou solidária: fundamento ou pedido?

Há julgados que extinguem o processo, sem exame do mérito, quando o reclamante não postula, no pedido, a responsabilização subsidiária ou solidária da tomadora, limitando a narrar, na exposição dos fatos, a utilização intermediada do trabalho, pretendendo, por fim, o pagamento, pelas empresas tomadora e prestadora, de parcelas trabalhistas.

Ora, responsabilidade subsidiária ou solidária não é pedido e sim causa de pedir próxima (fundamento jurídico ou direito). Com base nesse tipo de responsabilização, é que o pedido de aviso prévio, férias, gratificação natalina, FGTS e outros devem ser formulados, buscando a respectiva satisfação.

No processo do trabalho há, ainda, a peculiaridade de que não precisa o reclamante apresentar, na inicial, o fundamento jurídico, bastando expor o fato

DOUTRINA

do qual decorre o fundamento e formular o pedido. O art. 840, § 1º, da CLT, que nesse particular se distancia do art. 282, do CPC, é expresso a respeito.

Logo, no processo do trabalho basta expor o fato da utilização intermediada e postular o pagamento das parcelas cabíveis, para que o juiz, avaliando as condições da prestação de serviços e a extensão da responsabilidade da tomadora, defira ou indefira as parcelas postuladas.

A exemplo, no RO 297-2004-011-01-00-3, em processo de nossa relatoria, julgado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, conforme acórdão unânime publicado em 22.08.07, a autora alegou ter sido contratada por uma empresa de recursos humanos para prestar serviço final a uma outra. A primeira delas deixou de implementar as obrigações trabalhistas, vindo, finalmente, a desaparecer.

A reclamante então ajuizou reclamação trabalhista em face das duas empresas, expondo os fatos e postulando a condenação de ambas ao pagamento dos haveres contratuais e parcelas resilitórias.

O juízo de 1ª grau, entendendo ter inexistido pedido de condenação subsidiária quanto à segunda empresa, a tomadora final, a excluiu da lide na própria sentença em que condenou a primeira empresa, a tomadora interposta.

As duas empresas foram tidas por revéis, eis que não atenderam à citação.

Ora, a revelia fez presumir verdadeiras as alegações da autora, de que trabalhava para a tomadora final de forma interposta.

O *fato* da união entre as empresas em torno da utilização do trabalho remunerado leva ao *fundamento jurídico*, que é a subsidiariedade, e ambos, somados, ao pedido de condenação ao pagamento das parcelas vindicadas. Logo, a condenação postulada tinha por fundamento a subsidiariedade, que não é pedido, e sim causa de pedir. E, na Justiça do Trabalho, ao contrário da Justiça Comum (art. 282, do CPC), basta a exposição do fato (art. 840, § 1º, da CLT) para que o juiz conceda, com base no direito ou fundamento jurídico (responsabilização subsidiária), o pedido, que foi efetivamente feito, de pagamento das parcelas decorrentes desse direito. A sentença foi reformada. Foi dado provimento ao recurso para reconhecer a responsabilidade subsidiária da 3ª reclamada e solidária da segunda.

2 – Ajuizamento em face apenas do responsável subsidiário

Ajuizada a causa apenas em face do responsável subsidiário, não está o juiz obrigado a determinar a citação da empresa tomadora, posto que não se

cuida da hipótese de formação de litisconsórcio necessário. No processo trabalhista ele é facultativo, nada impedindo, no entanto, com base no princípio da celeridade, que a empresa tomadora, apenas garante dos créditos postulados, denuncie à lide o real empregador.

Não o fazendo, restará ao juiz extinguir o processo, por ilegitimidade de parte. A responsabilidade, na hipótese, é apenas subsidiária ou sucessiva, sendo responsável originário pelos créditos o devedor direto da obrigação, no caso, a empresa prestadora de serviços, contratada pela tomadora acionada.

3 – Ajuizamento em face apenas do responsável solidário

Ajuizada a causa apenas em face de um dos responsáveis solidários, não está o juiz obrigado a determinar a citação do outro. Na solidariedade, o credor pode escolher acionar qualquer um dos devedores ou todos.

Por outro lado, nada impede que o devedor acionado chame ao processo o outro devedor acionado, buscando a condenação conjunta.

4 – Ajuizamento em face apenas da prestadora de serviços

Nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST, dirigindo o acionante a sua ação apenas contra a prestadora de serviços, não pode depois pretender responsabilizar a empresa tomadora, que não participou da relação processual e, portanto, da garantia constitucional do contraditório e sequer foi condenada como garante dos créditos reclamados.

Ocorre que “não há vedação a que o reclamante, de posse do título executivo oponível contra a empresa prestadora, real empregadora, acione a tomadora, pretendendo sua responsabilização subsidiária em ação autônoma”.

Nestes termos, em decisão, por maioria, proferida no RR-529.078/1999.2, acórdão publicado em 22.03.2005, em que sobressaiu o voto condutor da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, vencido o Ministro João Batista Brito Pereira, a SDI-I, do TST, resolveu tão importante questão, abrindo caminho à responsabilização posterior do garante que não participou da relação processual em que a prestadora foi condenada ao pagamento dos títulos trabalhistas.

5 – Matérias que o responsável subsidiário pode arguir em defesa: limites do interesse processual

O responsável subsidiário, como garante, tem interesse meramente econômico em relação às parcelas postuladas, daí lhe ser vedado enfrentar

DOCTRINA

questões de fato como prestação de horas extras e fruição de férias, que escapam ao conhecimento da empresa tomadora.

O interesse jurídico da empresa tomadora está restrito à existência e efeitos do contrato de prestação de serviços, não alcançando as questões de fato inerentes ao relacionamento entre o trabalhador e a empresa intermediadora, a quem ele está ligado.

Justamente em virtude da limitação do interesse jurídico aos efeitos do contrato de prestação de serviços entre a empresa tomadora e a empresa prestadora em relação à garantia de satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados da última, é que se admite a responsabilização subsidiária por meio de ação autônoma. Caso contrário, ela não seria possível, porque se reabriria a discussão em relação aos fatos da causa, como prestação de horas extras, não vinculados diretamente aos efeitos do contrato de prestação.

A definição da responsabilidade subsidiária por meio de ação autônoma não impede, contudo, a imposição judicial de limitações à garantia. Se a empresa tomadora não responder por danos morais e pela assinatura da CTPS na ação originária definidora do crédito contra a prestadora de serviços, também na ação autônoma não pode, em regra, ser subsidiariamente responsabilizada por essas parcelas.

6 – Ajuizamento em face apenas do tomador final, quando se alega nulidade da contratação intermediada

Questão igualmente interessante, no nosso entender, não pode importar em extinção do processo, posto que a questão da nulidade, como fundamento jurídico do fato da intermediação ilícita, não impede o exame da pretensão de assinatura da CTPS pelo real empregador, com as conseqüências decorrentes.

7 – Limitação da responsabilidade

Como verificado nas terceirizações lícitas, a responsabilidade da tomadora fica limitada às obrigações trabalhistas relativas ao período do contrato de terceirização, também não respondendo pelas obrigações pessoais, como assinatura da CTPS e danos morais.

VII – CONCLUSÕES

As empresas de *call centers* prestam um grande e eficiente serviço, gerando excelente empregabilidade.

DOCTRINA

O mercado é promissor, porque emprega mais de 1.000.000 de trabalhadores, mas existe o risco da fragmentação de categorias profissionais, em virtude da terceirização e, em alguns casos, da indevida substituição de bancários, financeiros e outras tantas categorias por mão-de-obra desqualificada³.

Logo, para evitar-se fraude, é preciso que se ajustem à legislação trabalhista, respeitando a dignidade do trabalhador e os valores sociais do trabalho, ou seja:

a) que se atenham à sua finalidade, de suporte, abstendo-se de realizar atividade principal de empresa contratante;

b) que deixem de diferenciar operadores de *telemarketing* e teletendimento, enquadrando-os no Anexo II da NR-17;

c) que cumpram o Anexo II da NR-17 quanto à duração do trabalho e pausas intrajornada;

d) que se conscientizem da natureza penosa do serviço de teletendimento, que mereceu, por essa mesma razão, tratamento diferenciado pelo Anexo II da NR-17. A disciplina do uso do banheiro pode ajustar-se às pausas intrajornada definidas em lei, mas sem inviabilizar a utilização em caso de necessidade, submeter o trabalhador a constrangimento ou vincular a utilização à apuração da produtividade. E as avaliações de desempenho devem observar critérios lícitos;

e) que os acordos interempresariais não diminuam direitos das convenções coletivas da categoria e da lei.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Código Brasileiro de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego. In <http://www.sine.rn.gov.br/cbo/CBO2002Liv3.pdf>. Acesso em 17.11.2009.

http://g1.globo.com/Noticias/Concursos_Empregos/0,,MUL608930-9654,00-SETOR+DE+TELEATENDIMENTO+DEVE+TER+MILHAO+DE+FUNCIONARIOS+ATE.html, Acesso em 17.11.2009.

3 Segundo noticiado no *site* http://g1.globo.com/Noticias/Concursos_Empregos/0,,MUL608930-9654,00-SETOR+DE+TELEATENDIMENTO+DEVE+TER+MILHAO+DE+FUNCIONARIOS+ATE.html, a geração de empregos no setor de teletendimento cresceu 963% nos últimos 12 anos – em 1995 eram 70.500 empregados, e em 2007 o número passou para 750 mil. E a previsão da Associação Brasileira de Telesserviços, entidade que congrega empresas do ramo, é de que em 2010 o setor esteja empregando 1 milhão de pessoas.

DOUTRINA

SILVA, Airton Marinho. *Condições de Trabalho e Adoecimento dos Trabalhadores em Teleatendimento: Uma Breve Revisão*, artigo publicado na Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente, disponível em: http://www.interfacehs.sp.senac.br/br/artigos.asp?ed=3&cod_artigo=45&pag=0. Acesso em 17 de novembro de 2009.

DANO MORAL DA PESSOA JURÍDICA

José Geraldo da Fonseca*

INTRODUÇÃO

A locução “dano moral” conduz, necessariamente, à conclusão de que se trata de lesão a um direito da personalidade. “Personalidade” refere-se a “pessoa”, do latim *persona*, “máscara”. O étimo foi introduzido na linguagem filosófica pelo estoicismo¹ popular para designar os papéis representados pelos homens na vida. Em sentido estrito, “pessoa” significa o “homem em suas relações com o mundo ou consigo mesmo”. Na acepção mais lata, significa “o homem como sujeito de certas relações”. A partir de Descartes, acentua-se o sentido de “pessoa como a sua natureza de relação ou de autorrelação, isto é, do homem consigo mesmo”. Nesse sentido, “pessoa” identifica-se com o “eu”. A afirmação de que “dano moral” implica lesão a um “direito da personalidade” é em si um complicador. Ainda que a Súmula nº 227 do STJ diga, com sobrada clareza, que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, a questão está longe do consenso. Os que se opõem ao enunciado da súmula argumentam que o elemento característico do dano moral é a dor, em sentido amplo, abrangendo os sofrimentos físicos e morais, impossível de verificar-se, por óbvio, nas pessoas jurídicas. Os que comungam do entendimento do verbete contrapõem o argumento de que a dor, como fundamento da lesão moral, diz respeito à honra subjetiva, que se funda na dignidade, no decoro e na autoestima. No juízo de valor, enfim, que se faz de si mesmo, ao passo que o dano moral que se admite em prol da pessoa jurídica diz com a lesão à honra objetiva, isto é, o malferimento por ato antijurídico do

* Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região.

1 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 375, define *estoicismo* como uma das grandes escolas filosóficas do período helenista, assim chamada pelo pórtico pintado (stoá poikile) onde foi fundada por volta de 300 a.C por Zenão de Cício. Os estoícos dividiam a filosofia em Lógica, Física e Ética, admitiam um conceito de razão divina que rege o mundo e todas as coisas segundo uma ordem necessária e perfeita. Admitiam que, assim como o animal é guiado pelo instinto, o homem o é pela razão, que lhe fornece normas infalíveis de ação que constituem o direito natural. Condenavam todas as emoções e exaltavam a apatia como o ideal de todo sábio. Apregoavam o cosmopolitismo, isto é, afirmavam que o homem não é cidadão de um país, mas do mundo (cosmos).

seu bom nome empresarial, do crédito, da sua reputação ou da sua imagem corporativa. Naquela, a dor de que se cuida é a dor física, sensorial, a dor da alma; nesta, a dor que reclama reparação é metafórica: é a “dor jurídica”, dor de supor que, por conta da lesão injusta, um patrimônio moral, que é valor agregado à pessoa jurídica, também foi afetado, e precisa ser recomposto.

As expressões “dano moral” e “pessoa jurídica” soam a alguns francamente antinômicas. Se o dano é “moral”, diz respeito a uma dor íntima, à lesão a um direito da personalidade que deflui da ofensa à honra, e honra é bem interior de que somente a pessoa natural ou física pode ser titular. A dificuldade a superar é justamente esta: se dano moral é ofensa à honra, e pessoa jurídica não tem honra, como é possível falar-se em “dano moral da pessoa jurídica”? Não seria, talvez, uma discussão bizantina, assim como debater a “importância do ar no vácuo”?

Este ensaio é um convite a essa reflexão.

CONCEITO DE DANO MORAL

A construção de uma ordem jurídica justa assenta-se no princípio universal *neminem laedere*, isto é, não prejudicar a ninguém². O prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social. Nem todo dano é indenizável. Apenas o injusto o é. Prejudicar é causar dano. Para que um dano implique reparação é preciso que seja fruto de uma invasão *contra ius* da esfera jurídica do lesado. São danos justos e, portanto, irreparáveis, os que provêm das forças da natureza ou do acaso (caso fortuito e força maior) e os definidos no direito posto (legítima defesa própria ou de terceiros, devolução da injúria, desforço pessoal, destruição de coisa para remoção de perigo, entre outros) ou aqueles causados pelo próprio lesado (culpa exclusiva da vítima). Dano é qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais. Dano é pressuposto da responsabilidade civil. O conceito de responsabilidade civil repousa na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação ao seu autor. Quando se diz que o dano é pressuposto da responsabilidade civil, o que se quer dizer é que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano³. Culpa e risco são títulos, modos de responsabilidade civil. A culpa tem primazia de fonte da responsabilidade porque é a hipótese

2 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 21.

3 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 69.

mais comum, mas o risco não pode ser desprezado porque nem sempre a culpa é suficiente como causa primária do dever de indenizar. Na esfera penal, não é sempre que se exige um resultado para que a punibilidade aflore, mas, na civil, sem ocorrência de dano poderá haver ato ilícito, mas não haverá dever de indenizar. Tão certo como a extensão do dano define o *quantum* da indenização, ter ou não havido dano implica dizer se há ou não obrigação de indenizar. A conduta antijurídica, apartada do dano, é irrelevante para atrair a obrigação de indenizar.

A clássica divisão dos danos em materiais e morais refere-se unicamente aos seus efeitos. Na origem, todo dano é uno, indivisível, e pode atingir pessoas ou coisas. Não há razão justa para se entender que o termo “pessoas” não abarque, também, as pessoas jurídicas. Nem todo sofrimento, dissabor ou chateação em razão de uma ofensa tipifica dano moral. É necessário que a agressão extrapole os aborrecimentos normais de tantos quantos vivem em coletividade⁴. O que se pode entender por “aborrecimentos normais” é também casuístico e depende de uma avaliação objetiva e subjetiva que somente o juiz pode fazer diante do caso concreto. Danos morais são inquietações graves do espírito, turbações de ânimo, desassossego aviltante e constrangedor que tira a pessoa do eixo de sua rotina, a ponto de lhe impor sofrimento psicofísico cuja seqüela seja facilmente identificável se comparado o comportamento atual e aquele outro, anterior à conduta ofensiva. O dano a pessoas pode ser físico ou corporal, e moral, extrapatrimonial ou anímico. Dano moral é qualquer sofrimento humano que não seja causado por uma perda pecuniária⁵, causado injustamente a outrem e que não atinja ou diminua o seu patrimônio⁶. É qualquer sofrimento íntimo, a “penosa sensação de ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam”⁷. Orlando Gomes, antes mesmo do advento da CF/1988, já ensinava que “dano moral é o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzido por outrem”⁸.

4 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 78.

5 SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*, v. 2, n. 525.

6 AGOSTINHO ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 154-155.

7 AGUIAR DIAS, José de. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Forense, p. 1009.

8 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. São Paulo: Forense, n. 195, p. 333.

A “EMPRESA” COMO OBJETO JURÍGENO

O conceito de *empresa* parece ser para o direito um desses mistérios de esfinge. Por mais que soe herético aos puristas do direito empresarial, tenho para mim que esse conceito é absolutamente desimportante. Nisso, estou ao abrigo de Brunetti e Francesco Ferrara, este professor de Florença. Em boa companhia, portanto. Empresa não tem personalidade jurídica nem é sujeito de direito, mas objeto dele. O conceito de empresa não é jurídico, mas econômico. A ciência jurídica jamais elaborará um conceito jurídico de empresa que seja melhor ou mais exato que o econômico, ou que não se apoie inteiramente nele, e seja, portanto, desnecessário. Brunetti dizia que a empresa, como entidade jurídica, é uma abstração⁹, e os “efeitos da empresa não são senão efeitos a cargo do sujeito que a exercita”. Ao que disse, se, do lado político-econômico, a empresa é uma realidade, “do jurídico é *un’astrazione*, porque, reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens componentes da *azienda*, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma entidade abstrata, devendo-se na verdade ligar à pessoa do titular”. Esse sujeito titular é o empresário. A explicação é simples: o empresário reúne capital, matéria-prima, tecnologia e trabalho aliciado a outrem. Organiza, pois, sua atividade voltada ao mercado. Até aí, essa organização é um simples complexo de bens e pessoas, mas não tem vida própria. Quando o empresário atua sobre essa organização e inicia a atividade que alcançará a produção desejada, a empresa propriamente dita nasce para o mundo dos fatos e para o mundo jurídico. Disso se conclui que empresa é uma atividade organizada dos meios de produção posta em ação por vontade do empresário. O empresário atua a empresa e empresa é, no frigidar dos ovos, exercício de atividade produtiva. Desse exercício mais não se tem senão uma ideia abstrata.

Desde o século XIX já se intuía existirem na sociedade organizações econômicas destinadas à produção. À testa dessas organizações existiam pessoas que reuniam e adaptavam recursos sociais às necessidades sociais, remunerando aqueles que emprestavam seu esforço pessoal à consecução daqueles objetivos. A essa organização dos fatores de produção a economia deu o nome de empresa. Àquele que estava no comando dessa empresa, deu-se o nome de empresário. Empresa é, pois, a atividade organizada para produzir alguma coisa para o mercado. Empresário é o sujeito que comanda essa atividade. Como dito, esses

9 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

conceitos são econômicos, mas jurista algum conseguiu ou conseguirá elaborar um conceito jurídico de atividade organizada ou de empresário que não seja, rigorosamente, o mesmo que a economia já definiu para essas duas entidades. Tudo o que se fizer daí por diante será dizer a mesma coisa com outras palavras. É melhor desistir. Essa é, por sinal, a advertência de Asquini.

A primeira ideia de empresa surgiu no art. 632 do Código Francês de 1807. Ao enumerar atos de comércio, o Código Francês incluiu todas as “empresas de manufatura” e as “empresas de fornecimento”. Como o conceito de empresa era fundado na ideia de que empresa era a organização que praticava atos de comércio, o conceito de comerciante passou a ser, por derivação, o daquele que fazia da prática dos atos de comércio sua profissão habitual. Só depois o conceito de comerciante evoluiu para o de empresário, na medida em que se consolidou o entendimento de que empresário é aquele que organiza e toca a empresa, mas a empresa continuou sendo aquilo que os economistas idealizaram no século XIX, isto é, organização econômica destinada à produção para o mercado. A Vivante, pelo menos, se deve a honestidade de semelhar o conceito jurídico de empresa ao econômico. É dele a lição de que empresa é um organismo econômico que, sob risco próprio, põe em atividade os elementos necessários à obtenção de um produto destinado à troca. Numa palavra: empresa é organização econômica destinada à produção.

A mesma dificuldade que se abateu no estrangeiro na definição de empresa alcançou os estudos brasileiros de direito comercial. Ao enumerar os atos de comércio, o art. 19 do Regulamento nº 737, de 1850, incluiu as empresas. A partir daí, a doutrina pátria debate-se, sem nenhum êxito, na sua conceituação. Segundo Requião, ao incluir as empresas entre os atos de comércio, o Regulamento 737 deu ao conceito de empresa a ideia de repetição de atos de comércio, praticados profissionalmente, exatamente como estava no direito francês, como já observado por Jean Escarra e expressamente anotado por Inglez de Souza.

O sentido que emprestam ao termo “empresa” o direito do trabalho e o empresarial é sabidamente colidente, em especial quando se trata de sucessão de empregadores, falência, recuperação judicial ou extrajudicial ou da desconsideração da pessoa jurídica para fins de responsabilização dos sócios por obrigações civis, trabalhistas, previdenciárias, fiscais ou tributárias, de pagar ou de fazer. Para os civilistas, “empresa” é a atividade econômica organizada, exercida pelo empresário, pessoa física ou jurídica, que, com intuito de lucro, reúne insumos, capital, tecnologia e trabalho para a produção de bens ou serviços para o mercado. Para o direito do trabalho, o “empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite,

assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Bem se vê que, enquanto o direito econômico funda o conceito de empresa na atividade negocial, o trabalhista mistura “atividade” com “tipos de empresário” (“empresa individual ou coletiva”) e, em outros artigos, com estabelecimento, fundo de comércio e outros elementos de empresa.

Empresa é uma realidade econômica¹⁰, centro de decisão capaz de adotar estratégia voltada à produção de bens e serviços¹¹, uma combinação de fatores de produção – *terra, capital, trabalho* – ou unidade de produção que trabalha para o mercado¹². O fim da empresa resulta da atuação de três fatores: dissociação entre propriedade e controle, interferência sindical e intervencionismo estatal. A dissociação entre a propriedade e controle da empresa moderna gerou o que Galbraith chamou de tecnoestrutura¹³, isto é, controle e administração da empresa por técnicos, longe das mãos dos “donos”. A intervenção dos sindicatos também altera a face legal da empresa porque pulveriza o poder do empresário, já que os delegados sindicais, de pessoal, de empresa, as comissões internas e os representantes dos trabalhadores participam, de uma ou de outra forma, dos órgãos de administração, da divisão de lucros, dos desígnios do negócio¹⁴.

Por último, como a atividade econômica é exercida sob a forma de empresa (atividade), é sobre ela que recai a gula intervencionista estatal, seja impondo restrições à própria forma de atividade, à característica dos produtos ou serviços ou às garantias do consumidor, seja estipulando um estatuto mínimo de direitos sociais dos empregados, abaixo do qual não se pode transigir¹⁵.

Para os direitos do trabalho, empresarial, tributário e econômico, empresa é categoria jurídica¹⁶. O caráter tuitivo do direito do trabalho empresta à noção de empresa outro formato, tanto que a CLT ora se refere a ela como a atividade do empresário, ora como estabelecimento, ora como grupo econômico. Quando o legislador celetista diz que “empregador é a empresa”, empresta ao conceito

10 PERROUX, François. *Capitalisme et communauté de travail*. Paris: Sirey, s.d., p. 181.

11 BIENHAYMÉ, A. *La croissance des entreprises*. Paris: Bordas, 1971.

12 NOGARO, Bertrand. *Éléments d'économie politique*. Paris: LGDJ, 1954, p. 14.

13 GALBRAITH, John Keneth. *The new industrial state*. London: Hamish Hamilton, 1968, p. 62-65.

14 MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 41.

15 ALCAZAR, Mariano Baena. *Régimen jurídico de la intervención administrativa em la economía*. Madrid: Technos, 1966, p. 36.

16 TEYSSIÉ, Bernard. *Droit social et modifications des structures de l'entreprise*. Montpellier: Libr. Techniquis, 1978, p. 14.

a funcionalidade que esse ramo especializado do direito reclama, na medida em que acentua a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador de modo a antecipar que nenhuma modificação da estrutura da empresa ou a alteração do seu titular será relevante para os direitos do empregado e para a sorte do contrato de trabalho, premissas, aliás, ditas, com todas as letras, nos arts. 10 e 448 da CLT¹⁷.

Para o direito do trabalho, empresa é sociedade hierarquizada não dotada de personalidade, e que tem por objetivo realizar o bem comum da comunidade em que se insere¹⁸. É essa ideia de sociedade hierarquizada que legitima, na pessoa do empresário, o direito potestativo sobre o contrato de trabalho e os poderes disciplinar e diretivo. No direito tributário, o sujeito passivo do débito é a pessoa física ou jurídica, mas de costume se desconsidera essa premissa em favor da empresa porque os princípios do direito fiscal visam a legitimar o erário na coleta de dinheiro¹⁹. Para os direitos empresarial e econômico, empresa é a atividade que dela deflui²⁰. Sendo uma realidade econômica, é natural que a empresa possa ser vista de vários modos, daí a lição tantas vezes lida de Asquini, para quem a empresa deve ser vista sob os perfis subjetivo, funcional, objetivo (ou patrimonial) e corporativo (ou institucional). Sob o perfil subjetivo, a empresa identifica-se com o empresário. Dizer que a empresa tem perfil subjetivo é fazer uso de metonímia para explicar o fato de que o empresário se insere na empresa. É sua cabeça e alma²¹. A expressão presta-se, também, para explicar a subjetivação do patrimônio do empresário²², ou como teoria tendente a superar a dissociação entre empresa e empresário²³. Sob o perfil funcional, a empresa se identifica à atividade empresarial e representaria um conjunto de atos tendentes a organizar os fatores da produção para a distribuição ou produção de certos bens ou serviços. A empresa seria aquela “particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo”, isto é, a atividade desenvolvida profissionalmente e organizada

17 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 390.

18 DURAND, Paul. *Traité de droit du travail*. Paris: Dalloz, 1947, p. 422-423.

19 PARDES, Markus. *Le statut juridique de l'entreprise – Cahiers de droit comparé*. Strasbourg, 1964, p. 65.

20 PONT, Manuel Broseta. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Technos, 1965, p. 294.

21 ASQUINI, Alberto. “Profili dell’impresa”. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Milano: Vallardi, 1943, ano XII, p. 1-20.

22 FERRARA, Francesco. “Teoria jurídica de la hacienda mercantil.Madrid”. *Revista de Derecho Privado*, 1950, p. 98.

23 DESPAX, Michel. *L’entreprise et le droit*. Paris: LGDI, 1975, p. 337.

DOCTRINA

para a produção de bens e serviços²⁴. A empresa não é mero conjunto de atos, mas pressupõe continuidade, duração e orientação destinada à produção para o mercado. Sob o perfil objetivo ou patrimonial, a empresa se identificaria ao conjunto de bens destinado ao exercício da atividade empresarial, isto é, seria um patrimônio afetado a uma finalidade específica. Nessa óptica, o empresário opera um conjunto de bens que lhe serve de instrumento para alcançar o objetivo empresarial (produção de bens ou serviços para o mercado, com intuito de lucro). Esses bens são o objeto de sua atividade, mas não se confundem com os bens que integram seu patrimônio pessoal. Sob a óptica do estabelecimento, a empresa pertence à categoria dos objetos²⁵.

Por fim, pelo perfil corporativo ou institucional, a empresa seria a instituição que reúne o empresário e seus colaboradores, “aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e por seus prestadores de serviço, seus colaboradores (...) um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum”. Isto é: “o empresário e seus colaboradores dirigentes, empregados e operários não são apenas uma pluralidade de pessoas vinculadas entre elas por uma soma de relações individuais de trabalho, com fins individuais; formam, ao contrário, um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundam os fins individuais do empresário e de cada colaborador considerado individualmente: a consecução do melhor resultado econômico da produção”. A ideia de empresa como instituição não é isenta de críticas. Opõe-se a ela a objeção de que o conceito de empresa como instituição pressupõe unidade de propósito e objetivos comuns, quando a prática mostra que, em regra, há permanente conflito de interesses entre dirigentes e trabalhadores²⁶. A essa restrição opõe-se Magano, remarcando que posições potencialmente conflitantes das individualidades que compõem a comunidade empresarial não obstam que, num processo dialético de superação, a empresa persiga e alcance objetivos próprios, que não se confundem com os objetivos dos diversos grupos em conflito²⁷. Em suma: o fato de existirem na empresa interesses particulares ocasionalmente em conflito não retira a evidência de que a empresa tem interesse unitário, diverso dos interesses fragmentários que compõem o seu universo de diretores, empregados e colaboradores.

24 GHIDINI, Mario. *Lineamenti del diritto dell'impresa*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 119.

25 CASANOVA, Mario. “Azienda”. In *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1958, p. 3-4.

26 CATALA, Nicole. *Droit du travail: l'entreprise*. Paris, Dalloz, 1980, p. 148.

27 MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, p. 43.

Qualquer que seja o conceito que se adote, a empresa, como uma realidade econômica, é sujeito de direitos e obrigações, e essa evidência não pode escapar à preocupação do direito. A ideia de que essa realidade econômica pode ser titular de um direito moral é nova, e nisso reside a confusão que fazem em dizer que empresa não tem honra e não pode, portanto, sofrer dano moral²⁸. Em sentido estrito, empresa não tem honra, mas tem-na no sentido lato, de nome comercial, crédito, honorabilidade e imagem corporativa perante seus empregados, colaboradores, mercado competitivo e sociedade, todos valores integrantes de um patrimônio moral próprio de uma personalidade fictícia, jurídica, que projeta reflexos jurígenos, isto é, que produz ou cria um direito. Numa palavra: que interessa ao direito.

A “HONRA” DA PESSOA JURÍDICA COMO BEM TUTELÁVEL

Todo ser humano é titular de certos bens jurídicos pelo fato de existir como pessoa. Esses são os direitos da personalidade, prerrogativas ou faculdades que permitem a cada um desenvolver aptidões. Por direitos da personalidade devem entender-se as prerrogativas do sujeito em relação às dimensões de sua própria pessoa²⁹, o que implica poder dispor do próprio corpo, vivo ou morto, ou de suas partes, separadamente e sobre a saúde física ou mental, sobre a sua aparência estética, entre outros. São direitos absolutos, inatos, intransmissíveis, subjetivos, essenciais, vitalícios, oponíveis *erga omnes*, irrenunciáveis e imprescritíveis. São direitos naturais, que antecedem à criação de um ordenamento jurídico. Sua existência não depende da afirmação por um sistema positivo de direito, mas da condição humana mesma. Agrupam-se em direitos à integridade física (direito à vida, direito sobre o próprio corpo) e direitos à integridade moral (direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome, à autoria intelectual). A doutrina reconhece como direitos da personalidade o direito à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade, aos quais foram acrescidos o direito à honra e ao nome e, mais recentemente, os direitos à imagem, à voz e à intimidade.

É consenso entre os doutos que dano moral é a lesão a um direito da personalidade. Já foi dito que a honra subjetiva é o autoapreço, o juízo de valor que fazemos de nós mesmos, e que honra objetiva é o valor que os olhos alheios nos emprestam. Honra subjetiva somente podem ter as pessoas naturais, ou físicas. As pessoas jurídicas não têm esse valor anímico. A “honra” da pessoa

28 MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. Forense, RJ, 3. ed., n. 272, p. 650-652.

29 ANCONA, Teresa. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 131.

jurídica deve ser entendida em sentido lato, isto é, como aquele conjunto de atributos comerciais que a tornam respeitada aos olhos da concorrência, do poder público, dos próprios empregados e do mercado consumidor. Nesse sentido, a “honra” da empresa (empresta-se ao termo “empresa” o mesmo sentido de pessoa jurídica) pode ser atingida sempre que alguma ação antijurídica arranhe a sua imagem corporativa, fira o seu nome comercial, abale o seu crédito, ponha sob suspeição a sua empresarialidade (*rectius*: a sua atividade negocial), a qualidade ou a segurança dos seus produtos ou serviços.

IMAGEM CORPORATIVA

A doutrina costuma demorar-se em saber se existe um direito à própria imagem e, se existe, qual a sua natureza? De modo geral, admite-se que existe um direito à própria imagem e esse direito é autônomo, inato, inviolável, intransferível, personalíssimo e irrenunciável, isto é, como bem jurídico essencial, o titular do direito de imagem pode exercer sobre ela qualquer ato de disposição, exceto o de privar-se dela. É atécnico falar-se em “direito de imagem”, como se a imagem pertencesse a um ramo específico da ciência jurídica. Não é isso. A imagem é que se constitui, ela própria, em um direito autônomo da personalidade e, como tal, reclama tutela específica. Quando se diz “direito de imagem”, bem depressa se entende que se está a referir sobre um direito exclusivo de exploração de um bem da personalidade que pertence a cada indivíduo em si mesmo considerado³⁰. O termo imagem, para o Direito, tem duas acepções distintas. Na primeira, entendida em concreto, imagem é *res* (coisa), bem de natureza material pertencente ao seu autor e obtida ou captada por qualquer meio físico, técnico ou artístico (*corpus mechanicum*)³¹, aí entendida não apenas a imagem captada por meio da pintura, da holografia, da fotografia, da escultura, do desenho, dos processos ópticos ou digitalizados, da figuração caricata ou estilizada, mas também “a imagem sonora da fonografia, da radiodifusão, dos gestos e expressões dinâmicas da personalidade”³² cuja proteção ou violação interessa ao direito autoral. Na segunda, é abstrata, extrapatrimonial, subjetiva, e integra a esfera íntima da personalidade humana como direito moral que somente o dono pode usar, fruir e dispor como lhe aprouver³³, e esta,

30 MORAIS, Walter. *Op. cit. apud* SERPA, José. *Op. cit.*, p. 57.

31 GONZÁLEZ, Gitrama. “Derecho a la própria imagem” – *Nuova Enciclopédia Jurídica Hespânica*, vol. XI *apud* SERPA, José. *Op. cit.*, p. 20.

32 MORAIS, Walter. *Op. cit. apud* SERPA, José. *Op. cit.*, p. 20.

33 CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil* – Parte Geral *apud* SERPA, José, *Op. cit.*, p. 69.

como pressuposto do *jus imaginis*, interessa à responsabilidade civil e, mais notadamente, à parte dela que se ocupa do dano moral pelo seu uso indevido ou desautorizado, porque é um dos direitos civis da personalidade. Isso não é diferente com a pessoa jurídica. Para o direito, imagem é toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem. É, em suma, a figura, a representação, a semelhança ou aparência de pessoa ou coisa³⁴, “a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa”. O direito à própria imagem é inato: constitui um direito autônomo³⁵. A afirmação da existência de um direito de imagem não é isenta de críticas, já que gente muito lida ensina que na lesão ao direito de imagem o que se fere é a honra³⁶, ou a sua privacidade³⁷. Imagem é toda sorte de representação de uma pessoa³⁸, ainda que se trate do semblante ou de parte do corpo, como cabelo, boca, mãos, pés, seios, nádegas³⁹. Segundo Francesco Degni⁴⁰, “imagem é o sinal característico de nossa individualidade, é a expressão externa do nosso eu. É por ela que provocamos nas pessoas, com as quais entramos em contato, os sentimentos diversos de simpatia. É ela que determina a causa principal de nosso sucesso ou de nosso insucesso”. A reprodução da efígie do retratado depende de sua autorização, e não cabe, nesses casos, indagar se da publicação adveio ou não dano moral ao retratado ou propiciado àquele que a veicula algum proveito ilícito. O dano é *re in ipsa*.

A ação danosa contra a imagem da pessoa jurídica nem sempre parte de terceiros. É comum que tenha como autor o seu próprio pessoal interno, diretores ou colaboradores diretos. Nas lesões à honra empresarial, quase sempre o primeiro bem jurídico a ser atingido é a imagem corporativa da pessoa jurídica, isto é, não o que a empresa verdadeiramente é, mas o que pensam dela. “Imagem corporativa” é, portanto, o alter ego da sociedade empresária, aquele *plus* de confiabilidade que se agrega à sua imagem real e que a distingue da concorrência.

34 BELTRÃO, Silvio Romero. *Op. cit.*, p. 122.

35 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil – 7º vol., Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 139.

36 ORGAZ, Alfredo. *Derecho civil argentino: personas individuales*. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 161.

37 STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1624.

38 MORAIS, Walter. “Direito à própria imagem”. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 341, *apud* SERPA, José. *Direito à imagem, à vida e à privacidade*. Edições CEJUP, 1994, p. 20.

39 BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Op. cit.*, p. 25.

40 DEGNI, Francesco. “Le persone fisiche e i danni della personalità”, in *Trattato di diritto civile*. Torino: Vassali, 1939, vol. 2, t. 1, p. 2001.

Em trabalho monográfico ainda inédito⁴¹, esbocei algumas linhas sobre as sequelas psíquicas, físicas e corporativas deixadas na pessoa dos empregados pelo assédio moral, também chamado *mobbing*, *bullyng*, *bossing* ou *psicoterror*. Embora o empregado seja diretamente atingido por esse tipo de lesão, a imagem corporativa da pessoa jurídica é alcançada por ricochete. O assédio moral é um tipo de comportamento predatório, doentio e perverso, no ambiente de trabalho, que tem por finalidade segregar a vítima e destruí-la, para que saia do caminho. Segundo alguns, a expressão *mobbing* provém do verbo *to mob*, “enganar”, “atacar”, “maltratar”, “assediar”. Para outros, deriva de *mob*⁴², “horda”, “plebe”, “gentalha”, “turba”. *Mobbing* é expressão pinçada da Etologia, e proposta, pela primeira vez, por Niko Tinbergen e Konrad Lorenz, em estudos com gaivotas e gansos, para descrever o ataque coletivo das aves a um alvo identificado como perigoso – *um predador, por exemplo* –, onde vários indivíduos da mesma espécie ou de espécies diferentes revezavam-se em sucessivas investidas para confundir o intruso, emitindo sons, grunhidos e ameaças à distância, chegando, às vezes, a defecar e a vomitar no agressor, ou naqueles casos em que o próprio grupo hostilizava indivíduos mais débeis para expulsá-los do bando⁴³.

Na acepção sociológica, a expressão foi utilizada em 1972 pelo médico sueco Peter Heinemann para descrever o comportamento destrutivo de crianças, isoladamente ou em grupos, fora das salas de aulas, e dirigido, a mais das vezes, contra uma única criança. Na linguagem jurídica, o termo vem sendo disseminado em sentido oposto ao que tinha na origem: enquanto Tinbergen e Lorenz lhe emprestaram sentido de agressão da vítima ao predador, na linguagem do foro a expressão traduz o processo inverso, isto é, de agressão do predador contra a vítima. No *mobbing*, o sequestro psíquico rouba à vítima a sua escritura de pessoa, o seu estatuto original. O objetivo do agressor é aniquilá-la para expulsá-la do caminho. É uma invasão progressiva do território psíquico do outro, um tipo de violência subterrânea⁴⁴ qualificado por uma sucessão nefasta de atos voltados à silenciosa destruição psicológica da vítima a fim de encurralá-la num gueto, desconstruir a sua identidade e forçá-la a

41 *Assédio moral nas relações de trabalho*. Monografia apresentada em 2008 à Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro – EMATRA/RJ – para o Concurso de Ensaio Jurídico Sobre Direito do Trabalho – Prêmio Dêlio Maranhão.

42 Na língua inglesa, *Mob*, em maiúscula, significa “máfia”.

43 AROCHENA, José Fernando Lousada. “Acidente de trabalho e riscos psicossociais” – *Cadernos de Direito Previdenciário*, nº 292, ano 25, abr./2008, Ed. Notadez, p. 55-63.

44 HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, p. 16.

abandonar o emprego. A vítima do *mobbing* precisa urgentemente de um resgate. Abandonada à própria sorte, o fim da linha é a apatia, a frustração, a depressão, a demência mental, o desinteresse pelo emprego, pela vida social e familiar, o apego às drogas, à bebida, ao desregramento social e, por fim, o suicídio. O *mobbing*, ou assédio moral, é um abuso do direito, e, como tal, um ato ilícito e antijurídico. A falsa compreensão do *mobbing* apouca sua importância como um quadro grave de deterioração do ambiente de trabalho e banaliza uma patologia⁴⁵ que não é debatida publicamente porque a vítima, por vergonha ou medo de perder o emprego, se omite ou se acovarda, e não figura nas estatísticas oficiais das empresas porque respinga de modo negativo nas políticas de governança corporativa⁴⁶, valor agregado cada dia mais determinante na liquidez dos negócios.

Sempre que um caso de *mobbing* escapa ao controle interno da empresa e vem à tona, por meio de um processo judicial, onde se busca reparação, ou através da mídia, como simples enfoque informativo e jornalístico, o efeito deletério dessa sociopatia atinge em cheio a pessoa jurídica como realidade econômica, já que, potencialmente, atinge a coletividade de empregados. O que se nota é que o assédio moral, além de fulminar a vítima, espargue seus reflexos maléficos sobre os demais empregados, criando a apatia, o desencanto, a prostração e a frustração daqueles que são por ele afetados indiretamente. No fim das contas, deterioram-se as relações interpessoais, o ambiente de trabalho e a imagem corporativa da empresa, com reflexos notórios no crédito, na

45 PIÑUEL Y ZABALA, I. & CANTERO, A. O. “La incidencia del mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España”. *Revista de Relaciones Laborales*, 7(2), 35-62 advertem que o *mobbing* no trabalho “supõe a mais grave ameaça à saúde dos trabalhadores a ser enfrentada neste século”.

46 FONSECA, José Geraldo. *Venire contra factum proprium – Estudos de casos concretos de comportamento contraditório na Justiça do Trabalho*. Monografia (inédita) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como conclusão do Curso de Obrigação Como Processo, promovido em parceria com a Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro – EMATRA/RJ –, diz que governança corporativa, boa governança ou governança de TI (tecnologia de informação) é expressão que define um sistema de gerência empresarial por meio do qual as sociedades são administradas e monitoradas de modo permanente e transparente entre acionistas, quotistas, conselhos de administração, diretores, auditores internos e independentes, conselhos fiscais e outros mecanismos internos de gestão. Surgiu da necessidade de se contornar o conflito de agência, isto é, o dissenso no âmbito da vida empresarial como decorrência da separação entre a propriedade e a gestão empresarial, isto é, do divórcio de vontades entre o titular da empresa e o agente por ele delegado para geri-la. Para a teoria econômica das empresas, uma política séria de governança corporativa constitui um valor que se agrega à sociedade, conquanto ela em si não crie esse valor. A governança corporativa foi instituída pela Lei nº 10.303/2001. O Código Brasileiro das Melhores Práticas de Governança Corporativa, lançado em 1999 pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC – estabelece quatro princípios que devem reger as práticas de boa governança: 1) transparência na divulgação de informações; 2) equidade; 3) prestação de contas por parte dos agentes de governança; 4) responsabilidade corporativa nas questões sociais e ambientais em todas as decisões da empresa.

credibilidade e no seu nome comercial. O *mobbing* impõe ao assediado, individual ou coletivamente, um “custo psíquico”. Cada um, homem ou mulher, reage de uma forma ao assédio moral. A essa forma se diz *coping*. Cada *coping* impõe ao agredido um “custo psíquico”, uma cota de desgaste físico e emocional. Assim como, no plano biológico, as defesas do corpo humano organizam-se para resistir ao ataque de um vírus letal, mas enfraquecem-se pelo calor da luta, e deixam buracos na barricada, a arquitetura moral da vítima vai sendo dizimada a cada processo de *mobbing*, até o ponto em que não oferece qualquer resistência. Essa falência moral, esse não ânimo que paralisa a vítima e a reduz à condição de refém do agressor é consequência direta das sucessivas investidas do assediador. É como se o seu estoque de defesas caísse a um nível crítico, abaixo do qual o assediado perde o equilíbrio emocional e parte para a agressão física, ou se mata. Há outro desdobramento igualmente perverso: fragilizada, a vítima passa a reagir de modo desproporcional à agressão, superestimando palavras ou gestos do assediador, que, fosse outro o contexto, provavelmente não tivesse sobre ela tamanho impacto. Essa susceptibilidade aflorada é tudo o que o *mobber* precisa para reforçar o discurso de que a vítima era, mesmo, pessoa desequilibrada, de trato difícil ou emocionalmente instável. Sem que se deem conta, os colegas da vítima aceitam a versão do assediador e multiplicam a agressão. Dessa pressão contínua do assediador sobre a vítima surge o *burn out*⁴⁷, isto é, a exaustão emocional, ou o estresse. A vítima não se vê como pessoa útil nem crê na humanidade do outro, passa a considerar o trabalho simples mercadoria de subsistência, desinteressa-se por manter ou criar relações interpessoais, sociais e familiares, desespera-se, deprime-se pela fadiga e pela sensação de derrota e, ao fim, desiste do trabalho ou da própria vida. Essa apatia destrói o meio ambiente de trabalho e repercute na imagem externa da pessoa jurídica, causando-lhe um dano moral que precisa ser reparado com a punição do autor da lesão. Além disso, no plano psíquico, a vítima responde de modo inadequado à tensão do ambiente de trabalho, descompensa-se, perde o eixo, tem dificuldade de aprendizagem, insônia, pesadelos, impotência, amenorreia, bulimia, insegurança, apatia, transtornos de humor, angústia e depressão crônicas, destrói, voluntariamente, os poucos laços afetivos que lhe restam e evita restabelecer novos vínculos, isolando-se num gueto do qual dificilmente sairá sem ajuda terapêutica. Amigos e familiares se afastam, casamentos se abalam ou se desfazem, as vítimas se oneram com tratamentos psicológicos, exames especializados, perda de bens e desinteresse pelo emprego. Esse estado de catatonia impõe à pessoa jurídica um custo adicional e é, também, uma forma de dano moral, um dano moral reflexo, consequência inegável

47 Termo cunhado por Freudenberg, em 1974.

daquela primeira lesão moral. Afora a degradação do meio ambiente de trabalho, cuja preservação é de responsabilidade da empresa⁴⁸, as lesões causadas à pessoa jurídica pelos próprios empregados ou diretores, ou terceiros, como o *mobbing*, v.g., atingem a sociedade empresária na sua política de *governança corporativa*, impondo-lhe custos tangíveis e intangíveis. O custo corporativo imediato é a elevação do *turn over*, com acréscimo de despesas com recrutamento, seleção e treinamento de novos empregados, aumento do passivo trabalhista com indenizações e elevação do índice de acidentes fatais⁴⁹. Aumenta o absenteísmo físico e psicológico. Decrescem a produção e a qualidade do trabalho, o que implica retrabalho. Dentre os custos intangíveis, a doutrina refere ao passivo patológico⁵⁰, isto é, ao abalo na reputação⁵¹ e na sua imagem⁵², com deterioração da qualidade do diálogo com o público externo, retração da criatividade e da motivação do grupo de trabalho e danos em maquinário ou equipamentos por despreparo ou tensão latente.

NOME COMERCIAL

Outro bem jurídico empresarial frequentemente atingido pela lesão à sua imagem corporativa é o nome comercial. Quando se fala, aqui, em “nome comercial”, deve-se afastar desde logo qualquer confusão com o significado jurídico de “nome empresarial” ou “nome de empresa”, segundo a leitura dos arts. 1.155 e seguintes do Código Civil. A expressão “nome comercial” é aqui tomada como o conceito que a concorrência, o poder público, o mercado e os colaboradores da empresa fazem dessa pessoa jurídica, e não, propriamente, do nome empresarial como elemento dessa empresa. Na acepção técnica, bem ao gosto dos comercialistas, nome empresarial ou nome de empresa é um dos elementos de empresa, ou um dos elementos de identificação de empresa. Coisa distinta, portanto. A empresa, viu-se, é uma entidade jurídica, uma abstração, uma junção de capital, trabalho, insumos e tecnologia voltada para um fim específico que é a produção de bens ou serviços para o mercado, com finalidade lucrativa. Essa atividade organizada dos meios de produção, posta em ação por vontade do empresário, constitui o exercício da atividade produtiva. Sendo

48 CF/1988, art. 225, § 3º.

49 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. LTr, 2006, p. 26.

50 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Op. cit.*, p. 31.

51 TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTr, 1998, p. 127.

52 KOHLER, Josef. “Das Eigenbild im Recht”. In *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, vol. 2, p. 52, jul.-dez./1979.

a empresa uma abstração, alguns elementos extrínsecos a identificam para o mundo dos fatos e para o mundo jurídico, daí dizer-se que esses elementos são elementos de empresa ou elementos de identificação de empresa. Esses elementos que particularizam a empresa no mundo dos fatos são o nome comercial (ou nome de empresa ou nome empresarial), as marcas de produto ou serviço e as expressões ou sinais de propaganda.

A Lei nº 9.279, de 14.05.96, que disciplina a propriedade industrial, excluiu do âmbito de sua aplicação a proteção do “nome comercial”, deixando essa tarefa para o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, segundo a disciplina da Lei de Registros Públicos. Essa lei adota, exclusivamente, a expressão nome empresarial como designativa de firma individual, firma ou razão social, isto é, a denominação por meio das quais se identificam as empresas mercantis para o mercado nacional. Para o Código Civil, nome empresarial, firma ou denominação são os nomes com que as empresas se identificam no mercado⁵³. O dizer que a ação antijurídica fere a “honra” da pessoa jurídica quando atinge o seu “nome comercial” significa que a lesão se dá no conceito que o público externo tem dessa pessoa jurídica, isto é, essa lesão malfez o patrimônio moral da sociedade empresária porque afeta “o que pensam dela”.

ABALO DE CRÉDITO⁵⁴

A expressão “crédito” é tomada aqui em sentido amplo para significar não apenas o aporte financeiro de que o organismo empresarial pode precisar

53 Para fins de proteção, o Código Civil equipara às sociedades empresárias as sociedades simples, as associações e as fundações.

54 A expressão “título de crédito”, conhecidíssima dos cultores do direito empresarial, afina-se com uma noção de crédito que não interessa aos propósitos deste trabalho porque se liga mais intimamente à noção de capital social. Explico melhor: já na sua época Vivante afirmara que o “crédito” tomara ares de “objeto de comércio”. Quis dizer, com isso, que o crédito era uma espécie de valor patrimonial suscetível de troca. Ora, se o crédito tinha esse alcance, o de ser um valor patrimonial suscetível de troca, era imprescindível que fosse representado por uma cártula, um papel, um documento, uma lâmina virtual, um boleto criptográfico que o materializasse, que permitisse ao seu titular negociá-lo mais à frente com outro credor. Sob esse ponto de vista, o título de crédito nada mais é que a representação material de um crédito ou uma fração ideal de um certo capital social que permite ao seu detentor transformá-lo em dinheiro novamente, obtendo, em troca, aquela mesma porção ideal do capital social sobre o qual tem seu lastro, ou outro bem de igual valor, de mesma ou de outra natureza, que interesse ao seu titular. Não se está aqui, por favor, confundindo título de crédito com quota social. Ninguém ousaria propor outra definição mais ampla e segura de título de crédito que a de Brunner, com os acréscimos de Vivante: “*título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado*”. É, por sinal, a definição que está no art. 887 do nosso Código Civil. Não cabe nos limites deste ensaio falar nas características dos títulos de crédito, ou se se classificam no “direito das coisas”, no “direito das obrigações”, etc.

numa ou noutra etapa da produção ou de sua vida econômica, mas da confiança que lhe devota o mercado para o qual se dirige e destina sua produção de bens ou serviços. Quando se diz que a lesão moral “abala o crédito” da pessoa jurídica, quer-se dizer que essa invasão ilícita do seu território moral pode afetar tanto a confiança (capacidade de tomar empréstimos que reforcem o lastro do capital social) que inspira naqueles que com ela entabulam negócios quanto a sua credibilidade (confiabilidade que desfruta perante seus consumidores potenciais quanto à qualidade e segurança dos seus produtos ou serviços). O étimo “crédito” provém do latim *creditum*, *credere*, e significa ato de fé, disposição de confiança de um credor. Popularmente, quando se diz que tal e qual sujeito “merece crédito”, significa dizer que costuma honrar a palavra empenhada e é, portanto, merecedor de confiança. O crédito de uma pessoa jurídica pode ser afetado por vários modos por uma ação antijurídica dos empregados, sócios ou diretores, de fornecedores, consumidores ou concorrentes. De modo geral, a falta de uma boa governança corporativa, os sistemáticos eventos ligados à notícia de pirataria de *software*, tecnologia ou produtos, as notícias falsas de falência ou de autofalência, os desmandos dos dirigentes, os casos rumorosos de clonagem de cartões corporativos ou de documentos imprescindíveis aos negócios, os recorrentes casos de assédio moral ou sexual, o protesto indevido de títulos, o dissenso entre diretores, a denúncia caluniosa, a exclusão de processos licitatórios, as dívidas sociais com a seguridade social e com o imposto de renda, o gigantismo dos passivos fiscal, tributário ou trabalhista, a degradação do meio ambiente de trabalho⁵⁵ com práticas deletérias de gestão, os acidentes de trabalho, em pequenas ou grandes proporções, os escândalos financeiros envolvendo os negócios ou seus diretores, os danos ecológicos de responsabilidade da empresa, o trabalho escravo ou infantil, a falta de observação das leis previdenciárias, trabalhistas e de saúde pública dos empregados e o mau atendimento ao público, diretamente ou por meio de um inadequado serviço de atendimento ao consumidor, a par dos reiterados casos de *recall* de peças ou serviços são os eventos mais comuns que abalam o crédito da pessoa jurídica. Se empresa é a atividade econômica

55 Meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Desdobra-se em meio ambiente artificial, natural, cultural e de trabalho, este considerado meio *ambiente artificial especial*, e consistente no complexo de bens móveis e imóveis de uma empresa, e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores. O direito ao meio ambiente de trabalho é uma garantia constitucional. Sua proteção liga-se à dignidade da pessoa humana. A subordinação jurídica põe o trabalhador na condição de devedor do trabalho, e o patrão, na de credor. A natureza onerosa, sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho iguala-os juridicamente para que um não se locuplete à custa do outro. Dentre os deveres fiduciários do patrão está o de respeitar o trabalhador em sua estrutura emocional e psíquica, e na sua dignidade de pessoa.

organizada para o mercado, com finalidade lucrativa, obter lucro significa alcançar o sucesso desse empreendimento mercantil, isto é, atingir seu objetivo social. É claro que outros propósitos mais nobres além da simples obtenção de lucro informam a empresa, mas, para os empregados e para aqueles que lhe emprestam capital, o lucro satisfaz, em princípio, a seus anseios mais imediatos. Não há empresa autossuficiente. Como organismo que interage com o mercado, a empresa se sujeita às suas vicissitudes e está, constantemente, necessitada de crédito. O que releva dizer é que qualquer ação injurídica praticada contra a pessoa jurídica pode ferir a sua “honra” empresarial, isto é, o seu bom nome, a sua reputação comercial, a sua higidez econômica e a estabilidade dos negócios e afetar o tráfico comercial com a clientela e o nível do seu diálogo com o seu público compulsório.

O “PREÇO DA DOR”

A doutrina recomenda que, na avaliação de situações de fato onde se pede reparação moral, o juiz siga a lógica do razoável, isto é, que tome por paradigma o meio-termo entre o homem frio e insensível e o homem extremamente sensível. Já se disse que os danos morais causados à “honra” da pessoa jurídica não são os mesmos que se podem causar à honra das pessoas físicas que as integram, sejam sócios, diretores, empregados, prepostos, fornecedores, clientela. A questão é simples: na pessoa física, natural, a lesão atinge a honra em sentido estrito, isto é, a autoestima, o juízo de valor que cada um tem de si, de si em relação aos outros e dos outros em relação a si mesmos. É, pois, uma lesão a um direito da personalidade. Já a lesão à “honra” da pessoa jurídica não tem essa conotação porque atinge a empresa como uma ficção jurídica, um organismo vivo enfiado num contexto social com o qual interage constantemente, trocando bens e serviços por lucro.

É possível que um mesmo ato antijurídico possa causar danos morais tanto às pessoas físicas que integram a sociedade empresária como a ela própria, mas o que se chama aqui “dano moral da pessoa jurídica” são apenas aqueles prejuízos que a ação danosa causa à empresa (atividade) como realidade econômica, e que afetam não a honra subjetiva, mas a “honra objetiva”, entendido, o termo, como a imagem corporativa, o nome comercial, o crédito, a credibilidade, o meio ambiente de trabalho e a segurança jurídica dos que com ela entabulam relações contratuais de diversificada espécie.

O art. 944 do Código Civil diz que a indenização se mede pela extensão do dano. O objeto da indenização não está na lesão em si, mas no dano produzido. O que se repara com a fixação de certa soma em dinheiro

evidentemente não é a lesão, abstratamente considerada – que essa, sendo subjetiva, não pode ser medida eficazmente nem mesmo pela própria vítima – mas a dor moral, o sofrimento (ainda que físico), a humilhação, a quebra do decoro, da autoestima, a diminuição social, o afeamento da pessoa, considerado do seu ponto de vista, isto é, do conceito que faz de si mesma (honra subjetiva), e do ponto de vista das pessoas com quem se relaciona habitualmente (honra objetiva)⁵⁶. Trata-se de uma regra de conteúdo normativo aberto.

Foram e serão sempre infrutíferas todas as tentativas de quantificação dos danos morais. É impossível quantificar lesão do que não pode ser medido, contado, pesado. Pode-se, se tanto, compensar. Indenizar, nunca, pois indenizar provém de *in + damnum*, isto é, “sem dano”, tornar as coisas ao ponto em que estavam se a lesão não tivesse ocorrido. Tudo deve ficar ao prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto, segundo contornos genéricos que apenas delimitam essa “jurisdição discricionária”⁵⁷. A lei não fixa valores. Estima-se por equidade. Na lesão moral, seja de pessoas físicas ou jurídicas, o juiz arbitra⁵⁸ quantia que possa, ao mesmo tempo, compensar a dor moral da vítima e desestimular o autor da agressão⁵⁹. Essa quantia tem caráter punitivo. Não se trata de reparação como *restitutio in integrum*, pois não se pode conhecer exatamente a extensão do dano, nem é *pretium doloris* porque dor não se paga por dinheiro. É um conforto material que não pode ser exorbitante a ponto de constituir *lucro capiendo* nem minguado de modo a deixar a sensação de impunidade⁶⁰. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano o juiz pode reduzir, equitativamente, o valor da indenização. Como essa adequação equitativa refere-se a graus de culpa, a regra do parágrafo único do art. 944 do Código Civil somente se aplica aos casos de responsabilidade subjetiva, porque, nos demais, a responsabilidade é objetiva e prescinde da

56 MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rego. *Elementos da responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-104.

57 Conforme enunciado apresentado pelo autor à IV Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, *verbis*: “Na quantificação do valor da condenação por danos morais, que terá caráter pedagógico, preventivo e compensatório, e não indenizatório, o juiz arbitrar a objetiva e subjetivamente o valor que entender justo e razoável, de modo a desestimular a reiteração da ofensa e minorar o sofrimento do ofendido, levando em conta a primariedade ou a reincidência do ofensor, o efetivo sofrimento da vítima, sua personalidade e condição social, a concorrência de culpas, a necessidade do ofendido e a possibilidade do ofensor, o grau de repercussão da ofensa, o contexto em que a ofensa ocorreu e o tempo decorrido entre o ato dito ofensivo e a exigência de sua reparação em juízo”.

58 MARMITT, Arnaldo. *Danos morais*. Ed. RT, 1978, p. 138.

59 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. RJ: Renovar, 2003, p. 227.

60 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 316-317.

culpa. A doutrina faz crítica severa a essa possibilidade de diminuição, pelo juiz, porque, se indenizar é repor a vítima ao *statu quo ante*, indenizar pela metade é responsabilizá-la pelo resto⁶¹. A natureza jurídica da quantia em dinheiro que se pede por lesão moral é compensatória, e não indenizatória⁶². O juiz arbitra⁶³ uma quantia que possa, ao mesmo tempo, compensar a dor moral da vítima e desestimular o agressor de reincidir na conduta lesiva⁶⁴. Ao fixá-la, o juiz deve ater-se ao princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. Como não se trata de indenização, mas reparação da lesão moral, na fixação do *quantum* reparatório o juiz deve valer-se dos seguintes parâmetros⁶⁵:

“a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;

b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;

c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;

d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;

e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva;

f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua ulterior situação econômica;

g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;

h) levar em conta o contexto econômico do país, no Brasil não haverá lugar para fixação de indenização de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;

61 PIZZARO, Ramon Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996.

62 BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp.25-26, apoiando-se em Geneviève Viney, *Les obligations – La Responsabilité: conditions*, 1982, Paris, Librairie Générale, 1982, p. 50.

63 MARMITT, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 138.

64 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 227.

65 DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, v. 7, p. 87-97.

DOCTRINA

- i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- l) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- m) aplicar o critério de *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice*, buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade.”

CONCLUSÃO

Empresa é uma realidade econômica⁶⁶, centro de decisão capaz de adotar estratégia voltada à produção de bens e serviços⁶⁷, combinação de fatores de produção – *terra, capital, trabalho* – ou unidade de produção que trabalha para o mercado⁶⁸ e, como tal, pode, também, sofrer lesão moral, bastando que, objetivamente, seja ferida no seu crédito, na sua reputação, credibilidade, imagem corporativa ou nome comercial (toma-se a expressão “nome comercial” como o conceito que a concorrência, o poder público, o mercado e os colaboradores têm dessa pessoa jurídica, e não, propriamente, do nome empresarial como elemento dessa empresa). Na honra subjetiva, fere-se a autoestima, o amor próprio, o decoro; na objetiva, o bom nome empresarial, o crédito, a reputação ou a imagem corporativa da pessoa jurídica. Naquela, a dor de que se cuida é a dor física, sensorial, a dor da alma. Nesta, a dor que reclama reparação é metafórica: é a “dor jurídica”, dor de supor que por conta da lesão injusta um patrimônio moral que é valor agregado à pessoa jurídica também foi afetado, e precisa ser recomposto. Todo dano moral traduz lesão a um direito da personalidade e gera dor em sentido subjetivo, que não pode ser estimada em dinheiro exato. O valor que, por equidade, se fixa a esse título, tem natureza compensatória, reparatória e punitiva⁶⁹. A falta de uma boa governança corporativa, os sistemáticos eventos ligados à pirataria de *software*, tecnologia ou produtos, às notícias falsas de falência ou de autofalência, clonagem de cartões corporativos ou de documentos imprescindíveis aos

66 PERROUX, François. *Capitalisme et communauté de travail*. Paris: Sirey, s.d., p. 181.

67 BIENHAYMÉ, A. *La croissance des entreprises*. Paris: Bordas, 1971, p. 126.

68 NOGARO, Bertrand. *Éléments d'économie politique*. Paris: LGDJ, 1954, p. 14.

69 COUTO DE CASTRO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 46.

DOUTRINA

negócios, os recorrentes casos de assédio moral ou sexual, o protesto indevido de títulos, o dissenso entre diretores, a denúncia caluniosa, a exclusão de processos licitatórios, as dívidas sociais com a seguridade social e com o imposto de renda, o gigantismo dos passivos fiscal, tributário ou trabalhista, a degradação do meio ambiente de trabalho com práticas deletérias de gestão, os acidentes de trabalho, em pequenas ou grandes proporções, os escândalos financeiros envolvendo os negócios ou seus diretores, os danos ecológicos de responsabilidade da empresa, o trabalho escravo ou infantil, a negligência na aplicação das leis previdenciárias, trabalhistas e de saúde pública dos empregados, o mau atendimento ao público e os reiterados casos de *recall* de peças ou serviços são os eventos mais comuns que abalam o crédito da pessoa jurídica. Tanto quanto nas lesões subjetivas das pessoas naturais, mede-se o prejuízo moral da pessoa jurídica pela extensão do dano.

EQUIPARAÇÕES SALARIAIS SUCESSIVAS: QUANDO O DIREITO CONTRARIA A LÓGICA

Estêvão Mallet*

1 – INTRODUÇÃO

São cada vez mais frequentes casos em que empregados postulam equiparação salarial com colegas de trabalho que obtiveram, por sua vez, equiparação com outros colegas. Em tais casos, põe-se o problema, de grande interesse prático e teórico, de saber se a majoração salarial obtida pelo paradigma deve favorecer o novo equiparando, de modo a produzir sucessivas equiparações salariais, com repercussão de umas em outras. O presente texto procura enfrentar o problema, a partir da jurisprudência vigente, tendo em conta, inclusive, o disposto no item VI, da Súmula 6, do Tribunal Superior do Trabalho, em que disposto: “Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior”.

2 – O DIREITO REPELE O ABSURDO

Para começar a bem compreender o sentido do item VI, da Súmula 6, é preciso ter em conta, antes de qualquer outra coisa, a conhecida máxima hermenêutica segundo a qual, consoante Carlos Maximiliano, “deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”¹. É natural. As regras jurídicas são feitas para regular as relações entre pessoas. Não podem, nem devem, portanto, produzir disparates, paradoxos

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

1 *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* Rio de Janeiro, Forense, 1991, n. 179, p. 166.

ou inconsistências. Do contrário, não cumpririam a função a que se destinam. Antes criariam embaraços para a vida em sociedade.

Por isso, a idéia de afastar-se, no Direito, o resultado absurdo é proposição mais ampla, pertinente não apenas ao campo da hermenêutica como, na verdade, a toda a aplicação das normas jurídicas. Daí o argumento *ad absurdo*, utilizado genericamente para repelir conclusões despropositadas, lembrado e invocado repetidas vezes pela doutrina² e pela jurisprudência, inclusive a nacional³. Chega-se até a dizer que, “*pour éviter de donner à une loi des résultats absurdes, il serait même permis s’écarter d’un texte clair : ce serait d’ailleurs le seul cas où, selon la doctrine littéraliste classique, on serait justifié de ne pas suivre un texte dont le sens paraît évident*”⁴. Certa feita a *Cour d’Appel* da Província canadense do *Québec* assinalou, a propósito:

“*Il y a lieu de partir du principe que, dans leur sagesse et leur vision de ce qui est conforme au bon sens, ceux qui nous imposent des lois ont voulu qu’elles soient raisonnables et qu’elles ne débouchent point sur des résultats tellement excessifs qu’ils en deviendraient absurdes et impensables.*”⁵

Não há, portanto, como entender, interpretar ou aplicar qualquer regra jurídica que seja – não apenas legal como, ainda, negocial ou até jurisprudencial – de modo a que se produza resultado absurdo. A advertência tem toda pertinência no caso ora em exame pelo simples fato de que, entendido o item VI, da Súmula 6, de modo excessivamente amplo, se chegaria, de modo inexorável, a resultados e conclusões absurdas.

3 – RESULTADOS ABSURDOS PRODUZIDOS PELA INCORRETA COMPREENSÃO DO ITEM VI, DA SÚMULA 6, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Romper a relação que deve existir entre quem reclama equiparação e o primeiro empregado no elo da cadeia de sucessivas equiparações, fazendo com

2 Berriat Saint-Prix, *Manuel de logique juridique*, Paris, Librairie Plon, quatrième édition, ns. 73 e 74, p. 49 e segs., e, ainda, Maxwell, *On the Interpretation of Statutes*, Sweet & Maxwell, 1969, p. 105.

3 Cf., por exemplo, STJ – 6ª T., RE n. 40.060-DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, julg. em 13.03.1993 in DJU de 02.05.1994 p. 10.027 e RSTJ vol. 59, p. 367.

4 Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Canada, Yvon Blais, 1990, p. 428/429.

5 *Barreau du Québec c. Morin*, 1988 CanLII 1044 (QC C.A.), Processo n. 50009001163856, decisão de 03.10.1988 [1988] R.J.Q. 2629.

que aquele não precise provar que satisfaz, também em relação ao último, os requisitos do art. 461, da CLT, produz não apenas resultados absurdos como, no limite, cria situações verdadeiramente teratológicas. Vários exemplos podem ser dados.

Em primeiro lugar, é concebível seja deferida equiparação entre empregados com diferença de tempo de serviço na função muito superior ao limite imposto pelo art. 461, § 1º, da CLT. Suponha-se que haja sido o empregado A admitido em maio de 2000. O empregado (B), admitido em abril de 2002, obtém com ele equiparação salarial. Permitir que (C), admitido em fevereiro de 2004, obtenha equiparação com (B) e, por conseguinte, receba o salário pago a (A) leva a que se imponha ao empregador obrigação de pagamento de salário igual a empregados com quase quatro anos de diferença de tempo de serviço (maio de 2000 a fevereiro de 2004), em contraste com a legislação em vigor. Prolongando-se a sucessão de equiparações salariais, a imposição de pagamento de salário igual tende ao infinito, de modo a fazer com que não possa o empregador estabelecer nenhuma diferenciação remuneratória por conta do tempo de serviço. Em outros termos, aquilo que a lei não quis de modo expresso – equiparação entre empregados com diferença de tempo de serviço superior a dois anos – consegue-se por via transversa, em resultado que, ao fim e ao cabo, envolve fraude ao comando legal. Bem se aplica, no caso, o enunciado de Paulo: *Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*⁶. Daí a advertência de Pontes de Miranda: “Se a lei tem o fito de evitar ou de fazer produzir-se certo resultado, tem de ser entendido que a sua sanção apanha toda transgressão, direta ou indireta. (...) Quando a regra jurídica determina que algum resultado, positivo ou negativo, seja alcançado, dando a sanção, essa apanha todos os casos em que se violou a lei sem ser pelo modo previsto”⁷. Teve bem em conta tal circunstância o Tribunal Superior do Trabalho ao assinalar, em irrepreensível pronunciamento: “(...) ao se aceitar a equiparação em cadeia (...) admite-se que empregados que tenham tempo de serviço superior a dez ou mesmo vinte anos recebam o mesmo salário, desde que a equiparação se dê de modo intercalado de um em um até se chegar ao mais novo empregado, em evidente afronta ao princípio da isonomia e ao artigo 461, da CLT”⁸.

6 Digesto, 1.3.29. Em vernáculo: “Procede contra a lei quem faz aquilo que a lei proíbe; procede em fraude da lei quem, respeitadas as palavras da lei, viola a sua intenção”.

7 Tratado de direito privado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, tomo I, § 17, n. 7, p. 52.

8 TST – 7ª T., RR n. 408/2007-109-03-40, Rel. Min. Caputo Bastos, julg. em 12.08.2009 in DEJT de 21.08.2009.

DOCTRINA

De outra parte, admitir equiparações sucessivas leva a que sejam tratados de modo igual empregados completamente diferentes. Imagine-se ter o empregado (B), recepcionista, obtido equiparação com (A), médico, a despeito de exercerem ambos funções inconfundíveis, por conta de revelia da empresa na ação ou, ainda, de dificuldades relacionadas com prova. Admitidas equiparações sucessivas, todos os demais recepcionistas da empresa (C, D, E, etc.) poderão exigir salário de médico, a partir de pedido de equiparação deduzido em face de (B) (recepcionista, equiparado, porém, a médico). Novamente o Tribunal Superior do Trabalho pôde afastar resultado a tal ponto paradoxal, ao exigir exame da identidade do trabalho entre os diferentes empregados envolvidos na cadeia de equiparações, sem que bastasse identidade entre os últimos⁹. Do precedente extraem-se as seguintes judiciosas ponderações: “a possibilidade de equiparação salarial perante paradigma que a obtivera por via judicial traz como pressuposto ser esse o empregado parâmetro e não um dos últimos empregados que eventualmente tenha obtida essa mesma equiparação, visto que os requisitos do art. 461 da CLT devem reportar-se ao paradigma matriz, a fim de evitar inclusive série ininterrupta de isonomia salarial, cuja consequência é a desestruturação salarial da empresa”¹⁰. Em outro recente aresto foi o mesmo problema enfrentado com idêntica precisão. Da ementa consta, literalmente: “A incidência do item VI da Súmula 6 desta Corte (hipótese em que o desnível salarial resulta de decisão judicial) somente se justifica se estiverem presentes os pressupostos do art. 461 da CLT. Desse modo, somente se justifica a concessão de equiparação salarial em série, com suporte na Súmula 6 do TST, se o equiparando provar a presença dos pressupostos do art. 461 da CLT com todos os paradigmas da cadeia equiparatória; sob pena de, por exemplo, se conceder equiparação do empregado -A- ao empregado -B-, do empregado -C- ao empregado -A- e do empregado -D- ao empregado -C-, sem que -C- e -D- façam a prova de que atendem os pressupostos também com relação aos empregados -A- e -B-. É que, no exemplo dado, todos foram equiparados ao empregado -B-, o primeiro paradigma da cadeia equiparatória”¹¹. Em outra oportunidade, assentou ainda o Tribunal Superior do Trabalho: “(...) a equiparação salarial com paradigma cuja remuneração foi acrescida por outra equiparação obtida judicialmente é

9 Cf. decisão proferida no processo TST – 4ª T., RR n. 318/2007-109-03-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, julg. em 04.03.2009 *in* DEJT de 13.03.2009.

10 *Idem*, TST – 4ª T., RR n. 318/2007-109-03-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, julg. em 04.03.2009 *in* DEJT de 13.03.2009.

11 TST – 5ª T., RR n. 1153/2006-018-03-40.4, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julg. em 02.09.2009 *in* DEJT de 11.09.2009.

possível, desde que preenchidos os pressupostos do artigo 461 da CLT, dentre os quais, a identidade de funções (...)”¹².

Para arrematar, a incorreta interpretação do item VI, da Súmula 6, pode criar paradoxo ainda mais despropositado. Considere-se que certo empregado (C) tenha postulado equiparação salarial com outro (A). Seu pedido, porém, é rejeitado. Em decisão transitada em julgado, após exame exauriente, aprofundado e exaustivo da controvérsia, entende-se, sem margem para dúvida, não estarem presentes, entre equiparando (C) e paradigma (A), os pressupostos do art. 461, da CLT. Em outra ação, porém, empregado distinto (B) pede equiparação com o mesmo paradigma (A) e obtém êxito. Na sequência, aquele primeiro empregado (C), apresenta novo pedido de equiparação salarial. Não, evidentemente, com o paradigma (A), em relação ao qual existe o óbice da coisa julgada. Formula, em consequência, pedido de equiparação em face de (B), que obteve, por sua vez, equiparação com o primeiro paradigma (A). Admitida, sem restrições, a tese de equiparações sucessivas, no segundo processo ajuizado por (C) pode-se chegar ao despropósito de, por via indireta, contrariar-se o resultado do primeiro processo, para deferir a (C) o salário concedido a (A), em virtude da interposição do empregado (B). É evidente, mais uma vez, o absurdo do resultado. Será, no entanto, consequência inevitável de incorreta compreensão do item VI, da Súmula 6.

Na presente altura, considerado o já exposto, é tempo de mostrar que entendimento excessivamente largo do item VI, da Súmula 6, não apenas leva a resultados absurdos como, ainda mais, está em completo desacordo com os antecedentes que deram origem à previsão jurisprudencial. O exame de cada um dos precedentes deixa nítido que a regra do item VI apenas pretende assegurar tratamento igual aos que sejam realmente iguais. Nunca buscou favorecer equiparações sucessivas, que levam a perder-se a identidade entre o primeiro paradigma e o último equiparando.

4 – A ORIGEM DO ITEM VI, DA SÚMULA 6, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, E OS PRECEDENTES QUE LEVARAM À SUA EDIÇÃO

O item VI, da Súmula 6, do Tribunal Superior do Trabalho, surgiu a partir do antigo Enunciado 120, cuja redação original, dada pela Resolução Administrativa nº 14/1981, era a seguinte:

12 TST – 3ª T., AIRR n. 853/2007-012-03-40, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, jul. em 11.03.2009 in DEJT de 07.04.2009.

DOCTRINA

“Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma.”

Em 2000, modificou-se o teor do verbete, por meio da Resolução nº 100, que lhe emprestou o teor que se segue:

“Equiparação salarial. Decisão judicial. Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto quando decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.”

Pequena modificação de redação decorreu da Resolução nº 129, de 2005:

“Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.”

O exame de vários dos julgados que levaram à edição do Enunciado 120 deixa patente que o Tribunal Superior do Trabalho nunca pretendeu permitir, com a sedimentação de sua jurisprudência, equiparações sucessivas, desvinculadas de toda e qualquer relação entre o primeiro paradigma e o último dos equiparandos. Pelo contrário.

Logo no primeiro precedente listado para respaldar o item VI, da Súmula 6, ou seja, o IUI-RR n. 261.798/1996, registra-se que, “embora o princípio da isonomia vise resguardar eventuais injustiças, o direito deve considerar as razões das eventuais desigualdades”¹³. Eis o motivo para dar-se, na altura, nova redação ao Enunciado 120, restringindo sua amplitude, a fim de, a partir da Resolução nº 100, de 2000, excluir “vantagem pessoal ou (...) tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior”.

O segundo precedente mencionado, E-RR nº 7.820/1985, antes de respaldar interpretação ampla do item VI, da Súmula 6, leva a condená-la. Basta ver que na decisão rejeita-se o pedido de equiparação, formulado em face de paradigma que obtivera integração de horas extras em seus ganhos, sob o argumento de que “não existe o trabalho de igual valor, eis que o equiparando quer reconhecer igualdade relativamente a trabalho que nunca prestou”¹⁴. Já no E-RR nº 4.347/1977, terceiro precedente, assinala-se que a equiparação

13 DJU de 13.10.2000.

14 Ac. SDI n. 4.230/89, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, decisão de 18.10.1989 in DJU de 02.03.1990.

pode envolver deferimento, ao equiparando, de valores obtidos pelo paradigma em antecedente equiparação salarial, mas não falta a ressalva: “se preenchidos os requisitos previstos no art. 461 e parágrafos da CLT”¹⁵. Não foge à regra o quarto precedente, que se traduz no acórdão proferido no RR nº 6.506/1986. A decisão rejeitou a extensão de vantagem obtida judicialmente pelo paradigma (integração de horas extras prestadas habitualmente) a outro empregado, que supostamente exerceria o mesmo trabalho, a partir das seguintes considerações: “em momento algum restou evidenciado nestes autos ser a diversidade salarial oriunda da discriminação introduzida pelo empregador. Ao contrário, tanto quanto pôde, este último precedente opôs-se à integração verificada. Trata-se, no caso, de um direito do paradigma que não se irradia a ponto de beneficiar os demais empregados que com ele labutam, porquanto estes últimos não prestaram serviços suplementares por dois ou mais anos”¹⁶.

O quinto precedente, RR nº 1.304/1985, como os anteriores, afasta o direito de o equiparando beneficiar-se de vantagem obtida pelo paradigma por meio de decisão judicial. Aduz o aresto o seguinte: “é dado incontroverso (...) a circunstância de que o desnível salarial, a favor do paradigma decorreu de decisão judicial, passada em julgado reconhecendo-lhe o direito de ter incorporado ao salário o valor de horas extras prestadas e suprimidas. Em consequência, o salário superior do paradigma origina-se em vantagem pessoal ao mesmo reconhecida e que estranha a equiparação salarial”. Mais adiante anota o acórdão, em termos particularmente eloquentes: “não se podem tornar iguais situações jurídicas absolutamente distintas como a dos autos”¹⁷. Voto convergente, do Ministro Marco Aurélio, adiciona o seguinte fundamento: “Na hipótese dos autos, o paradigma tem situação ímpar, alcançada mediante decisão judicial (...) não assiste direito à identidade salarial em hipótese como a presente, porquanto a diferença não resultou da vontade do empregador, ao contrário, este se opôs mediante contestação do pedido, que visou integrar a média de horas extras”¹⁸.

O sexto precedente, RR nº 2.084/1978, defere ao equiparando salários obtidos pelo paradigma mediante ação judicial. Mas assinala que o direito do equiparando a tais diferenças somente existe quando “afastados os elementos

15 Ac. TP – 1.556/79, Rel. Juiz Convocado Roberto Mario Rodrigues Martins, julg. em 25.06.1979 in DJU de 17.08.1979.

16 1ª T, Ac. n. 0943/1987, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, decisão de 27.05.1987 in DJU de 26.06.1987.

17 1ª T, Ac. n. 5.066/1985, Rel. Min. Fernando Franco, julg. em 05.11.1985 in DJU de 07.02.1986.

18 1ª T, Ac. n. 5.066/1985, idem.

impeditivos”¹⁹. Fica nítido, portanto, que, se houvesse qualquer diferença entre equiparando e o primeiro paradigma, não seria acolhida a postulação.

O sétimo precedente, RR nº 4.677/1986, mais uma vez afasta o direito ao recebimento, pelo equiparando, de diferenças obtidas judicialmente pelo paradigma, a partir da ideia de que “o enunciado (a referência é ao Enunciado 120) parte da presença dos pressupostos do art. 461, da CLT, que, na hipótese, como já salientado, não se configuraram no que concerne ao trabalho de igual valor”²⁰. O oitavo precedente, RR nº 7.326/1984, também exclui a extensão, ao equiparando, da vantagem obtida judicialmente pelo paradigma, quando a condição não diga respeito ao primeiro. O acórdão assinala: “se o paradigma percebe remuneração superior por determinação de sentença judicial que obrigou a empresa a integrar as horas extras habituais no salário do empregado, e se o equiparando não laborava em regime extraordinário, não faz este jus à equiparação salarial com o primeiro...”²¹. Não se imagina mais clara exigência de que possa o equiparando estabelecer relação direta com o primeiro elo na cadeia de equiparação, sem que baste prova de identidade com último paradigma.

O nono precedente apenas registra que “a equiparação se faz em decorrência das funções realmente exercidas, e não da denominação emprestada ao cargo”²². O décimo julgado, do mesmo relator do nono, defere ao equiparando os salários obtidos pelo paradigma por meio de decisão judicial, por não terem sido invocados pelo reclamado “quaisquer dos impedimentos decorrentes dos parágrafos do dispositivo legal citado (art. 461, da CLT)”²³.

O décimo primeiro precedente, RR nº 1.569/1990, nega ao equiparando o ganho obtido pelo paradigma, *verbis*: “a percepção de salários superiores pelos paradigmas em virtude de decisão judicial que proibiu a redução salarial dos paradigmas quando retornados às funções de Engenheiro, salários maiores estes recebidos pelo exercício do cargo de Consultor (durante longos anos),

19 1ª T., Ac. n. 2.449/1978, Rel. Min. Raymundo de Souza Moura, julg. em 24.10.1978 in DJU de 09.02.1979.

20 2ª T., Ac. n. 0909/1987, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, julg. em 29.04.1987 in DJU de 22.05.1987.

21 2ª T., Ac. n. 0236/1986, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, in DJU de 21.02.1986.

22 2ª T., RR n. 4.950/1974, Ac. n. 794/1975, Rel. Min. Orlando Coutinho, julg. em 27.05.1975 in DJU de 13.10.1975.

1ª T., Ac. n. 2.449/1978, Rel. Min. Raymundo de Souza Moura, julg. em 27.05.1975 in DJU de 09.02.1979
Decisão unânime

23 2ª T., RR n. 3.656/1974, Ac. n. 647/75, Rel. Min. Min. Orlando Coutinho, julg. em 13.05.1975 in DJU de 25.08.1975.

cargo este extinto e jamais exercido pelo Reclamante, não constituiu violência ao art. 461, da CLT, nem exprime contrariedade ao Enunciado nº 120²⁴. Como se vê, excluiu-se a extensão de vantagem obtida judicialmente, por não haver o equiparando exercido as funções que justificariam o pagamento adicional. Fica evidente a ligação imposta entre equiparando e o primeiro elo na vantagem salarial atribuída.

O décimo segundo acórdão somente defere o pagamento adicional ao equiparando por conta de estarem “presentes os pressupostos da lei”²⁵. Supõe-se que, se houvesse entre equiparando e primeiro paradigma algum fato impeditivo do art. 461, da CLT, a extensão teria sido negada.

No décimo terceiro precedente, RR nº 4.138/1977, parte-se da ideia de que a equiparação reclama “diversidade de remuneração para o mesmo trabalho”²⁶. Logo, parece lícito acrescentar que, se o trabalho do paradigma indicado de início não é o mesmo do equiparando, não há razão para impor obrigação de pagamento do mesmo salário. O décimo quarto julgado não destoa dos anteriores. Nele se enuncia que a equiparação salarial assegura “o cânon legal e constitucional da isonomia”²⁷. Nada muda no décimo quinto aresto, em que se chama atenção para o fato de que “o julgamento correto é pela equiparação das desigualdades”²⁸.

Finalmente, o último precedente, RR 1.383/1975, apenas aduz que “a tese vitoriosa na jurisprudência pátria é a de que o fato de ter sido a desigualdade salarial proveniente de sentença judicial em nada altera a equiparação pleiteada”²⁹.

Em síntese, em nenhum dos dezesseis acórdãos invocados para respaldar o item VI, da Súmula 6, encontra-se a ideia de que, mesmo quando ausentes, entre o primeiro paradigma e os equiparandos subsequentes, os pressupostos do art. 461, da CLT, a equiparação ainda assim há de ter lugar. Em outras palavras, a origem do item VI, da Súmula 6, não permite concluir que o fato de

24 3ª T., Ac. N. 1.161/1994, Rel. Min. Roberto Della Manna, julg. em 24.03.1994 in DJU de 02.09.1994.

25 3ª T., RR n. 1.954/1978, Ac. n. 321/1979, Rel. Min. Ary Campista, julg. em 29.03.1979 in DJU de 01.06.1979.

26 3ª T., Ac. n. 748/1978, Rel. Juiz Convocado Wagner Giglio, julg. em 25.04.1978 in DJU de 07.07.1978.

27 3ª T., RR n. 3.759/1977, Ac. n. 437/1978, Rel. Min. Coqueijo Costa, julg. em 28.03.1978 in DJU de 23.06.1978.

28 3ª T., RR n. 3.131/1977, Ac. n. 3.295/1977, Rel. Min. C. A. Barata Silva, julg. em 29.11. 1977 in DJU de 20.04.1978.

29 3ª T., Ac. n. 2.092/1975, Rel. Min. Coqueijo Costa, julg. em 16.12.1975 in DJU de 22.06.1976.

certo empregado – indicado aqui, por comodidade e para respeitar a denominação até aqui utilizada, como (B) – haver obtido equiparação salarial com outro empregado (denominado de A), baste, por si só, para que terceiro empregado (C) peça equiparação com o primeiro (B) e obtenha o mesmo salário pago ao segundo (A), sem nenhuma prova de satisfazer, em relação a este último (A), as condições previstas no art. 461, da CLT.

5 – EQUIPARAÇÕES SALARIAIS SUCESSIVAS E O PRINCÍPIO LÓGICO DA IDENTIDADE

Nesta altura é natural que surja uma indagação, bastante pertinente, aliás. Se a origem do item VI, da Súmula 6, indicada no item anterior, não permite leitura excessivamente ampla do seu comando, não seria, ainda assim, inaceitável qualquer conclusão restritiva? Afinal, se (C) é igual a (B) e se (B) é igual a (A), não se torna logicamente necessário – e, por conseguinte, juridicamente imperativo – dizer que (C) é igual a (A)?

A indagação tem toda pertinência, por conta do princípio lógico da identidade (*quae eadem sunt eidem tertio sunt eadem inter se*), que Jacques Maritain assim enuncia: “duas coisas idênticas a uma mesma terceira são idênticas entre si”³⁰. Sob a forma de silogismo, o princípio apresenta-se nos seguintes termos, conforme o enunciado de Goblot: “*deux quantités séparément égales à une troisième sont égales entre elles*”³¹. Em termos gráficos, dizer $A = B$ e $B = C$ é dizer, necessariamente, $A = C$. Logo, se o empregado (B) foi, por decisão judicial, equiparado ao empregado (A), no momento em que o empregado (C) obtém equiparação com (B), poder-se-ia, por simples aplicação do princípio da identidade, afirmar, sem mais esforço e de maneira meramente dedutiva, o direito do empregado (C) aos ganhos do empregado (A). E o que vale para (C) em relação a (B) valeria, do mesmo modo, para (D) em relação a (C), para (E) em relação a (D), etc.

A proposição exposta, formada a partir da regra lógica da identidade, é muito sedutora. O que logicamente se impõe parece ser imperativo, do ponto de vista jurídico. Não se conceberia – ao menos não no primeiro momento – que o Direito contradissesse a lógica. É preciso, no entanto, grande cuidado ao transpor, para o campo do Direito, o princípio da identidade.

30 A ordem dos conceitos – Lógica menor, São Paulo, Agir, 1983, n. 71, p. 202.

31 Armand Colin, *Traité de logique*, Paris, 1952, n. 117, p. 189.

Na verdade, nem sempre o que é logicamente correto é juridicamente pertinente. Como já havia advertido, há muito tempo, Oliver Wendell Holmes Jr., em suas famosas *Lowell Lectures*, apresentadas em 1880, posteriormente publicadas sob o título de “*The Common Law*”: “*The life of the law has not been logic; it has been experience*”. Em outros termos, o Direito não se guia, apenas e tão somente, pelas regras da lógica. O ponto merece mais larga exposição.

Não se desconhece, cumpre logo dizê-lo, o importante papel da lógica na formação dos institutos jurídicos e no desenvolvimento, em geral, do Direito. Mesmo a argumentação jurídica não desconsidera os postulados lógicos. Nem poderia fazê-lo! Daí a existência, até mesmo, de um segmento do Direito voltado ao estudo da lógica jurídica³².

Tão errado quanto desprezar a importância da lógica no Direito é, contudo, sobrevalorizá-la, de modo a reduzir o raciocínio jurídico a mera aplicação das regras lógicas. A própria lógica jurídica, como não deixa de lembrar Miguel Reale, “não pode ser um vaso adíafaro capaz de receber, indiferentemente, tudo o que se queira pôr nele”³³.

Compreende-se. O Direito não é ciência puramente especulativa e abstrata. É ciência prática, aplicada, com finalidades concretas. O Direito é, no fundo, sempre “finalista”³⁴. É que, como lembra Geny, em se tratando de disciplinas morais – como é o caso do Direito – “*les fins font partie de la science elle-même*”³⁵. Ninguém hoje dirá, se é que em algum momento pudesse dizer: *fiat justitia, pereat mundus*. O Direito – como os resultados produzidos por suas regras – “nasce na sociedade e para a sociedade”, na feliz expressão de Carlos Maximiliano³⁶. Por conseguinte, pelo caráter finalista do Direito, “*the operations of the mind in the domain of Law are based on common sense*”³⁷. Como talvez prefiram alguns, a lógica do Direito não é a lógica estrita, formal, abstrata, mas a lógica do bom senso ou a lógica do razoável, a qual se integra também pelos fins visados.

32 Cf., entre tantos textos que poderiam ser mencionados, além do já referido de Berriat Saint-Prix (*Manuel de logique juridique*, Paris, Librairie Plon, *quatrième édition*), as obras de Fabreguettes (*La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914) e, na doutrina nacional, Lourival Vilanova (*Estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*, São Paulo, Noeses, 2005).

33 O direito como experiência, São Paulo, Saraiva, 1968, § 8, p. 69.

34 José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e teoria geral*, Coimbra, Almedina, 1991, n. 227, p. 385.

35 *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1927, II, n. 84, p. 74.

36 Hermenêutica e aplicação do Direito cit., n. 180, p. 168.

37 Paul Vinogradoff, *Common-sense in Law*, New York, Henry Holt and company, s.d.p., p. 9.

Abusar da análise e da abstração, na reflexão jurídica, leva a erros graves, que a doutrina já teve ocasião de bem enfatizar³⁸. Poucos terão sido mais duros – e mais precisos – do que Jhering ao criticar os excessos decorrentes da aplicação irrefletida do raciocínio lógico-abstrato no campo jurídico. Ao discorrer sobre o tema, no seu clássico *L'esprit du droit roman*, inicia por retratar o estágio da ciência jurídica de seu tempo: “*L'on croirait vraiment, à lire certains ouvrages récents, que le droit n'est essentiellement qu'une création de la dialectique juridique, pour l'intelligence de laquelle des vues pratiques ne sont pas nécessaires (...) Plus de forces réelles, vivantes, qui se meuvent dans le sein du droit ; la dialectique du principe s'est mise à leur place. Ce que celles-là ont créé, ont produit, c'est elle qui se l'attribue, en classant, selon la nature positive ou négative des résultats obtenus, les uns comme logiquement nécessaires, les autres comme logiquement impossibles*”³⁹. Sentencia a seguir, em passagem que não deve ser atalhada: “*c'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète, que de vouloir, au non de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes; ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point la logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique, qui réclament ce qui doit être; et la nécessité ou l'impossibilité logique n'ont rien à voir ici*”⁴⁰. Prossegue ainda Jhering, depois de discorrer, a partir de um exemplo concreto, sobre a inconsistência formal ou lógica do tratamento dispensado à aquisição dos frutos obtidos em propriedade alheia: “*Voilà donc des rapports, et bien d'autres encore, entièrement soustraits à l'empire de la logique pure... Dans ces cas, comme dans tous les autres, c'est le besoin pratique ou le sentiment juridique qui a dicté la décision, la logique ne vient qu'après*”⁴¹. E remata o mesmo autor, mais adiante: “*la dialectique juridique... a constamment obéi à l'opportunité d'un résultat pratique à atteindre*”⁴².

No fundo, o que se nota mesmo é que a ideia de exatidão silogística do sistema jurídico – como se a ordem jurídica ficasse vinculada estritamente aos postulados da lógica – não passa de um sonho da dogmática tradicional, que se suplantou há tempos e se encontra sepultado, em definitivo, no passado. Já não é de hoje que se adverte para o perigo e para as impropriedades da utilização,

38 Cf., por exemplo, Georges Renard, *Le Droit, La Logique et Le Bon Sens*, Paris, Sirey, 1925, p. 117, especialmente nota 1.

39 *L'esprit du droit romain*, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1888, tome quatrième, § 69, p. 309.

40 *L'esprit du droit romain cit.*, § 69, p. 311.

41 *L'esprit du droit romain cit.*, § 69, p. 314.

42 *L'esprit du droit romain cit.*, § 69, p. 315.

no Direito, “das construções geométricas, destinadas, *a priori*, à decisão de hipóteses”⁴³. Desconsiderar os resultados da reflexão prática, em homenagem à lógica pura, é de todo em todo impossível. Como já disse Picard, “o Direito não é uma escolástica; é uma face da vida social. O fim prático (teleológico) vale mais do que a Lógica Jurídica”⁴⁴. Enfim, o princípio lógico da identidade, por maior que seja a sua força persuasiva no plano abstrato e teórico, da lógica pura, não constrange o intérprete do Direito, de nenhuma forma, a produzir resultados claramente paradoxais na aplicação do direito, como aqueles indicados no item 4, do presente texto.

Aliás, o que se percebe mesmo, a partir do exame do direito posto, é que as necessidades práticas, para as quais a ordem jurídica é estabelecida, fazem com que, por vezes, seja preciso contradizer o princípio lógico da identidade. É o que se verifica, para tomar exemplo frisante e especialmente importante no caso sob exame, com a figura da coisa julgada.

6 – LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO LÓGICO DA IDENTIDADE POR CONTA DA RESTRIÇÃO SUBJETIVA DA COISA JULGADA

A coisa julgada é, sem sombra de dúvida, um dos mais importantes institutos do direito processual. Retrata, na precisa locução de José Ignácio Botelho de Mesquita, “uma exigência lógica e ontológica do conceito de processo”⁴⁵ e se acha diretamente vinculada à ideia de segurança jurídica, essencial em qualquer sistema jurídico, em todos os tempos e nos mais diferentes povos⁴⁶.

De todo modo, a necessidade de preservação da segurança, com o respeito à coisa julgada, faz com que por vezes se tenha de contrariar, de maneira frontal, postulados lógicos elementares e mesmo ofender a mais evidente verdade. Não é preciso repetir aqui *res iudicata pro veritate accipitur*. É

43 Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, vol. 1º, n. 71, p. 210.

44 *Apud* Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito cit., n. 166, p. 155.

45 Coisa julgada, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 118.

46 Sobre a importância da segurança, como elemento de qualquer sistema jurídico, entre tantos, cf. Radbruch, Filosofia do Direito, São Paulo, Saraiva, 1937, p. 103/104; Luis Recasens Siches, *Le but du droit: le bien commun, la justice, la sécurité* em *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*, comunicação apresentada na terceira sessão do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica, Paris, Sirey, 1938, p. 127/128; Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, Gismondi, 1950, *passim*, e Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità em Opere giuridiche*, Napoli, Morano, volume terzo, p. 61/62. Em jurisprudência, cf. a sentença n. 349, de 1985, da Corte Constitucional italiana (*Gazzetta Ufficiale* n. 1/1, de 8 de janeiro de 1986).

sabido que o enunciado formado a partir da decisão judicial de que não mais caiba recurso tem o valor de verdade no processo, esteja ou não em conformidade com os fatos. A coisa julgada faz do branco, preto, também se diz com frequência, inclusive em jurisprudência⁴⁷.

O ponto é bem conhecido e parece ocioso – a despeito das excepcionais restrições que se têm procurado criar, a partir da ideia, bastante contestável, diga-se logo, de relativização da coisa julgada⁴⁸ – examiná-lo espaçadamente aqui. Vale mais a pena referir hipótese em que o instituto da coisa julgada chancela evidente impossibilidade lógica. Pense-se em determinado evento, de que se irradiem pretensões para diferentes pessoas. O caso de acidente em meio coletivo de transporte é bem ilustrativo. Na ação proposta pelo passageiro A pode-se considerar ter havido culpa do condutor do veículo. Já no processo ajuizado pelo passageiro B é possível chegar ao resultado oposto, ou seja, não ter havido culpa do condutor do veículo. Ora, sabe-se, a partir do princípio da não contradição, que é logicamente impossível que algo seja e não seja ao mesmo tempo. Nas palavras de Jolivet, “é impossível afirmar e negar ao mesmo tempo uma mesma coisa sob o mesmo aspecto”⁴⁹. Na hipótese figurada isso quer dizer que o condutor do veículo não pode, ao mesmo tempo, ter e não ter culpa pelo acidente. Mas a contradição lógica – que inegavelmente se manifesta – é o produto natural da eficácia subjetivamente limitada da coisa julgada. O que se decidiu em um processo, envolvendo a empresa provedora do serviço de transporte e o passageiro (A), em regra não vincula – nem para favorecer, nem para prejudicar – o passageiro (B). Afinal, nos termos da parte inicial do art. 472, do CPC, “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Na expressão dos romanos, *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*. Daí escrever Chiovenda que “*i principii sulla cosa giudicata escludono (...) per sè stessi solo il conflitto pratico dei giudicati, cioè decisioni diverse rispetto alla stessa azione, quindi praticamente incompatibili...Essi invece non si preoccupano e non pongono*

47 “Correta a r. sentença em rejeitar liminarmente os embargos. A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença, como no caso dos autos. Ocorrendo este, tem-se como regra que a coisa julgada faz do preto, branco, transforma o redondo em quadrado e a montanha em planície...” (TJDF – 2º T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Ap Civ. 20050310237302-DF, Rel. Alfeu Machado, julg. em 03.10.2006 in DJU de 18.10.2006, p. 118).

48 Para exame bastante crítico da ideia de relativização da coisa julgada, ao menos no caso do art. 884, § 5º, da CLT, cf. Estêvão Mallet. A dupla inconstitucionalidade do § 5º do art. 884, da CLT in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, Síntese, vol. 68, n. 1, p. 124 e segs.

49 Vocabulário de filosofia, Rio de Janeiro, Agir, 1975, p. 54.

*alcun rimedio al semplice conflitto teorico dei giudicati, cioè al caso di decisioni logicamente incompatibili ma praticamente conciliabili*⁵⁰.

Nada há de juridicamente incongruente na eventual contradição lógica existente entre a afirmação de que (B) é igual a (C) e a afirmação de que, embora (A) seja igual a (B), não é, ao mesmo tempo, igual a (C). Ao contrário, querer tirar da primeira proposição (B = C) que (A) é igual a (C), por já se ter afirmado também (A = B), subverte por completo a estrutura do processo e deforma, a mais não poder, a estrutura jurídica da coisa julgada. É o que resta a considerar, depois da alusão à advertência de Chiovenda, para a necessidade de respeito à coisa julgada, ainda quando contraditórias, do ponto de vista lógico, duas decisões: “*il semplice conflitto teorico non può impedire l'applicazione rigorosa dei principii sulla cosa giudicata*”⁵¹.

7 – IMPOSSIBILIDADE DE COISA JULGADA COM EFICÁCIA ERGA OMNES EM AÇÃO INDIVIDUAL

Quando se pretende tirar da proposição (A = B), extraída na ação de equiparação salarial proposta pelo empregado (B), em face de seu empregador, que todos os iguais a (B) são também iguais a (A) o que se produz é, contra o direito em vigor, uma ilimitada extensão subjetiva da coisa julgada, em prejuízo do empregador.

É verdade que a proposição do art. 472, parte inicial, do CPC, antes lembrada, tem sofrido algumas exceções. Conhece-se a figura da extensão *in utilibus* da coisa julgada, prevista no art. 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Mas sua incidência – justamente pelo fato de contrastar com a ordinária concepção da coisa julgada – está condicionada, consoante a conjugação do mencionado art. 103, com o art. 81, III, do mesmo Código, à existência concomitante de pelo menos dois impostergáveis requisitos, a saber: a) direitos homogêneos e b) ação coletiva, proposta por um dos legitimados coletivos referidos no art. 82, também do Código de Defesa do Consumidor. Em primeiro lugar, se se trata de direito individual não homogêneo, não existe previsão de extensão *in utilibus* da coisa julgada. Em segundo lugar, em caso de ação proposta por autor individual, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, extensão da coisa julgada. Não se adotou, na legislação nacional, o sistema do direito norte-americano, de outorga ao indivíduo de legitimidade

50 *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1954, § 79, p. 920, com realce no original.

51 *Principii di diritto processuale civile cit.*, § 79, p. 920.

DOCTRINA

para atuar em nome da classe, sempre que demonstrada sua adequada representação, na forma da conhecida *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*, em que, na letra (a), se estatui: “*One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (...) (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”.

Estender a eficácia da coisa julgada produzida em ação de equiparação salarial proposta por um empregado, típico caso de direito individual não homogêneo, não faz sentido. Transforma cada ação de equiparação salarial em verdadeira ação coletiva, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Em tese, o despropositado resultado produzido pela ampliação da coisa julgada daria margem, no limite, a que, na ação proposta por (B), tendo por paradigma (A), intervissem todos os empregados com possibilidade de postular equiparação com (B). Afinal, da decisão favorável a (B) surgiria, para os demais, admitida a extensão da eficácia da coisa julgada, o direito de reclamar equiparação e obter ganho adicional. É algo que contrasta com a natureza estritamente individual da ação de equiparação salarial e com a indeclinável limitação subjetiva da coisa julgada nela produzida.

8 – CONCLUSÃO

Não se afigura correto interpretar o item VI, da Súmula 6, do Tribunal Superior do Trabalho, de modo que possa o empregado (C) reclamar equiparação salarial em face do empregado (B), o qual, por sua vez, obteve equiparação salarial em face de (A), tudo para que receba (C) o mesmo salário pago a (A), sem que tenha provado, porém, preencher, em relação à (A), as condições do art. 461, da CLT. Fosse de outro modo, produzir-se-iam resultados despropositados e absurdos, indicados no item 3. E os antecedentes do item VI, da Súmula 6, do Tribunal Superior do Trabalho, examinados no item 4, do texto, deixam nítida a preocupação de evitar a equiparação de empregados que não guardam identidade entre si, preocupação também presente em precedentes do próprio Tribunal Superior do Trabalho que bem delimitaram o exato significado da disposição sumular. Ademais, como se procurou mostrar no item 5, não é lícito querer tirar do princípio lógico da identidade consequências aberrantes, em desacordo com os postulados reitores da eficácia da coisa julgada, inclusive em processos coletivos, rapidamente delineados nos itens 6 e 7, acima.

REPENSANDO A SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

Marcelo Papaléo de Souza*

1 – INTRODUÇÃO

O regime jurídico de insolvência, representado pela Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência – LRF), suscita muitas dúvidas que não são de simples solução. Tal legislação é complexa, envolve a interação de várias áreas do Direito, senão todas, implicando procedimentos e instrumentos para encaminhamento das soluções.

A questão da análise das conseqüências da Lei nº 11.101/2005, em relação ao trabalhador, é de suma importância, pois conduz ao aplicador do Direito a tentativa da compatibilização dos institutos diversos, do Direito do Trabalho, com eminente preocupação com os trabalhadores, e do Direito Comercial, preponderantemente preocupado com os credores e, na nova legislação, com a manutenção da empresa economicamente viável.

O ponto mais questionado da legislação concursal, em relação aos trabalhadores, envolve a situação da sucessão da responsabilidade do devedor, em face das disposições contidas na CLT. Essa situação mereceu análise por vários doutrinadores, sendo apresentados vários fundamentos contrários e favoráveis. A matéria foi analisada por nós em várias oportunidades¹, sendo que merece uma abordagem atualizada diante das repercussões que estamos observando na prática.

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

* Juiz do Trabalho na 4ª Região; Mestre em Direito pela PUCRS; Especialista em Economia e Trabalho pela UNICAMP; Doutorando em Direito pela PUC-SP; Professor em curso de Pós-Graduação.

1 Para aprofundar ver SOUZA, Marcelo Papaléo. *A nova lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

2 – PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA EMPRESA

Estabelece o artigo 47 da LRF que: “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. No artigo 75, da mesma Lei, está referido: “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

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

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

O Direito Comercial, no Brasil, tratava dos atos do comércio, conforme preceituado no Código Comercial de 1850, disciplinando que comerciante era quem praticava a mercancia (art. 4º), definidos no Regulamento nº 737, de 1851, como prática profissional do comércio (relacionada no art. 19 do mesmo Regulamento). As regras adotadas pela legislação nacional estavam baseadas no Código de Direito Comercial francês, de 1807 (conhecido como Código Napoleônico), que influenciou várias legislações comerciais dos outros países, tais como a Espanha (1829) e Portugal (1833). Asseveram Marcelo Bertoldi e Maria Ribeiro² que o código francês, fundamentado nos ideais da Revolução Francesa, não admitia a existência de privilégios de classes, caracterizando de forma *objetiva* toda a matéria, deixando de lado a ideia de que a legislação comercial se destinava a reger as relações de uma classe de pessoas – os comerciantes –, e passando, isto sim, a regular a atividade de qualquer indivíduo que viesse a praticar determinados atos, havidos como de comércio, independentemente de quem os praticasse. Dessa forma, não interessava a verificação da qualidade da pessoa, mas sim, se os atos por ela praticados fossem considerados como *atos de comércio*. Denominou-se tal situação de *teoria dos atos de comércio*, como forma para delimitar a matéria do Direito Comercial, diferenciando-a dos outros ramos do Direito, em especial do Direito Civil.

2 BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 26.

Refere Fabio Ulhoa Coelho³ que, na Itália, em 1942, surge um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares, alargando-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades da prestação de serviços e as ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de *teoria da empresa*, deixando o Direito Comercial de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia), passando a disciplinar uma *forma específica* de produzir ou circular bens ou serviços.

Quanto ao conceito de empresa, ressalta Rubens Requião⁴ que as lições de Asquini tiveram muita importância para o tema, pois percebeu esse jurista que as dificuldades com que se deparavam os comercialistas decorriam da complexidade do fenômeno *empresa*, cujo conceito unitário não lhes era possível obter. E observou o mesmo que, “apresentando o fenômeno econômico da empresa, perante o Direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que o mesmo caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário”. É um fenômeno *poliédrico*. Assim, segundo Asquini, vislumbra-se a empresa sob quatro diferentes perfis: a) o perfil *subjetivo*, que vê a empresa como o empresário; b) o perfil *funcional*, que vê a empresa como atividade empreendedora; c) o perfil *patrimonial* ou *objetivo*, que vê a empresa como estabelecimento; d) o perfil *corporativo*, que vê a empresa como instituição. Complementa Requião⁵ que “é preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma *abstração*. A muitos tal afirmação parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível. Brunetti, professor italiano de alto conceito, chegou à conclusão da abstratividade da empresa, observando que ‘a empresa, se do lado político-econômico é uma realidade, do jurídico é *un’astrazione*, porque, reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens componentes da *azienda*, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma *entidade abstrata*, devendo-se na verdade ligar à pessoa do titular, isto é, ao empresário’. Vimos que uma constante da doutrina a respeito da conceituação da empresa é situá-la como o *exercício de uma atividade*. É da ação intencional (*elemento abstrato*) do empresário em

3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

4 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 198, vol. I, p. 52-53.

5 *Idem, ibidem*, p. 56-57.

exercitar a atividade econômica que surge a empresa. Dalmartello põe muito claro o tema, ressaltando que a empresa é caracterizada pelo *exercício* da organização. Se todos os seus elementos estiverem organizados, mas não se efetivar o *exercício dessa organização*, não se pode falar em empresa”.

Dessa forma, adotamos o conceito de empresa, sob o enfoque funcional, definindo-a como organização econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços⁶. Para Fábio Ulhoa Coelho⁷, conceitua-se empresa como sendo “atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”. Aduz o referido autor que, no Direito brasileiro, “empresa” deve forçosamente ser definida como atividade, uma vez que há conceitos legais próprios para empresário (CC, art. 966) e para o estabelecimento (CC, art. 1.142).

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

6 Tal conceito é adotado por Amador Paes de Almeida (*Manual das sociedades comerciais – direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23). O renomado jurista apresenta conceitos de vários outros autores, tais como: Carvalho de Mendonça – “A organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos elementos natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda) com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade”; Fran Martins – “um organismo utilizado para o exercício da atividade mercantil subordinada ou dirigida por uma pessoa física ou jurídica, que tem o nome de empresário”. Referimos, ainda, a conceituação apresentada por José Martins Catharino (*Compêndio de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, vol. I, p. 108): “empresa é uma universalidade integral (de pessoas, bens e relações), equiparada a sujeito de direitos e obrigações, e que assume o risco da produção, ou da circulação, de bens e serviços”.

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

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

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

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

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

3.1 – Sucessão trabalhista

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

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

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

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

Analisando a sucessão de empregadores, temos de utilizar as lições de Evaristo Moraes Filho⁹, que afirma que a empresa, em Direito do Trabalho brasileiro, é a organização do trabalho alheio, sob o regime de subordinação hierárquica, tendo em vista a produção de determinado bem econômico. Daí, o espírito de lucro e a menção do risco. A maior ou menor complexidade da organização não desnatura, sejam quais forem o volume e a importância do conjunto de coisas e pessoas, de bens materiais ou imateriais, necessários à sua consecução, ao pleno êxito dos seus propósitos. O que importa sempre é esta diferenciação social mínima, entre direção e execução, com o objetivo de produzir para o mercado. Por isso, distinguimo-la do trabalho doméstico e da prestação de serviço no âmbito do profissional liberal e de instituições pias e beneficentes.

A conceituação da empresa como atividade organizada é hoje referida no Código Civil pela dedução do conceito de empresário (art. 966 do CC). Como já ressaltado anteriormente, invocando as lições de Asquini¹⁰, o fenômeno econômico da empresa não é unitário, mas sim poliédrico, variando sob o enfoque adotado: a) o perfil *subjetivo* – a empresa como o empresário; b) o perfil *funcional* – a empresa como atividade empreendedora; c) o perfil *patrimonial* ou *objetivo* – a empresa como estabelecimento; d) o perfil *corporativo* – a empresa como instituição.

Mesmo não aceitando tecnicamente ser a empresa sujeito de Direito, constatamos que a previsão da CLT conduz à proteção do trabalhador em face das alterações interempresariais, conforme previsão do art. 448 da CLT. Na legislação nacional, desde 1935 (Lei nº 62, de 5 de junho), adotamos o princípio da continuidade ou permanência do estabelecimento, a despeito das alterações jurídicas por que passe. Bem refere Evaristo Moraes Filho¹¹ que “o

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

10 *Apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1, p. 52-53.

11 *Idem, Ibidem*, p. 154.

empregador é a pessoa natural ou jurídica para quem presta serviços outra pessoa natural, sob sua dependência, de maneira contínua e mediante salário. É bem verdade que o art. 2º da nossa Consolidação das Leis do Trabalho dispõe: ‘Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva’. Temos a impressão que a lei pátria assim o consignou, adotando sem o saber a teoria personalista da empresa, como que para significar que os contratos de trabalho, uma vez celebrados, prendem-se diretamente ao organismo empresário, e não mais à pessoa física ou jurídica do seu empregador”. Complementa o referido autor que “a finalidade do Direito do Trabalho, longe de alterar a dogmática clássica do Direito Comercial, tinha em vista a proteção do trabalho, fazendo-o durar, subjetivamente considerado, enquanto permanecesse ainda a organização objetiva do estabelecimento”¹².

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

No Direito privado, a regra geral é que as partes podem estipular novos ajustes aos contratos, ocorrendo a novação, criando novas obrigações, em substituição ao que anteriormente tinham ajustado¹³. No Direito do Trabalho, tal regra não se aplica na forma referida, pois os contratantes são tidos como desiguais, sendo a vontade das partes subordinada às normas legais que visam à proteção do trabalhador. Contudo, a regra da imutabilidade das obrigações sofre algumas exceções. No ordenamento jurídico, o empregador tem a possibilidade de dar ordens e instruções relativas ao trabalho, as quais devem ser obedecidas pelo empregado. Claro que o poder de direção não conduz a uma possibilidade ilimitada, sem qualquer parâmetro, pois devem ser

12 *Idem, Ibidem*, p. 204.

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

observados os limites das condições ajustadas, decorrentes das necessidades da empresa, e não causar prejuízos aos interesses do trabalhador.

Afirma Délio Maranhão¹⁴ que o contrato de trabalho é o instrumento jurídico mediante o qual o empregador obtém o comando de um dos fatores elementares da produção: o trabalho. Mas, como o trabalho não pode dissociar-se da própria pessoa do trabalhador, dele resulta o estado de subordinação em que este se coloca em relação ao outro contratante. Sendo o Direito do Trabalho a moldura jurídica desta realidade econômica, a ela terá de se adaptar o princípio da força obrigatória dos contratos. E, desse modo, considerado o estado de subordinação do empregado, *reforça* aquele princípio e anula as alterações do contrato, ainda que, em virtude de acordo, desde que prejudiciais ao contratante econômica e socialmente inferiorizado, ao mesmo tempo que, atendendo à necessidade que tem o empregador de manejar o trabalho, como fator de produção, no exercício da atividade econômica, *abrandando-o*, admitindo o *jus variandi*. Sofre, portanto, o princípio da força obrigatória dos contratos, no Direito do Trabalho, o influxo de duas tendências opostas, que se equilibram, visando uma a proteger o empregado, dando-lhe maiores garantias quanto à imutabilidade do pactuado, e outra a tornar tal princípio mais flexível, adaptando-o à realidade econômica e à função social do contrato de trabalho. Não constitui, pois, o *jus variandi*, a rigor, uma *exceção* ao princípio da força obrigatória do contrato de trabalho, mas simples *adaptação* do mesmo princípio a essa realidade econômica. A regra é, sempre, a inalterabilidade unilateral do contrato.

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

A alteração subjetiva, contudo, só é permitida em relação ao empregador, pois não há como ser aceita em face do trabalhador, haja vista que, quanto a

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

este, é *intuitu personae*, não se aceitando a substituição. Assegura Plá Rodriguez¹⁵ que o fato de o contrato de trabalho ser *intuitu personae* com referência ao trabalhador deriva do caráter personalíssimo da prestação do trabalhador, que converte este em infungível, isto é, não substituível por outro. Deve-se levar em conta que a obrigação principal que o trabalhador contrai, como consequência da celebração do contrato, é a de colocar sua energia pessoal a serviço do empregador. Por conseguinte, este não lhe pode ser indiferente à pessoa cujas energias são colocadas à sua disposição, dado que a quantidade, a qualidade e a modalidade dessa energia podem variar de uma pessoa para outra.

Via de regra, a alteração do empregador não resulta na rescisão do contrato de trabalho¹⁶. A continuidade do contrato, em que pese a alteração do empregador, apresenta várias justificativas, tais como: a) o empregado vincula-se mais com as garantias que a empresa lhe oferece do que com as condições pessoais do empresário; ademais, em grandes empresas, na maioria das vezes, o empregado nem conhece os seus sócios, não ocasionando alterações ao seu contrato de emprego qualquer modificação da alteração societária da empresa; b) o empregador é a pessoa jurídica que não se confunde com a figura de seus sócios, pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, alterações na estrutura interna da empresa não acarretam *per se* o fim do contrato de trabalho existente.

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

Refere Umberto Grillo¹⁷ que, com a venda de parte da empresa, esta se mantém como unidade jurídica. A parcela alienada passa a integrar a nova empresa. Se o empregado permaneceu trabalhando, a despeito da venda, o novo empregador passa a responder pelas obrigações trabalhistas daquele empregado, assumindo, inclusive, a responsabilidade pelos direitos já incorporados ao seu patrimônio jurídico.

Hipóteses de sucessão também aparecem decorrentes da incorporação, fusão e da cisão. A primeira hipótese ocorre quando uma sociedade é absorvida

15 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 184.

16 *Idem, ibidem*, p. 185.

17 GRILLO, Humberto. *Alteração do contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 130.

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

Assim, para que fique caracterizada a sucessão de empregadores, dois requisitos devem ser observados: 1) que um estabelecimento, como unidade econômico-jurídica, passe para um outro titular; 2) que a prestação de serviços pelos empregadores não sofra solução de continuidade. Estas são as conclusões a que se pode chegar, analisando o disposto no art. 448 da CLT. Mauricio Godinho Delgado¹⁸ refere que a nova vertente interpretativa do instituto sucessório trabalhista insiste em que o requisito essencial à figura é tão-só a garantia de que *qualquer mudança intra ou interempresarial não venha afetar os* contratos de trabalho – independentemente de ter ocorrido a continuidade da prestação laborativa. Isso significa, segundo o autor, que qualquer mudança intra ou interempresarial, que possa afetar os contratos empregatícios, seria hábil a provocar a incidência dos arts. 10 e 448 da CLT. O que se tem de ressaltar é a afetação de modo significativo das garantias do trabalhador em face das modificações intra ou interempresarial para efeito da consideração da sucessão de empregadores.

Concluindo, caso seja aceita a tese de que a sucessão da responsabilidade é independente da continuidade da prestação de serviços, ou seja, haja a solução de continuidade entre o devedor e o novo adquirente, teremos uma obrigação que se equivale a *propter rem*. Utilizamos a expressão “se equivale”, pois não estamos tratando de situações de igualdade, mas, assemelhadas. Melhor explicando, as obrigações *propter rem*, *ob rem* ou reipersecutórias são mistas, pois se inserem entre os direitos reais e os direitos obrigacionais, contendo características de ambos. Trata-se de obrigações que não decorrem da vontade privada, mas, em face da titularidade, de um direito real, sendo impostas a quem for titular deste. Via de regra, os direitos reais não impõem obrigações positivas a terceiros, tão-somente um dever negativo, e as obrigações surgem de negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais, cujo fundamento é a manifestação da vontade, o que não ocorre nas obrigações *propter rem*. A obrigação do

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

adquirente, no caso de uma unidade produtiva (empresa ou estabelecimento) não decorre de direito real, mas, no caso de aceitarmos a transferência daquela mesmo havendo solução de continuidade, teríamos uma situação que se assemelha a *propter rem*, sendo que a obrigação acompanharia os bens transferidos.

Apresentamos outros argumentos que justificam a sucessão dos débitos trabalhistas, invocando os ensinamentos de Mauricio Godinho Delgado. O referido autor¹⁹ ressalta que “a formação do contrato leva ao estabelecimento de diversificado número de cláusulas contratuais aplicáveis às partes. É verdade que a maioria dessas cláusulas consiste em mera incorporação de preceitos normativos obrigatórios oriundos da normatividade heterônoma estatal ou autônoma negociada, como característica do Direito do Trabalho (conteúdo imperativo mínimo do contrato). Mas, há também, em contrapartida, uma larga dimensão de cláusula que se estabelece a partir do simples exercício da vontade privada, em especial do empregador”. Continua o doutrinador²⁰ “a sucessão trabalhista é figura regulada pelos arts. 10 e 448 da CLT. Consiste no instituto juslaborativo em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos”. (...) “Nota-se, também, por outro lado, que a relativa imprecisão e generalidade dos dois preceitos celetistas têm permitido à jurisprudência realizar um contínuo e ágil processo de adequação do sentido das normas sobre sucessão às mutações sofridas pela realidade concreta, preservando os objetivos teleológicos do Direito do Trabalho. Efetivamente vejam-se a generalidade e a imprecisão dos dois artigos da CLT: ali se fala em qualquer alteração; fala-se em mudança na propriedade ou estrutura jurídica; fala-se, ainda, que qualquer dessas alterações ou mudanças não afetará os contratos de trabalho; utilizam-se, por fim, expressões extremamente genéricas como qualquer e, principalmente, afetar os contratos (...)”²¹. (...) “A sucessão trabalhista resulta da convergência de três princípios informadores do Direito do Trabalho: em primeiro plano, o princípio da intangibilidade objetiva do contrato empregatício e o princípio da despersonalização da figura do empregador. Em segundo plano, considera-se a presença do segundo requisito do instituto sucessório, o princípio da continuidade do contrato de trabalho”²².

19 *Idem, ibidem*, p. 17.

20 *Idem, ibidem*, p. 20.

21 *Idem, ibidem*, p. 21.

22 *Idem, ibidem*, p. 31.

A não-vinculação da sucessão trabalhista à continuidade da prestação de trabalho pelo empregado também é ressaltada pelo autor²³, quando tratar das “Situações-tipo Novas de Sucessão”: “Essas situações novas, que se tornaram comuns no final do século XX, em decorrência da profunda reestruturação do mercado empresarial brasileiro (em especial mercado financeiro, de privatizações e outros segmentos), conduziram a jurisprudência a reler os dois preceitos celetistas, encontrando neles um tipo legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e jurisprudência dominantes. Para essa nova interpretação, o sentido e objetivos do instituto sucessório trabalhista residem na garantia de que qualquer mudança intra ou interempresarial não poderá afetar os contratos de trabalho (arts. 10 e 448 da CLT). O ponto central do instituto passa a ser qualquer mudança intra ou interempresarial. Verificada tal mudança, operar-se-ia a sucessão trabalhista – independentemente da continuidade efetiva da prestação laborativa. À luz dessa vertente interpretativa, também configura situação própria à sucessão de empregadores a alienação ou transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho, ou seja, a mudança na empresa que afete a garantia original dos contratos de emprego provoca a incidência dos arts. 10 e 448 da CLT. Isso significa que a separação de bens, obrigações e relações jurídicas de um complexo empresarial, com o fito de transferir parte relevante dos ativos saudáveis para outro titular (direitos, obrigações e relações jurídicas), preservando-se o restante de bens, obrigações e relações jurídicas no antigo complexo – agora significativamente empobrecido – afeta, sim, de modo significativo, os contratos de trabalho, produzindo a sucessão trabalhista com respeito ao novo titular (arts. 10 e 448 da CLT)”.

Portanto, além do objetivo dos referidos artigos da CLT (arts. 10 e 448) da continuidade do contrato de trabalho e manutenção do próprio emprego, visa-se, também, à garantia do trabalhador de receber os seus débitos, pois, considerando que a responsabilidade do devedor é patrimonial (real), a parte transferida ficará como garantia de satisfação dos eventuais direitos não-cumpridos por parte do empregador (antigo e o novo-sucessor). Essa conclusão é, também, apresentada por José Martins Catharino²⁴ que, quando analisa a empresa como sujeito de direito, refere que “a aludida equiparação funda-se no fato de que, em última instância, são os bens do devedor que garantem

23 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 409-410.

24 CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, vol. I, p. 108.

efetivamente as obrigações por si contratadas, seja o crédito trabalhista ou tributário. No caso da empresa, sua universalidade de bens, pouco importando até a mudança na sua titularidade (CLT, arts. 10 e 448)”.

3.2 – *Fundamentos contrários e favoráveis da sucessão da responsabilidade*²⁵

Como referido no início do presente estudo, a matéria relacionada à sucessão da responsabilidade do devedor para o adquirente é complexa e contraditória²⁶. Várias teses são favoráveis e outras contrárias a essa sucessão, invocando diversos fundamentos que, de forma sucinta, serão relacionados.

Sem ter a pretensão de esgotar todas as teses favoráveis à transferência da responsabilidade dos débitos trabalhistas ao adquirente do patrimônio²⁷ do devedor, referimos apenas algumas: a) Diferença entre o previsto no art. 60, parágrafo único e art. 141, II, da LRF e suas consequências ao trabalhador, em que se sustenta que as redações são diferentes e conduzem a interpretações distintas; b) Tramitação legislativa, sendo invocadas as conclusões da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, matéria relatada pelo Senador Fernando Bezerra²⁸, que rejeitou a Emenda nº 12; c) Princípios da Proteção do Direito do Trabalho, aplicação da norma mais favorável, sendo o art. 448 da CLT mais favorável ao trabalhador, devendo prevalecer em relação ao previsto na LRF; d) Princípio do não-retrocesso social na perspectiva de que ao Estado não cabe somente garantir a implementação (concretização) dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, mas também assegurar sua estabilidade, em face do princípio da segurança jurídica.

As teses contrárias à sucessão da responsabilidade do adquirente do patrimônio do devedor são as seguintes: a) Previsão do art. 141, II, da LRF, no sentido de que um dos pressupostos para a falência é a insolvência, presumida ou confessada, ou seja, insuficiência do patrimônio em relação às dívidas assumidas, sendo que não iriam existir interessados em adquirir um patrimônio cujas dívidas o excedem; b) Maximização do ativo, pois, partindo da

25 Para aprofundar ver SOUZA, Marcelo Papaléo. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

26 Ressaltamos que a apresentação nessa edição dos fundamentos favoráveis e contrários ao nosso entendimento decorre das diversas manifestações recebidas (alunos, juízes, procuradores do trabalho, advogados, etc.) com intuito da discussão da matéria sob os variados enfoques.

27 Entenda-se patrimônio como unidade produtiva – a própria empresa ou estabelecimento.

28 Parecer n. 560 de 2004. Referido integralmente na obra de MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os direitos dos trabalhadores na lei de recuperação e de falência de empresas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 247-262.

inexistência da sucessão dos ônus, haverá a maximização do ativo, ou seja, será alcançado valor superior, favorecendo não somente o devedor, mas também os credores, haja vista a possibilidade de satisfação dos débitos; c) Participação obrigatória do Ministério Público, que pode impugnar modalidade de liquidação do ativo determinada pelo juiz (art. 143 da LRF). A própria LRF, no art. 142, menciona a nulidade da alienação por qualquer de suas modalidades previstas em lei, quando verificada a ausência de intimação pessoal do *Parquet*; d) Hasta pública, pois a alienação do patrimônio do devedor dá-se da seguinte forma: “I – leilão, por lances orais; II – propostas fechadas; III – pregão”.

4 – REPENSANDO A SUCESSÃO TRABALHISTA

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

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

Invocamos os ensinamentos apresentados por Mário De Conto²⁹ no sentido de que o Estado Democrático de Direito “visa a proteger tanto o interesse individual quanto o coletivo, atenta-se para a dupla face dos Direitos Fundamentais, considerados como Direitos de Defesa e como Direitos a Prestação” (...) “O Brasil reclama a atuação do Estado, caracterizada por séculos de ineficiência na efetivação dos Direitos Fundamentais, pelos pactos com as elites em detrimento dos interesses da população e pelas promessas não cumpridas. Não seria crível que a Constituição caísse em descrédito justamente pela conduta omissiva dos Poderes Estatais. Nesse sentido, só é possível defender a idéia de uma Constituição Dirigente se o texto constitucional for visto não como um mero discurso, um ideário, ou um protocolo de intenção do

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

Estado, mas como condição de possibilidade para a transformação da realidade e a busca, em efetivo, de uma sociedade mais justa”. (...) “a mudança de paradigma proporcionada pelo Estado Democrático de Direito impõe ao Estado, em todas as suas esferas de poder, o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, através do duplo viés do Princípio da Proporcionalidade (garantismo negativo e positivo). Tais premissas vinculam toda a atividade estatal, diminuindo consideravelmente a liberdade de conformação legislativa e dirigindo a atividade do Executivo, que deve pautar-se por políticas públicas que visem transformar o *status quo*. À Jurisdição Constitucional, nessa fase do constitucionalismo moderno, cabe realizar um papel de controle da administração e de realização dos Direitos Fundamentais Sociais, uma vez que os paradoxos resultantes do abismo entre as promessas da modernidade e a realidade social acabem por desaguar no Poder Judiciário”.

Acreditamos que, nos casos de recuperação judicial, caso fosse respeitado o disposto na própria Lei nº 11.101/2005, art. 54 (prazo de 30 (trinta) dias e 1 (um) ano para pagamento dos débitos trabalhistas), não haveria tanta insurgência e o desenvolvimento de tantas teses favoráveis à sucessão, pois nos parece razoável, no caso específico, o pagamento do crédito trabalhista no período referido na lei. Ademais, o prazo de um ano é razoável também em face da dificuldade do trâmite da execução trabalhista que, via de regra, demora esse período.

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

O caso emblemático nacional é o que envolve a empresa aérea VARIG S.A., empresa que tinha quase oitenta anos de atividade (fundada em 07.05.1927), uma das mais conhecidas e respeitadas internacionalmente, antes da sua recuperação judicial. A situação da VARIG S.A. é diferenciada e fica

evidenciada que não foram respeitadas várias regras da Lei nº 11.101/2005, principalmente relacionados aos trabalhadores. Nesse caso específico, o pagamento dos créditos dos trabalhadores estava previsto para o prazo de 10 (dez) anos³⁰, e não um ano, como determinado no art. 54 da LRF. Era fácil de constatar os esforços do juízo da recuperação e dos trabalhadores no sentido da aprovação do plano, mesmo que desvantajoso para esses últimos, haja vista a perspectiva de retomada das atividades da empresa que ajudaram a construir. Contudo, tais esperanças não se concretizaram. Essa situação tem conduzido a vários julgados que, de forma genérica, têm estabelecido a sucessão da responsabilidade no caso de recuperação judicial³¹.

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

Essa preocupação não é só nossa, tendo a jurisprudência já a referido³². O que ressaltamos é que não podemos analisar a nova regulamentação com os

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

31 Citamos, pela argumentação, o voto vencido do desembargador Jair Pontes de Almeida, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no processo A.18.184/2007, nos seguintes termos: (...) Com efeito, ao contrário do que afirma o D. Juízo, em sua decisão, o item 47 do Plano de Recuperação Judicial não somente é condição resolutiva deste, como também, da própria adjudicação da unidade produtiva. Observe-se que a alienação se fez três dias depois da elaboração de alterações no Plano de Recuperação, consolidando-o na data de 17 de julho de 2006. No seu capítulo X, sob a epígrafe de ‘Condições para Eficácia’, ficou estabelecido expressamente que: ‘47 – Para atribuir eficácia ao presente Plano de Recuperação Judicial, deverá ser celebrado Acordo Coletivo de Trabalho disciplinando os desligamentos dos funcionários das Companhias e tratando do regime de liquidação dos créditos concursais e extraconcursais derivados da legislação do trabalho e de acidentes de trabalho, inclusive as verbas rescisórias, exclusivamente através dos meios de pagamento previstos no presente Plano de Recuperação Judicial. 48. Serão, ainda, condições precedentes à eficácia do presente Plano de Recuperação Judicial: a. O acordo entre as Companhias e o arrematante quanto à solução para transferência ou desligamento dos funcionários das Companhias no exterior, e b. Aprovação do presente Plano de Recuperação Judicial pelos órgãos societários das Companhias’. No item 49, afinal, restou firmado que: ‘49 – Poderá ser realizada a alienação judicial anteriormente à verificação das condições previstas neste Capítulo, ficando a efetiva adjudicação do objeto suspensa até a implementação das mesmas’. Assim, têm inteira razão os Agravantes, na afirmação de que ‘...se o PRJ foi integralmente homologado por sentença, para os fins e efeitos do art. 59 da LRE, não é lícito, nem às partes, tampouco ao juízo *a quo*, modificar unilateralmente o plano de recuperação judicial aprovado pelos credores, ignorando cláusulas e condições expressamente previstas, destacando-se, por oportuno, que esse órgão tem o dever de zelar pelo cumprimento do plano e não distorcer seus mandamentos’. Verifica-se, assim, que a decisão violou, em verdade, as disposições processuais, relativas à coisa julgada e sua imutabilidade, dilacerando, em primeiro lugar, o próprio Plano de Recuperação Judicial, fazendo letra morta das disposições antes reproduzidas”.

32 Ressaltamos parte do entendimento apresentado no Ac. 1359-2007-020-04-00-1 RO, do TRT da 4a Região, que em voto vencido do Desembargador Flávio Portinho Sirângelo foi sustentado: “a lei nova, de caráter especial, produz o efeito de abrandar, no campo específico do ordenamento a que ela se

“olhos no passado”, ou voltados para o passado³³. Por vários anos, a legislação revogada era tachada de ultrapassada e de não atender mais as exigências atuais da sociedade, pois não oferecia mecanismos eficientes para a superação de crises momentâneas de empresas viáveis, e somente apresentava dois caminhos – a falência e a concordata. Quanto à concordata, que era uma espécie de recuperação judicial, sofria críticas porque estabelecia critérios fixos de pagamento e abrangia somente os créditos quirografários. Assim, ou o devedor comerciante amoldava-se à hipótese legal, pagamentos fixos, ou era decretada a sua falência. Na prática, várias obrigações dos processos de concordata não foram cumpridas integralmente e, mesmo assim, não requerida a falência, pois, nessa situação, os credores sabiam que estaria dificultada a recuperação de seu crédito. Em uma análise bem simples, poderíamos concluir que a maioria dos credores preferiria receber seus créditos, ainda que de forma parcelada (mesmo que diferente da forma prevista na lei), mas de uma empresa em atividade, do que de uma empresa falida³⁴.

propõe regular (falência e recuperação judicial), as cláusulas gerais e abrangentes da sucessão trabalhista da CLT, sem revogá-las, obviamente, até mesmo porque, como regras gerais e universais que são aplicam-se a múltiplas situações do mundo do trabalho, mas passam a sofrer restrição por regra especial posterior – no caso, a nova lei de falência e recuperação judicial –, que possui sentido social reconhecido e justificação plena na fracassada experiência de décadas do regime de simples quebra, que vigorava na lei de falência anterior”.

- 33 Referimos que não podemos ser ingênuos diante da realidade fática que encontramos quando analisamos os processos de recuperação, haja vista que na maioria das vezes resta caracterizada a má-fé do devedor, com o objetivo somente de postergar a sua falência, acarretando maiores prejuízos aos credores. Assim, não devemos ampliar o entendimento de que todas as recuperações são fraudulentas, mas, também, não podemos desconsiderar essa situação na análise do processo. Citamos decisão no TJSP: “Apelação. Recuperação Judicial. Decisão que indefere o processamento (...) quando há elementos robustos de práticas de graves irregularidades, inclusive com instauração de inquérito policial para apuração de infrações penais de grande potencial de lesividade. A recuperação judicial é instituto criado para ensejar a preservação de empresas dirigidas sob os princípios da boa-fé e da moral. Sentença de indeferimento mantida. Apelo desprovido” (Ap. n. 501.317.4/4-00, Rel. Des. Pereira Calças, j. 28.5.08).
- 34 A referência mencionada por Fábio Ulhoa Coelho (*Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 115-116), que já foi apresentada nessa obra, e é pertinente, devendo ser ressaltada, pois reputa incorreta a sistemática adotada na lei que, caso rejeitada recuperação, conduz à falência do devedor. Relata, o autor, que “a condição fundamental para que a nova medida de recuperação da empresa seja efetiva e atinja os objetivos pretendidos – inclusive a contribuição na luta contra o aumento do desemprego – é a seriedade e consistência do plano de reorganização. Se a denegação da recuperação judicial implicar necessariamente a falência do devedor, os credores terão a tendência de referendar *qualquer* plano de reorganização, mesmo sem consistência. Isto porque a falência do devedor é sempre a alternativa menos interessante para o credor. Ao seu turno, o juiz, por não ter formação na área, tenderá a homologar todos os planos referendados pelos credores. O resultado será a desmoralização do instituto, na medida em que a admissão de planos inconsistentes levará apenas à *indústria da recuperação* (similar à *indústria da concordata*) e ao agravamento dos prejuízos de todos os credores, em especial os trabalhadores”. Pelos motivos apresentados e outros, a legislação portuguesa foi alterada, sendo que o Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência (CPEREF), que havia sido aprovado pelo Decreto-Lei nº 132, de 23.4.1993, estabelecendo que somente

DOCTRINA

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

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

Para responder à indagação, apresentamos a análise da possibilidade da desconsideração do prazo previsto no art. 54 da LRF; a novação prevista na Lei; a autonomia da vontade dos credores trabalhistas participantes da Assembleia Geral, e a competência da Justiça do Trabalho.

Segundo o previsto na Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/2005 – LRF), a deliberação para aprovação do plano apresentado pelo devedor, caso haja impugnação pelos credores (art. 55), será realizada na assembleia geral de credores (art. 56). Na assembleia geral, que será constituída por três classes: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinado (art. 41), terá de haver a aprovação de todas as classes, na forma do art. 45. Poderá, ainda, o juiz, mesmo não tendo sido aprovado por todas as classes na assembleia, conceder a recuperação judicial na forma do art. 58, § 1º. Com a aprovação do plano, segundo a LRF, ocorrerá a novação dos créditos submetidos (anteriores ao pedido), sendo que, no caso da convocação da recuperação em falência, serão reconstituídos os direitos e as garantias dos credores nas condições originalmente contratadas (art. 61, parágrafo 2º). Essas situações são importantes aos credores trabalhistas e serão analisadas separadamente.

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

deveria ser decretada a falência da empresa insolvente quando ela se mostrasse economicamente inviável ou não fosse possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação financeira, foi revogado pelo novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), Decreto-Lei n. 53, de 18 de março de 2004, afastando-se da suposta prevalência da via da recuperação da empresa para, desde o seu início, deixar claro que a vontade dos credores é que comanda o processo. Aos credores competem decidir se o pagamento se obterá por meio de liquidação integral do patrimônio do devedor, nos termos do regime disposto no Código ou nos que constituem um plano de insolvência que venham a aprovar, ou através da manutenção em atividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, nos moldes também constantes de um plano. Na sistemática nacional, é fácil a um devedor postergar sua falência, requerendo a recuperação judicial, conforme o previsto no art. 95 da LRF.

A análise da matéria a respeito da autonomia da vontade do trabalhador foi realizada por Evaristo de Moraes Filho³⁵ que, fazendo uma abordagem histórica do período de vigência do Código Civil francês de 1804, expõe as ideias de J. Péritch: “compara-se a vida privada dos particulares a círculos nos quais eles podem livremente mover-se indo do centro à periferia e desta ao centro. Estes círculos tocam-se somente sem se interceptarem, porque de outro modo um particular seria, mais ou menos, impedido em sua liberdade de movimento, isto é, não seria mestre em seu círculo. É o que se chama a *autonomia* em matéria de direitos privados”³⁶. O art. 1.134 do Código Civil francês dispunha que o contrato era a lei entre as partes, ninguém se obrigando, senão em consequência de sua própria vontade e autônoma vontade, sem coação de nenhum poder que lhe fosse estranho. Esta autonomia da vontade só sofria duas limitações, a ordem pública e os bons costumes. A estrutura estabelecida no código francês refletia a ideologia do Estado Liberal e serviu de modelo para vários outros, inclusive, o nosso de 1916. A CLT, implementada no período de vigência do Código Civil revogado, inseriu o princípio da autonomia da vontade nos arts. 9º e 444. Evaristo de Moraes Filho menciona que, observado o mínimo fixado pelo Estado, uma vez respeitadas as normas de ordem pública e as demais fontes normativas da legislação trabalhista, nada impede que empregados e empregadores celebrem entre si livres cláusulas contratuais, sem qualquer nulidade. Persiste, ainda no Direito do Trabalho, o princípio da autonomia da vontade, a despeito das inúmeras limitações impostas pelo Estado, de caráter imperativo, categórico e cogente³⁷.

Em complemento, referimos a doutrina de Arnaldo Süssekind que ressalta que “o Estado moderno, que deve regular a ordem econômica e social de maneira que sejam respeitados os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho como condição da dignidade da pessoa humana, inclui nos próprios textos constitucionais os preceitos mínimos de proteção ao trabalho, sublinhando, com essa atitude, a preponderância dos preceitos de ordem pública atinentes ao Direito do Trabalho. Nas relações de trabalho, ao lado do conteúdo contratual, que é livremente preenchido pelo ajuste expresso ou tácito entre as partes interessadas, prevalece, assim, o *conteúdo institucional* ditado pelas normas jurídicas de caráter imperativo (leis, convenções coletivas, sentenças normativas, etc.)”³⁸. O referido

35 MORAES FILHO, Evaristo. *Estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1971, p. 202 e seguintes.

36 *Idem, ibidem*, p. 203.

37 *Idem, ibidem*, p. 208/209.

38 SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas e TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, vol. I, p. 205.

autor argumenta, ainda, que “as regras imperativas do Direito do Trabalho, sejam as de caráter impositivo ou proibitivo, têm aplicação automática às relações de trabalho que se iniciam ou estejam em curso, independentemente da vontade das partes e ainda contra essa vontade, desde que não violem condições contratuais mais favoráveis ao trabalhador”³⁹.

Ressaltamos o referido por Mauricio Godinho Delgado no sentido de “que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa realiza, no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho”⁴⁰.

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

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

Em relação à transação, como bem refere Evaristo de Moraes Filho, tem como característica básica o acordo, bilateral, judicial ou extrajudicial, versando sobre coisas incertas e futuras, havendo concessões recíprocas. O que devemos ressaltar é que não há certeza sobre o que se disputa – *res dubia*. No Direito do Trabalho, a transação extrajudicial sempre é analisada com desconfiança e precaução, haja vista a possibilidade da fraude aos direitos dos trabalhadores (na LRF, o legislador afastou a possibilidade da recuperação extrajudicial para os créditos trabalhistas – art. 161, § 1º). Com relação à transação judicial (conciliação), que é um pouco diferente da realizada entre as partes, pois há

39 *Idem, ibidem*, p. 206.

40 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 212.

presença de um terceiro que representa o Estado (Juiz), é tida como válida e incentivada pelas regras contidas na CLT (arts. 831 e 764).

Na situação específica da recuperação judicial, na proposta submetida aos credores, poderá o devedor propor situações novas em relação aos trabalhadores, como renúncia e transação de direitos. Como referido anteriormente, acreditamos ser possível a transação entre as partes, mas não a renúncia. As verbas que não se configurem duvidosas – *res dubia* – (v.g. salários atrasados, férias, 13º salário, verbas rescisórias, etc.) não poderão sofrer renúncia por parte do trabalhador, sob pena de contrariar as normas de proteção mínima a ele. No entanto, em se tratando de parcelas trabalhistas em que haja discussão a respeito (v.g. horas-extras, adicionais, etc.), poderão ser transacionadas. Nessa situação, além da possibilidade da participação do sindicato, no sentido de assessorar os trabalhadores a respeito do processo de recuperação⁴¹, entendemos importante o acompanhamento do Ministério Público do Trabalho, que fiscalizará a aplicação da lei. Com relação à participação do sindicato na assembleia geral dos credores, conforme previsão do art. 37, § 5º, da LRF, fazemos a ressalva de que esse não pode renunciar os direitos dos trabalhadores, salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal (art. 7º, VI e XIII – redução salarial, compensação de horário e redução de jornada). Nas demais situações, não poderá o sindicato renunciar ou transacionar os direitos dos trabalhadores, apenas assisti-los. O Direito material pertence aos trabalhadores, não cabendo a um terceiro (no caso o sindicato) aceitar acordo que os diminua ou os restrinja (salvo nas hipóteses expressamente mencionadas na CF).

Quanto à novação prevista na LRF, ressalta Fabio Ulhoa Coelho que “as novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso. Caso verifique a convolação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos ao *status quo ante*”⁴². Prossegue o autor que “a efetiva recuperação da empresa é condição resolutiva tácita de toda novação, alteração ou renegociação viabilizada pela aprovação do plano de recuperação”⁴³. Referimos, ainda, os fundamentos apresentados pelo Desem-

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

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

43 *Idem, ibidem*, p. 174.

bargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, em decisão no Tribunal de Justiça de São Paulo: “(...) entendo que a novação prevista na Lei nº 11.101/2005 fica subordinada à condição resolutiva, mercê do que, descumprida qualquer obrigação prevista no plano (inadimplido o plano), a novação se resolve, com a conseqüente resolução da extinção da obrigação primitiva, surgindo obrigação nova, exatamente igual à anteriormente extinta, mas nova”⁴⁴.

Com relação à novação da dívida trabalhista, nos exatos termos da Lei nº 11.101/2005, o que ocorrerá é a dilação do prazo para pagamento, ou seja, a quitação das verbas trabalhistas deverá ocorrer no prazo de 30 (trinta) dias – art. 54, parágrafo único – e 01 (um) ano – art. 54⁴⁵ –, contados do deferimento do processamento da recuperação. Não se vislumbra válida a novação relacionada a qualquer outra estipulação, específica aos trabalhadores, que não seja a disposta na lei, salvo as hipóteses de transação de parcelas duvidosas, conforme referido anteriormente. Portanto, a invocação da legalidade da transferência do patrimônio do devedor, sem a sucessão trabalhista, com fundamento na novação (art. 59 da LRF), somente será aceita se observado o disposto no art. 54, em relação aos trabalhadores. Não podem os trabalhadores submeter-se aos “ônus” (v.g. ter suspensas suas execuções; habilitar-se no juízo próprio; etc.) sem ter o “bônus”, ou seja, situação diferenciada para o seu crédito (art. 54 da LRF – pagamento no prazo máximo de um ano).

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

Bem refere Marcos Bernardes de Mello⁴⁶ quando ensina que: “a) a existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais; b) o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos”. Continua o autor, analisando o plano da existência⁴⁷: “Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o

44 A.I. 580.551.4/0-00

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

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

47 *Idem*, *ibidem*, p. 99.

mundo jurídico, ingressando no plano da existência. (...) No plano da existência não se cogita a invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência”. Quanto ao plano da validade, ressalta que “somente têm passagem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, por serem os únicos sujeitos à apreciação da validade” e, no plano da eficácia, “são admitidos e podem produzir efeitos todos os fatos jurídicos *lato sensu*, inclusive os anuláveis e os ilícitos; os nulos, quando a lei, expressamente, lhes atribui algum efeito”⁴⁸.

O plano da existência é o plano do ser, somente referindo a existência do fato jurídico. Já no plano da validade, o fato jurídico pode ser considerado válido, nulo ou anulável. Relata Bernardes de Mello que “a natureza imputacional das normas jurídicas põe o direito no plano do dever-ser, num *plano de validez*, no plano do ser, *da causalidade natural*, como vimos. Por isso, diferentemente do que acontece com as leis da causalidade natural, em que os fenômenos nelas *descritos* não podem se realizar de modo diferente do previsto, sob pena de serem consideradas *falsas*, as leis (normas) jurídicas podem sofrer violações sem que isso afete a sua *validez* (no sentido da vigência). Como consequência dessa possibilidade, o Direito necessita preservar a integridade de suas normas, o que faz repelindo, por meio de sanções, as condutas que as infringem, as contrariam. Essas sanções variam em intensidade na ordem direta da gravidade da violação.(...) Essa atribuição de validade, no entanto, implica a necessidade de que os requisitos prescritos para o modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam. Se as normas sobre conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o ato jurídico são desatendidos, o Direito o repele, negando-lhe validade jurídica, do que decorre torná-lo inútil para as finalidades práticas pretendidas pelos que o realizam. (...) A invalidade, seja nulidade ou anulabilidade, tem, portanto, caráter de sanção com a qual se punem condutas que violam certas normas jurídicas, porque lhe é próprio o mesmo fundamento lógico comum às demais sanções: repelir as infrações às normas, assegurando a integridade da vigência do sistema jurídico”⁴⁹.

A condição primeira da validade do negócio jurídico é não ser contrário à norma cogente, impositiva ou proibitiva (art. 166 do Código Civil). No referido artigo, há menção da nulidade do negócio jurídico quando: I) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II) for ilícito, impossível ou indeterminável o

48 *Idem, ibidem*, p. 104.

49 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6 e 7.

seu objeto; III) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV) não revestir a forma prescrita em lei; V) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem qualquer cominação. Portanto, a validade do negócio jurídico⁵⁰ requer a observância do art. 104 (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado e determinável; forma prescrita ou não defesa em lei); do art. 122, primeira parte (moralidade do objeto); do art. 166, VI (compatibilidade com a norma jurídica cogente), bem como inexistência dos vícios referidos no art. 171, todos do Código Civil.

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

Uma referência apresentada por Marcos Bernardes de Mello é que “os atos que importam infrações das normas a que o Direito imputa sanção da invalidade não têm a mesma natureza nem o mesmo significado. Há deles (a) que afetam a própria ordem pública, porque implicam violação de normas jurídicas cogentes (ato com objeto ilícito ou impossível, por exemplo); outros (b) que prejudicam diretamente pessoas em seus interesses particulares, privados, mas que, pelas suas consequências ilícitas, não podem ser admitidos no mundo jurídico como se fossem perfeitos. (...) No Direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produziu sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo”⁵¹.

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

51 *Idem, ibidem*, p. 60-61.

Referimos a opinião de Sergio Campinho⁵², no sentido de: “É condição de validade do plano, estando a questão afeta ao controle judicial de sua legalidade, o respeito ao limite temporal, estabelecido no artigo 54, para que se paguem os créditos de natureza trabalhista. Dispõe o mencionado preceito que não poderá ser contemplado ‘prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho até a data do pedido de recuperação judicial’. Não é permitido, ainda, prever prazo superior a trinta dias para a quitação, até o limite de cinco salários-mínimos por empregado, dos créditos com natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial”. José da Silva Pacheco⁵³ menciona que: “Em nenhuma hipótese, poderá o plano de recuperação judicial prever: a) prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos trabalhistas ou derivados de acidente de trabalho, vencidos até a data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial; b) prazo superior a trinta dias para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, dentro do limite de cinco salários-mínimos a cada um desses trabalhadores. O legislador preferiu usar a forma negativa para enunciar a regra. Dela resulta, afirmativamente, que os empregados da empresa devedora, que tenham créditos vencidos até a data do pedido de recuperação, devem ser pagos no prazo máximo de um ano. Relativamente ao crédito trabalhista de natureza salarial, vencido no trimestre anterior ao pedido de recuperação, o pagamento deve ser feito dentro do prazo de trinta dias, observados o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador”. Já Luiz Inácio Vigil Neto⁵⁴ argumenta que “em relação às condições de validade, prevista no artigo 54, *caput* e

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

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

54 VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 168. E complementa o doutrinador: Essas cláusulas estão previstas no artigo. 54: 1) o plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para o pagamento dos créditos trabalhistas (artigo 54, caput): diferentemente da fórmula anteriormente apresentada, a transgressão do enunciado, a partir da apresentação desta proposta em cláusula de plano recuperatório, implica a sua nulidade jurídica e a rejeição de ofício pelo magistrado, mesmo que os empregados estivessem dispostos a aceitá-la, uma vez que se trata de norma cogente; 2) o plano não poderá prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento dos créditos eminentemente salariais vencidos nos últimos 3 (três) meses e não superiores a 5 (cinco) salários-mínimos por credor (artigo 54, parágrafo único): o mesmo deverá ser aplicado para a restrição contida no parágrafo único do artigo 54, com a diferença de que neste dispositivo legal são tratados apenas os créditos salariais vencidos nos últimos três meses anteriores ao pedido e não superiores a cinco salários-mínimos por empregado, que deverão ser honrados pelo devedor em até trinta dias contados da aprovação do plano” (p. 168).

parágrafo único, a transgressão do enunciado traz maiores consequências no plano jurídico. O enunciado dos dispositivos do artigo 54 tem outra configuração. Parte da afirmação de que o devedor *não poderá* propor a cláusula, e se a propuser, o juiz não poderá aceitá-la, pois fere norma cogente, de interesse público, mesmo que os interessados estiverem dispostos a com ela concordar”.

Portanto, o desrespeito ao prazo previsto no art. 54 da LRF representa invalidade da respectiva estipulação, pois contraria norma cogente (art. 166, podendo ser combinado com os arts. 122 e 187, todos do Código Civil), ou seja, pratica ato contrário ao texto específico da norma (nulidade textual, expressa ou cominada)⁵⁵. Tal situação não acarreta a nulidade de todo o plano da recuperação judicial, mas somente dessa estipulação (art. 184 do Código Civil). A nulidade de que estamos tratando pode ser alegada de ofício pelo juiz, pois se trata de nulidade de *pleno iure*, ou seja, envolve o descumprimento de regra de interesse público (direitos fundamentais dos trabalhadores).

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

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

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

Como já referido, a jurisdição consiste no poder de atuar o Direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e, dessa forma, resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei. Sendo ato de soberania, a jurisdição é una e indivisível, ou seja, o exercício da jurisdição entre os órgãos do Poder Judiciário sempre é o mesmo, sob o enfoque dos objetivos

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

da mesma. No entanto, por motivos de ordem prática, encarregaram-se determinados órgãos estatais do seu exercício de acordo com a competência definida na Constituição Federal. A competência especial é exercida por órgãos que visam à solução de conflitos de determinada natureza (ramos específicos do Direito material), tais como trabalhistas, militar e eleitoral (arts. 111 e seguintes, 118 e seguintes, e 122 e seguintes da Constituição). Os demais conflitos são solucionados, por exclusão, pela denominada jurisdição comum ou ordinária. Ressalta-se, ainda, que o critério adotado é o da natureza da lide a ser apreciada.

A competência significa a quantidade de exercício de jurisdição atribuída a cada órgão ou grupo de órgãos, conforme a lição de Liebman⁵⁶. A norma legal determina os limites dos órgãos jurisdicionais, excluindo os demais da apreciação da lide. A competência está distribuída *ex ratione materiae*, *ex ratione personae* e *ex ratione loci*.

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

A análise da matéria relacionada aos trabalhadores, envolvendo o disposto no arts. 10 e 448 da CLT, tratando da sucessão da responsabilidade do devedor (em recuperação ou falido) é da Justiça do Trabalho. A competência é relacionada à matéria envolvida (prevista no art. 114 da Constituição Federal), ou seja, litígio do trabalhador com o seu empregador (atual ou antigo) e os adquirentes do patrimônio desse, mesmo que a transferência ocorrida tenha sido em decorrência da recuperação judicial ou falência. Fazemos, contudo, uma ressalva, pois entendemos que não cabe ao Juiz do Trabalho inviabilizar todas as recuperações judiciais existentes. Deverá ser observado o parâmetro legal, ou seja, art. 54 da LRF e, no caso da observância desse, aguardar o cumprimento do ajustado no plano aprovado. No entanto, observado o desrespeito à norma

56 *Apud* CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria ...* (p. 229).

legal (cogente – art. 54 da LRF), cabe ao Juiz do Trabalho analisar as consequências da alienação do patrimônio do devedor em face da contrariedade das regras dos arts. 10 e 448 da CLT com os arts. 60 e 141 da LRF. Essa situação é assemelhada à enfrentada no caso da não-aprovação do plano no prazo de 180 dias, na forma do art. 6º, § 5º, da LRF, em que a consequência está prevista na própria lei – a continuidade da execução trabalhista. Melhor explicando, o que se analisa é que, mesmo com a aprovação do plano, há cláusula nula em razão da estipulação do prazo superior ao permitido na lei (art. 54 da LRF). Sendo a cláusula nula, não gera efeitos aos trabalhadores, prosseguindo as execuções no juízo laboral.

Socorremo-nos, novamente, aos ensinamentos de Marcos Bernardes de Mello⁵⁷, quando refere que nem sempre o ato jurídico nulo não produz efeitos, que “Afora essas excepcionais situações, o ato jurídico nulo é sempre ineficaz. A ‘eficácia’ que ele apresenta é apenas aparente. Passa-se no mundo dos fatos, não no mundo do Direito. (...) Ato jurídico nulo não produz eficácia jurídica, salvo em casos especiais (...). Como direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções são consequências de fato jurídico perfeito, em havendo nulidade não se produz tais efeitos. Por isso, o cumprimento pelos figurantes de obrigações, sabendo nulo o ato, se dá no mundo fático e não no mundo jurídico, porque nesse nenhum efeito existe. A confirmação de obrigações nessas espécies é confirmação de dado inexistente”.

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

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

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

DOCTRINA

art. 54 – “O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho (...)”.

5 – CONCLUSÃO

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

Dessa forma, concluindo, adotamos as seguintes posições: 1) a observância das regras contidas na Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/2005), em relação ao trabalhador, deve ser integral; 2) os valores devidos aos trabalhadores devem ser quitados na forma do art. 54 da LRF, ou seja, no prazo de 30 (trinta) dias e 1 (um) ano; 3) o juiz do trabalho deverá observar o cumprimento do art. 54 da LRF; 4) caso o devedor não informe ao juízo trabalhista a relação dos créditos trabalhistas no plano, prossegue a execução, ultrapassado o prazo de 6 (seis) meses, na forma do art. 6º, § 5º, da LRF; 5) no caso do desrespeito à regra do art. 54 da LRF de cláusula contida no plano aprovado, essa é tida como nula, não produzindo efeito, ou seja, há os mesmos efeitos da não-previsão de cláusula relativa aos trabalhadores, prosseguindo a execução no juízo trabalhista (art. 6º, § 5º, da LRF); 6) existindo cláusula nula, é da competência da Justiça do Trabalho a apreciação, em razão da matéria envolvida – a responsabilidade do adquirente do patrimônio do devedor (art. 448 da CLT); 7) não há sucessão da responsabilidade no caso da falência, haja vista já caracterizada a insuficiência do patrimônio do devedor.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais – direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

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

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, vol. I.

CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 16. ed. Malheiros, 2000.

DOCTRINA

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE CONTO, Mário. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir de pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

_____. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

GRILLO, Humberto. *Alteração do contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os direitos dos trabalhadores na lei de recuperação e de falência de empresas*. São Paulo: LTr, 2007.

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

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES FILHO, Evaristo. *Estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1971.

_____. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. II.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, vol. I.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

SOUZA, Marcelo Papaléo. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

REFLEXÕES SOBRE A MOROSIDADE E O ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Mauro Vasni Paroski*

1 – INTRODUÇÃO

A doutrina e os tribunais há tempos demonstram preocupação com a duração razoável do processo, propondo medidas que visam a coibir a chicana e as condutas protelatórias, fazendo com que a prestação jurisdicional se efetive, produza efeitos no plano fático, na vida das pessoas, entregando àquele que tem razão o bem da vida perseguido no menor tempo possível¹.

O legislador, pressionado pela sociedade, outras vezes por grupos que desejam proteger seus interesses econômico-financeiros, tem procurado editar normas processuais que, em tese, contribuiriam para tornar a atividade jurisdicional mais eficiente e o processo mais rápido.

Há, por exemplo, previsão de penalização do devedor recalcitrante pelo art. 475-J do CPC, introduzido pela Lei nº 11.232/2005, que, no âmbito das execuções civis, preconiza que o débito deverá ser acrescido de multa de 10% em caso de não cumprimento das obrigações reconhecidas em sentenças condenatórias, no prazo de quinze dias depois da intimação do executado.

Na dicção da lei (CPC, art. 14, incisos I a V), todos que de algum modo participam da relação processual (partes, advogados, representantes do Ministério Público, testemunhas, serventuários, oficiais de justiça e outros

* Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Porecatu (PR); Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

1 Ensina Cândido Rangel Dinamarco que: “É muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão. Os ‘interdicta’ do direito romano clássico, medidas provisórias cuja concessão se apoiavam no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempo e sem as complicações de um procedimento regular. No direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário (como se a culpa fosse só sua) e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. (...) Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional” (*A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 140).

DOCTRINA

auxiliares do juízo) devem agir reciprocamente com lealdade e boa-fé, expor os fatos conforme a verdade, não fazer afirmações cientes de que são destituídas de fundamento, sendo vedada a produção de provas e a prática de atos desnecessários e inúteis à solução da controvérsia e, além disso, devem cumprir os provimentos mandamentais e não devem criar embaraços à efetivação dos provimentos jurisdicionais.

Excetuando-se os advogados, os demais participantes da relação processual que violarem o dever de não criar embaraços à efetivação dos provimentos jurisdicionais e àqueles que deixarem de cumprir os provimentos mandamentais com exatidão, pelo que se lê do parágrafo único do art. 14 do CPC, estão sujeitos ao pagamento de multa pecuniária a ser aplicada pelo juiz, de acordo com a gravidade da conduta, não superior a 20% do valor da causa, podendo ser inscrita como dívida ativa da União, em caso de não-pagamento no prazo estabelecido.

O dispositivo qualifica esta conduta de atentatória ao exercício da jurisdição e não exclui, pela imposição da multa pecuniária, outras sanções de natureza civil, criminal e processual.

O art. 16 do CPC declara que responde por perdas e danos aquele que postular de má-fé, na qualidade de autor, réu ou interveniente.

Finalmente, o art. 17, incisos I a VII, do CPC, relacionam as condutas que caracterizam litigância de má-fé: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (inciso I); alterar a verdade dos fatos (inciso II); usar do processo para conseguir objetivo ilegal (inciso III); opuser resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV); proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (inciso V); provocar incidentes manifestamente infundados (inciso VI); e interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (inciso VII).

As consequências para a litigância de má-fé vêm expressas no art. 18 do CPC, consistindo em pagamento de multa, honorários advocatícios e indenização dos prejuízos e de todas as despesas que a outra parte efetuou.

Recorde-se que as disposições do direito processual comum são aplicáveis supletivamente ao processo do trabalho, por força do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que omissa esta e desde que não haja incompatibilidade com suas disposições.

Apesar de todo esse arsenal, que em tese até parece excessivo, o que se tem verificado na Justiça do Trabalho é sua ineficácia, pela falta de rigor na aplicação das sanções criadas pelo legislador.

DOUTRINA

O processo do trabalho é regido pelos princípios da simplicidade e da informalidade. A capacidade postulatória é atribuída à própria parte (CLT, art. 791). O advogado não é necessário (embora se reconheça que é altamente recomendável) para a postulação neste ramo do Judiciário. Isso significa que as normas do processo laboral, particularmente as referentes ao ingresso em juízo e participação em audiências, num primeiro momento, foram concebidas para leigos.

Assim, não seria razoável exigir do postulante – quando não representado em juízo por advogado – conhecimento técnico do direito ou consciência dos deveres processuais legais e as sanções cabíveis nos casos de ofensa aos mesmos.

Esse ambiente, em que não há lugar para o excesso de formalismo ou para a exigência de conhecimento de técnicas processuais apuradas, tem de certo modo contribuído para as lides temerárias, amparadas em alegações infundadas ou inverídicas, mesmo quando a capacidade postulatória não é exercida diretamente pelas partes, mas sim, por advogados constituídos nos autos.

Expressiva parte dos magistrados do trabalho, com muita frequência, tem o (mal) hábito de agir com inaceitável tolerância às postulações manifestamente de má-fé ou tecnicamente deficientes, contrárias à ordem jurídico-constitucional, e até mesmo da perspectiva instrumental, em violação às normas reitoras do processo.

A insuficiente aplicação das cominações legais, com o passar do tempo, põe em desuso importantes instrumentos no intuito de coibir a litigância de má-fé, interferindo negativamente na imagem do Judiciário Trabalhista perante a opinião pública e auxiliando na construção de uma visão desfavorável da instituição por parte daqueles que militam ou atuam em outros ramos do Judiciário.

Fica a impressão de que não há maiores receios com os efeitos nefastos em se postular em contrariedade ao disposto nos incisos dos arts. 14 e 17, do CPC. Formou-se convicção no sentido de que a possibilidade de vir a sofrer alguma penalidade é quase inexistente, valendo a pena correr o risco.

Esse posicionamento, de não penalizar quem merece, em incompreensível tolerância com o dolo processual manifesto, salvo engano, até pode ser, ainda que não percebido claramente, reflexo inconsciente da própria sensação de impunidade que há no Brasil, quando não se pune no tempo certo e com rigor delitos e condutas ilícitas.

No processo civil, tradicionalmente mais formal que o processo do trabalho, não apenas se exige maior domínio técnico dos temas tratados, até pela composição da causa de pedir, que é complexa (no processo civil, exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido; no processo do trabalho, apenas a exposição sucinta dos fatos), como há incidência do princípio da sucumbência em relação aos pedidos rejeitados, que acaba servindo de estímulo para a não postulação de pretensões sabidamente improcedentes e infundadas.

As disposições processuais sobre a matéria, aqui tratadas, embora extensas e abrangentes, não têm sido suficientes para convencer os magistrados do trabalho, em grande parte, a aplicarem as sanções por litigância de má-fé, sempre que a conduta recusada pela lei se verificar.

Empregam-se outros argumentos, como, por exemplo, aquele de que seria a parte e não o profissional que a representa em juízo que sofreria os efeitos da litigância de má-fé, não obstante a capacidade postulatória ser exercida por esse último.

Falam em falta de prova de dolo processual, como se a própria conduta comprovada nos autos, repelida pela lei, não fosse suficiente para trazer em si mesma, pela sua natureza e gravidade, a semente do dolo, do propósito de prejudicar ao *ex adverso* ou, quando não, de tentar obter vantagem ilícita, afrontando as decisões judiciais, a lei e a Constituição.

Saliente-se que aplicar sanções que cumpram um papel pedagógico, para desincentivar a atuação permeada pelo dolo processual, em genuína litigância de má fé ou ato atentatório ao exercício da jurisdição, não colide com a garantia constitucional do acesso à justiça (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV).

O exercício do direito de ação e a prática de atos processuais têm limites. O processo é instrumento ético e democrático, mas não se pode admitir, sem uma justificativa plausível, excessivas oportunidades de participação dos litigantes. Não há como olvidar os efeitos nocivos que o tempo na tramitação do processo causa ao autor que tem razão².

2 “A concepção equivocada, mas difundida, de direito de defesa, também influenciada pela filosofia liberal, é outro monumento marcado pela falta de sensibilidade dos juristas cegos para o que se passa na vida dos homens de carne e osso. Aqueles que conhecem a realidade da Justiça Civil brasileira podem perceber, sem grande esforço, que o direito à defesa – se concebido na forma plena como pretende parte da doutrina, pode privar o autor de muita coisa. Imaginar – em uma concepção narcísica e romântica de devido processo legal – que as garantias nada retiram de alguém é desprezar o lado ‘oculto e feio’ do processo, o lado que não pode ser visto (ou não quer ser visto) pelo processualista que tem ‘olhos’ apenas para o plano normativo ou para o plano das abstrações dogmáticas.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 15-16)

Raras são as decisões que aplicam ou mantêm as sentenças que aplicam sanções por litigância de má-fé e, assim, colaboram invariavelmente para a formação e a manutenção de uma imagem negativa da Justiça do Trabalho (extremamente protecionista e tolerante com o exercício abusivo do direito de ação e do direito de defesa), mesmo hoje, reputada por muitos como uma justiça menor.

Talvez esse quadro, aqui retratado resumidamente, aliado à recente garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/1988, introduzido pela EC 45/2004), tenha estimulado estudos mais avançados nesse âmbito, particularmente em relação às postulações e defesas na Justiça do Trabalho, começando a amadurecer a ideia de condenação por assédio processual, instituto que, se de um lado, guarda semelhança com a litigância de má-fé, de outro, apresenta algumas características que os distinguem.

O assédio processual, marcado por um conjunto de atos que caracterizam dolo processual, como será detalhado na sequência, uma vez reconhecido, leva a condenação pecuniária do assediador, consistindo a reparação devida por esse motivo em instrumento eficaz no escopo de prevenir e rechaçar condutas atentatórias ao exercício da jurisdição, viabilizando a punição daqueles que usam a Justiça para a obtenção de resultados ilícitos, moral e eticamente reprováveis ou para causar prejuízos a outrem.

2 – DA HERANÇA CULTURAL JUDICIÁRIA

Deve ser lembrado, por mais que essa idéia possa repugnar esse profissional, que o advogado, quando representando a parte em juízo, desde há séculos, é aquele que diretamente pratica, com dolo ou por culpa *stricto sensu*, os atos processuais que se caracterizam como atentatórios à dignidade da justiça, ao exercício da jurisdição e aos direitos do *ex adverso*, não se eximindo de responsabilidade o fato de assim agir na defesa dos interesses dos seus constituintes, e não em defesa de interesse próprio.

Com efeito, no processo civil, quem exercita a capacidade postulatória é o advogado, por delegação da lei, sendo este profissional, a despeito de sua atividade ser privada, reputado indispensável à administração da justiça pelo art. 133 da Constituição. Muitos não têm consciência da verdadeira dimensão de sua missão, atuando de modo incompatível à sua dignidade.

Na Justiça do Trabalho não há esta exigência, como se vê do art. 791 da CLT, que assegura às partes capacidade postulatória, mas, na prática, poucos são os reclamantes e reclamados não assistidos por advogados em juízo.

Quando há, então, litigância de má-fé ou assédio processual, os atos que caracterizam essas duas figuras são praticados diretamente pelos advogados e não por seus constituintes, não sendo lícito alegar que o fazem em nome desses, em cumprimento do dever do zelo profissional, no interesse dos mesmos, já que a ninguém, nem ao mandatário judicial, é conferido direito de atuar com dolo processual, não sendo razoável outro entendimento.

Sendo da parte o propósito de tumultuar o processo e retardar a prestação jurisdicional ou o cumprimento das sentenças, cabe a este profissional, ciente da relevância de seu mister, sendo objeto de norma constitucional a indispensabilidade de sua missão para a administração da justiça, recusar-se a cumprir a vontade de seus constituintes, nos casos ora tratados.

A ninguém é dado o direito de cumprir ordens ou orientações manifestamente ilegais, imorais, ofensivas a ética profissional, aos bons costumes, à dignidade da justiça, ou a qualquer bem protegido pela ordem jurídico-constitucional.

Mas, exatamente aquele que, na maioria das vezes, pratica os atos que configuram litigância de má-fé ou assédio processual é excluído pela lei de responder no próprio processo em que a conduta reprovável se verificou pelos prejuízos gerados por esta³.

Esta situação, de não penalizar o advogado solidariamente com seu constituinte, no mesmo processo em que for verificada a conduta combatida pela lei processual, embora legalmente regulada desse modo, se mostra incoerente com a consideração devida ao Judiciário e ao adversário na demanda, próprio de um sistema capenga, que muito necessita de aperfeiçoamento para se fazer eficiente e respeitado por todos⁴.

3 A propósito: art. 14, parágrafo único, do CPC e art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.

4 Ovidio A. Baptista da Silva, estudando a relação entre o tempo do processo e a sucumbência, baseando-se em lições de Chiovenda, faz a seguinte ponderação: “Se aplicássemos, com seriedade e coerência, o princípio chiovendiano (responsabilidade objetiva no processo), teríamos, com certeza, alcançado uma justiça mais oportuna e eficiente, reduzindo a avassaladora quantidade de litígios. Se o custo processual, representado pelo tempo, fosse distribuído com maior equidade, o Poder Judiciário tornar-se-ia mais ágil e a justiça seria prestada com maior celeridade. O mesmo princípio deveria ser adotado no sistema recursal, gravando o sucumbente com algum encargo adicional, seja obrigando-o a prestar caução, como requisito para recorrer, seja tributando-o com uma nova parcela de honorários de advogado, no caso de seu recurso não ser provido. Assim como está, o sistema contribui, como todos sabem, para desprestigiar a jurisdição de primeiro grau, exacerbando o caráter burocrático e, consequentemente, imperial da jurisdição. Seria igualmente indispensável dar maior atenção ao código de ética profissional para os advogados e demais postulantes do Poder Judiciário, punindo com maior rigor tanto a litigância de má-fé, quanto, especialmente, os erros grosseiros que o sistema atribui sempre às partes, nunca a seus procuradores. A seriedade e a eficiência são pressupostos a que todos os que laboram na prestação da atividade jurisdicional devem obediência” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 213).

Interessante artigo escreveu o ministro José Luciano de Castilho Pereira, publicado na página do Colendo Tribunal Superior do Trabalho⁵, lembrando da Lei da Boa Razão, existente em Portugal, datada de 18 de agosto de 1769, prevendo expressamente o apenamento do advogado que se valia de interpretações maldosas e enganosas nos processos judiciais.

Buscava-se corrigir as imperfeições existentes no processo jurisdicional, acabando com os abusos processuais e tentando eliminar a eternização das demandas.

O ilustre ministro afirma: “Dessa forma, devo concluir, que em nossa herança cultural-judiciária está o habitual abuso processual procrastinatório, que não foi debelado pela Lei da Boa Razão, e que não decorria exclusivamente da ação ou da má ação dos procuradores, mas também da intrincada estrutura processual, exageradamente dispositiva”⁶.

O artigo em questão é cru e nu, revelando tratar-se o processo do presente de efeito nocivo do sistema adotado no passado, ou seja, herança histórico-cultural.

De outro lado, que não haja nenhuma análise simplista. Não se pode colocar unicamente nas costas do advogado todo o peso da morosidade processual, porque o fardo é pesado e não o suportaria, havendo participação nesse panorama sombrio de todos os atores que atuam nesse sistema intrincado, inclusive os magistrados. Cada qual deve assumir sua parcela de responsabilidade.

Uma das grandes culpadas pelos resultados insatisfatórios produzidos pela atividade jurisdicional, por exemplo, precisando ser entendida e debelada, é a burocracia, muitas vezes burra e ineficiente, reinante em tudo que é público no Brasil, seja no âmbito do procedimento administrativo ou do processo jurisdicional⁷.

5 Disponível em: <<http://tst.gov.br>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

6 Idem.

7 Reproduz-se outro trecho do texto elaborado pelo ilustre magistrado cima citado, referindo-se especificamente a esse monstro devorador da eficiência do sistema e das expectativas das partes, chamado burocracia: “(...) Certamente, como resultado da referida herança cultural – que teimamos em ignorar –, nosso ambiente processual e nossas práticas judiciárias são marcadas por forte natureza burocrática. E a burocracia, enquanto desvio de natureza de atos normais, não precisa de lógica para viver. Ao contrário, ela prescinde da inteligência, pois cada ato se justifica por si mesmo, independentemente da finalidade do processo (...) Ninguém confia em ninguém. Daí tudo deve ser vigiado com cuidado. Tudo deve ser provado, sendo de nenhuma importância a informação dada pelas partes. (...) Afirmo, portanto, que a burocracia é alimentada pela desconfiança, que gera insegurança, carecendo de infundável ritualismo formalista, com ilusório aparato de segurança e com enorme distanciamento da justiça, cada vez mais formal do que real. (...) Nesse quadro, as pessoas corretas se sentem inibidas, ficando o campo

Portanto, muitas são as causas da morosidade processual e da inefetividade e ineficiência da prestação jurisdicional, incluindo a burocracia desmedida e as mais variadas deficiências do próprio sistema estatal de solução de controvérsias⁸.

Não é objetivo desse singelo texto, pelo pouco espaço disponível, considerando a complexidade do tema, cuidar de examinar todas ou a maior parte delas, mas sim, tratar mais de perto do assédio processual, como forma de contribuir para o enriquecimento do debate sobre ele.

3 – DA DIFICULDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO ASSÉDIO PROCESSUAL

A falta de estudos mais apurados sobre o assédio processual e mesmo sobre o assédio moral, que se encontram em estágio inicial de desenvolvimento doutrinário, cria toda sorte de dificuldades na tarefa de se construir um conceito mais ou menos uniforme e aceitável para ambos, particularmente para o assédio processual.

A missão mais espinhosa talvez consista na inexistência de uma disciplina legal sobre o tema, o que implica na falta de critérios previamente estabelecidos pelo legislador para a configuração dos contornos desses institutos, deixando em aberto um enorme e perigoso campo para especulação de toda ordem, muitas vezes preenchido por elementos subjetivos, quando, para o bem da ciência jurídica, seria conveniente e imprescindível que se fugisse dessa armadilha, para se concentrar tão-somente em elementos objetivos, abstratos e genéricos, os mais elásticos possíveis, para que pudessem ser vislumbrados sempre que se deparasse com o assédio processual, sem maiores incertezas.

Sendo assim, remanesceria pequena área não coberta completamente, que seria objeto de conformação pelos fatores particulares oferecidos pelo caso concreto, aqui sim, sob certas circunstâncias, haveria espaço para que alguns aspectos subjetivos ou personalíssimos das partes fossem considerados na avaliação do assédio processual.

aberto aos mais espertos, até elogiados como bons condutores de êxitos processuais. Mas, para evitar que os espertos triunfem, novos procedimentos são adotados em ordem à segurança jurídica, e mais distantes ficamos da Justiça” (Idem).

8 “Não se pode aceitar que alguém tenha de aguardar três, quatro, cinco, às vezes dez anos, para obter, pela via jurisdicional, a satisfação de seu direito. Quem procura a proteção estatal, ante a lesão ou a ameaça a um interesse juridicamente assegurado no plano material, precisa de uma resposta tempestiva, apta a devolver-lhe, de forma mais ampla possível, a situação de vantagem a que faz jus.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18)

Tratando-se de tema que vem sendo explorado há pouco tempo pela doutrina, e que muito dificilmente tem contado com a simpatia dos tribunais, não há, ainda, um conceito definitivo e isento de crítica para o assédio processual, embora se possa tomar emprestadas algumas ideias colhidas sobre o assédio moral nas relações de trabalho, já que o assédio processual é uma de suas modalidades, porém, no âmbito da atuação processual dos litigantes.

Tentativa nessa direção certamente correrá grande risco de receber toda sorte de críticas, por sua provável imperfeição. Mas, tudo tem um começo, e não se pode desistir sem antes pelo menos esgotar os recursos disponíveis no presente para atingir o escopo almejado. Aliás, que obra humana é perfeita?

4 – DO ASSÉDIO

O assédio pode assumir variadas formas, ensejando igualmente múltiplas reações por parte da vítima e pode se materializar por meio de gestos e palavras, insinuações e críticas agressivas, públicas ou não, podendo ocorrer estritamente no campo sexual, ou ainda, no âmbito das lesões a outros bens imateriais, e finalmente, em juízo, durante o desenvolvimento da relação processual, significando, em breve síntese, o cerco que se faz a alguém, atacando-o de forma direta ou indireta, através de conduta ostensiva ou velada, importunando e quebrando resistências, fragilizando a vítima emocional e psicologicamente, com o escopo de alcançar vantagens indevidas.

O assédio processual é modalidade de assédio moral, mas, restrita a atuação da parte em juízo, razão pela qual se mostra útil oferecer algumas ideias sobre este último, com a finalidade de se buscar alguma definição, mais ou menos sólida e confiável para a figura do assédio processual.

4.1 – Do assédio moral

Antes de se tentar oferecer uma definição para o assédio moral, pertinente lembrar alguns fatos que favorecem sua disseminação no mundo do trabalho.

Para a ideologia do neoliberalismo o desemprego passou a ser, e ainda é, um elemento fundamental para a sua manutenção e divulgação, garantindo a própria sobrevivência do seu modo de produção, hoje globalizado, formando um “exército de reserva”, sempre “disposto” a se curvar para ficar no emprego.

Nesse contexto, caracterizado pela competitividade empresarial a qualquer custo, muitas vezes sem limites éticos, pelo excesso de oferta de mão-de-obra e pela redução dos postos de trabalho, sabidamente, constitui um cenário perfeito para a disseminação do assédio moral.

DOUTRINA

O paradigma criado pela globalização é o do homem produtivo, que consegue não apenas alcançar, mas ultrapassar as metas fixadas, nem que para isso tenha que lutar contra sua própria condição humana, desprezando seu semelhante, tornando-se um sujeito insensível e sem condicionantes éticas.

O individualismo é cada vez mais valorizado, colocando-se o trabalho em equipe em segundo plano.

A juíza do trabalho Márcia Novaes Guedes, entende que no mundo do trabalho, o assédio moral significa:

“Todos aqueles atos e comportamentos provindos do patrão, gerente, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima.”⁹

A pessoa atacada é posta na condição de debilidade, sendo agredida direta ou indiretamente por uma ou mais pessoas, de forma sistemática, geralmente por um período de tempo relativamente longo, tendo por objetivo, na maioria das vezes, sua exclusão do mundo do trabalho, mas pode ser também uma tática sofisticada para compeli-la a agir de acordo com a vontade e os interesses do assediador, consistindo num processo que é visto pela vítima como discriminatório.

Conforme ensina a professora e pesquisadora Margarida Maria Silveira Barreto, assédio moral no trabalho:

“É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aélicas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego.”¹⁰

A psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen¹¹, uma das primeiras estudiosas a se preocupar com o assédio moral no trabalho, da perspectiva de

9 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 33.

10 BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2006.

11 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

sua especialidade, entende o mesmo como sendo qualquer conduta abusiva, configurada através de gestos, palavras, comportamentos inadequados e atitudes que fogem do que é comumente aceito pela sociedade.

Essa conduta abusiva, em razão de sua repetição ou sistematização, atenta contra a personalidade, dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho.

Trata-se de um processo e não de um ato isolado. O objetivo do assédio moral, portanto, é desestabilizar emocionalmente a pessoa, causando-lhe humilhação e expondo-a a situações vexatórias perante os colegas de trabalho, fornecedores, clientes e, perante a si mesma.

Quando praticado pelo superior hierárquico, quase sempre, tem a clara finalidade de forçar um pedido de demissão, ou a prática de atos que possam ensejar a caracterização de falta grave, justificando uma dispensa por justa causa.

Assediar, portanto, é submeter alguém, sem tréguas, a ataques repetidos, requerendo, assim, a insistência, a reiteração de condutas, procedimentos, atos e palavras, inadequados e intempestivos, comentários perniciosos e críticas e piadas inoportunas, com o propósito de expor alguém a situações incômodas e humilhantes.

Há certa invasão da intimidade da vítima, mas não em decorrência do emprego abusivo do poder diretivo do empregador, visando proteger o patrimônio da empresa, mas sim, deriva de conduta deliberada com o objetivo de destruir a vítima e afastá-la do mundo do trabalho.

4.2 – Do assédio processual

Sabendo-se, ainda que sem esgotar o tema, o que é assédio moral, fenômeno cada vez mais frequente durante o desenvolvimento do contrato de trabalho, não é difícil perceber que o assédio processual é uma espécie daquele, porém, residindo não na relação de direito material, mas sim, na relação de direito processual.

A finalidade desejada pelo assediador não é a exclusão do seu adversário desta relação, pela sua exposição a situações desconfortáveis e humilhantes, mas o intento é outro: retardar a prestação jurisdicional e/ou o cumprimento das obrigações reconhecidas judicialmente, em prejuízo da outra parte, reservando a esta todos os ônus decorrentes da tramitação processual.

Entende-se, em linhas gerais, que assédio desta natureza consiste no exercício abusivo de faculdades processuais, da própria garantia da ampla defesa

e do contraditório, pois, a atuação da parte não tem a finalidade de fazer prevalecer um direito que se acredita existente, apesar da dificuldade em demonstrá-lo em juízo, nem se cuida de construção de teses sobre assuntos em relação aos quais reina discórdia nos tribunais, a exemplo de uma matéria de direito, de interpretação jurídica, complexa e de alta indagação¹².

Nada disso. O verdadeiro propósito do litigante é dissimulado, pois, sob aparência de exercício regular das faculdades processuais, deseja um resultado ilícito ou reprovável moral e eticamente, procrastinando a tramitação dos feitos e causando prejuízos à parte que tem razão, a quem se destina a tutela jurisdicional, além de colaborar para a morosidade processual, aumentando a carga de trabalho dos órgãos judiciários e consumindo recursos públicos com a prática de atos processuais que, sabidamente, jamais produzirão os efeitos (supostamente lícitos) desejados pelo litigante assediador.

Em assim agindo, o litigante que pratica o assédio processual compromete a realização do processo justo¹³.

Como dito alhures, a penalização do litigante por assédio processual é teoria que vem sendo desenvolvida em recentes estudos e ainda não é bem compreendida, necessitando de maior discussão e amadurecimento, o que explica o pouco prestígio que, por ora, vem desfrutando nos tribunais.

Mesmo no âmbito mais restrito da litigância de má-fé, com o devido respeito que merecem, não são convincentes as decisões dos tribunais, negando ou afastando condenação por esse motivo. Acabam protegendo o litigante que age dolosamente ou que é negligente em pedidos e requerimentos.

O argumento principal é justamente o apontado acima, de que deve ser garantido a todos que participam do processo, notadamente autor e réu, até as últimas consequências, o direito à ampla defesa e ao contraditório¹⁴.

12 Como ensina Luiz Guilherme Marinoni: “Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente é beneficiado. O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem. *É preciso que se perceba que o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que o autor não tem razão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar*” (*Tutela antecipatória e...*, p. 22).

13 Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “Processo justo é aquele que se realiza segundo os ditames da lei e dos princípios éticos que lhe estão à base, sabido que sem a observância desses referenciais fica perigosamente comprometida a probabilidade de que o exercício da jurisdição venha a produzir resultados úteis e justos” (*A reforma do Código de Processo Civil*, 5. ed., p. 333).

14 Assim decidindo, do mesmo modo como faz parte da doutrina processualística, esquecem que o prejuízo gerado pelo tempo do processo deve ser distribuído entre os litigantes, de preferência transferindo-o à parte que não tem razão. Nesse sentido a preciosa lição de Luiz Guilherme Marinoni: “O sistema

Não se pode negar que devedores contumazes, que têm o costume de usar o fator tempo do processo em seu favor, adoram esse discurso. Nós magistrados que o encampamos servimos de instrumento de manobra para a perpetuação de condutas reprováveis baseadas na retórica do acesso à justiça a todo custo¹⁵.

Esse discurso em prol do exercício do amplo direito de defesa, que impediria a condenação do litigante por assédio processual, é perigoso e pode levar a resultados injustos, impondo ao autor que tem razão todo o ônus da distribuição do tempo do processo.

A ampla defesa e o contraditório, inerentes ao devido processo constitucional, não devem e não podem ter essa amplitude, sob pena de produzirem efeitos que se opõem à principal finalidade da prestação jurisdicional, que é a pacificação social, através da solução dos conflitos individuais e coletivos de interesses, gerando resultados individual e socialmente justos, de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional vigente.

Parece irrecusável que a atuação revestida da intenção de causar prejuízos e/ou de alcançar vantagens ilícitas é viabilizada pelo uso de medidas processuais legalmente contempladas pelo sistema, de modo que se torna vazio de conteúdo o argumento de que se a parte as empregou, não cometeu assédio processual, mas apenas fez uso de instrumentos legitimados pelo sistema processual.

Ora, ora, tanto a atuação regular, moderada, com objetivo de fazer prevalecer interesses juridicamente protegidos, como aquela outra, que tem justamente o oposto desse escopo, são realizadas através de instrumentos

processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor. O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva” (*Tutela Antecipatória e...*, p. 17-18).

- 15 Como adverte Ovídio A. Baptista da Silva: “Temo que a consagração do princípio da ‘ampla defesa’, agora desfrutando da dignidade de estatuto constitucional, seja uma nova arma no inesgotável arsenal do conservadorismo brasileiro, cuja retórica, como dizia Pontes de Miranda, com sua aguda percepção para os fenômenos políticos e sociais, especializou-se, no mais alto grau, em alterar constantemente nossas leis e todo o sistema normativo, sem no entanto nada transformar efetivamente, de modo que o ‘diálogo’ que o poder estabelecido mantém com a nação, através das leis, se faça tão convincente quanto inócuo; e assim evitem-se as reformas estruturais de que nosso país tanto necessita” (A “plenitude da defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 163).

processuais postos à disposição dos litigantes pela lei, e nem por isso, se pode afirmar que não há como condenar alguém por assédio processual.

Esta é uma visão por demais simplista, cômoda, conservadora e sem o compromisso de fazer valer a ordem democrática e os seus objetivos, valorizando a pessoa humana, a sua dignidade e a função social de tudo que há na sociedade, para quem sabe corrigir as injustiças e diminuir as diferenças entre pessoas e classes sociais, atingindo a efetivação do princípio da igualdade material.

O Judiciário, ao não reconhecer o assédio processual, quando presente, assume a condição deliberada de aparelho ideológico do Estado, na pior de suas acepções, vestindo o figurino do personagem que tudo faz para ajudar a manter a ordem estabelecida pelas classes dominantes, ainda que injusta, e para convencer aos jurisdicionados que tudo está na mais absoluta normalidade.

Transmite a ideia de que é lícito e razoável o devedor agir abusivamente para retardar a efetivação da prestação jurisdicional, com a entrega do bem da vida ao credor, por dez, quinze, vinte ou mais anos, mesmo no âmbito da Justiça do Trabalho. Não pune satisfatoriamente aquele que nitidamente atua para esse atraso, embora as normas legais existentes possibilitem a incidência de sanções para prevenir e coibir os atos procrastinatórios, ilegais e imorais¹⁶.

O art. 187 do Código Civil de 2002, qualifica de ato ilícito aquele gerado pelo exercício imoderado de um direito, excedendo manifestamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

16 Interessante a definição que se encontra embutida na decisão abaixo transcrita, proferida pela Juíza do Trabalho Mylene Pereira Ramos, da MM. 63ª Vara do Trabalho de São Paulo: “A ré ao negar-se a cumprir o acordo judicial que celebrou com o autor, por mais de quinze anos, interpondo toda sorte de medidas processuais de modo temerário, e provocando incidentes desprovidos de fundamento, na tentativa de postergar ou impedir o andamento do feito, praticou autêntico ‘assédio processual’ contra o autor e o Poder Judiciário. (...) Frágil, perante o poderio econômico do réu, e atado o Poder Judiciário pelas malhas das normas processuais que permitiram ao réu delongar o cumprimento de sua obrigação por mais de quinze anos, nada restou ao sofrido autor do que esperar. Neste ínterim, sofreu a vergonha e a humilhação de um empregado que após 30 anos de trabalho na mesma instituição se vê por ela massacrado. A estratégia processual adotada pela ré arrastou pela via crucis não só o autor, mas também muitos outros empregados, que pelo imenso volume de processos em andamento, não conseguem receber suas verbas de natureza alimentar. Dito de outra forma, o réu onerou o Poder Judiciário, concorrendo para o sobrecarregando da Vara, requerendo o labor de vários Servidores para a movimentação do processo, atrasando o andamento dos demais. (...) O assédio processual consiste na procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária” (Processo nº 2784/2004, 63ª Vara do Trabalho de São Paulo. Sentença publicada aos 15.07.05).

Como ensina Maria Helena Diniz:

“O uso de um direito, poder ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para o qual o direito foi estabelecido.”¹⁷

Não se pode sustentar, então, que agir para procrastinar a solução final do litígio, usando os meios disponíveis no sistema processual, consiste em exercício regular de um direito, e como tal, nenhuma obrigação de reparar eventual dano causado a outra parte poderá prevalecer. Em outros termos, que, assim agindo a parte, não haveria ato ilícito, mas sim, lícito.

Não é bem essa a conclusão que se coaduna com os fundamentos de um regime democrático de direito, que pretende ser justo e igualitário para todos. Os excessos devem sim ser punidos.

É salutar que a sentença seja revista por um órgão colegiado. Nem sempre é acertada. Pode conter vícios e erros. Ou simplesmente, ainda que não seja viciada, nem contenha erros de procedimento ou de aplicação do direito, que o recurso viabilize ao vencido em primeiro grau de jurisdição tentar mais uma vez fazer vitoriosa sua tese, mormente quando se trata de matéria complexa e polêmica em doutrina e nos tribunais.

Se há efetivamente tema de ordem constitucional a ser discutido, que se oportunize ao prejudicado o exame da matéria pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo quanto ao recurso especial para o Colendo Superior Tribunal de Justiça. Esses manejos de recursos são aceitáveis. Atendem ao princípio do acesso à justiça, ao devido processo constitucional e aos seus corolários, a ampla defesa e o contraditório.

Mas não se pode eternizar a discussão, nem permitir que o vencedor, assim reconhecido na sentença, suporte sozinho os prejuízos da demora. Aquela não é mero projeto, mas sim, realidade, havendo que ter concretude e gerar efeitos favoráveis à parte tutelada pelo provimento.

Que haja oportunidades razoáveis de questionamentos em diversos graus de jurisdição, conforme a natureza, a complexidade e a polêmica gerada pela matéria em debate, mas que aquele que deseje utilizá-las suporte as

17 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 171.

conseqüências do provimento que lhe é desfavorável e não o seu adversário na demanda a quem a tutela foi prestada¹⁸.

Logo se vê que *a priori* não se pode falar em assédio processual em todos os casos em que os recursos não são providos, mas somente pelo exame das circunstâncias pertinentes a cada caso concreto poderá ser concluído se houve ou não abuso no exercício de direitos e faculdades processuais.

A Constituição Federal, em seu art. 3º, preconiza que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Estado Democrático de Direito), entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação (inciso IV). O art. 5º, *caput*, assegura a igualdade de todos perante a lei.

O art. 170, *caput*, por sua vez, promete a todos que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim possibilitar existência digna, *conforme os ditames da justiça social*. Seguindo a mesma trilha, o art. 193 dispõe que a ordem social *tem por base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*.

Diante de todas essas preciosas promessas constitucionais, que devem ser vistas como compatíveis com uma sociedade ideal, em que as pessoas devem ter condições de uma existência digna, e para tanto se deve agir para buscar implementar os escopos prescritos pela ordem constitucional vigente, não é aceitável manter-se inerte diante de atitudes procrastinatórias que prejudicam a parte que tem razão, favorecendo quem não tem, invertendo-se as prioridades da tutela jurisdicional.

A propósito, a razoável duração do processo, é também garantia constitucional, como se lê do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁹.

18 É de ser reconhecido que expressiva parcela da doutrina tem prestado contribuição para que o tempo na tramitação do processo seja um fator ignorado e pouco valorizado, como se fosse irrelevante e não repercutisse na vida do litigante que tem razão, em seu prejuízo. Como muito apropriadamente afirma Luiz Guilherme Marinoni: “O processualista também tem grande responsabilidade perante a grave questão da demora do processo. Apesar desta afirmação poder soar óbvia, é importante lembrar que parte da doutrina sempre encarou a questão da duração do processo como algo – se não exatamente irrelevante e incidente – de importância marcadamente secundária, por não ser propriamente ‘científica’. O doutrinador que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem importância ‘científica’, não só é alheio ao mundo em que vive, como também não tem a capacidade de perceber que o tempo do processo é o fundamento dogmático de um dos mais importantes temas do processo civil moderno: o da tutela antecipatória” (*Tutela antecipatória e...*, p. 18-19).

19 A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O assédio processual, necessariamente caracterizado pelo exercício de faculdades processuais, por meio de medidas amparadas na lei, e nem poderia ser diferente, já que outros canais não são conhecidos, configura-se pelo escopo pretendido pelo litigante, que pode ser deduzido pela quantidade e qualidade de suas alegações, levando em conta as particularidades de cada caso concreto, o estágio em que se encontra o processo no que se refere ao reconhecimento de direitos e a sua efetiva tutela.

Insuficiente e inadequado se torna o argumento de que o emprego das medidas processuais legais seria motivo suficiente para afastar, por si só, virtual condenação por assédio processual, já que sempre será ele praticado através de medidas processuais em princípio legítimas. O que distingue o ato regular/moderado do ato ilícito/abusivo, repita-se, é o resultado pretendido pelo assediador. O meio não importa. Quase sempre será um meio legal.

O uso excessivo de recursos processuais, ou seja, o exercício imoderado de direitos deve ser combatido. Pensar diferente seria colocar-se na contramão dos fundamentos e objetivos traçados pela Constituição vigente. Os fins da jurisdição acabam sendo abalados e frequentemente não são realizados adequadamente, diante do abuso no uso das faculdades processuais.

4.3 – Dos elementos do assédio moral

Toda contribuição doutrinária, por mais imperfeita que seja, é bem vinda para o debate, a reflexão e o amadurecimento do instituto. Destarte, alguns estudiosos, quando tentam buscar uma conceituação adequada para o assédio moral, indicam como seus elementos fundamentais a dimensão da agressão, sua duração, objetivo e potencialidade.

Esses podem ser esmiuçados assim: pertinente à dimensão, a conduta apontada como agressiva ou violenta, ainda que no campo unicamente psicológico, deve ser reiterada e repercutir na vida da vítima, constituindo-se num intenso processo que visa sua desestabilização emocional.

Relativo à duração, os ataques repetidos devem ser prolongados no tempo, não bastando para a caracterização do assédio moral apenas ato único, muitas vezes fruto de uma infelicidade ou fragilidade do agente ativo, sem a finalidade de conseguir do seu alvo uma reação que leve a um resultado premeditado.

Quanto ao objetivo, espera-se com o assédio que a vítima não pratique atos que contrariem os interesses do agressor, mas, pelo contrário, este tem o propósito de conseguir que a vítima, sentindo-se humilhada e diminuída, quase

sempre com a redução de sua autoestima, tome a iniciativa de se afastar do emprego ou sintam-se submetidas completamente à vontade do agressor, cumprindo suas orientações por mais absurdas que possam ser.

No que concerne à potencialidade da conduta agressiva, significa que as atitudes e as estratégias do agressor devem ser capazes de alcançar o resultado pretendido, de aniquilar a vítima, para que a mesma se comporte do modo desejado, não se configurando o assédio moral se, malgrado as intenções do agressor, os meios escolhidos não se mostrarem aptos a consecução dos fins pretendidos.

4.4 – Dos elementos do assédio processual

Com a identificação dos elementos objetivos do assédio moral têm-se condições de se identificar também o assédio processual, que, respeitando-se uma ou outra particularidade, reproduz os mesmos elementos anteriormente citados na conduta da parte em juízo, ainda que através do seu procurador, de modo a conseguir reduzir as expectativas do seu adversário na demanda da solução justa, adequada e tempestiva para o conflito de interesses levado a apreciação ao Judiciário.

Assim, quanto à exigência da dimensão da violência empregada, quando se cuida de atuação em juízo mostra-se presente pela quantidade de oportunidades utilizadas pelo assediador para defender seus interesses – não exatamente um direito –, criando incidentes infundados, arguindo preliminares sabidamente improcedentes, usando meios impugnativos inaptos a produzirem a reforma das decisões, sempre com o nítido propósito de emperrar a marcha processual em seu benefício e, conseqüentemente, em prejuízo da outra parte no processo.

No que diz respeito à duração da conduta reprovável, a exigência restará preenchida quando os atos praticados conferem ao assediador ganho de tempo considerável, militando em desfavor da garantia constitucional da razoável duração do processo, sempre, como corolário lógico e deliberadamente desejado, em prejuízo ao outro litigante, e ao interesse público em uma célere prestação jurisdicional²⁰.

20 Cito como exemplo, caso que conheço e vivi, por experiência na Vara em que sou o Juiz Titular: em audiência inaugural o réu ofereceu exceção de incompetência em razão do lugar, o que se deu em duas demandas (uma reclamação trabalhista e uma indenizatória de dano derivado de acidente de trabalho). Instruída e julgada a exceção, sendo a mesma rejeitada, o excipiente interpôs simultaneamente correição parcial, exceção de suspeição e recurso ordinário, cujo seguimento foi negado, porque incabível. Por isso, interpôs agravo de instrumento. Ou seja, três medidas processuais (além do agravo de instrumento)

O objetivo almejado, sem dúvida alguma, é provocar tropeços no outro litigante, para que negligencie causa, perdendo prazos processuais, deixando de realizar tempestiva e adequadamente os atos que lhe compete, descuidando dos ônus processuais, em genuíno desânimo com o destino final da demanda, tudo isso em benefício do assediador, como parece curial.

A aptidão dos atos reprováveis desenvolvidos na tramitação do processo, como sinônimo de medidas potencialmente aptas a gerar os efeitos almejados, deve ser aferida individualmente em cada caso concreto, no sentido de serem ou não capazes de causar na vítima desconfiância nas possibilidades positivas do devido processo legal, como mecanismo que pode solucionar apropriadamente o litígio e, conseqüentemente, no próprio regime democrático, descrédito nas instituições judiciárias e na eficiência da prestação jurisdicional pelo Estado²¹, pondo sob suspeita tudo e todos, quiçá desistindo da demanda, afinal, quem já não ouviu alguém dizer “isso não vai dar em nada”, ou afirmações equivalentes.

Em síntese, o assédio processual, fundado no exercício imoderado de faculdades processuais, muitas vezes qualificando-se em uma ou mais figuras dos incisos do art. 17 do CPC, consiste num conjunto de atos que tem por escopo retardar a prestação jurisdicional, causando desestímulo no adversário na demanda, por se sentir impotente e humilhado, reduzindo suas expectativas quanto ao resultado justo da solução a ser ministrada ao conflito, ensejando ao assediador vantagens processuais indevidas, podendo repercutir em ganhos de ordem patrimonial.

5 – DO ASSÉDIO PROCESSUAL E DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Há, em doutrina, algumas tentativas de se fazer distinção entre o assédio processual e a litigância de má-fé, mas o que se sucede, na verdade, é uma questão de intensidade, de grau propriamente dito, pois a prática de apenas um

para atacar uma decisão interlocutória, que sequer comportava impugnação de imediato. Na seqüência do procedimento, na demanda indenizatória por acidente de trabalho, o réu alegou prescrição extintiva, que seria analisada na sentença final, mas, não querendo aguardar o momento processual oportuno, protocolou petição requerendo que a prejudicial de mérito fosse analisada antes da audiência de instrução. O juízo a analisou, rejeitando-a. Desta decisão, começou tudo de novo, com recurso ordinário, agravo de instrumento, correição parcial e exceção de suspeição. Resumo da ópera: com esta conduta, o réu conseguiu retardar a entrega da prestação jurisdicional (pelas inevitáveis suspensões do processo) de seis a oito meses, pelo menos. Indaga-se: não se está diante de inegável caso de assédio processual?

- 21 “(...) Talvez o nosso fundamento, em defesa de um processo isonômico, seja incompreensível àqueles que estão acostumados a ver o tempo do processo como algo neutro e incapaz de prejudicar alguém. Contudo, é esta forma cômoda, mas perversa, de encarar o processo que colabora para o descrédito do povo no Poder Judiciário e para tornar letra morta a norma constitucional garantidora do acesso à Justiça.” (MARINONI, *Tutela antecipatória e...*, p. 22)

ato que possa caracterizar a parte como litigante de má-fé, ou mesmo a prática de ato atentatório à dignidade da justiça ou ao exercício da jurisdição (arts. 14, 17 e 600, do CPC), não seria suficiente, pela falta de reiteração, para caracterizar o assédio processual, mas, de outro lado, se a conduta da parte revela sucessivos atos que a enquadre como litigante de má-fé, pela repetição insistente e pelos presumíveis objetivos ilícitos, em manifesto prejuízo à parte adversária e ao exercício da jurisdição, aí sim, poderia ser classificada como assédio processual.

Não parece acertada a opinião, que vez ou outra se vê, de que o sujeito passivo da litigância de má-fé é a parte que litiga contra o assediador, ao passo que, no assédio processual as vítimas seriam a um só tempo, aquela e o Estado.

Em ambos os casos, tanto a parte que sofre as agressões diretamente, como o Estado, muitas vezes apenas indiretamente, já que não é ele propriamente o alvo escolhido pelo agressor, são sujeitos passivos da conduta reprovável, vez que os efeitos gerados, com distinção de grau (menor na litigância de má-fé e maior no assédio processual), atingem tanto os legítimos interesses da parte adversária, como os objetivos da prestação jurisdicional, e por extensão, o interesse público, já que é dever do Estado-juiz zelar pelo rápido andamento das causas (art. 765 da CLT) e de prestar jurisdição em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).

Tanto no assédio processual como na litigância de má-fé há uma considerável redução da efetividade e da celeridade do processo e da eficiência da prestação jurisdicional, colocando as instituições judiciárias em condição de impotência, diante das atitudes procrastinatórias do litigante, transmitindo à opinião pública a impressão de que o sistema judiciário não funciona a contento, é lento, é ineficiente e é incapaz de resolver seus próprios problemas internos, o que dirá os problemas dos jurisdicionados.

Processo rápido não existe em lugar nenhum do mundo, a não ser por exceção, mas não por definição e como regra geral, mas, de outro lado, prestação jurisdicional que demora demais, para que o bem da vida perseguido seja efetivamente entregue a quem tem razão, é inaceitável, e todo comportamento que venha a frustrar a garantia constitucional da razoável duração do processo deve ser combatida com rigor pelo Judiciário.

6 – DA FINALIDADE DA REPARAÇÃO

Deve ser destacado, quando se conclui que há assédio processual, ensejando a fixação de reparação pelos prejuízos que dele deriva, que a vítima

deve receber uma compensação pelo sofrimento proporcionado pela morosidade processual dolosamente provocada pelo seu *ex adverso*, e ainda, o caráter pedagógico e repressivo jacente à idéia de indenização dos prejuízos imateriais.

A fixação de indenização, nesse caso, acaba por constituir em instrumento destinado a tornar realidade a propalada e desejada efetividade processual, desestimulando a chicana e os atos tendentes a tornar demorada a prestação jurisdicional e a efetivação do comando emanado do provimento jurisdicional condenatório.

Abstratamente examinada a questão, tornando-se uma constante nas decisões de magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição, é previsível que servirá para desencorajar tanto aquele que foi condenado, em outros processos, atuais e futuros, como a outros litigantes, deixando de ser atraente retardar o cumprimento da obrigação reconhecida em definitivo em decisão judicial.

Tanto quanto em qualquer indenização que se arbitre por lesão a bens imateriais, ou seja, insuscetíveis de avaliação econômica, por se configurarem em situações jurídicas não patrimoniais, nem por isso órfão de tutela jurídica, a reparação por assédio processual cumpre três funções básicas: compensatória (para amenizar o sofrimento da vítima), pedagógica (ensinando ao infrator que o mesmo não deve agir desse modo, sob pena de sofrer um prejuízo material) e repressiva (tornando desinteressante ao infrator reiteração de conduta dessa ordem).

A relação processual se de um lado, não é exatamente um contrato, já que as partes e os demais participantes da mesma, claro que não apenas por esta razão, não estipulam voluntariamente direitos e obrigações processuais, a não ser excepcionalmente, mas, são jungidas, em regra, ao que dispõe o ordenamento jurídico, de outro lado, cria vínculos jurídicos, envolvendo os litigantes e o juiz, podendo atrair terceiros intervenientes, a depender de cada situação, todos devendo tratar-se reciprocamente com respeito, lealdade e consideração.

Em juízo se discutem fatos e direitos que têm origem numa relação jurídica contratual, em sua maioria, como se dá com o contrato de trabalho e os conflitos por ele gerados e submetidos à Justiça do Trabalho para solução, sendo dever dos contratantes guardarem, como se nota do art. 422 do Código Civil de 2002, durante a execução e na conclusão dos contratos (das obrigações deles derivadas) os princípios de probidade e boa-fé.

Esta regra, conquanto concebida para os contratos regulados pelo direito civil, pode e deve ser aplicada, porque não há incompatibilidade, em todas as

modalidades contratuais, cujas fontes normativas regentes provêm de outros ramos do direito, como se sucede com o contrato de trabalho.

Portanto, se em juízo, depois de concluído o contrato de trabalho, ou mesmo se este ainda estiver em curso, discute-se a existência de direitos não satisfeitos, ou seja, o descumprimento de obrigações contratuais, por parte do trabalhador ou do empregador, parece razoável entender-se que as partes da relação de direito material continuam obrigadas a se respeitarem, agindo com probidade e boa-fé.

Havendo excessos por parte de uma delas, quando atuando em juízo, impondo dano a bens imateriais a outra parte, causando-lhe sofrimento provocado pela angústia da espera, pela incerteza do resultado, pela insegurança quanto ao futuro, pela necessidade do bem sonogado, pela impossibilidade de realização de objetivos (que necessitam do cumprimento da obrigação pelo seu adversário na demanda), pelo adiamento de sonhos e expectativas, pelo tratamento de saúde que aguarda recursos, pelo presente do filho prometido e não cumprido e pela viagem com a família há tanto tempo planejada, entre tantas outras situações que poderiam ser imaginadas, mesmo depois de provado em juízo que seus direitos foram violados e mesmo recebendo provimento judicial favorável, parece certo que não se mostra justo deixar de apenar aquele que deu causa a todo esse sofrimento²².

Afirmar que não se pode condenar em reparação dessa ordem porque a atuação em juízo se conforma com as normas processuais vigentes, repugna às ideias de justiça, dignidade humana e igualdade, verdadeiros valores consagrados pela ordem constitucional.

Jamais poderá ser aceito o entendimento de que a garantia do amplo direito de defesa justifica que se deem tantas oportunidades a quem descumpre a lei, sem impor nenhuma sanção quando derrotado em sucessivas tentativas de retardar a prestação jurisdicional ou a efetivação dos provimentos jurisdicionais.

22 Como muito bem lembra Luiz Guilherme Marinoni, sobre os males do tempo do processo em relação àquele que tem razão: “Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça. Isto para não se falar nos danos econômicos, frequentemente graves, que podem ser impostos à parte autora pela demora do processo e pela consequente imobilização de bens e capitais” (*Tutela antecipatória e...*, p. 17).

Outro aspecto que é conveniente ressaltar prende-se ao fato de que as obrigações oriundas do contrato de trabalho, cabíveis ao empregador, via de regra se revestem de natureza alimentar, na medida em que a principal delas, o pagamento da remuneração pelos serviços prestados, destina-se à satisfação de necessidades vitais do trabalhador e sua família (alimentação, vestuário, moradia, educação, saúde, lazer, higiene etc.).

A natureza alimentar do crédito trabalhista por certo não se compatibiliza com a conduta do empregador na sua atuação em juízo, visando retardar a entrega do bem da vida ao trabalhador que tem razão, sob pena de perder sua função e gerar danos irreparáveis ou de difícil reparação, o que exige maior rigor na repressão aos atos processuais com esse propósito²³.

Já não é sem tempo de a doutrina, igualmente, atuar nesta frente de batalha, buscando alternativas viáveis perante o ordenamento jurídico que possam penalizar aquele que impõe prejuízo ao outro litigante, por atos unicamente protelatórios²⁴.

7 – DA REPARAÇÃO *EX OFFICIO*

A imposição da obrigação de reparar os danos ao litigante que comete assédio processual não depende de requerimento do lesado, porque antes de visar compensar os transtornos causados a este, tem por escopo preservar e defender o exercício da jurisdição e a autoridade que deve ser creditada às decisões jurisdicionais.

Há o interesse público em coibir os excessos verificados em condutas contrárias à boa-fé, aos bons costumes, à moral e à ética e à lealdade processual, garantindo credibilidade e eficiência ao processo, enquanto instrumento da

23 “O abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido – hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante. Poucos se dão conta que, em regra, o autor pretende uma modificação da realidade empírica, e o réu deseja a manutenção do *status quo*. Essa percepção – até banal – da verdadeira realidade do processo civil é fundamental para a compreensão da problemática do tempo do processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 328)

24 “É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão.” (MARINONI, *Tutela antecipatória e...*, p. 15)

jurisdição, meio civilizado e democrático, necessário ao próprio exercício do poder jurisdicional pelo Estado-juiz.

É do interesse da coletividade que as normas legais e os contratos sejam cumpridos voluntariamente e que os inadimplementos encontrem resistência adequada e tempestiva no sistema processual, quando provocado pelos prejudicados, gerando segurança jurídica e garantindo a estabilidade das relações jurídicas.

Quando, ao inverso disso, as pessoas mal intencionadas percebem que é mais vantajoso descumprir suas obrigações legais e contratuais, porque o risco que correm se acionadas em juízo não é de grande monta, podendo usar e abusar de todas as faculdades processuais disponíveis no sistema para protelar o cumprimento da obrigação, sem que com isso sofram penalizações, instaura-se um clima de desconfiança na lei e nas instituições judiciárias, de verdadeira insegurança generalizada, reduzindo o nível de convivência pacífica e aumentando o grau de violência e de tentativas de se fazer justiça com as próprias mãos.

Como se observa, é do interesse da sociedade e do Estado que o litigante que reiteradamente age de má-fé, abusivamente ou imoderadamente, com o claro intuito de protelar a entrega da prestação jurisdicional ou o cumprimento de obrigações já reconhecidas em juízo, seja penalizado, não apenas com multas pecuniárias, mas compensando o sofrimento causado à outra parte por meio de uma quantia em dinheiro, que poderá ser arbitrada pelo juízo, independentemente requerimento expresso da vítima.

8 – CONCLUSÕES

O objetivo desse texto, conforme explicitado em sua introdução, não é esgotar o assunto tratado, nem posicionar-se de forma definitiva sobre as mais variadas polêmicas que suscita, mas sim, contribuir, mesmo que timidamente, para enriquecer o debate sobre ele, que ultimamente tem surgido com maior intensidade entre os operadores jurídicos, notadamente depois da EC 45/2004, que acrescentou ao art. 5º da Constituição, o inciso LXXVIII, garantido a todos a razoável duração do processo.

Nessa perspectiva, como recomendam os estudos de metodologia da pesquisa, aplicáveis a um texto que tenha a pretensão de ser minimamente científico, cumpre nesse fechamento apresentar algumas conclusões sobre os aspectos abordados no desenvolvimento da matéria.

O assédio processual, seguramente, não é o único responsável pela demora na prestação jurisdicional e pela efetivação das decisões judiciais, mas

é uma das causas da morosidade da Justiça, tão indesejada pela sociedade quanto combatida pela ciência processual, favorecido pelo sistema legal vigente, marcado por uma burocracia gigantesca, muitas vezes inútil, sob o pretexto de prestigiar a segurança jurídica, como se esta fosse mais importante que a produção de resultados justos, individual e coletivamente, pela atividade jurisdicional.

Aquele que tem o propósito de retardar a entrega da prestação jurisdicional ou a efetivação da decisão judicial alega e recorre quantas vezes quiser, sem qualquer constrangimento, ainda que sofra sucessivas derrotas, muitas vezes com teses que colidem com a Constituição e a lei, desprovidas de fundamentos consistentes e de um mínimo de razoabilidade e de possibilidade de êxito, até mesmo contra texto expresso de lei ou de jurisprudência sedimentada nos tribunais superiores, em incansável repetição de recursos sobre matérias já decididas milhares de vezes em sentido inverso ao sustentado.

No âmbito da Justiça do Trabalho percebe-se, em expressiva quantidade de casos, ilimitada tolerância com a litigância de má-fé e com o assédio processual, que muitas vezes abdica do poder de punir quem assim age, cujas decisões se escudam na invocação da garantia do devido processo constitucional, com seus corolários, quais sejam, o direito a ampla defesa e ao contraditório, quando, para o bem da Justiça, não se poderia permitir tantas oportunidades de participação no processo com escopos ilícitos, imorais ou contrários aos bons costumes e ao exercício da jurisdição.

Tratando-se de verbas de cunho alimentar, a chicana e a procrastinação do processo praticadas pelos empregadores em sua atuação em juízo, acarretam presumíveis e graves consequências ao trabalhador, que se vê privado de recursos para satisfazer suas necessidades mais prementes, adiando sonhos e a realização de objetivos, diminuindo expectativas e pondo em descrédito a própria Justiça do Trabalho e sua capacidade de pacificar, resolvendo tempestiva e adequadamente os litígios.

O assédio processual, como parece cristalino, sempre é praticado através do uso de meios processuais legais, e nem por isso, há óbice ao seu reconhecimento e a aplicação das penalidades cabíveis. Não são os meios empregados pelo assediador, mas o excesso e a ilicitude do resultado pretendido que devem ser coibidos com rigor.

Com efeito, o que caracteriza o assédio processual não é o exercício moderado dos direitos e faculdades processuais, mas o abuso e o excesso no emprego de meios legalmente contemplados pelo ordenamento jurídico, para a defesa de direitos ameaçados ou violados.

DOCTRINA

A condenação do assediador por assédio processual, semelhante ao que ocorre com a reparação do dano imaterial, na prática, cumpre três funções: compensatória, pedagógica e repressiva, tornando desinteressante ao infrator a reiteração de condutas desta ordem.

Os danos causados a outra parte no processo não precisam ser provados, já que não se trata de danos materiais, embora esses também possam estar presentes, mas são presumidos pela gravidade da conduta do assediador e pelo tempo que conseguiu ganhar, em prejuízo aos direitos daquele que tem razão, a quem se destina a tutela jurisdicional. Bens e interesses imateriais juridicamente protegidos, na maioria dos casos, são os atingidos pelo assédio processual.

O apenamento do litigante assediador não exige requerimento da vítima, mas pode ser imposto *ex officio* pelo juiz, já que o dano não se limita a esfera do *ex adverso*, mas atinge a própria confiabilidade, eficiência e credibilidade das instituições judiciárias, militando em desfavor da garantia constitucional da razoável duração do processo, havendo interesse público na punição do agressor.

Por derradeiro, *a priori*, não se pode estabelecer uma regra única que possa ser a base para a condenação por assédio processual, pois, somente as particularidades do caso concreto, aliadas aos elementos genéricos e abstratos daquele, poderão levar a um convencimento sólido sobre sua caracterização.

BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da constituição*. Curitiba: Juruá, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOUTRINA

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

PAIM, Nilton Rangel Barretto; HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual no processo do trabalho. *Revista LTr* 70-09/1112, v. 70, n. 09, São Paulo, LTr, set. 2006.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. *Celeridade processual e segurança jurídica*. Disponível em: <<http://tst.gov.br>>. Acesso em: 01 nov 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude da defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CONSECTÁRIOS DA OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ DA EMPREGADA NO CURSO DO PRAZO DO AVISO PRÉVIO

Christiana D'arc Damasceno Oliveira*

1 – INTRODUÇÃO

A fluem no cotidiano trabalhista demandas relacionadas à dispensa sem justa causa de trabalhadora cujo início de gravidez se sucedeu durante o prazo do aviso prévio, quando já realizada à empregada a cientificação pelo polo patronal do intento de pôr cobro ao contrato de emprego.

O tema, sempre atual e de incidência recorrente, envolve controvérsia substancial no que diz respeito à caracterização ou não de garantia de emprego em hipóteses tais.

Constitui cerne do presente artigo a análise dos consectários desse panorama, que revela importância prática, embora envolvendo dissonância científica e jurisprudencial.

2 – DISPENSA IMOTIVADA DA EMPREGADA GESTANTE: TRATO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Estabelece o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que, dentre os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, figura a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Por sua vez, abordando a temática da trabalhadora grávida, preceitua o art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

* *Juíza do Trabalho na 14ª Região (AC e RO); Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC Minas; Especialista em Direito Processual pela PUC Minas; Pós-Graduada em Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha); Ex-Auditora Fiscal do Trabalho.*

(ADCT), que até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, inciso I, da Constituição, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A Constituição alberga no particular hipótese clara de garantia de emprego, motivo pelo qual, em havendo o início da gestação ainda no bojo do liame empregatício, é defeso ao empregador realizar a dispensa sem justa causa da obreira.

Vale dizer, na hipótese de inobservância pelo tomador de serviços da proscrição imperativa contida no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, resulta viável a reintegração da trabalhadora, com o pagamento de todos os salários e demais direitos relativos ao período de afastamento.

Não se trata nesse caso evidentemente de estabilidade, mas de garantia de emprego, também denominada estabilidade provisória, conforme se depreende da preciosa lição de Maurício Godinho Delgado:

“Estabilidade (...) é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador. (...)

Garantia de emprego, por sua vez, (...) é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando).”¹

A garantia de emprego à empregada gestante tem nítido caráter protetivo da mãe e do nascituro, objetivando, nos moldes dos arts. 5º, inciso XIII, e 7º, inciso XXX, da CF, ilidir a discriminação da trabalhadora que engravida no transcorrer do liame, além de assegurar condições, senão satisfatórias, basilares, para que haja segurança social e financeira nos momentos iniciais da geração de uma nova vida, bem como nos primeiros meses após o nascimento da criança.

1 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1242 e 1248-1249.

DOCTRINA

Também demonstram a preocupação do legislador constituinte originário com a proteção da gestante, apesar de não se tratarem de dispositivos relativos à garantia de emprego em si, o art. 6º (que consagra como direitos sociais, entre outros, o trabalho, a proteção à maternidade e à infância) e o art. 7º, inciso XVIII (licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário), XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas), além do art. 201, inciso II; todos da Constituição Federal.

No plano infraconstitucional, o art. 4º-A, da Lei nº 5.859, de 11.12.1972, introduzido pela Lei nº 11.324, de 19.07.2006, estendeu igualmente às empregadas domésticas a garantia de emprego em virtude de gravidez, ampliando o rol de direitos fundamentais trabalhistas específicos atribuído a tal categoria de trabalhadores no art. 7º, parágrafo único, da CF.

Igualmente em conformidade com a orientação de conferir proteção à trabalhadora gestante, apresenta destacado relevo a Lei nº 9.029/1995, que “proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de *permanência* da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências” (grifo nosso).

Reza a Lei nº 9.029/1995 em seu art. 1º:

“Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou *sua manutenção*, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.” (grifo nosso)

Assevera a mesma Lei nº 9.029/1995, em seu art. 2º, que constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

“Art. 2º (...)

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar,

realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.”

O art. 4º da lei em foco, nas hipóteses de comprovação de que a dispensa teve um cunho discriminatório, prevê ainda como consequências:

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”

Todavia, indispensável realçar que, no que toca à empregada gestante, independentemente de caracterização da presença de um viés discriminatório em sua dispensa, e ainda que não tenham ciência o empregador ou a trabalhadora do estado gravídico à época da terminação contratual (Súmula nº 244, I, do TST), a reintegração será medida imperativa², em virtude da subsistência de garantia de emprego.

3 – INTERFACES ENTRE O INÍCIO DA GRAVIDEZ DURANTE O PRAZO DO AVISO PRÉVIO E O ART. 10, INCISO II, DO ADCT

Dificuldades podem surgir nos casos em que a gravidez da trabalhadora ocorre quando já iniciado o curso do período de aviso prévio, nas hipóteses em que já realizada a expressa cientificação pelo tomador de serviços à empregada de que ocorrerá o desenlace do ajuste.

No âmbito judicial, a cada dia têm sido mais comum lides em que, de um lado, argumenta-se que, à época do ensejo efetivo do liame laboral, a trabalhadora seria detentora de garantia de emprego diante da gravidez iniciada ainda no curso do aviso, com os pedidos correlatos a tal panorama, aduzindo-se, de outro lado, que afastaria a ocorrência da garantia de emprego a concretização da gravidez apenas quando já expressado de modo incontestado o

2 A reintegração não prevalece, por óbvio, nas hipóteses concretas subsumíveis ao art. 496 da CLT, em havendo incompatibilidade insuperável entre os sujeitos da relação empregatícia ou no que alude às circunstâncias para a prestação do trabalho, caso em que, de todo modo, remanesce a obrigação de pagamento dos salários e demais consectários do período frustrado da garantia de emprego.

objetivo do polo patronal de não mais conferir continuidade ao liame, com o curso de fruição pela empregada de período de aviso prévio decorrente de dispensa sem justa causa³.

Em reforço às assertivas relativas ao não reconhecimento de garantia de emprego à gestante na circunstância ora apreciada, também é apresentada a assertiva de que a medida poderia estimular que, a fim de evitar o término do contrato, trabalhadoras propositadamente engravidassem durante o período de aviso prévio.

Nesse aspecto, embate que também emerge se atrela aos efeitos no contrato da dação de aviso prévio, especificamente no que diz respeito a se essa manifestação de vontade caracteriza ou não linde que afasta a incidência da garantia de emprego à gestante.

Da análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam da matéria, a que se fez referência no item anterior, avulta que o intuito da Constituição Federal é assegurar o emprego contra a rescisão unilateral do contrato por iniciativa do empregador, almejando impedir que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução se afigure como causa de discriminação, com embaraços ao exercício do seu direito ao e do trabalho⁴.

Nas hipóteses de gravidez obreira anterior à data da dispensa, ainda que no curso do período de aviso prévio, a responsabilidade do empregador é objetiva, sendo despidendo inclusive o conhecimento dos sujeitos da relação de emprego quanto àquela circunstância para o fim de viabilizar as vantagens insertas no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT.

É que, ao incluir em seu rol a aludida proteção, a Constituição Federal prescindiu do critério subjetivo (ciência da gravidez), lastreando-se em dados com o fito de resguardar os fins sociais de proteção à maternidade e ao nascituro, independentemente da comprovação da gravidez perante o empregador, sendo certo que esse manto protetivo advém da ocorrência da fecundação, por figurar como destinatária da norma a vida em gestação (TST, E-RR 614859/1999.0, SBDI-1, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ de 15.04.2005).

A propósito, o teor da Súmula nº 244 do TST:

3 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Confirmação da gravidez durante aviso prévio não dá direito à estabilidade*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8504&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=gestante>. Acesso em: 01 jun. 2008.

4 TRT 3ª Região, RO 14123/97, 2ª Turma, Relª Juíza Alice Monteiro de Barros, DJ de 17.04.98.

“SUM-244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 88 e 196 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, do ADCT). (ex-OJ 88 da SBDI-1 – DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.2004)

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula nº 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.” (ex-OJ 196 da SBDI-1 – inserida em 08.11.2000).

Ademais, por expressa disposição legal, acresça-se que o período do aviso prévio, ainda que indenizado, integra *sempre* o contrato de emprego, o qual permanece a surtir efeitos, a teor do art. 487, § 1º, *in fine*, da CLT⁵, não se podendo afirmar que já houve encerramento do liame pela mera feitura do aviso.

Nesse compasso, mesmo para fins de anotação da baixa do liame, preceitua a OJ 82 da SBDI-I do TST que “*a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado*”.

Disso decorre que somente fica afastada a garantia de emprego acaso ocorrido o suposto fato gerador correspondente após o fim do aviso prévio em si, indenizado ou não.

Importa ter em mente que não se aplica à hipótese a disposição desfavorável contida na primeira parte da Súmula nº 371, do TST, que dispõe que não se caracteriza a garantia de emprego nas situações de superveniência

5 CLT. “Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução (...) § 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida *sempre* a integração desse período no seu tempo de serviço.” (grifo nosso)

de auxílio-doença no curso do prazo de aviso prévio, por tratar-se de preceito que se direciona unicamente à hipótese nele tratada, não podendo, por deter caráter deletério, comportar interpretação ampliativa no sentido de afetar situações distintas.

Além da necessidade de tutela ao estado gravídico da trabalhadora, não se pode olvidar o art. 1º, incisos II, III e IV, voltados para o resguardo dos fundamentos do Estado Democrático de Direito atinentes à cidadania, à dignidade e aos valores sociais do trabalho, respectivamente; bem como dos objetivos fundamentais retratados no art. 3º, incisos I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”), III (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”) e IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”); todos da CF.

Outrossim, o art. 226, *caput*, da Constituição Federal fixa que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e logo em seu § 4º aduz que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Ademais, o art. 227 da Carta da República dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A tais preceitos, alia-se o norte teleológico das prescrições contidas em diversos instrumentos internacionais, tais como: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959; e Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, todos da ONU; Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convenção nº 103 da OIT (Convenção sobre a Proteção da Maternidade); ao que se juntem o princípio da proteção integral no atendimento à criança e ao adolescente e a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Não bastasse, no ordenamento jurídico brasileiro, aliam-se a função social da empresa e da propriedade, porquanto se de um giro a propriedade se trata de um direito fundamental (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal), a Constituição também estabelece, logo no art. 5º, inciso XXIII, com redação imperativa, que deve ela cumprir sua função social (“a propriedade atenderá a

sua função social”), preceito repetido no respectivo art. 170, *caput*, incisos III (função social da propriedade) e VIII (busca do pleno emprego), ao tratar dos princípios da ordem econômica e financeira, assim também no art. 193 da norma constitucional, que acentua que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Rememore-se ainda que, diante da técnica utilizada nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, em circunstâncias concretas, sujeitam-se a propriedade e o exercício da livre iniciativa à ponderação com outros direitos assegurados também em patamar de fundamentalidade.

De efeito, a interpretação das categorias normativas deve ser destinada a conferir concretude aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, no sentido de potencialização do alcance da dignidade da pessoa humana.

Sendo a garantia de emprego da gestante no curso do prazo do período de aviso prévio um direito passível de ser suscitado pela trabalhadora empregada perante o respectivo tomador de serviços, óticas evolutivas e dinâmicas de análise das normas são necessárias a fim de que seu direito não finde esvaziado.

Dada a inserção da pessoa humana no centro gravitacional do ordenamento, e estando os direitos fundamentais na base que confere sustentação ao sistema jurídico, não podem ser eles obliterados, seja na relação do cidadão com o Estado, seja no setor privado, diante das eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

A concretização da dispensa sem justa causa da trabalhadora gestante, cuja gravidez teve início mesmo no curso do prazo do aviso prévio, por consubstanciar-se em panorama vedado em decorrência de proteção albergada em legislação heterônoma (constitucional e infraconstitucional), compromete a validade do ato do tomador de serviços.

Por conseguinte, sendo patente a nulidade do ato, impõe-se o restabelecimento do *status quo ante* no que tange aos sujeitos do contrato, por meio da reintegração ao emprego da trabalhadora gestante, com o pagamento de todas as vantagens pecuniárias do período de afastamento, ou, em não sendo a reintegração viável diante de incompatibilidade emergente entre os sujeitos do pacto empregatício ou no que tange às circunstâncias a ele alusivas (exegese do art. 496 da CLT), resta cabível a conversão do período de garantia provisória de emprego em indenização compensatória, impondo-se ao tomador de serviços a quitação de indenização que compreenda os salários e demais verbas contabilizados quanto ao período de garantia obstada, o qual se estende até o marco temporal de cinco meses após o parto.

DOCTRINA

Vale destacar que é importante ter cautela, no entanto, com a apresentação pelos tomadores de serviço de eventuais estratégias em esfera judicial objetivando caracterizar falta grave da empregada no curso do período de aviso, a fim de afastar a garantia de emprego em foco.

Não raro, somente no âmbito judicial, já em seara defensiva, embora reconhecendo que foi destinado à empregada aviso prévio, instituto cediçamente incompatível com uma dispensa com justa causa, pretendem os tomadores de serviços aduzir que o fim contratual adveio de condutas típicas trabalhistas obreiras.

Embora não se possa afastar evidentemente a caracterização de quadro de similar natureza, a prática demonstra que, no mais das vezes, a imputação da falta apenas tem o intuito de tentar obstar a garantia de emprego, o que requer atenção dos atuantes na esfera jurídica, objetivando evitar seja avalizada a má-fé e o uso abusivo de direito.

Consabido que, em havendo a iniciativa do empregador de encerrar o contrato *sponte propria*, sem imputar ao(à) trabalhador(a) por ocasião do término da avença qualquer motivação tangente a conduta típica trabalhista, não pode já em Juízo, em sede de contestação, transmudar a versão fática, com vistas a construir tese destinada a elidir a fruição pelo(a) obreiro(a) dos direitos que por norma cogente lhe são assegurados.

De todo modo, observe-se que, no que diz respeito à modalidade de terminação contratual, a tese de suposta dispensa motivada por justa causa obreira transfere para o polo patronal o ônus probatório correspondente, já que o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao (à) trabalhador (a), a transferir para o ex-empregador o encargo de provar o modo como se deu o fim do ajuste.

4 – HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Denotando hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais, no sentido de conferir, no plano da realidade da vida, amplo resguardo a direitos dotados de fundamentalidade afetos ao âmbito das relações de trabalho, tem emergido julgados importantes de lavra do Tribunal Superior do Trabalho, por meios dos quais se reconheceu a garantia de emprego à gestante cujo início de gravidez adveio no decorrer do prazo do aviso prévio. Nesse sentido, as seguintes ementas:

“RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIREITO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 371/TST. 1. O legislador constituinte, visando a garantir ao nascituro – como reflexo da própria dignidade da pessoa humana consagrada no art. 1º, III, da Constituição da República – condições mínimas de sobrevivência e a efetivar a proteção à maternidade a que se refere o art. 6º da Carta Política –, optou por conceder à mãe – amparo primeiro – a estabilidade provisória, a fim de lhe assegurar, por meio do emprego, durante o período gestacional e os meses iniciais da criança, os recursos necessários para uma alimentação saudável, cuidados com a saúde, habitação etc. 2. O entendimento consolidado no âmbito deste Tribunal Superior do Trabalho ancora-se na compreensão de que a estabilidade objeto do art. 10, II, *b*, do ADCT, objetivando a proteção do nascituro, resguarda-o, de forma objetiva, concedendo garantia de emprego à empregada gestante desde a concepção até cinco meses após o parto, independentemente do desconhecimento do estado gravídico pelo empregador (Súmula nº 244, I, TST) e, até mesmo pela empregada. Nessa linha, firmou-se a jurisprudência no sentido de que o desconhecimento da gravidez pelo empregador não afasta o direito à proteção constitucional à maternidade. Basta à aquisição da estabilidade provisória a concepção ao tempo do vínculo empregatício. 3. Sendo o aviso prévio instituto que se caracteriza pela comunicação de uma parte à outra sobre sua intenção de ruptura contratual, a ser efetivada em data futura observado o prazo mínimo de 30 dias, constitucionalmente estabelecido, dúvida não há, diante inclusive do direito posto (art. 487, § 1º, da CLT), acerca da manutenção do vínculo no período correspondente. Tanto é que a OJ 82 da SDI-I orienta no sentido de que a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado. 4. Conjugada a diretriz da Súmula nº 244/TST com a da OJ 82 da SDI-I, tem-se que, ocorrida a concepção no curso do aviso prévio, indenizado ou não, porquanto vigente o contrato de trabalho, há a incidência da garantia de emprego a que se refere o art. 10, II, *b*, do ADCT, a resguardar a gestante contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa. 5. A proteção constitucional à maternidade deve ser suportada por toda a sociedade e se manifesta também na função social da empresa. Quando o constituinte estabeleceu que a ordem econômica deve se atentar para o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), atingiu a empresa que é uma das unidades econômicas mais importantes no hodierno sistema capitalista. Nessa direção Enzo Roppo

observa, com acerto, que o atual processo econômico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade em sua acepção clássica. Ao esquadrihar a dicção do mencionado dispositivo constitucional, Eros Grau sublinha: ‘O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou a quem detém o poder de controle na empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos, prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer ao detentor do poder que deflui da propriedade. Indubitavelmente, essa imposição de comportamento positivo ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (arts. 1º, 3º, 6º, 170 e 193, todos da CF)’ (José Affonso Dallegrave Neto. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 335).

6. Não há falar em contrariedade à Súmula nº 371/TST, pois os precedentes listados no *site* desta Corte – que deram origem à primeira parte do aludido verbete – não versam sobre a estabilidade da gestante, limitando-se ao exame da projeção do aviso prévio sob o enfoque da garantia de emprego do dirigente sindical, do alcance dos benefícios instituídos por negociação coletiva, ou da aplicação retroativa de normas coletivas.

7. Diante da estatura constitucional da garantia, a estabilidade da gestante guarda maior afinidade com o norte presente na segunda parte da Súmula nº 371/TST, que incorporou a diretriz da OJ 135 de seguinte teor: ‘os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho’.

8. Tem-se por incabível exegese restritiva de norma constitucional que garante, de forma ampla, às empregadas gestantes a manutenção do emprego e a respectiva licença, quando o bem tutelado, em última análise, é a própria vida do nascituro. Apesar de a gravidez não ser patologia, trabalhadora grávida ostenta a mesma fragilidade laboral que se evidencia nos empregados acometidos por doença, sendo mínimas as chances de obter novo emprego enquanto perdurar o estado gravídico e o período de amamentação inicial – que, não por acaso, coincide com o tempo da garantia de emprego.

9. Considerando a subsistência do contrato de trabalho no prazo do aviso prévio, a dignidade da pessoa humana, a

função social da empresa, a proteção à maternidade e a regra insculpida no art. 10, II, *b*, do ADCT, razoável a interpretação regional no sentido do alcance da garantia de emprego à empregada que engravida no período do aviso prévio indenizado. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, e não-provido.” (TST, RR 2211/2007-202-04-00, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ de 27.11.2009)

“RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. AQUISIÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. A respeito do aviso prévio, José Augusto Rodrigues Pinto, valendo-se dos ensinamentos de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, entende que (...) o aviso prévio é uma declaração receptícia de vontade (pois o destinatário não pode opor-se à aceitação de seus efeitos), de efeito *ex nunc*, correspondendo à idéia de que o pré-avisante pretende denunciar o contrato sem justa causa, como entende, com muita lucidez, Messias Donato (*Tratado de direito material do trabalho*, LTr, fl. 589). Para o mestre baiano: ‘Há uma tendência impulsiva e inadvertida para se considerar o aviso prévio um efeito da extinção do contrato individual de emprego. A idéia é, evidentemente, enganosa. O aviso prévio, consoante sua própria adjetivação, precede a extinção contratual (...)’. (idem, p. 581). Diante do quadro fático registrado pelo e. TRT, a autora deixou o trabalho em 01.09.2004 e os exames laboratoriais comprovaram que a gravidez ocorreu em 05.09.2004. Com a projeção do aviso prévio, ainda que indenizado, o contrato de trabalho efetivamente encerrou-se em 01.10.2004. Verifica-se, portanto, que a reclamante ficou grávida ainda na vigência do pacto laboral, estando, pois, protegida pela estabilidade prevista no art. 10, II, *b*, ADCT. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. REESTRUTURAÇÃO NA EMPRESA. A tese do e. TRT foi a de que o contrato de franquia implicaria a condição de preposta da SGP, Solução de Gestão de Pessoal Ltda., de modo a atrair a aplicação do art. 932 do CCB de 2002. E sob tal enfoque, nenhum dos arestos trazidos a cotejo explicita tal tese. Incidência da Súmula nº 296/TST. A argumentação das empresas de que não houve reestruturação esbarra no óbice da Súmula nº 126/TST, porquanto contraria expressamente o que afirmado pelo e. TRT. E, por fim, registrado que a reestruturação ocorrida teve como objeto a prestação de serviços, constata-se que a atribuição de responsabilidade subsidiária à tomadora encontra-se em conformidade com o item IV da Súmula nº 331/TST. Recurso de revista parcialmente conhecido e não provido.” (TST, RR 171/2005-004-12-00, 6ª T., Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ de 28.08.2009)

DOCTRINA

Cabe registrar que, também em temática que se correlaciona à garantia de emprego da gestante, reconheceu o TST, em julgado de abril 2009 (com esteio nos valores fundamentais da vida e da proteção do nascituro)⁶, a incidência do instituto em apreço mesmo em situação de nulidade contratual oriunda da contratação de trabalhadora pela Administração Pública sem observância da regra constitucional do concurso público (art. 37 da CF e Súmula nº 363 do TST)⁷.

Não se olvide que os direitos fundamentais são mecanismos que tornam viável o acesso aos meios materiais e imateriais necessários à fruição de uma vida digna, tornando possível o desenvolvimento de potencialidades humanas, no sentido de conferir resguardo à dignidade.

Destaca Joaquín Herrera Flores que todo embate pelo reconhecimento de direitos humanos (e, por conseguinte, por direitos fundamentais) começa com uma necessidade situada no espaço e no tempo, que é reconhecida pelos indivíduos e por eles compartilhada, pelo que se transmuda a necessidade em um valor (ou valores). A partir do momento em que tais valores (provenientes de necessidades concretas) recebem reconhecimento jurídico e político, com fixação de amarras à ação estatal e dos particulares nas relações que se entremostam, resultam por conferir sentido às ações humanas individuais e coletivas, sendo aí definida a ideia de dignidade da pessoa humana⁸.

A relevância de postura concretizadora dos direitos fundamentais, seja em sede de controle concentrado (STF) seja em seara de controle difuso (qualquer juiz ou Tribunal), é ainda mais acentuada na contemporaneidade, inclusive a fim de que eventual argumento de óbices à regulamentação ou à concretização, não exsurjam como caminho para a frustração dos direitos fundamentais integrantes do bloco de constitucionalidade, no sentido de dar azo à hermenêutica que preserve a dignidade do trabalhador e normas a ele correlatas e a inclusão social pelo trabalho.

6 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Sexta Turma concede estabilidade à gestante mesmo em contrato nulo*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9263&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 25 maio 2009.

7 TST. Súmula nº 363. “CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

8 FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

5 – CONCLUSÃO

A ocorrência de gravidez da trabalhadora, mesmo no curso do prazo de aviso prévio, em ótica evolutiva e em harmonia com as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, que versam sobre a matéria, acarreta a garantia de emprego em favor do polo obreiro, motivo pelo qual se evidencia aí a impossibilidade da dispensa sem justa causa pelo tomador de serviços. Ocorrendo a terminação contratual em casos tais, exsurge à trabalhadora gestante o direito de demandar a correlata reintegração, com o pagamento pelo tomador de serviços de todas as vantagens pecuniárias do período do afastamento, ou, na hipótese de incompatibilidade entre os sujeitos ativos do pacto empregatício ou no que tange às circunstâncias relativas ao liame, cabível a quitação de todos os salários e consectários correspondentes do período de garantia de emprego obstada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Confirmação da gravidez durante aviso prévio não dá direito à estabilidade*. Notícia veiculada na Internet. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8504&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=gestante>. Acesso em: 01 jun. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Sexta Turma concede estabilidade à gestante mesmo em contrato nulo*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9263&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 25 maio 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

Notas e Comentários

TST EMPOSSA NOVO MINISTRO

O desembargador federal do trabalho, Augusto César Leite de Carvalho, do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (SE), tomou posse como ministro do TST no dia 14 de dezembro de 2009. O novo ministro assume a vaga aberta em decorrência da aposentadoria do ministro Rider Nogueira de Brito.

Augusto César Leite de Carvalho ingressou na magistratura do trabalho em dezembro de 1990 como juiz do trabalho substituto do TRT da 5ª Região (BA); atuou como juiz convocado, em 1994 e em 2001, no Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (SE); foi promovido ao cargo de desembargador federal do trabalho em maio de 2003, tornando-se presidente do TRT da 20ª Região no biênio 2004/2006; diretor da EMAT XX (Escola da Magistratura do Trabalho da 20ª Região) desde 2007.

Docente da Universidade Federal de Sergipe, doutorou-se em Direito das Relações Sociais pela Universidade de Castilla la Mancha na Espanha. O novo ministro do TST é autor de vários artigos jurídicos e da obra *Direito Individual do Trabalho*, publicada pela Editora Forense (RJ, 2004), com nova edição em 2007.

MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI LANÇA LIVRO

A ministra do TST, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, lançou, no dia 25.11.09, no Centro Cultural do TST, o livro *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integridade*. O concorrido lançamento foi prestigiado por diversas autoridades, tais como ministros, desembargadores, juízes, professores e advogados.

O livro, publicado pela Editora LTr, já se encontra disponível nas principais livrarias do país e, segundo o presidente da Anamatra, Luciano Athayde: “Trata-se de uma contribuição para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja um fator de promoção da Justiça brasileira”. A relevância do livro foi destacada também pelo ministro aposentado do STF, Carlos Veloso, para quem

“o princípio da dignidade da pessoa humana é o coração dos direitos fundamentais”.

O livro levanta várias questões relevantes, dentre as quais destacamos: o que é “vida digna”? A quem compete estabelecer o que é “vida digna”? Ao Poder Judiciário ou ao próprio indivíduo interessado? Como harmonizar a integridade da pessoa e o princípio da dignidade humana? Quais os efeitos dessa inter-relação? Essas e outras questões constituem o eixo norteador desse que já é um dos mais relevantes lançamentos editoriais do ano na área jurídica.

ALTERAÇÕES À JURISPRUDÊNCIA UNIFORME DO TST

Súmula 424 – estabelece não ser necessário comprovar a realização de depósito prévio de multa administrativa, previsto no art. 636 da CLT.

Redação da súmula:

“RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA ADMINISTRATIVA. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 636 DA CLT.

O § 1º do art. 636 da CLT, que estabelece a exigência de prova do depósito prévio do valor da multa cominada em razão de autuação administrativa como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ante a sua incompatibilidade com o inciso LV do art. 5º.”

Alteração da Súmula 277, que trata de repercussão de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos nos contratos de trabalho.

Nova redação da Súmula:

“SENTENÇA NORMATIVA, CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO.

I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

NOTAS E COMENTÁRIOS

II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.”

Nova redação da Orientação Jurisprudencial 342 da SDI 1

“INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO.

I – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1998), inofensa à negociação coletiva.

II – Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionários ao final de cada viagem, não descontados da jornada.”

Nova redação da Orientação Jurisprudencial 350 da SDI 1:

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO NÃO SUSCITADA PELO ENTE PÚBLICO NO MOMENTO DA DEFESA. ARGUIÇÃO EM PARECER. POSSIBILIDADE.

O Ministério Público do Trabalho pode arguir, em parecer, na primeira vez que tenha de se manifestar no processo, a nulidade do contrato de trabalho em favor de ente público, ainda que a parte não a tenha suscitado, a qual será apreciada, sendo vedada, no entanto, qualquer dilação probatória.”

Cancelamento da Orientação Jurisprudencial 351 da SDI 1

O Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Orientação Jurisprudencial 351 da Seção I de Dissídios Individuais (SDI-1), que estabelecia ser “incabível a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa”.

A decisão foi aprovada pelo Tribunal Pleno, por maioria de votos.

CENTENÁRIO DO PROFESSOR ORLANDO GOMES*

Horácio Raymundo de Senna Pires**

No último dia 7, o Brasil comemorou o centenário de nascimento de um dos seus mais consagrados juristas. Orlando Gomes nasceu em Salvador da Bahia, em 7 de dezembro de 1909 e dedicou toda uma vida ao estudo, à formulação, à prática e ao ensino do Direito e da Sociologia Jurídica.

Professor Catedrático de Direito Civil, desde a antiga Faculdade de Direito da Bahia (depois integrada à Universidade Federal da Bahia), dedicou a este ramo da ciência jurídica obras definitivas, em linguagem clara, tecnicamente precisa e extremamente didática: *Introdução ao Direito Civil*, *Contratos*, *Sucessões*, *Obrigações*, *Direitos Reais e Direito de Família*, além de *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro* e, em parceria com outro ilustre baiano, Nelson Carneiro, o alentado livro *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*.

Encarregado pelo governo federal de redigir projeto do novo Código Civil, em 1961, propôs um Código moderno, avançado, cuja justificativa expôs em primoroso volume. O projeto, entregue em 1963, ao Ministério da Justiça, então sob o comando de João Mangabeira, outro luminar da intelectualidade baiana, foi abandonado pelo Governo Militar, sob pretexto de ter origem marxista. Nada mais enganoso. Marxista teórico e, na juventude, filiado ao

* Moção proferida à SBDI-1 e aprovada, à unanimidade, em sessão de 10.12.2009.

** *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

NOTAS E COMENTÁRIOS

Partido Socialista, Orlando Gomes – que enfrentou o cárcere do Estado Novo – sendo preso cinco dias após o golpe de 1937 – sempre foi um pensador de espírito livre. São suas palavras:

“Poucos, bem poucos na minha geração, não foram contaminados pelo vírus totalitário conservado no caldo de cultura dos extremismos, alguns até de boa-fé. Tenho a mim que posso ser incluído entre os que não contraíram a doença. Todas as recompensas que o conformismo e a subserviência prodigalizaram não me desviaram da fidelidade aos valores essenciais da humanidade, nem me conduziram à abdicação do espírito livre, sendo eu não apenas um espírito livre, mas um espírito liberal.”

Descartado pelos então detentores do poder, sua proposta não foi de todo desconsiderada, estando na raiz dos traços inovadores do Código de 2002. Lembra Edvaldo Brito que Miguel Reale – presidente da Comissão Revisora, destacou que “o jurista baiano emprestou-lhe as suas idéias ao espírito anti-individualista e à diretriz da sociabilidade que plasmaram esse Código”.

O pioneirismo de Orlando Gomes é por todos reconhecido. Destacou-se como formulador do Direito Econômico escrevendo livros e criando o mestrado na Faculdade de Direito. Mas seu pioneirismo marcante deu-se na seara do Direito do Trabalho, com a publicação de dois livros, considerados clássicos, *A Convenção Coletiva de Trabalho*, de 1936, e *Introdução ao Direito do Trabalho*, de 1944. Este, aliás, reformulado e ampliado em parceria com o notável jurista Elson Guimarães Gottschalb, com o título de *Curso de Direito do Trabalho*, vem tendo sucessivas reedições. Escreveu, ainda em 1958, *O Papel do Estado Brasileiro nas Regulamentações do Trabalho*, além de incontáveis artigos, conferências e pareceres, incursionando pelas searas da Filosofia do Direito, da Sociologia Jurídica e, até, do Direito Tributário, como noticiam, neste caso, célebre polêmica que travou com Aliomar Baleeiro, catedrático de Direito Financeiro e a edição dos livros *A Crise do Direito* (1955) e *O Estado e o Judiciário* (1933).

Como professor basta o que dele disse o saudoso Josaphat Marinho: “Não discursava, expunha com clareza didática – Não visava a convencer, porém elucidar”.

Na Justiça do Trabalho marcou sua presença não só como advogado de grandes questões, mas também como juiz. Nomeado em 20.05.1938 primeiro presidente de uma Junta de Conciliação e Julgamento da Bahia, imprimiu, ainda nesta fase propedêutica da Justiça Laboral, sua presença erudita e seu espírito pragmático. Ainda nas palavras de Edvaldo Brito:

NOTAS E COMENTÁRIOS

“Interpretou os interesses em conflito, buscando, sempre, a pacificação entre o capital e o trabalho, na sua ideologia de que Estado e sociedade civil, como um todo, têm de assegurar a paz social, em clima jurídico.”

Ainda com este espírito pioneiro, Orlando Gomes foi co-fundador do Instituto Baiano de Direito do Trabalho, que presidiu no biênio de 1946 a 1948.

Não poderia esta Casa, Sr. Presidente, esquecer esta data.

A Justiça do Trabalho, pelo TRT da 5ª Região, de certa forma, antecipou as homenagens, emprestando o nome de Orlando Gomes ao Fórum Trabalhista de Juazeiro – comarca sede de uma das 8 mais importantes regiões do Estado.

De minha parte, como baiano e ex-discípulo, leitor assíduo de sua vasta bibliografia, onde busco, sempre, a Doutrina abalizada para a solução de tantas controvérsias trazidas a Juízo – presto esta singela homenagem que, sendo aprovada por este sodalício, requeiro seja comunicada à Fundação Orlando Gomes presidida pelo Dr. Marcelo Gomes e à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, ora sob a regência do ilustre Procurador do Trabalho Dr. Jonson Meira.

Jurisprudência Temática

AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER

AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE REVISTA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. PROVADORES DE CIGARRO. ATIVIDADE PATRONAL LÍCITA. MULTA PECUNIÁRIA DIÁRIA. A par da discussão acerca da nocividade à saúde do trabalhador e dos consumidores de cigarro, o que foge à competência desta Justiça especializada, o fato é que a empresa desenvolve atividade lícita em nosso país. Ao ser de aferir e controlar a qualidade dos bens por ela produzidos, além da infringência ao princípio isonômico – na medida em que outras empresas do mesmo ramo não foram alvo de referida ação civil pública – ficou configurado o “fumus boni iuris”. A execução provisória, com a cominação de multa pecuniária diária, sem que o recurso de revista seja julgado nesta instância recursal, certamente se torna irreversível, visto que obstaculiza a produção da empresa, frente à livre-concorrência na iniciativa privada. O perigo da demora no julgamento final da demanda é flagrante, em face da impossibilidade de reversão ao status quo ante.

Ação cautelar que se julga procedente, para conceder efeito suspensivo ao recurso de revista.

(Processo nº TST-AC-202.843/2008-000-00-00 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Cautelar nº TST-AC-202843/2008-000-00-00.6, em que é Autora Souza Cruz S.A e Réu Ministério Público do Trabalho.

Trata-se de ação cautelar interposta pela empresa às fls. 02/17, com intuito de obter efeito suspensivo ao recurso de revista (fls. 354/468), cuja ação civil pública originária tramita perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (ACP-1203-2003-015-01-00.8).

Despacho de concessão de liminar *inaudita altera pars*, às fls. 538/539.

Contestação às fls. 551/560.

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, tendo em vista a atuação do órgão, como parte na demanda.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

VOTO

A Souza Cruz S.A. propõe ação cautelar inominada incidental, com pedido de liminar *inaudita altera pars*, para obter efeito suspensivo ao recurso de revista interposto e sustar todos os atos decorrentes da execução provisória, até o julgamento final do processo, em especial a obrigação de não fazer, a qual consiste na abstenção da utilização de empregados (provadores), nos testes de qualidade dos cigarros que produz.

Por sua vez, a argumentação do *parquet* é a de que o ato de provar cigarros causa dano irreparável à saúde do trabalhador. Defende que deve ser tutelado o direito à vida, em detrimento do interesse patrimonial da empresa. Ressalta que, em sede de recurso de revista, não se há de falar em suspensão de seus efeitos, porquanto a lei somente lhe atribui o efeito devolutivo (art. 896, § 1º, da CLT). Busca a extinção do feito, sem julgamento de mérito.

A par da discussão da nocividade à saúde do trabalhador e dos consumidores de cigarro, o que foge à competência desta Justiça especializada, o fato é que a empresa desenvolve atividade lícita em nosso país.

Ao ser impedida de aferir e controlar a qualidade dos bens por ela produzidos, além da infringência ao princípio isonômico – na medida em que outras empresas do mesmo ramo não foram alvo de referida ação civil pública –, configurado o *fumus boni iuris*.

A execução provisória, com a cominação de multa pecuniária diária, sem que o recurso de revista seja julgado nesta instância recursal, certamente se torna irreversível, visto que obstaculiza a produção da empresa, restringindo sua capacidade de fazer frente à livre-concorrência iniciativa privada. O perigo da demora no julgamento final da demanda é flagrante, em face da impossibilidade de reversão ao *status quo ante*.

Ressalte-se, por oportuno, que, apesar do disposto no art. 896, § 1º, da CLT, este Colegiado, em reiterados julgados, admite o efeito suspensivo relativamente ao recurso de revista.

Portanto, com vistas a resguardar o resultado do processo principal, confirma-se a liminar deferida, para julgar procedente a pretensão acautelatória e conceder efeito suspensivo ao recurso de revista, até o julgamento final da ação civil pública.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, confirmar a liminar deferida e julgar procedente a

pretensão acautelatória, para conceder efeito suspensivo ao recurso de revista, até o julgamento final da ação civil pública.

Brasília, 22 de abril de 2009. *Pedro Paulo Teixeira Manus*, relator.

AÇÃO CAUTELAR. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO SINDICAL

AÇÃO CAUTELAR. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. REGISTRO SINDICAL. IMPUGNAÇÃO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. MERA EXECUTORA. ILEGITIMIDADE.

1.1. A discussão, no processo principal, cinge-se à validade do ato administrativo, por meio do qual o Ministério do Trabalho e Emprego conferiu o registro sindical à CONTRAF.

1.2. A Caixa Econômica Federal não possui qualquer relação jurídica material com as partes, tampouco competência abrangente do registro sindical discutido no mandado de segurança ou interesse jurídico a justificar eventual intervenção.

1.3. Exerce atividade estritamente vinculada de custódia e distribuição das contribuições sindicais, dependente das diretrizes fornecidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por força dos artigos 588 e 589 da CLT.

Extinção do processo sem resolução do mérito em relação à Caixa Econômica Federal, na forma do artigo. 267, VI, do CPC.

2. REGISTRO SINDICAL. LIBERDADE X UNICIDADE. CONFEDERAÇÃO. FILIAÇÃO. BASE TERRITORIAL. DEFINIÇÃO. PROBABILIDADE DO DIREITO. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

2.1. A Constituição Federal de 1988 consagrou dois princípios basilares do Direito Coletivo do Trabalho – liberdade e unicidade sindical.

2.2. Não há falar em filiação compulsória dos sindicatos às federações ou destas às confederações.

2.3. Ademais, a unicidade impede tão-somente a sobreposição de representações no mesmo plano territorial, devendo, no mais, ser respeitada a liberdade sindical.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

2.4. Contudo, a base territorial das confederações define-se pela representatividade dos sindicatos e federações que a compõem.

2.5. Portanto, é plenamente possível a convivência de duas confederações da mesma categoria quando as bases territoriais das entidades sindicais que as integram forem inconfundíveis.

3. Pedido cautelar que se julga improcedente.

(Processo nº TST-AC-207.160/2009-000-00-00 – Ac. 7ª Turma)

Visto, relatados e discutidos estes autos de Ação Cautelar nº TST-AC-207.160/2009-000-00-00-0, em que é Autora Confederação Nacional Dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC e são Rés Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF, União e Caixa Econômica Federal – CEF.

Trata-se de ação cautelar ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC com a pretensão de assegurar o direito ao recebimento dos valores da contribuição sindical que seriam destinados à Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF até o desfecho do MS nº 337/2006-018-10-00-4, em que se discute a validade do registro sindical desta última.

Pela decisão de fls. 1059/1063, deferi o pedido liminar, para determinar que a Caixa Econômica Federal não repassasse os valores da contribuição sindical compulsória à CONTRAF até o trânsito em julgado da decisão definitiva do processo principal.

A CONTRAF ofereceu contestação (fls. 1196/1220).

Contra a decisão proferida liminarmente, a CONTRAF formulou pedido de reconsideração e, sucessivamente, seu recebimento como agravo regimental, em que alegou a ausência dos requisitos do perigo na demora e da probabilidade do direito (fls. 1258/1264).

Também a União interpôs agravo regimental, na forma do art. 235, IX, do Regimento Interno deste Tribunal, para requerer que o efeito da medida deferida se prolongue até o julgamento da presente ação cautelar ou do mandado de segurança, ao invés de se encerrar com o trânsito em julgado da decisão neste último (fls. 1265/1272).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho por força do art. 83 do RITST.

É o relatório.

VOTO

1 – ILEGITIMIDADE PASSIVA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

A CONTRAF sustenta que a CONTEC promoveu a ação cautelar em face de pessoa distinta das ocupantes do pólo passivo no processo principal: a Caixa Econômica Federal. Alega a inobservância da regra do art. 796 do CPC.

Com razão.

A tutela cautelar é vocacionada para assegurar direito material ou situação jurídica tutelável objeto de processo principal, tornando este útil e efetivo.

Logo, apenas aqueles que podem demandar ou ser demandados na ação de que dependa a tutela de urgência estão legitimados para figurar na relação processual acessória.

No caso, a discussão no MS nº 337/2006-018-10-00-4 cinge-se à validade do ato administrativo emanado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, órgão da União, e à própria personalidade sindical conferida à CONTRAF.

A Caixa Econômica Federal, por sua vez, não possui qualquer relação jurídica material com as partes, tampouco competência abrangente do registro sindical discutido no mandado de segurança ou interesse jurídico a justificar eventual intervenção.

Ademais, nem mesmo a imposição da transferência das importâncias recolhidas a título de contribuição sindical às entidades sindicais revela posição jurídica a justificar sua inclusão na relação processual, pois se trata de atividade estritamente vinculada de custódia e distribuição, dependente das diretrizes fornecidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por força dos arts. 588 e 589 da CLT. Ou seja, no exercício de tais atribuições, a Caixa Econômica Federal é mera executora das ordens do Ministério do Trabalho e Emprego.

Dessarte, o resultado favorável no julgamento do mandado de segurança em face da União seria suficiente para alcançar o intento de impedir a fruição das prerrogativas, como a percepção da contribuição sindical, por parte da CONTRAF.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Extingo o processo sem resolução do mérito em relação à Caixa Econômica Federal, na forma do art. 267, VI, do CPC.

2 – RENÚNCIA TÁCITA AO RECURSO DE REVISTA

A CONTRAF alegou que a CONTEC teria renunciado ao direito de recorrer de revista contra o v. acórdão regional ao ajuizar ação ordinária cujo objeto constitui justamente a anulação do registro sindical, razão pela qual estaria prejudicado o presente processo.

Sem razão.

Com efeito, o ato administrativo está sendo atacado por mandado de segurança, que tem causa de pedir restrita à ilegalidade ou ao abuso de poder da autoridade, pois, segundo afirmou a impetrante, o Ministério do Trabalho e Emprego teria resolvido litígio fora de sua competência, quando deveria, no mínimo, ter suspenso o procedimento para a solução da controvérsia pelo Poder Judiciário.

Assim, o objeto do *writ* é absolutamente compatível com o ajuizamento de ação ordinária para a discussão da amplitude das categorias profissionais de cada Confederação, se ofensivo ao princípio da unicidade sindical ou não.

Cumprido destacar que o acerto da competência material para o julgamento da outra demanda deverá acontecer naquela relação processual.

Nesse diapasão, a propositura da ação noticiada está em harmonia com a discussão da validade do ato administrativo em mandado de segurança, logo não significa ato incompatível com a vontade de recorrer, tampouco renúncia tácita ao recurso de revista interposto.

Rejeito.

3 – PRECLUSÃO DO OBJETO DA CAUTELAR

A CONTRAF informa que a CONTEC havia realizado pedido idêntico ao deste processo cautelar perante o Juízo de primeiro grau, que o indeferiu. Com esse argumento, firma a tese de preclusão da pretensão manifestada pela autora.

Sem razão.

A moderna concepção de acesso à justiça material (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) reclama a proteção de direito material ou situação jurídica

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

tutelável sempre que a demora da cognição exauriente possa comprometer a efetividade da tutela que está sendo ou será reivindicada em processo principal.

Nesse contexto, a tutela cautelar passou a ser subordinada apenas ao perigo advindo da permanência da situação ameaçadora do direito, o que encontra respaldo no poder geral conferido ao julgador pelo art. 798 do CPC, para definir quais serão as medidas adequadas ao caso concreto.

Portanto, a vigência da segurança deve corresponder à presença do perigo da demora e da probabilidade do direito, o que define sua temporariedade, logo é possível que tais requisitos não estejam presentes em determinado momento processual, mas sejam reconhecidos posteriormente.

Assim, se, por um lado, o desaparecimento dos requisitos pode resultar na revogação da tutela de urgência, por outro, o surgimento de ambos justifica sua concessão, sendo irrelevante denegação anterior se a situação momentânea, não percebida no passado, informar a necessidade de acautelar o direito.

Ademais, a cognição é sumária, razão pela qual, além das circunstâncias fáticas, também a convicção do julgador pode ser alterada.

No caso, segundo as alegações da CONTEC, a proximidade da época de recolhimento da contribuição sindical compulsória e a possibilidade de repasse desses valores à CONTRAF, em tese, colocariam em risco a prerrogativa exclusiva da confederação já existente.

Não prevalece, portanto, a alegação de preclusão do objeto da cautelar.

Rejeito.

4 – PERIGO DA DEMORA E PROBABILIDADE DO DIREITO

A Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC pretende evitar, por meio desta ação cautelar, que os valores a título de contribuição sindical da categoria dos trabalhadores sejam repassados à Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF até a decisão final no Mandado de Segurança nº 337-2006-018-10-00-4, em que se discute a validade do registro sindical desta última.

4.1 – PROBABILIDADE DO DIREITO: LIBERDADE X UNICIDADE SINDICAL

Cumprе ressaltar que a solução do presente litígio exige a investigação da viabilidade da personalidade sindical da ré, obtida perante o Ministério do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Trabalho e Emprego, para o exercício das prerrogativas próprias das associações dessa natureza.

Todavia, a abordagem respeitará os limites das prejudiciais próprias desta tutela de urgência (probabilidade do direito e perigo da demora), bem como aqueles definidos pela petição inicial deste processo cautelar, que estão restritos aos aspectos da unicidade sindical e da previsão, em norma interna do Ministério do Trabalho e Emprego, de suspensão do pedido de registro sindical diante de impugnação. Na presente demanda, não foi apresentado qualquer argumento relacionado à irregularidade das federações que compuseram a CONTRAF ou à nulidade do v. acórdão regional proferido no processo principal.

Com efeito, a atual Carta Política consagrou dois princípios basilares do Direito Coletivo do Trabalho – liberdade e unicidade sindical –, cuja convivência deve ser perseguida pelo intérprete em atenção à regra de hermenêutica pela qual se afirma que as partes da Constituição são interdependentes e o sentido é extraído do conjunto das normas que a compõem (princípio da unidade da Constituição).

Eis os dispositivos enfocados:

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.” (sem grifo no original)

A liberdade sindical conferida pelo Constituinte permite que os grupos sociais se reúnam efetivamente em virtude da similitude de condições de vida oriundas da profissão ou trabalho (a demonstrar a recepção do conceito de categoria do art. 511, § 2º, da CLT, denominação também utilizada pelo art. 8º, II e III, da Constituição Federal), e não mais sofram com a interferência do Poder Público.

Portanto, a organização sindical vislumbrada pelo Constituinte de 1988 é marcada pelo necessário afastamento do Estado, como se depreende da afirmação de que os sindicatos (do mesmo modo os entes sindicais de grau

superior) poderão funcionar independentemente de autorização estatal. Enquanto espécie da livre associação prevista no art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, o direito de associação sindical, dentro dos seus limites imanescentes, permite a existência do sindicato pela simples reunião em caráter permanente dos congregantes de interesses profissionais e econômicos comuns.

Ademais, emerge como corolário dessa diretriz o princípio da liberdade de filiação sindical, consagrado no art. 8º, V, da Constituição Federal, segundo o qual os trabalhadores são livres para se vincular ou desvincular da entidade representativa da categoria.

Numa outra perspectiva, é possível aproveitar esse raciocínio para os próprios seres coletivos, de modo que não há falar em filiação compulsória dos sindicatos às federações ou destas às confederações, conforme se extrai dos fundamentos de acórdão da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

“Com efeito, nem a unicidade, nem o sistema confederativo – embora mantidos pela Constituição – impõem aos sindicatos que se filiam a federações determinadas.” (STF, MS nº 21.549/MA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.1995)

Todavia, inegável que a Carta Política impôs o sistema da unicidade sindical, pela qual não poderá existir mais de uma organização sindical representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores que a compõem e não poderá ser inferior à área de um Município.

Não obstante, a necessária compatibilização dos princípios constitucionais indica que a unicidade impede tão-somente a sobreposição de representações no mesmo plano territorial, devendo, no mais, ser respeitada a liberdade sindical.

É fácil perceber que a base territorial dos sindicatos nunca será coincidente, mas, em se tratando de associações sindicais de grau superior, essa definição dependerá dos sindicatos que compõem as federações e das federações que compõem as confederações.

Assim, se as federações são compostas por pelo menos cinco sindicatos da mesma categoria (art. 534 da CLT), cuja reunião emprestará representatividade àquelas no âmbito das bases territoriais destes, inexistirá óbice para que outros cinco sindicatos criem nova federação cuja base territorial corresponderá à dos entes sindicais que a integram.

Ademais, o conteúdo do princípio da unicidade sindical não informa limites mínimos ou máximos para a abrangência territorial das federações ou das

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

confederações, que, logicamente, nunca será inferior a um Município, pois esta medida deverá ser observada pelos sindicatos que compõem a base da organização sindical.

Portanto, é possível que duas federações coexistam no interior de um Estado Federado, contanto que compostas por sindicatos distintos, ou uma única abranja território de dois ou mais Estados.

Essa interpretação é reforçada pela legislação ordinária, com inequívoca função de preencher o conteúdo dos princípios constitucionais, pois o art. 534, § 1º, da CLT autoriza a criação de nova federação da mesma categoria, desde que não esvazie a representação da entidade preexistente a menos de cinco sindicatos.

“Art. 534 *omissis*

§ 1º Se já existir federação no grupo de atividades ou profissões em que deva ser *constituída a nova entidade, a criação desta não poderá reduzir a menos de 5 (cinco) o número de Sindicatos que àquela devam continuar filiados.*” (sem grifo no original)

Outrossim, a reunião de três federações é o suficiente para a criação de uma confederação (art. 535 da CLT), logo, desde que aquelas não detenham limites espaciais coincidentes, é plenamente possível a convivência de duas confederações da mesma categoria, hipótese em que suas bases territoriais permanecerão inconfundíveis.

Atualmente, há, inclusive, exemplo da convivência harmônica de duas confederações representativas da mesma categoria profissional (a dos metalúrgicos), pois coexistem a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM, filiada à Força Sindical, e a Confederação Nacional dos Metalúrgicos – CNM, filiada à Central Única dos Trabalhadores – CUT. Na época da criação da CNM, a CNTM ajuizou ação com pedido de negação da personalidade sindical àquela, mas um acordo entre as partes acarretou a extinção do processo e a concessão do registro à entidade emergente, permitindo, desde então, a representação confederativa por ambas.

Por outro lado, embora a ordem jurídica iniciada em 1988 tenha conservado alguns resquícios do modelo sindical corporativista, ultrapassou as idéias de categorias previamente fixadas pelo Estado (arts. 570 e 577 da CLT) e de rígida pirâmide sindical a partir do enquadramento sindical preestabelecido, situação em que a base territorial das entidades era outorgada por comissão do Ministério do Trabalho. Por isso, não foram recepcionados pela Constituição Federal os parágrafos 1º e 2º do art. 535 da CLT, que

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

estabeleciam taxativamente quais confederações seriam admitidas pelo Poder Público.

No cenário normativo atual, não há óbice, senão a unicidade sindical, à criação de nova entidade confederativa, consoante precedente do excelso Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO Nº 96.469, DE 04.08.88. VALIDADE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS. *RECONHECIMENTO, COMO ÓRGÃO SINDICAL DE GRAU SUPERIOR, COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO EM VIGOR. A LEI JÁ NÃO PODE MAIS OBSTAR O SURGIMENTO DE ENTIDADES SINDICAIS DE QUALQUER GRAU, SENÃO QUANDO OFENSIVO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE, NA MESMA BASE TERRITORIAL. A PRETENDIDA ILEGALIDADE DA CRIAÇÃO DA CONFEDERAÇÃO DOS METALÚRGICOS, PORQUE NÃO PREVISTA NO ART. 535, §§ 1º E 2º, DA CLT, NÃO PODE SUBSISTIR EM FACE DA NORMA CONSTITUCIONAL ASSECURATÓRIA DE AMPLA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO LABORAL, SUJEITA, EXCLUSIVAMENTE, A UNICIDADE DE REPRESENTAÇÃO SINDICAL. MS NÃO CONHECIDO QUANTO A 2ª IMPETRANTE: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS URBANAS, POR FALTA DE LEGITIMIDADE, E NO MÉRITO DENEGADA A SEGURANÇA IMPETRADA.*” (STF, MS nº 28.829-5/DF, Rel. Min. Célio Borja, DJ de 23.06.1989)

Enfim, os trabalhadores possuem ampla liberdade para se agruparem em sindicatos e estes, em federações e confederações, o que deverá apenas preservar a base territorial das entidades sindicais preexistentes, com atenção à ressalva antes feita em relação à dinâmica de demarcação no grau superior das entidades.

Esse regime sindical mais democrático fortalece a autonomia dos grupos sociais, sem prejuízo da representação única em cada território delimitado, o que poderia causar o enfraquecimento das associações sindicais, pois em cada recanto do nosso país a categoria poderá ser representada por um único sindicato, vinculado a uma única federação, que se reportará a uma confederação, assim, ao final, apenas uma entidade sindical de grau superior responderá pela categoria num determinado espaço físico.

Nesse contexto, a base sindical legitimará cada entidade de nível superior até alcançar o nível máximo da categoria: a confederação, que, por sua vez,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

representará exclusivamente os trabalhadores no âmbito das federações e, por conseguinte, dos sindicatos sobre os quais se sustenta.

Como se sabe, o órgão de cúpula das categorias profissionais é a confederação, uma vez que as centrais sindicais estão acima daquelas. Aliás, o reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 11.648/2008) de entidade de representação geral dos trabalhadores evidencia a maior liberdade de associação na seara das organizações sindicais e demonstra o abandono, pelo Estado, da pirâmide sindical inflexível.

Com esse entendimento, pretende-se conferir maior efetividade à liberdade sindical sem, contudo, ofender o âmbito normativo do princípio da unicidade.

No caso, não há informação de que a Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC e a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF sejam constituídas pelas mesmas federações ou de que estas tenham bases territoriais conflitantes.

4.2 – PROBABILIDADE DO DIREITO: REGISTRO SINDICAL: ATO ADMINISTRATIVO

Em outra frente, a Súmula nº 677/STF é expressa no sentido de que compete ao Ministério do Trabalho e Emprego promover o registro sindical, a que se refere o art. 8º, I, da Constituição Federal.

Essa atribuição ocorreu sobretudo porque, detentor das informações das demais entidades sindicais, é o órgão mais indicado para velar pela observância da unicidade sindical e, no exercício dessa competência, desempenha atividade estritamente vinculada, apenas examinando se há entidade sindical preexistente do mesmo grau e com base territorial conflitante com a do requerente. Caso a resposta seja negativa, não lhe é permitido emitir juízo de valor sobre o direito ao registro sindical.

Aliás, a principal razão desse segundo registro, pois as entidades sindicais também se sujeitam ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas regido pelos art. 114 e seguintes da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), situa-se exatamente na necessidade de verificação de (in)existência de outra entidade sindical na mesma base territorial, como forma de preservar a unicidade preconizada pela Lei Fundamental.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONFEDERAÇÃO SINDICAL. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA QUESTÃO DO REGISTRO SINDICAL. SIGNIFICADO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 03/94 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM MOMENTO ANTERIOR AO DA VIGÊNCIA DESSA INSTRUÇÃO NORMATIVA (ART. 9º). CONFEDERAÇÃO SINDICAL QUE NÃO OBSERVA A REGRA INSCRITA NO ART. 535 DA CLT. NORMA LEGAL QUE FOI RECEBIDA PELA CF/88. ENTIDADE QUE PODE CONGREGAR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E OUTRAS INSTITUIÇÕES DE CARÁTER CIVIL. DESCARACTERIZAÇÃO COMO ENTIDADE SINDICAL. AÇÃO NÃO CONHECIDA. REGISTRO SINDICAL E LIBERDADE SINDICAL. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma inscrita no art. 8º, I, da Carta Política – e tendo presentes as várias posições assumidas pelo magistério doutrinário (uma, que sustenta a suficiência do registro da entidade sindical no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; outra, que se satisfaz com o registro personificador no Ministério do Trabalho e a última, que exige o duplo registro: no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para efeito de aquisição da personalidade meramente civil, e no Ministério do Trabalho, para obtenção da personalidade sindical) –, firmou orientação no sentido de que não ofende o texto da Constituição a exigência de registro sindical no Ministério do Trabalho, órgão este que, sem prejuízo de regime diverso passível de instituição pelo legislador comum, ainda continua a ser o órgão estatal incumbido de atribuição normativa para proceder a efetivação do ato registral. Precedente: RTJ 147/868, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. O registro sindical qualifica-se como ato administrativo essencialmente vinculado, devendo ser praticado pelo Ministro do Trabalho, mediante resolução o fundamentada, sempre que, respeitado o postulado da unicidade sindical e observada a exigência de regularidade, autenticidade e representação, a entidade sindical interessada preencher, integralmente, os requisitos fixados pelo ordenamento positivo e por este considerados como necessários a formação dos organismos sindicais.* CONFEDERAÇÃO SINDICAL. MODELO NORMATIVO. O sistema confederativo, peculiar a organização sindical brasileira, foi mantido em seus lineamentos essenciais e em sua estrutura básica pela Constituição promulgada em 1988. A norma inscrita no art. 535 da CLT – que foi integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional – impõe, para efeito de configuração

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

jurídico-legal das Confederações sindicais, que estas se organizem com o mínimo de três (3) Federações sindicais. Precedente: RTJ 137/82, Rel. Min. Moreira Alves. O desatendimento dessa exigência legal mínima por qualquer Confederação importa em descaracterização de sua natureza sindical. Circunstância ocorrente na espécie. Consequente reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam* da Autora. (sem grifo no original) (ADI nº 1121-9/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 6.10.1995).

Logo, o Ministério do Trabalho e Emprego detém, em sua competência, a função de salvaguardar o princípio da unicidade sindical, como, inclusive, já afirmou nossa Corte Constitucional:

“II. Liberdade e unicidade sindical e competência para o registro de entidades sindicais (CF, art. 8, I e II): recepção em termos, da *competência do Ministério do Trabalho*, sem prejuízo da possibilidade de a lei vir a criar regime diverso. 1. O que é inerente à nova concepção constitucional positiva de liberdade sindical, e não a inexistência de registro público – o qual é reclamado, no sistema brasileiro, para o aperfeiçoamento da constituição de toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado –, mas, a teor do art. 8., I, do texto fundamental, ‘que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato’: o decisivo, para que se resguardem as liberdades constitucionais de associação civil ou de associação sindical, e, pois, que *se trate efetivamente de simples registro – ato vinculado, subordinado apenas a verificação de pressupostos legais* –, e não de autorização ou de reconhecimento discricionário. 2. A diferença entre o novo sistema, de simples registro, em relação ao antigo, de outorga discricionária do reconhecimento sindical não resulta de caber o registro dos sindicatos ao Ministério do Trabalho ou a outro ofício de registro público. 3. Ao registro das entidades sindicais inere à função de garantia da imposição de unicidade – esta, sim, a mais importante das limitações constitucionais ao princípio da liberdade sindical 4. *A função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, ‘si et in quantum’, a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho.* 5. O temor compreensível – subjacente a manifestação dos que se opõem a solução –, de que o hábito vicioso dos tempos passados tenda a persistir, na tentativa, consciente ou não, de fazer da competência para o ato formal e vinculado do registro, pretexto para a sobrevivência do controle ministerial asfixiante sobre a organização sindical, que a Constituição quer proscrever – enquanto não optar o legislador por disciplina nova do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

registro sindical –, há de ser obviado pelo controle jurisdicional da ilegalidade e do abuso de poder, incluída a omissão ou o retardamento indevidos da autoridade competente.” (MI nº 144-8/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.05.199)

Portanto, o momento da concessão do registro é o mais adequado para o exame do pressuposto negativo para fins de reconhecimento da personalidade sindical, o que, principalmente após a edição da Súmula nº 677/STF, indiscutivelmente acontece no âmbito administrativo.

Nesse diapasão inatacável, a decisão do Ministério do Trabalho e Emprego, que contém, após a aferição da inexistência de conflito de representação, a rejeição da impugnação oferecida pela CONTEC e a concessão do registro sindical à CONTRAF.

Além disso, a autora fundamenta seu pedido na Portaria nº 343/2000, cujo artigo 7º previa o sobrestamento do pedido de registro impugnado até a celebração de acordo entre as partes ou a solução judicial da controvérsia:

“Art. 7º No caso de a impugnação ser conhecida, o registro não será concedido, cabendo às partes interessadas dirimir o conflito pela via consensual ou por intermédio do Poder Judiciário.

Parágrafo único. Até que o Ministério do Trabalho e Emprego seja notificado do inteiro teor do acordo ou da sentença final que decidir a controvérsia, o pedido de registro ficará sobrestado.”

Contudo, referido dispositivo, ao permitir que o Ministério do Trabalho e Emprego se furte de obrigação extraída diretamente do art. 8º, I, da Constituição Federal (Súmula nº 677) estaria eivado de inconstitucionalidade.

De todo modo, a Portaria nº 343/2000 foi expressamente revogada pela Portaria nº 186/2008, que passou a disciplinar a concessão do registro sindical, tendo, em inovação adequada à nova realidade do Direito Coletivo do Trabalho, esclarecido as diferenças nos procedimentos dos pedidos de federações e confederações.

Atualmente, diante de impugnação ao pedido de registro sindical formulado por entidade de grau superior, o art. 23 da Portaria nº 186/2008 estabelece:

“Art. 23. Os pedidos de registro ou de alteração estatutária de federações e confederações *poderão ser objeto de impugnação por entidades do mesmo grau cujas entidades filiadas constem da formação da nova entidade.*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

§ 1º A análise das impugnações, na forma da Seção II do Capítulo II, verificará se a criação da nova entidade ou a alteração estatutária viola o princípio da unicidade sindical e, ainda, se reduz o número mínimo de entidades filiadas necessário à manutenção de entidade registrada no CNES.

§ 2º Configurar-se-á *conflito de representação sindical entre entidades de grau superior quando houver a coincidência entre a base territorial dos sindicatos ou federações fundadoras da nova entidade com os filiados da entidade preexistente.*” (sem grifo no original)

Como, no presente caso, não há notícia de que existam entidades filiadas à CONTEC que constem da formação da CONTRAF, sob a nova disciplina, a confederação preexistente sequer estaria legitimada a impugnar o pedido de registro. Assim, nos dias de hoje, a impugnação seria arquivada, razão pela qual não mais se discutiria acerca da possibilidade de suspensão do pedido de registro enquanto se aguarda autocomposição ou decisão judicial solucionando a controvérsia.

Por tais fundamentos, considero aparentemente correta a decisão ministerial que, por julgar ileso o princípio da unicidade sindical, concedeu o registro sindical à CONTRAF, a revelar a *ausência de plausibilidade jurídica da tese* veiculada pela CONTEC.

4.3 – PERIGO DA DEMORA: PERCENTUAL DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: DESTINAÇÃO

Como visto, a Caixa Econômica Federal deve repassar os percentuais das contribuições sindicais de acordo com as instruções do Ministério do Trabalho e Emprego, por força do art. 589 da CLT.

Além disso, merece respeito a liberdade de filiação das entidades sindicais em federações e confederações.

Nessas circunstâncias, o Ministério do Trabalho e Emprego confere a oportunidade de que os sindicatos e as federações informem livremente a confederação a que são vinculados, para que esta perceba parte dos valores recolhidos a título de contribuição sindical.

Dessarte, se o sindicato pertence a determinada categoria, mas não se filia a qualquer federação, confederação ou central sindical existente, o restante do crédito é depositado na “Conta Especial Emprego e Salário”, na forma do art. 590, § 3º, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Por conseguinte, as contribuições sindicais arrecadadas no âmbito dos entes sindicais que integram a CONTRAF não serão de forma alguma repassadas à CONTEC, pois eles não indicarão esta confederação ao Ministério do Trabalho e Emprego, que, por sua vez, não determinará que ela seja destinatária dos recursos, e a Caixa Econômica Federal, se fizer tal transferência à revelia das instruções recebidas, estará agindo ilicitamente.

Assim, *não há falar em perigo da demora* no aguardo do desfecho do mandado de segurança a que se refere esta ação cautelar.

Por todo o exposto, casso a liminar às fls. 1059/1063, para determinar que a Caixa Econômica Federal realize o repasse dos valores já recolhidos e a recolher em favor da CONTRAF, de acordo com as instruções do Ministério do Trabalho e Emprego, e julgo improcedente a pretensão acautelatória.

Ficam prejudicados os Agravos Regimentais de fls. 1258/1264 e 1265/1272.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, cassar a liminar antes deferida, para determinar que a Caixa Econômica Federal realize o repasse dos valores já recolhidos e a recolher em favor da CONTRAF, de acordo com as instruções do Ministério do Trabalho e Emprego; extinguir o processo sem exame do mérito em relação à Caixa Econômica Federal, na forma do art. 267, VI, do CPC; e julgar improcedente o pedido cautelar.

Brasília, 02 de setembro de 2009. *Guilherme Caputo Bastos*, relator.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. Embora se trate, o empregador, de um condomínio residencial, o que à primeira vista poderia sugerir a hipótese de limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo, em vista da qual, segundo a Orientação Jurisprudencial nº 04, da SBDI-1 do TST, não é devido o adicional de insalubridade, o caso dos autos exige outro tratamento, como o que lhe foi dispensado, acertadamente, pelas instâncias ordinárias. Trata-se de um condomínio residencial, de acordo com o Regional, com 288 (duzentos e oitenta e oito) apartamentos e aproxima-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

damente 900 (novecentos) moradores. O Reclamante, ainda segundo o Regional, dedicava-se a atividades relacionadas à arrumação do lixo, de hora em hora, colocando-o em tambores apropriados. Além disso, após o recolhimento do lixo pelo serviço oficial de coleta, às terças, quintas e sábados, o Reclamante lavava, com água e sabão, os tambores e o piso do local destinado ao lixo. Seja pela constância com que o Reclamante lidava com o lixo, expondo-se, evidentemente, a riscos biológicos, como constatado, segundo o acórdão recorrido, pela prova pericial, seja pelo volume do lixo (produzido por cerca de 900 moradores de 288 apartamentos), está-se diante, não há negar, da hipótese de lixo urbano, e não de mera limpeza em residências e a respectiva coleta de lixo. Assim, não há falar em contrariedade à OJ 4, estando a decisão recorrida, ao contrário, em consonância com aludido verbete. Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do adicional de insalubridade, enquanto não for editada norma específica, deve ser o salário mínimo.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-4.722/2006-664-09-00 – Ac. 8ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-4722/2006-664-09-00.6, em que é Recorrente Condomínio Residencial América do Sul I e Recorrido Geraldo da Silva.

O TRT da 9ª Região, pelo acórdão de fls. 175/182-v, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo Reclamante para determinar que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o salário profissional.

Inconformado, o Reclamado interpôs Recurso de Revista às fls. 185/191, com base no art. 896, alíneas *a* e *c*, da CLT, postulando a reforma do julgado quanto aos temas adicional de insalubridade e sua base de cálculo.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 197/198.

Contrarrazões apresentadas às fls. 202/205.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

VOTO

Preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

A) CONHECIMENTO

1) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL

Nas razões de Recurso de Revista de fls. 186/189, o Reclamado insurgese contra a condenação ao adicional de insalubridade, salientando que o lixo coletado em condomínio residencial não pode ser equiparado a lixo urbano, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 do TST. Alega contrariedade à referida jurisprudência e transcreve arestos para o cotejo de teses.

Sem razão.

O Regional manteve a sentença que condenou o Reclamado ao pagamento de adicional de insalubridade, aos seguintes fundamentos:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Ar. sentença levou em conta, principalmente, a conclusão do perito no sentido de que ‘O funcionário durante todo seu contrato laboral esteve exposto a riscos biológicos (vírus e bactérias), habitualmente através de contato com lixo urbano’ (fls.107), enquadrando-se a atividade como de risco à saúde, idêntico ao dos coletores de lixo urbano (conclusão de fls.108). Razão porque deferiu ao Autor adicional insalubre de 40%, sobre o salário mínimo. Considerou também as fotos de fl. 28, que evidenciam a realidade do lixão no condomínio reclamado, que era organizado pelo Reclamante, acomodando nos tambores azuis as sacolas, caixas, sacos e outras sujeiras ali deixadas pelos condôminos, que nem sempre jogavam o lixo no recipiente próprio, muitas vezes deixando-o no chão, fazendo com que ficasse a descoberto, produzindo ambiente inadequado, insalubre, *habitat* de insetos, desagradável, enfim, tudo que as fotos de fl. 28 podem mostrar. Concluiu ter ficado comprovado que o Reclamante tinha a atribuição de limpar e organizar o ambiente, em total exposição a agentes insalubres, conforme destacou ao *expert* nomeado por este Juízo. Considerou, ainda, que os equipamentos de proteção individual cingiam-se a luva nitrílica e bota de borracha, que não eliminavam os agentes agressores à saúde (fls.106), conforme examinou o perito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

judicial, ilustrando e observando que a luva encontra-se suja e contaminada (fls. 124/126).

O Reclamado argumenta que a atuação do Reclamante em contato com o lixo é matéria controvertida. Sustenta que a prova oral não ampara a afirmação inserida no laudo pericial, de que o *'Autor realizava habitualmente, 3x por semana, por um período de 3 horas exposição ao lixo, com lavagem do piso contaminado da lixeira e dos tambores, além de realizar de hora/hora a arrumação dos lixos'*.

O Recorrente também destaca que a testemunha Louvaine declarou que os moradores deixavam o saco de lixo no chão e que o zelador os apanhava para levar até os tambores. E abordando outros trechos das declarações testemunhais, diz que não restou provado o tempo despendido pelo Autor nas atividades de jogar o lixo nos tambores e de lavar estes recipientes. Sustenta que os moradores acondicionavam o lixo em sacos plásticos, o que prova ausência de contato com o lixo. Também argumenta que o Autor usava botas de borracha e luvas nitrílica. Alega que não se configura a hipótese do anexo 14 da NR 15, pois que essa Norma prevê o adicional de insalubridade para o trabalho em contato permanente com o lixo urbano (coleta e industrialização). Requer seja afastada a condenação imposta (fls. 135/139).

Sem razão o Reclamado.

Inicialmente, insta ressaltar que o *Condomínio Reclamado, conforme constatou o laudo pericial, é composto de 288 (duzentos e oitenta e oito) apartamentos, contando em média com 900 (novecentas) pessoas moradoras (fl. 103)*.

O Autor foi categórico em afirmar que, entre suas atividades, realizava *coleta de lixo dos apartamentos*, ficando exposto a bactérias e vírus, *além de desentupir as caixas de esgoto do condomínio* (fl. 3).

Ao ser interrogado o preposto confirmou, através das fotografias de fl. 29, que aquele espaço é um depósito de lixo do Condomínio; reconheceu que os tambores de lixo (recipientes azuis) visíveis nas fotos e que se encontram de boca para baixo, destinam-se à coleta de lixo; disse que os moradores chegam com seus sacos de lixo e colocam dentro dos tambores. Afirmou também que após o serviço de coleta retirar o lixo dos tambores, cabia ao Autor lavar com detergente e desinfetar o local e que para essas atividades usava botas e luvas. Reconheceu, ainda, que duas ou três vezes por semana o Autor fazia inspeção da rede de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

esgoto, ocasião em que erguia a tampa da caixa de passagem e fazia uma inspeção, sem necessidade de entrar na caixa (fl. 35).

Vejamus a prova testemunhal produzida. A 1ª testemunha ouvida a convite do Autor (Louvaine dos Santos Gonçalves), afirmou *‘a maioria dos moradores abriam o portão e depositavam o saco de lixo no chão e era o zelador quem tinha que pegar o lixo no chão e levar a até os latões; a depoente viu o Reclamante fazendo este serviço, muitas vezes sem nenhum equipamento de proteção; a depoente viu o Reclamante pegando uma viga de ferro fina, que procurou no lixo para tentar desentupir uma caixa de esgoto que estava entupida; não sabe se é porque as caixas dos condomínios são pequenas que as do condomínio I e II entupiam constantemente e era o Reclamante ou outro empregado da manutenção quem fazia o desentupimento’* (fl. 35).

Por sua vez, a 1ª testemunha de indicação do Réu (Cleusa Evangelista dos Santos) declarou *‘quando o caminhão recolhia o lixo o Reclamante lavava os tambores de lixo... mostrado à depoente o documento de fls. 28 disse ‘esse é o lixo nosso’; que embaixo do lixo que parecem soltos estão os tambores e o lixo que está aparecendo estão transbordando pois se o zelador não pegar o tambor vazio e virar os moradores vão chegando e vão deixando o lixo acumulado pois os próprios moradores não fazem o serviço de virar o latão do lixo, só chegam com o lixo no local e vão jogando no tambor; quando os moradores deixavam os lixos acumulados era o Reclamante quem os pegava para jogar dentro dos tambores; quando o caminhão retirava o lixo o local tinha que ser lavado com sabão em pó e desinfetante; no começo usavam creolina mas depois os moradores reclamaram e pararam de usar’* (fls. 36).

Esta testemunha arrolada pela Ré cuidou de demonstrar claramente o que era o ‘lixão’ do Condomínio, o habitual manuseio do lixo pelo Autor, e também a atividade deste em higienizar o local e os tambores.

Aliás, a segunda testemunha de indicação do Réu também cuidou de delinear o ambiente insalubre no qual laborava o Autor. Benedito José Francisco declarou *‘às vezes saíam sujos e cheirando mal porque mexiam com esgoto e isso poderia ocorrer; e isso ocorria com o depoente mas não se lembra com relação ao Reclamante; mostrado ao depoente o documento de fls. 28 diz que aquilo ocorre quando o caminhão chega para retirar o lixo e fica o resíduo, o zelador recolhe este resíduo, coloca no latão e lava os latões; esclarece que o lixo que consta no documento de fls. 28 ainda não tinha sido recolhido’* (fl. 37).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

E se não bastasse, a matéria foi objeto de perícia e o respectivo laudo confirmou a condição insalubre nas atividades do Autor. Destacam-se as observações sobre a utilização de equipamentos de proteção: botas de borracha e luvas nitrílica. Segundo a perícia, as luvas não eram descartáveis e, por isso, não neutralizavam um risco biológico (fl. 106).

A conclusão do Sr. Perito foi no seguinte sentido:

‘Dos riscos biológicos:

a) o funcionário durante todo o seu contrato de trabalho laboral esteve exposto habitualmente a riscos biológicos (vírus e bactérias), através do contato com lixo urbano. Observar que *o lixo a que teve contato representa o volume de 288 apartamentos, ou em média de 900 pessoas.*

b) A atividade laboral do autor com o lixo apresenta risco idêntico ao dos coletores de lixo urbano.

c) De acordo com a NR 15 o contato com lixo urbano gera direito a adicional de insalubridade grau máximo (40%).

d) A luva entregue ao autor por não ser descartável, não é capaz de eliminar o risco biológico do autor.

e) Autor recebeu treinamentos pelo SEBRAE, mas não tivemos acesso ao conteúdo dos mesmos.

f) Não observamos obrigatoriedade do uso de EPI.’ (fl. 108).

Conforme Orientação Jurisprudencial nº 4 da SDI-1 do C. TST, há necessidade de classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, não bastando a constatação por laudo pericial, nos termos do art. 190 da CLT.

É certo também que referida Orientação Jurisprudencial estabelece que a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho.

O conjunto probatório confirma que o Autor desenvolvia atividades relacionadas à arrumação do lixo, de hora em hora, colocando nos tambores os lixos espalhados e deixados pelos moradores do condomínio, e após o recolhimento do lixo pelos serviços de coleta às terças, quintas e sábados, o Autor lavava os tambores e o piso do espaço destinado ao lixo, usando água e sabão (laudo – fl. 103).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Portanto, restou configurada de forma cabal a insalubridade nas atividades desenvolvidas pelo Autor, pois classificada como insalubre pelo Anexo XIV da NR 15 (Portaria nº 3.214/1978). Esta regra ao cuidar dos agentes biológicos atribui insalubridade de grau máximo para trabalhos ou operações, em contato permanente, com lixo urbano (coleta e industrialização).

Nem se argumente que o lixo retratado nestes autos não se classifica como lixo urbano. O inciso II da OJ 4/SDI-1/TST, estabelece que não podem ser consideradas atividades insalubres a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo, situação que não se compara com a que vivenciou o Autor. Ora, *um condomínio residencial com duzentos e oitenta e oito apartamentos e aproximadamente 900 pessoas moradoras, pode ser comparado a muitas das pequenas cidades de nosso País (quicá o Condomínio Réu é até maior que muitas delas), e as atividades dos trabalhadores municipais que mantêm contato com o lixo urbano se assemelham com as que o Autor prestou perante o Reclamado. Para ambos a norma legal assegura o adicional de insalubridade.*” (fls. 176/178-v, sem grifos no original).

A Orientação Jurisprudencial nº 04 da SBDI-1 do TST dispõe que: a) não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho; b) a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho.

Embora se trate, o empregador, de um condomínio residencial, o que à primeira vista poderia sugerir a hipótese de limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo, em vista da qual, segundo a jurisprudência, não é devido adicional de insalubridade, o caso dos autos exige, com efeito, outro tratamento, como o que foi dispensado, acertadamente, pelas instâncias ordinárias.

No caso, trata-se de um condomínio residencial, de acordo com o Regional, com 288 (duzentos e oitenta e oito) apartamentos e aproximadamente 900 (novecentos) moradores. O Reclamante, vê-se da ementa do acórdão regional, a fls. 175, dedicava-se a atividades relacionadas à arrumação do lixo, de hora em hora, colocando nos tambores os lixos espalhados e deixados pelos moradores do condomínio.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Além disso, após o recolhimento do lixo pelo serviço oficial de coleta, às terças, quintas e sábados, o Reclamante lavava, com água e sabão, os tambores e o piso do local destinado ao lixo.

Noutras palavras, seja pela constância com que o Reclamante lidava com o lixo, expondo-se, evidentemente, a riscos biológicos, como constatado, segundo o acórdão recorrido, pela prova pericial, seja pelo volume do lixo (produzido por cerca de 900 moradores de 288 apartamentos), está-se diante, não há negar, da hipótese de lixo urbano, e não de mera limpeza em residências e a respectiva coleta de lixo, no dizer na OJ nº 4 da SBDI-1 do TST.

Assim, não há falar em contrariedade à OJ 4, estando a decisão recorrida, ao contrário, em consonância com aludido verbete.

Não conheço do recurso, portanto, neste aspecto.

2 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

Insurge-se o Reclamado, ainda, contra a fixação do salário profissional, fixado em normas coletivas, como base de cálculo do adicional de insalubridade. Alega afronta ao art. 192 da CLT e transcreve arestos para comprovação de divergência jurisprudencial.

Tem razão.

O acórdão regional, quanto ao tema, está assim fundamentado:

“Em que pese a celeuma que envolve a questão, inclusive com alternâncias de entendimento pelo próprio C. TST, que até restaurou súmula antes cancelada, considero aplicável à matéria as disposições contidas na Súmula Vinculante nº 4 editada pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

Portanto, até que nova norma legal ou previsão convencional estabeleça base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, aplica-se o critério definido pelo art. 192 da CLT, *salvo na hipótese da Súmula nº 17/TST, que prevê o piso salarial da categoria (...).*

(...)

E assim, conforme estabelece a Súmula 17 do C. TST (...) a base de cálculo no presente caso deve ser o piso salarial convencional.” (fls. 179-v/180-v, sem grifos no original).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Com a edição da Súmula Vinculante nº 4 (DJ de 09.5.2008), o Supremo Tribunal Federal vedou o uso do salário mínimo como indexador de base de cálculo. Isso não obstante, não definiu qual deve ser a base de cálculo, o que levou o TST a alterar a redação de sua Súmula 228, que passou a prever, como tal, o salário básico do empregado, *salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo*.

O STF, contudo, nos autos da Reclamação nº 6.266-DF (DJ de 05.8.2008), suspendeu a aplicação da Súmula 228 do TST, entendendo, em suma, que a definição de base de cálculo compete ao Legislativo.

Desse modo, a base de cálculo do adicional de insalubridade, enquanto não editada norma específica, deve ser o salário mínimo.

Registre-se que a Súmula 17 do TST foi cancelada pela Res. 148/2008, por contrariar a Súmula Vinculante nº 4 do STF.

Evidenciada, portanto, possível violação do art. 192 do TST, conheço do recurso no particular.

B) MÉRITO

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 192 da CLT, a consequência lógica é o seu provimento para determinar a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista apenas quanto ao tema “adicional de insalubridade – base de cálculo” e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Brasília, 02 de setembro de 2009. *Márcio Eurico Vitral Amaro*, relator.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO PELA CLT. CARGO DE CONFIANÇA

RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO PELA CLT. EMPREGO DE PROVIMENTO EM

CONFIANÇA. RESILIÇÃO. EFEITOS. MULTA DO FGTS – CABIMENTO.

1. Reclamação trabalhista em que Município pretende a condenação do reclamado, ex-empregado, à restituição da multa do FGTS, creditada em sua conta vinculada. 2. Não há empecilhos de ordem constitucional ou legal para que os Municípios contratem sob o regime da CLT, desde que o façam como seu regime jurídico único (o que significa não manter, o ente, quadro regido pela CLT e quadro institucional, simultaneamente). É já antiga a compreensão de que a Administração Pública, ao contratar pelo regime da CLT, está equiparada ao empregador da iniciativa privada, quanto às normas ordinárias, com o acréscimo das travas de alçada constitucional. 3. Quando a Constituição Federal, no art. 37, inciso II, alude a “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, para dispensar o prévio concurso, para provimento, e a ausência dos procedimentos legais, para o afastamento do servidor, está, em verdade, no que se cogita de empregados públicos ocupantes de empregos de provimento em confiança ou em comissão, a renegar qualquer estabilidade e a afastar a necessidade de motivação para a rescisão contratual: garante a dispensa imotivada. A dispensa imotivada do empregado público é disciplinada pelos mesmos preceitos que a orientam em campo privado. Sim, porque as normas pertinentes (a Lei nº 8.036/90, para o caso em foco) não oferecem a possibilidade de sua meia aplicação. 4. A franquia de que disporá o Poder Público, no caso, será a dispensa imotivada – aqui contraposta à impossibilidade de dispensa imotivada dos empregados públicos que detenham empregos de provimento efetivo. 5. Frisando-se a necessidade de se ter em mente que cargo público não é sinônimo de emprego público, será impossível, com todas as vênias, sufragar a compreensão de que a pessoa jurídica de direito público possa contratar pela CLT – mesmo que para emprego de provimento em confiança – e, tendo atendido a todos os ditames próprios, inclusive com recolhimentos mensais para o FGTS, venha a furtar-se ao pagamento da multa decorrente da dispensa imotivada, na medida em que o princípio da legalidade, neste universo, exigirá o integral cumprimento do ordenamento trabalhista. 6. A Lei nº 8.036/90 não admite, para o caso, o temperamento pretendido: a exceção não encontra lastro no art. 18, § 1º, do diploma legal.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-1.372/2006-124-15-00 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1372/2006-124-15-00.3, em que é Recorrente Fernão Dias Aguiar Toledo e Recorrido Município de Penápolis.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, por meio do acórdão de fls. 170/173, complementado a fls. 182/183, negou provimento ao recurso ordinário do Reclamado.

Recorre de revista o Réu, pelas razões de fls. 185/196, com base nas alíneas *a* e *c* do art. 896 consolidado.

O apelo foi admitido por meio do despacho de fl. 198.

Contrarrazões a fls. 199/201.

O D. Ministério Público do Trabalho opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 207/208).

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o apelo (fls. 182 e 185) e regular a representação (fl. 29), com isenção do pagamento das custas processuais (fls. 113 e 171), estão preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade do recurso.

1 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO PELA CLT. EMPREGO DE PROVIMENTO EM CONFIANÇA. RESILIÇÃO. EFEITOS. MULTA DO FGTS. CABIMENTO

1.1 – CONHECIMENTO

O Eg. TRT de origem negou provimento ao recurso ordinário do Réu, mantendo a r. sentença, que determinou a restituição da indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, paga pelo Município. Eis os termos do r. acórdão (fls. 171/173):

“O reclamado, ex-secretário municipal, foi condenado a restituir ao autor, o Município de Penápolis, o valor depositado em sua conta vinculada a título de indenização de 40% do FGTS, conforme o documento de fl. 11. O recorrente alega que essa parcela é um direito seu, e que o pagamento foi regular.

De acordo com os elementos dos autos, o reclamado foi contratado sem prévia aprovação em concurso público, em 05.10.99, para ocupar cargo em comissão de Assessor e, após, Secretário de Indústria, Comércio e Turismo. Foi admitido pelo regime celetista. (fls. 30/32)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Sujeitando-se a Administração pública ao regime geral dos trabalhadores na iniciativa privada, deve respeitar a legislação correspondente, e arcar com as despesas decorrentes.

Entretanto, revendo posicionamento anterior, entendo indevidas as parcelas indenizatórias, como os 40% do FGTS, considerando a circunstância de ter sido o autor ocupante de cargo em comissão.

Como nos ensina Hely Lopes Meirelles, cargo em comissão ‘É o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função’ (*Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. Malheiros Editores, p. 362).

A instabilidade dos cargos em comissão, e a possibilidade de dispensa a qualquer momento, de acordo com as conveniências do Administrador, constituem óbice ao direito de receber o aviso prévio, a indenização de 40% do FGTS e o seguro-desemprego.

A contratação, nesses casos, tem caráter especial. A possibilidade de dispensa *ad nutum* é uma condição do contrato, à qual se submeteu o trabalhador, livremente. Desde a admissão teve ciência da possibilidade de desligamento imediato, pois precária a contratação. O empregador, no caso, não tem necessidade de avisar o empregado de sua resolução, pois este já sabe que, a qualquer momento, a critério daquele, pode ser afastado de suas funções. Não se aplica, consequentemente, o art. 487 da CLT.

Como a possibilidade de dispensa é uma condição do contrato, não há necessidade de justificativa, e a sua ocorrência não pode ser considerada ‘sem justa causa’ ou ‘arbitrária’, o que impede o reconhecimento do direito à indenização de 40% do FGTS e ao seguro desemprego, observados os requisitos legais para as concessões respectivas. Mesmo porque, se a contratação era, sabidamente, provisória, não há que se falar em indenização, pois não se configura qualquer prejuízo ao obreiro pela ruptura do vínculo.

Acertada, portanto, a determinação de restituição do valor depositado a título de indenização de 40% do FGTS.

A atualização monetária deve ser computada desde a data em que a quantia ficou à disposição do réu, independentemente de sua boa-fé no acolhimento da quantia. A recomposição monetária é devida a partir de quando os valores indevidamente deixaram os cofres públicos.

Nada a reformar.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em resposta aos embargos ofertados pelo Reclamado, assim pontuou o Regional (fls. 182/183):

“Não há contradição. O reconhecimento de que a Administração Pública deve sujeitar-se à legislação trabalhista quando contrata seus servidores pelo regime celetista não significa, obrigatoriamente, que o reclamante tem direito à indenização de 40% do FGTS. Outros argumentos foram apresentados para afastar o cabimento dessa parcela.

Quanto à omissão em relação a dispositivos legais e constitucionais, tem razão o Embargante. Passo a analisar a matéria:

A competência exclusiva do Município para legislar sobre assunto de interesse local não tem qualquer influência na questão em debate no recurso, pois o mesmo relaciona-se com a incidência da legislação trabalhista e das regras constitucionais sobre os servidores públicos municipais, regras em relação às quais não tem competência o Município. Não há ofensa ao art. 30, I, da Constituição Federal.

Como a dispensa do recorrente não foi considerada ‘sem justa causa’, como expressamente consignado à fl. 173, ao mesmo não se aplica a regra do art. 18, § 1º, da CLT.

Posto isto, decido conhecer dos Embargos Declaratórios e dar-lhes parcial provimento para reconhecer a omissão e complementar a fundamentação do Voto quanto aos dispositivos citados pelo Embargante, mantendo, contudo, o V. Acórdão, integralmente, observada a fundamentação *supra*.”

Em suas razões recursais, defende o Recorrente a reforma do julgado, apontando violação dos arts. 30, I, e 37, II, da CF e 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90. Colociona arestos.

Não há empecilhos de ordem constitucional ou legal para que os Municípios contratem sob o regime da CLT, desde que o façam como seu regime jurídico único (o que significa não manter, o ente, quadro regido pela CLT e quadro institucional, simultaneamente).

É já antiga a compreensão de que a Administração Pública, quando contrata pelo regime da CLT, está equiparada ao empregador da iniciativa privada, quanto às normas ordinárias, com o acréscimo das travas de alçada constitucional.

Se o Município opta pela manutenção de regime trabalhista, não está a manejar regime administrativo, obviamente. São gêneros de larga distinção.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, quando a Constituição Federal, no art. 37, inciso II, alude a “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, para dispensar o prévio concurso, para provimento, e a ausência dos procedimentos legais, para o afastamento do servidor, está, em verdade, no que se cogita de empregados públicos ocupantes de empregos de provimento em confiança ou em comissão, a renegar qualquer estabilidade e a afastar a necessidade de motivação para a rescisão contratual: *garante a dispensa imotivada*.

A dispensa imotivada do empregado público é disciplinada pelos mesmos preceitos que a orientam em campo privado.

Sim, porque as normas pertinentes (a Lei nº 8.036/90, para o caso em foco) não oferecem a possibilidade de sua meia aplicação.

A franquia de que disporá o Poder Público, no caso, será a *dispensa imotivada – aqui contraposta à impossibilidade de dispensa imotivada dos empregados públicos que detenham empregos de provimento efetivo*.

Frisando a necessidade de se ter em mente que *cargo público não é sinônimo de emprego público* (a doutrina e a legislação próprias para cada qual não equivalem), será impossível, com todas as vênias, sufragar-se a compreensão de que a pessoa jurídica de direito público possa contratar pela CLT – mesmo que para emprego de provimento em confiança – e, tendo atendido a todos os ditames próprios, inclusive com recolhimentos mensais para o FGTS, venha a furta-se ao pagamento da multa decorrente da dispensa imotivada, na medida em que o princípio da legalidade, neste universo, exigirá o integral cumprimento do ordenamento trabalhista.

A Lei nº 8.036/90 não admite, para o caso, o temperamento pretendido: a exceção não encontra lastro no art. 18, § 1º, do diploma legal.

Note-se que determinado banco, quando contrata alto executivo para ocupar diretoria sua, não estará dispensado de pagar a multa do FGTS, mesmo que amplamente se evidencie que o empregado fora admitido para o que se intitula cargo de confiança. Não se vê, no que diz ao Poder Público (quando, voluntariamente, repele o regime institucional e, aqui sim, administrativo, que o libertaria das amarras da legislação trabalhista), razão de ordem jurídica para se proceder de modo diferente.

Para além das prerrogativas expressamente definidas pela Constituição Federal e pela Lei, o empregador público se equipara ao empregador privado.

Por fim, é imperioso ter-se em mente que a restituição de indébito pressupõe que o pagamento tenha decorrido de erro (CCB, art. 877) – o que não se vê no caso.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tenho por manifesta a violação do art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 (prequestionado em embargos de declaração).

2.2 – MÉRITO

A violação comanda o provimento do recurso de revista, para se julgar a reclamação improcedente, com inversão dos ônus da sucumbência, isento o Autor do pagamento de custas.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90, e, no mérito, dar-lhe provimento, para julgar a reclamação improcedente, com reversão dos ônus da sucumbência, isento o autor do pagamento de custas.

Brasília, 28 de outubro de 2009. *Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira*, relator.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO CONTRA EMPREGADOR

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA LEI Nº 11.496/2007. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O EMPREGADOR POR INVENTO OCORRIDO DURANTE E EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O objeto da presente ação – pedido de indenização contra o empregador por invento ocorrido durante e em razão da relação de emprego – insere-se na competência da Justiça do Trabalho, ainda que demande a interpretação de lei extravagante (Lei nº 9.279/96) de natureza não-trabalhista. Correta, portanto, a conclusão da e. 1ª Turma, não havendo que se cogitar de violação dos arts. 896 da CLT ou 114 da Constituição Federal de 1988.

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA LEI Nº 11.496/2007. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O EMPREGADOR POR INVENTO OCORRIDO DURANTE E EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. ARTIGOS 88 E 90 DA LEI Nº 9.279/96. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 1º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1988. O caput do artigo 88 da Lei nº 9.279/96, vigente quando da extinção do contrato de trabalho do Reclamante, dispõe que “a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado” (destacamos), sendo certo que, segundo o v. acórdão embargado, o modelo de utilidade desenvolvido pelo Reclamante resultou dos serviços prestados para a Reclamada FCA. Acrescente-se que o artigo 90 da mesma Lei prevê que “pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador” (grifos não constantes do original), quando é certo que o modelo de utilidade de que tratam os presentes autos foi desenvolvido de forma vinculada ao contrato de trabalho e mediante utilização de “material sucateado, que não mais serviria às empresas reclamadas”, segundo o e. TRT da 3ª Região. Ocorre, porém, que o fato de a atual lei haver assegurado os royalties exclusivamente ao empregador, e previsto apenas uma faculdade de que o empregado participasse dos ganhos econômicos da exploração daquela invenção, não há vedação – e nem poderia haver, à luz do artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988 – de que o empregado seja indenizado pela invenção de que o empregador se beneficiou em razão do contrato e da mencionada Lei nº 9.279/96. Com efeito, a opção do legislador ordinário é inequivocamente injusta para com o empregado, que conforme doutrina secular vende, por meio do contrato de trabalho, apenas sua força de trabalho, mas não sua criatividade ou sua “atividade inventiva”, para repetir a expressão contida na Lei nº 9.279/96. Acrescente-se que, segundo o e. TRT da 3ª Região, o Reclamante exercia a função de “artífice de manutenção”, e tomou a iniciativa de criar um modelo de utilidade que não apenas facilitou seu próprio serviço como também ensejou “lucro pelas reclamadas com a utilização de invento do reclamante (quer em mão de obra, tempo despendido, melhorias técnicas ou vantagens econômicas, bem como relativamente à medicina e segurança do trabalho)”. Se se tratasse de um empregado contratado para o fim de desenvolver projetos ou pesquisas, dúvida não haveria de ser do empregador o invento ou modelo de utilidade resultante; mas admitir-se que o empregador aproprie-se de modelo de utilidade desenvolvido pelo empregado fora dos limites do contrato de trabalho, ainda que em razão dele, não apenas desestimularia completamente o exercício da atividade inventiva pelos empregados, como também corresponderia a um verdadeiro enriquecimento sem causa pelo empregador, que por aquele invento ou mo-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

delo de utilidade nada pagou quando do adimplemento de suas obrigações contratuais típicas. Finalmente, e não obstante os já mencionados artigos 88 e 90 da Lei nº 9.279/96, assim como não se pode cogitar de qualquer desrespeito às patentes (conhecido vulgarmente como “pirataria”) no território nacional, também não se pode admitir que uma das partes da relação de emprego – por sinal, a mais forte delas – aproprie-se gratuitamente do modelo de utilidade desenvolvido pela outra de forma estranha ao contrato de trabalho pela só condição de empregador; sob pena de afronta aos valores sociais do trabalho consagrados pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Recurso de embargos não conhecido integralmente.

(Processo nº TST-E-ED-RR-749.341/2001 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-749.341/2001.5, em que é Embargante Ferrovia Centro-Atlântica S.A. – FCA e são Embargados União (sucessora da extinta Rede Ferroviária Federal S.A.) e Marcos Penha Menezes.

A e. 1ª Turma, por meio do v. acórdão às fls. 752-774, complementado às fls. 782-783, não conheceu do recurso de revista da Reclamada Ferrovia Centro-Atlântica S.A – FCA quanto aos temas “Competência da Justiça do Trabalho”, “Prescrição” e “Invento – Modelo de Utilidade – Indenização”.

Aquela Reclamada interpõe recurso de embargos (fls. 787-791). Aduz que a Justiça do Trabalho não pode decidir a respeito de uma indenização por suposto invento, pois esta matéria não está inserida no contrato de trabalho, por força do art. 114 da Constituição Federal. Quanto à prescrição, sustenta que sua duração é quinquenal por força do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, e não decenal, como reconhecido pelo e. TRT da 3ª Região. No que tange à indenização pelo invento, alega que não é devida porque este ocorreu nas dependências da empresa, durante o horário de trabalho com fim específico para a atividade desenvolvida pelo Reclamante, e sem registro de patente, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.279/96. Afirma que o invento nessas condições pertence exclusivamente ao empregador, não sendo assegurada ao trabalhador qualquer indenização, *ex vi* dos arts. 40 da Lei nº 5.772/71 e 38 e 88, § 1º, da Lei nº 9.279/96. Denuncia violação do art. 896 da CLT.

Sem impugnação (fl. 797), havendo o d. Ministério Público do Trabalho, por meio da promoção à fl.802, deixado de opinar por falta de interesse público direto.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

VOTO

O recurso de embargos é tempestivo (fls. 784 e 787), nos termos da Súmula nº 262, II, do TST, e está subscrito por advogados devidamente habilitados (fls. 741-742). Custas pagas a contento (fl. 575) e depósito recursal realizado de forma a atingir o valor arbitrado à condenação (fl. 792), nos termos da Súmula nº 128, I, do TST.

CONHECIMENTO

1.1 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR INVENTO. LEI Nº 9.279/96

A e. 1ª Turma rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho com o seguinte fundamento:

“Sobre o tema em foco, o Eg. Regional assim se manifestou:

‘Prevalece nesta Primeira Turma o entendimento a integrar a competência da Justiça do Trabalho as questões envolvendo pedido de indenização.

A explicação encontra respaldo na compreensão de que o dano teria sido provocado em decorrência da existência de vínculo empregatício entre as partes, razão esta pela qual estaria ocorrendo um dissídio individual entre patrão e empregado, atendido portanto o propósito estabelecido no art. 114 da Carta Magna.

Rejeito a preliminar arguida’ (fls. 596/577).

Ademais, ao decidir os embargos de declaração, asseverou o seguinte:

‘No que pertine à questão da indenização decorrente de invento, o acórdão é claro ao determinar que a competência desta Justiça Especializada decorre do entendimento de que o dano teria sido provocado em decorrência da existência do vínculo de empregatício entre as partes, razão esta pela qual estaria ocorrendo um dissídio individual entre patrão e empregado, atendido portanto o propósito estabelecido no art. 114 da Carta Magna’ (fl. 621).

Nas razões de recurso de revista, a Reclamada alega que não se inscreve na competência material da Justiça do Trabalho julgar pedido de indenização decorrente de criação de modelo de utilidade.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Aponta violação ao art. 114 da Constituição Federal, aos art. 642 e 643 da CLT, aos art. 2º, 6º, 38, 229, 241 da Lei 9.279/96. Traz um único aresto para confronto.

Extrai-se do v. acórdão regional que o pedido de indenização decorre da criação de ‘modelo de utilidade’, verificada no curso do contrato de trabalho e dele proveniente.

Transparece cristalinamente dos autos que se cuida de lide entre empregado e empregador, que emergiu da execução do contrato de emprego. Conquanto não tenha por objeto prestação de índole tipicamente trabalhista, no particular, inequivocamente a pretensão jurídica de direito material controvertida guarda relação de causalidade com o contrato de emprego: o pedido de indenização resulta da criação de invento, ‘modelo de utilidade’, surgido no curso da relação de emprego.

Manifesto, assim, que à época da propositura da demanda a causa inscrevia-se no *caput* do art. 114 da Constituição Federal.

Presentemente, o inciso VI do art. 114 da Carta Magna, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, expressamente dissipou qualquer dúvida a respeito.

Desse modo, o Eg. Regional, ao declarar a competência material da Justiça do Trabalho para dirimir a presente demanda, não violou o art. 114 da Constituição Federal.

Quanto aos demais dispositivos legais, não os reputo violados, porquanto não tratam de competência material da Justiça do Trabalho para julgar lide entre empregado e empregador a propósito de indenização decorrente de criação de modelo de utilidade.

Inespecífico o aresto de fl. 683, visto que alude à incompetência material da Justiça do Trabalho para compor conflitos na ação em que se postulam danos morais. Incidência da Súmula 296 TST.

Em face do exposto, não conheço do recurso pela preliminar arguida.” (fls. 757-759)

A Reclamada FCA interpõe recurso de embargos (fls. 787-789). Aduz que a Justiça do Trabalho não pode decidir a respeito de uma indenização por suposto invento, pois esta matéria não está inserida no contrato de trabalho, por força do art. 114 da Constituição Federal. Denuncia violação do art. 896 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Sem razão.

O objeto da presente ação – pedido de indenização contra o empregador por invento ocorrido durante e em razão da relação de emprego – insere-se na competência da Justiça do Trabalho, ainda que demande a interpretação de lei extravagante (Lei nº 9.279/96) de natureza não-trabalhista.

Correta, portanto, a conclusão da e. 1ª Turma, não havendo que se cogitar de violação dos arts. 896 da CLT ou 114 da Constituição Federal de 1988.

Não conheço.

1.2 – PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR INVENTO. LEI Nº 9.279/96

A e. 1ª Turma rejeitou a prefacial de prescrição com o seguinte fundamento:

“Sobre o tema, o Eg. Regional assim se manifestou:

‘PRESCRIÇÃO

Pugna a recorrente pela aplicação da prescrição quinquenal, para que se considerem prescritos eventuais direitos anteriores a 02.12.93.

Não há como se colher a pretensão empresária, eis que as parcelas deferidas não alcançam o lapso temporal quinquenal, não tendo havido, sequer, interposição de recurso pelo reclamante, (sic) caso em que poderia o dispositivo sofrer alterações decorrentes do exame por esta Eg. Turma’ (fl. 598).

Nas razões de recurso de revista, a Reclamada insiste na prescrição quinquenal do direito de ação, quanto às parcelas da indenização postulada, anteriores a 2.12.93, em virtude do ajuizamento da ação em 2.12.1998.

Aduz que a indenização postulada deve-se limitar ao período não prescrito, ou seja, a partir de 2.12.93. A indenização seria por quatro anos e não dez, como determinado pelas instâncias ordinárias.

Aponta violação ao art. 7º, inciso XXIX, alínea *a*, da Constituição Federal.

É certo que o Eg. Regional, sobre o tema em apreço, não emitiu pronunciamento explícito à luz do art. 7º, inciso XXIX, alínea *a*, da Constituição Federal. Contudo, afastou a incidência de prescrição quinquenal sobre as parcelas decorrentes da indenização postulada.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Sucedem que a matéria prescrição é puramente jurídica. Foi ventilada em razões de recurso ordinário e de embargos de declaração. Foi renovada, ainda, em razões de recurso de revista, sob o enfoque pretendido. Há, nesse caso, prequestionamento ficto, circunstância que permite seu exame nesta esfera recursal.

Como visto, cuida-se aqui de hipótese singular e delicada de prescrição.

O art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal dispõe:

‘(...) ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho’.

A meu juízo, o Eg. Tribunal *a quo* não vulnerou esse preceito constitucional, por múltiplas razões.

A um, porque a disputa entre as partes não trava, a toda evidência, a propósito de prestação de cunho trabalhista, no sentido de que derive diretamente de obrigação do contrato de emprego. Logo, não se cogita aqui propriamente de ‘crédito trabalhista’.

A dois, porque, segundo o Regional, ‘as parcelas deferidas não alcançam o lapso temporal quinquenal’. De fato, extrai-se da sentença mantida no Regional que não houve, a rigor, acolhimento de pedido anterior ao quinquênio imediatamente antecedente ao ajuizamento da ação. Em realidade, meramente tomou-se como parâmetro da fixação do valor da indenização por perdas e danos o fato de o contrato haver vigorado por aproximadamente dez anos, de 1987 a 1996. Isso absolutamente não significa retroação da prescrição quinquenal trabalhista, mesmo que acaso aplicável fosse na espécie.

A três, e principalmente, porque a natureza da prestação vindicada – uma indenização – não se compadece com a prescrição trabalhista, parcial e sucessiva, no suposto de lesão periodicamente renovada.

Entendo, pois, que, tratando-se de crédito alusivo à criação de ‘modelo de utilidade’, não há prescrição quinquenal a incidir durante a execução do contrato de trabalho.

Tecidas essas considerações, reputo incólume o dispositivo constitucional invocado.

“Não conheço do recurso, no particular.” (fls. 759-761)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A Reclamada FCA interpõe recurso de embargos (fls. 789-790). Sustenta que a duração do prazo prescricional é quinquenal por força do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, e não decenal, como reconhecido pelo e. TRT da 3ª Região. Denuncia violação do art. 896 da CLT.

Sem razão.

Três foram as razões de decidir da e. 1ª Turma a respeito do tema, sendo que a segunda, a saber, de que “não houve, a rigor, acolhimento de pedido anterior ao quinquênio imediatamente antecedente ao ajuizamento da ação. Em realidade, meramente tomou-se como parâmetro da fixação do valor da indenização por perdas e danos o fato de o contrato haver vigorado por aproximadamente dez anos, de 1987 a 1996”, é substancialmente diferente das duas outras.

Como, porém, a Reclamada não se insurge contra todas as três motivações do v. acórdão embargado, mas apenas contra aquelas que interpretaram a possível incidência do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 aos pedidos de indenização fulcrados na Lei nº 9.279/96, não há como conhecer-se dos embargos no particular por óbice da Súmula nº 283 do excelso STF.

Não conheço.

1.3 – INDENIZAÇÃO POR INVENTO OCORRIDO NA RELAÇÃO DE EMPREGO. LEI Nº 9.279/96

A e. 1ª Turma decidiu a controvérsia relativa à indenização postulada com o seguinte fundamento:

“Sobre o tema, o Eg. Regional consignou o seguinte:

Inicialmente, cumpre perquirir a respeito da existência e da autoria do invento, eis que negada pela reclamada.

As provas carreadas aos autos à exaustão demonstram que o reclamante, de fato, inventou o equipamento que alega na peça exordial.

A testemunha Antônio Alves dos Reis (depoimento às fls. 391/392), a quem o reclamante era subordinado, afirmou que este, há cerca de 8/10 anos anteriores ao término do contrato de trabalho, projetou e construiu os equipamentos que alega, sendo que houve substancial melhora do trabalho realizado, em quantidade e qualidade. Acrescentou que o reclamante somente projetou e construiu os equipamentos após ter obtido da reclamada permissão, tendo sido elogiado pela iniciativa.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Afirmou ainda que tais peças inexistiam nas reclamadas, sendo decorrentes da própria necessidade que se apresentava no local de trabalho. Por fim, descreveu procedimentos operacionais, afirmando que a utilização das peças inventadas pelo reclamante implicaram a facilitação do serviço e a redução do tempo despendido na sua execução, sendo que os equipamentos continuam a ser usados.

Realizada a prova pericial (fls. 466/476), constatou-se a veracidade das afirmações da testemunha ouvida.

O perito oficial constatou que os equipamentos denominados dispositivo para remoção e montagem da excitatriz das locomotivas U-20 G.E/dispositivo para sacar e montar intercambiador de calor das locomotivas MX/dispositivo de sustentação de acoplamento das locomotivas U-20 G.E. foram inventados pelo autor, não possuindo similares. Concluiu ainda o perito oficial que os equipamentos continuam a ser utilizados, tendo o uso dos mesmos significado substancial redução da mão-de-obra empregada, do tempo despendido nos trabalhos e, conseqüentemente, do custo operacional. Infere-se dos trabalhos periciais (legitimamente excetuado, diga-se, sem qualquer vício ou mácula), ainda, que a invenção dos equipamentos pelo autor traduziu-se em maior segurança no ambiente de trabalho.

Diante disto, refutam-se as alegações da recorrente de que não restou provada a autoria dos projetos de fls. 16/18, mesmo porque a própria preposta da FCA afirmou que ‘alguns equipamentos inventados pelo Reclamante continuam a ser utilizados, outros não’. Nesse sentido, realmente não há como se negar que os equipamentos foram projetados e construídos pelo reclamante, dentro de sua jornada de trabalho, com materiais que não mais seriam utilizados, conforme depoimento e conclusão pericial.

Resta a questão do direito à percepção de indenização pelos inventos. É inegável a utilidade prática dos equipamentos, o que foi minuciosamente descrito pelo perito no laudo. Da mesma forma, é indubitável que a utilização destes trouxe inquestionáveis lucros à empresa, seja na forma de economia de tempo, mão-de-obra e até mesmo de segurança no ambiente laboral.

Entende a reclamada que não restaram preenchidos os requisitos das Leis nºs 5.772/71 e 9.279/96, eis que as criações não foram patenteadas junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial),

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

não se podendo falar em invento. Entende ainda que seria requisito essencial a possibilitar a participação do reclamante.

Não comungo deste entendimento, *data vênia*.

O reclamante não foi contratado para o exercício de atividade inventiva, mas apenas e tão-somente desenvolveu projeto com escopo de suprir as necessidades diárias que o serviço reclamava, não tendo visado ao mercado nem à obtenção de lucro. De outro lado, foi utilizado na construção dos equipamentos material sucateado, que não mais serviria às empresas reclamadas.

Posto isto, diante da prova testemunhal e pericial colhida, no sentido da existência de lucro pelas reclamadas com a utilização de invento do reclamante (quer em mão de obra, tempo despendido, melhorias técnicas ou vantagens econômicas, bem como relativamente à medicina e segurança do trabalho), tenho que a falta do requisito formal, qual seja, a expedição de Carta Patente, não pode servir ao indeferimento da pretensão obreira.

Prima o Direito do Trabalho pela observação do contrato realidade, não se podendo privilegiar requisitos meramente formais em detrimento da finalidade da lei.

Provados a autoria dos inventos, bem como o ganho proporcionado às rés, não há como afastar-se o direito à indenização, calcado em simples requisito formal, sendo irreparável a r. decisão recorrida neste sentido.

Quanto à fixação do valor devido a título indenizatório, nenhuma razão assiste à recorrente. Não sendo possível determinar, com exatidão, o ganho auferido pelas empresas reclamadas, eis que os dados fornecidos ao perito não passaram de estimativas, e ainda assim impugnados pelo autor, é correta a utilização dos critérios previstos no artigo 1536 do Código Civil, de aplicação subsidiária' (fls. 598/599).

Nas razões de recurso de revista, sustenta a Reclamada a inexistência do direito à indenização.

Alega que a concessão da patente é requisito essencial ao direito à indenização e que, não lhe havendo sido concedida a carta-patente, o Reclamante não faria jus à indenização postulada.

Aduz que o procedimento utilizado na fabricação dos inventos, matéria-prima, parte mecânica e demais operações teve participação de outros empregados tais como artífices, soldadores, maçariqueiros, torneiros e ajustadores.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Eg. Regional, ao decidir a questão em foco, teria, pois, olvidado o laudo pericial que, com clareza absoluta, revelou que as utilidades foram fabricadas dentro da jornada de trabalho, com matéria-prima das próprias oficinas da Reclamada.

Acresce que, se incontroverso que o Autor era artífice de manutenção e os supostos inventos foram desenvolvidos durante a vigência do pacto laborativo, tais inventos decorreriam da própria natureza da atividade desenvolvida.

Aponta violação aos arts. 2º, inciso I, 6º, 38, 88, § 1º, e 229 da Lei nº 9.279/96; e ao art. 40 da Lei nº 5.772/71.

À face do que assentou o Egr. Tribunal *a quo*, inquestionável a criação das utilidades pelo empregado e a exploração lucrativa pelo empregador.

Resta saber se ao Reclamante pode ser atribuída a autoria, bem como se lhe assiste direito à indenização acolhida.

Ora, as invenções que envolvem o trabalho do empregado classificam-se em três espécies: ‘invenção de serviço’, ‘invenção livre’, ‘invenção de empresa’.

A ‘invenção de serviço’ é a que decorre da atividade inventiva do trabalhador, contratado para o exercício das funções de inventor. Nesta hipótese, efetivamente o empregado não terá nenhum direito sobre a criação. Nada impede que as partes, mediante negociação, contratem a participação do trabalhador nos lucros econômicos resultantes do invento. Essa participação, caso ajustada, não ostenta natureza salarial, mas, sim, indenizatória, não se incorporando à remuneração do empregado.

A ‘invenção livre’, por sua vez, resulta da atividade criadora do trabalhador, sem qualquer vinculação com a existência e a execução do contrato de emprego. Nesta modalidade de invenção, tanto os meios quanto os recursos e equipamentos do empregador não podem amparar a atividade criadora do empregado. Eventuais conhecimentos técnicos adquiridos na vigência do contrato laboral não geram para o empregador o direito de propriedade, tampouco de exploração do invento. A propriedade e o direito de exploração são exclusivos do empregado.

Se a criação, todavia, resultar das funções para as quais foi contratado o trabalhador, ainda que a criação intelectual venha ao mundo jurídico sem a utilização de recursos do empregador, perderá sua

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

qualidade de ‘livre’, passando a ostentar natureza de ‘invenção de serviço’. Nessa hipótese, a propriedade e o direito de exploração são exclusivos do empregador.

Por sua vez, a denominada ‘invenção de empresa’ constitui espécie de meio-termo entre a ‘invenção de serviço’ e a ‘livre’. Sua constituição pode-se dar em duas hipóteses: na primeira, a invenção é consequência do trabalho coletivo, sem nenhuma possibilidade de individualizar-se o autor ou autores; na segunda, a criação intelectual provém do esforço de determinado empregado, ou determinado grupo de empregados.

Na primeira hipótese, em face da impossibilidade de individualizar-se o criador do invento, pode-se concluir que a invenção enriquece o patrimônio empresarial. Entretanto, não se cogita de indenização, porquanto a lei não disciplina hipótese de exploração da propriedade imaterial em co-autoria, ou seja, coletivamente, sem que se possa identificar seus efetivos autores.

Na segunda hipótese, o invento provém do esforço intelectual de determinado empregado, ou de determinados empregados, que podem ser identificados. Neste último caso, da força inventiva de determinado empregado, ou de determinados empregados identificáveis, a que se somam os meios e recursos propiciados pelo empregador, surge o invento. Esta produção não advém da contratação entabulada, que a isso não visou. Representa, sim, um subproduto resultante da capacidade criativa do homem, emanção irradiada da personalidade do trabalhador. Daí ser-lhe atribuído o *status* de ‘invenção’, com consequências jurídicas que se espraiam além do contrato de trabalho e ensejam compensação pela utilidade auferida pelo empregador. Trata-se, pois, de indenização decorrente do denominado invento de empresa. Nessa hipótese, o legislador estipulou que o direito de exploração é do empregador, embora comum a propriedade.

Na espécie, salta à vista que o Reclamante, exercente da função de artífice especial de mecânico, não foi contratado para o desempenho da função de inventor. Logo, não se pode reputar a criação trazida a lume como ‘invenção de serviço’.

Igualmente não se pode considerar a criação como ‘invenção livre’ porquanto utilizados recursos da empresa.

No caso, a criação do Reclamante qualifica-se juridicamente como ‘invenção de empresa’, já que os inventos criados no curso da relação

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

contratual não decorrem da natureza das atividades desenvolvidas por um simples artifício especial de mecânico.

Fixadas essas premissas, cabe agora solucionar a questão central concernente à ‘retribuição’ ou ‘indenização’ correspondente ao ‘invento – modelo de utilidade’ criado.

Trata-se de questão espinhosa, à falta do estabelecimento de parâmetros objetivos em lei.

Com efeito, a Lei nº 9.279/96, art. 91, § 2º, assegura ao criador do invento ‘justa remuneração’. Não estabelece, contudo, parâmetros objetivos para que o juiz fixe a justa retribuição decorrente da novidade.

Ora, se a lei assegura ‘justa remuneração’, nada impede que se conclua que o salário ajustado sirva de parâmetro para o cálculo dessa compensação, igualmente prevista na lei, para retribuição da criação de modelo de utilidade, fruto da capacidade laborativa do empregado, explorado lucrativamente pelo empregador.

No caso em tela, a r. sentença, confirmada pelo v. acórdão recorrido, fixou o valor da indenização, quanto a cada um dos inventos, em metade da última remuneração percebida pelo empregado pelo prazo de dez anos. Dentro, pois, dos padrões remuneratórios do Reclamante.

A fixação nesses padrões mostra-se razoável, porquanto, como já ressaltado, faltam parâmetros objetivos, na lei, para atribuir-se ‘justa remuneração’ ao inventor de modelos de utilidade.

De qualquer sorte, o valor arbitrado ajusta-se às previsões do art. 88, § 1º, da Lei 9.279/96 que, disciplinando situação semelhante, assegura ao empregado contratado para pesquisa ou atividade inventiva, ‘inventor’ ou ‘criador de modelo de utilidade’ o salário previamente ajustado.

Por fim, cumpre analisar se a duração da indenização em apreço, pelo prazo de dez anos, encontra guarida na lei. Entendo que sim.

Com efeito, na ‘invenção de serviço’, a participação do trabalhador condiciona-se à cláusula contratual, podendo ser cumprida a obrigação indenizatória de uma única vez, ou em parcelas sucessivas. No caso de ‘invento – modelo de utilidade’, a participação do trabalhador decorre da lei.

Sucedem que a lei, ao tratar do prazo por que deve estender-se a indenização, estabelece: duração de vinte anos, nos casos de ‘invenção’;

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

e de quinze, nos casos de criação de ‘modelo de utilidade’. Acrescenta, ainda, prazos mínimos de vigência: dez para ‘invenção’; sete para ‘modelo de utilidade’.

No caso em tela, a indenização pelo modelo de utilidade foi determinada pelo prazo de dez anos, prazo médio, circunstância que evidencia a razoabilidade e o acerto da decisão proferida.

Do quanto exposto, forçoso concluir que, embora comum a propriedade e exclusiva a exploração pelo empregador, a lei assegura ao empregado direito a uma ‘justa remuneração’ pela exploração do invento, modelo de utilidade, resultante da contribuição pessoal do empregado (Art. 91, § 2º, Lei 9.279/96). Pouco importa que o invento haja sido propiciado, mediante recursos, meios, dados e materiais, nas instalações da empresa.

Comprovada a autoria, a novidade, bem como a utilização lucrativa do invento, construído à base de material sucateado, em prol da atividade empresarial, o empregador, independentemente de prévio ajuste, está obrigado, por lei, a remunerar o autor do invento.

Irrelevante o fato de o empregado patentear, ou não, o invento. A obrigação de indenizar tem por fato gerador a utilidade extracontratual, emanção da atividade intelectual irradiada da personalidade do empregado, revertida em benefício da exploração econômica do empregador. É direito assegurado na Constituição Federal.

Desse modo, o Eg. Regional não violou os art. 88, § 1º, e 91, § 2º, da Lei 9.279/96, ao manter a r. sentença em que se fixou pelo prazo de dez anos, multiplicados pela metade da última remuneração percebida, o valor da indenização correspondente a cada uma das três invenções criadas pelo Reclamante.

Os demais dispositivos invocados não guardam estreita pertinência com a hipótese discutida nos presentes autos, visto que, especificamente, não tratam do direito à indenização decorrente de criação de modelo de utilidade, tampouco dos critérios para apuração do valor da mencionada indenização. Por esta razão considero não violados.

Em face do exposto, não conheço do recurso de revista interposto pela Ferrovia Centro Atlântica S/A.” (fls. 767-773).

A Reclamada FCA interpõe recurso de embargos (fls. 790-791). Alega que a indenização pelo invento não é devida porque este ocorreu nas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

dependências da empresa, durante o horário de trabalho com fim específico para a atividade desenvolvida pelo Reclamante, e sem registro de patente, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.279/96. Afirma que o invento nessas condições pertence exclusivamente ao empregador, não sendo assegurada ao trabalhador qualquer indenização, *ex vi* dos arts. 40 da Lei nº 5.772/71 e 38 e 88, § 1º, da Lei nº 9.279/96. Denuncia violação do art. 896 da CLT.

Sem razão.

Para melhor compreensão da controvérsia, faz-se mister a transcrição do magistério dos insígnis Orlando Gomes e Elson Gottschalk, em sua obra “Curso de Direito do Trabalho”, vol. I, Ed. Forense, RJ, 1987, pp. 253-256:

“A execução do contrato de trabalho pode dar lugar a invenções, ou a modelos de utilidade industrial. Com o extraordinário desenvolvimento da tecnologia, bem como o relevante interesse econômico representado pela exploração do invento ou do modelo, torna-se importante saber a quem deve ser atribuída a propriedade da patente respectiva. Em alguns países, como os Estados Unidos¹ e a Alemanha², o problema assume grande relevância, dado o vulto das invenções patenteadas anualmente.

Não é fácil definir a invenção. Deve-se, contudo, distinguir *invenção* de *descoberta*. Na linguagem vulgar, muitas vezes os dois conceitos são confundidos, entretanto, uma diferença essencial pode ser salientada: a *descoberta* não é *criadora*, embora não se lhe possa obscurecer seu mérito. Com efeito, faz-se descoberta do que já existe, e não se faz aplicação prática do que se achou. Ao contrário, a *invenção criadora*, servindo-se da *descoberta*, realiza na prática industrial sua aplicação. Exemplificando-se: a fissão nuclear do urânio é uma *descoberta* que tornou possível a *invenção* da bomba atômica (Englert). A *descoberta* por si mesma não é *patenteável*. Todavia, nos países comunistas, o autor da descoberta pode usufruir vantagens análogas às

1 P.J. Frederico, *Distribution os Patents Issued to Corporation*, journal of. P. O. S., p. 405, entre 1939 e 1955 foram patenteadas 348.125 invenções, das quais 58,51% de empregados. N.A.

2 CHRISTIAN ENGLERT, *L'Invention faite par l'Employé dans l'Enterprise Privé*, 1960, p. 2, estima-se em 80% o número de todas as invenções oriundas dos empregados. Hoje essas estatísticas devem estar sobrepassadas de muito.

O Anuário Estatístico do Brasil, 1974, IBGE, dá o total de 1.985 patentes concedidas, entre 1971 e 1973, incluindo-se invenções, modelos industriais e de utilidades e desenhos industriais. Não faz referência à autoria dos mesmos, p. 590, 3.11.2. N.A.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do inventor³. Os dois conceitos decorrem da distinção que se faz entre *ciência pura* e *ciência aplicada*, a primeira dando origem às denominadas *invenções científicas*, ignoradas pela lei das patentes; a segunda, criando as *invenções industriais*, isto é, as que têm por objeto e por fim prático resultado suscetível de aplicação industrial. São seus elementos essenciais à idéia criadora e o processo técnico.

A classificação tripartida das invenções data do Congresso de Augsburg, 1914, para a proteção da propriedade industrial. Estabeleceram-se, então, três tipos de invenções:

- a) invenção de serviço;
- b) invenção livre;
- c) invenção de empresa ou estabelecimento⁴.

Na *invenção de serviço* o empregado é contratado especialmente para realizar pesquisa científica e o resultado de seu trabalho, como em qualquer outro contrato de trabalho, aproveita ao empregador, que o remunera para este fim. É contrato comum de trabalho cujo objetivo se distingue pela natureza da prestação, que atribui ao inventor a honra do invento e o direito moral de sua autoria. Neste caso, a propriedade da patente é do empregador, que pode explorar livremente a invenção, respeitada a paternidade do invento pelo interesse moral dele resultante para o inventor.

A *invenção livre* é a que decorre prevalentemente do espírito inventivo do empregado; para uns, sem conexão com sua atividade profissional na empresa, para outros, embora se tenha realizado em consequência desta atividade. O empregado, autor de uma invenção livre, é seu exclusivo proprietário e pode dispô-la livremente. Renunciando-a, porém, em benefício do empregador deveria fazê-lo com as devidas cautelas legais, ressalvado o direito moral e certo interesse econômico na exploração. Tal invenção não é gravada por qualquer direito de expectativa ‘quase real’ em proveito do empregador (Volmer). Observam certos autores, entretanto, que o dever de fidelidade inerente ao contrato de emprego pode impor ao empregado-inventor certas obrigações, tais como: a) a comunicação obrigatória da invenção ao empregador; b) o

3 Englert, ob. cit., p. 10. A lei tcheca define a descoberta: “a constatação de fenômenos, de qualidades ou de leis do mundo físico, que existem objetivamente e não eram conhecidas antes”. N.A.

4 O Projeto de C. do Trabalho do Prof. E. M. Filho perfilha esta classificação (art. 472). N.A.

oferecimento a este do direito não exclusivo de utilizá-la, salvo se não lhe for útil.

A invenção de empresa ou de estabelecimento é aquela realizada gradualmente pelo trabalho de vários empregados cuja experiência e pesquisa inventiva se entrelaçam de tal sorte que não se pode designar o verdadeiro responsável (Englert). A invenção decorre da experiência prática, dos trabalhos preparatórios, dos meios auxiliares da empresa de modo a não se poder identificar o *inventor*, dado que a invenção é fruto da atividade profissional dos que estão na empresa ou dos que dela já saíram. A doutrina universal admite que em tais circunstâncias o proprietário da empresa poderá vindicar a propriedade da patente⁵.

A consolidação regulou apenas a hipótese de invenção de estabelecimento e de serviço. Entretanto, a Lei nº 5.772, de 21.12.1971, que revogou a de nº 1.005, de 1969, isto é, o Código de Propriedade Industrial, no particular, estabeleceu a regra da propriedade comum da patente, quando o invento ou aperfeiçoamento realizado pelo empregado decorrer de sua contribuição pessoal e também de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador; mas com duas ressalvas: a) permissão de expressa estipulação em contrário; b) garantia ao empregador do direito exclusivo da licença de exploração, assegurada ao empregado a remuneração que for fixada. É prevista a *invenção-de-serviço*, bem como os aperfeiçoamentos, quando realizados durante a vigência do contrato expressamente destinado a pesquisa no Brasil, e em que a atividade inventiva do empregado seja prevista como objeto do contrato, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada. Mas se o empregado requer a patente até um ano depois da extinção do contrato, será considerada feita a invenção durante sua vigência, salvo ajuste contrário. A *invenção-de-serviço* ou aperfeiçoamento é prioritariamente patenteável no Brasil, e o empregado tem direito de ver seu nome figurar no pedido e na patente. Na *invenção-livre*, segundo a nova lei, pertencerá, exclusivamente, ao empregado o invento ou o aperfeiçoamento realizados, desde que sem

5 As leis dinamarquesa (1955), espanhola (1944) e soviética (1959) prevêm expressamente a propriedade das invenções de estabelecimento, atribuindo-a ao proprietário deste.

O Projeto de C. do T. de E. M. Filho aplica a reversão somente quanto às invenções de estabelecimento. N. A.

relação com o contrato de trabalho e sem utilização de meios, recursos, dados, materiais e equipamentos do empregador⁶.

A exploração da patente deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de um ano, a contar da data da expedição da patente, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado. No caso de faltar acordo para iniciar a exploração da patente, ou no curso dessa exploração, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer a preferência, no prazo que dispuser a legislação comum. Requerendo o empregador privilégio no estrangeiro, deverá assegurar ao empregado a remuneração que for fixada. A legislação atual corrigiu, assim, algumas imperfeições havidas na anterior. O pretendente a privilégio de invenção deverá *depositar* no Departamento Nacional de Propriedade Industrial seu pedido acompanhado no relatório descritivo e do desenho da invenção ou modelo de utilidade. Os papéis devem estar selados e taxas são cobradas pelas certidões fornecidas; entretanto, o empregado-inventor está isento do pagamento desses emolumentos, desde que declare e comprove sua situação econômica deficiente⁷.

As legislações dos países altamente industrializados dão particular relevo às *invenções industriais*, estimulando-as por vários meios, com prêmios e outros incentivos, pois delas dependem o progresso industrial em larga escala e o triunfo na competição do mercado internacional.

Finalmente, como observa Renato Corrado, as invenções do empregado, feitas após haver deixado o emprego, embora se servindo dos conhecimentos técnico-profissionais adquiridos no ambiente da empresa, não podem gerar direito vindicativo da patente pelo ex-empregador⁸; entretanto, no particular, a nova Lei nº 5.772 é menos liberal para o empregado-inventor, quando lhe retira a propriedade da patente se utiliza meios, recursos, materiais e equipamentos do empregador, sem ressalva de conhecimentos técnico-profissionais adquiridos antes.

Richard J. Barber, tratando da pesquisa custeada pela indústria nos Estados Unidos, cita cifras da ordem de 18 bilhões de dólares para o

6 O anteprojeto da CLT da Comissão Interministerial apresenta uma classificação mais ampla dos *inventos*, mas inexplicavelmente omite os *modelos*, embora deixe explícito os *aperfeiçoamentos* dos inventos, atribuindo as respectivas propriedades das patentes de modo acertado (arts. 44, 45 e 46). N.A.

7 Lei nº 5.772, de 21.12.1971; Lei nº 2.556, de 6.8.1955; Decreto nº 39.573, de 13.6.56; Decreto-Lei nº 8.481, de 27.12.1945. A propósito das invenções industriais, vide João da Gama Cerqueira, *in* Tratado da Propriedade Industrial, 1º volume, p. 229 e segs. N.A.

8 *Trattato di Diritto del Lavoro*, Utet, Torino, 1966, vol. II, p. 198. N.A.

ano de 1969, época longínqua em que 400 mil cientistas e engenheiros se achavam empregados como pesquisadores industriais⁹.”

Na mesma linha, e já considerando a nova Lei das Patentes, que revogou o antigo Código de Propriedade Industrial, tem-se ainda as preciosas lições de João de Lima Teixeira Filho na obra “Instituição de Direito do Trabalho”, volume I, de co-autoria de Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Viana, Editora LTr, São Paulo, 2002, pp. 253-256:

“(…) A busca pelo domínio de novas tecnologias e seu constante aprimoramento são desafios dos dias presentes. Todos os esforços convergem para a superação do fosso tecnológico que separa as nações desenvolvidas das demais. A Constituição brasileira não passou ao largo da relevante temática, unindo, no art. 5º, XXIX, o ‘interesse social’ ao ‘desenvolvimento econômico e tecnológico do País’ na persecução desse ideal de vanguarda.

A Constituição cuida da ‘Ciência e Tecnologia’ no compartimento da ‘Ordem Social’. Promovê-las diretamente é dever do Estado, assim como fomentá-las, indiretamente, pelo engajamento de terceiros. É nesta conjugação de esforços que as empresas avultam em importância. Os inventos e aprimoramentos desenvolvidos em seu interior não só beneficiam seu próprio processo produtivo como contribuem, por propagação, para o País alavancar posições no *ranking* mundial e melhorar internamente as condições de vida dos cidadãos.

Para tanto, há comando constitucional determinando que o Estado ‘apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia...’ (art. 218, § 4º, da CF). Esta imperatividade é temperada pelo condicionamento da ação estatal à lei a ser editada. Esta lei deverá conceder estímulos de natureza fiscal para as empresas que instiguem e recompensem a inventiva de seus empregados visando o desenvolvimento de avanços tecnológicos, sob a forma de produtos ou processos que aperfeiçoem os métodos produtivos.

A resultante da criatividade do trabalhador pode ser patenteável ou não. Pela nova Lei 9.279, de 14.5.96, que regula a propriedade industrial, pode ser objeto de patenteamento:

a) a *invenção* é uma obra inédita do espírito, é a revelação concreta de uma idéia-força ou engenho de criação, com aplicação utilitária, antes

9 *Empresas Multinacionais (Poder – Economia – Estratégia)*, Editora Atlas S.A., SP, 1972, p. 138. N.A.

inexistente. Daí a lei exigir que essa descoberta atenda aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial; e

b) o ‘*modelo de utilidade*’ não é a manifestação de um engenho original, mas o aperfeiçoamento de invenção já existente. Esse desenvolvimento tem que ver com o processo, com a forma, não com o bem propriamente dito. Como diz a lei, é a apresentação de nova forma ou disposição para um objeto de uso prático, ou parte dele, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

O invento pode ser explorado comercialmente e, portanto, render *royalties*. Mas apenas após a expedição da carta-patente pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

O titular da carta-patente tanto pode ser o empregador como o empregado, verdadeiro autor da obra de criação, ou ambos. Decidi-lo-á o contrato de trabalho. A matéria é deixada ao auto-regramento das partes (art. 6º, § 2º). Examinemos tais hipóteses.

Só o empregado, autor do invento ou modelo de utilidade, poderá patenteá-lo (art. 6º, *caput*) se silente o contrato ou se o resultado de sua criação for alcançado apartadamente do pacto laboral, sem contar, por qualquer forma, com o auxílio do empregador. Aqui, autoria e titularidade patentária concentram-se numa só pessoa, o empregado. Ele poderá livremente comercializar sua propriedade industrial, inclusive com o seu próprio empregador. Em tal situação, a empresa pagará *royalties* ao titular da patente, com quem ladeia uma relação de emprego. Os vínculos jurídicos, todavia, são incomisturáveis. Precisamente por isso, os *royalties* pagos, neste caso, não têm natureza salarial.

O empregador é o único titular do invento quando cláusula expressa do contrato de trabalho assim o determinar ou, se inexistente a previsão, pelo sentido finalístico da contratação: quando o enlace jurídico objetivar a pesquisa, a criação ou o invento resultar da natureza própria dos serviços para cuja execução o trabalhador foi contratado. Neste caso, o salário convencionado é a contraprestação compreensiva do invento, de modo que não são devidos *royalties* ao empregado pela comercialização da patente pelo empregador.

Nesta hipótese, sempre entendemos, com esteio no art. 218, § 4º, da Constituição, ser ‘indispensável que o empregador assegure ao autor da inovação uma participação a ser avençada, que tome por base o ganho

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que o empregador passou a ter com o produto da criatividade do seu trabalhador. Esta participação, que pode ser representada por um único pagamento ou parcelas mensais, não se incorpora ao salário do trabalhador, nem sobre ela incidem encargos sociais. A Constituição bem andou ao dizer que essa participação é ‘*desvinculada do salário*’. Com isso, evita-se o receio de que a concessão se torne irreversível, onerosa em função dos encargos sociais e inibidora do processo de busca permanente por novos aperfeiçoamentos’ (‘Instituições de Direito do Trabalho’, 11^a ed., São Paulo, LTr, 1991, p. 249). E concluíamos essa linha de entendimento afirmando: ‘Embora o texto constitucional não tenha sido regulamentado, tudo leva a crer que a participação para o empregado não se confunde com os *royalties* que ele possa ter quando titular da patente de invenção que esteja sendo explorada’ (‘Instituições’, cits. 1991, p. 250).

Como Secretário Nacional do Trabalho chegamos a formular proposição com estas características, uma novidade em relação ao agora revogado Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21.12.71). Com satisfação, vemos tal proposta acolhida no art. 89 da Lei nº 9.279/96, *in verbis*:

‘Art. 89. O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa.

Parágrafo único. A participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado’.

Quando o invento não é comercializado pelo empregador, mas utilizado apenas no interior do empreendimento, descabe pagamento de *royalties*, já que nenhuma renda a patente está produzindo. Cabível, sim, o pagamento de uma participação pela utilização interna da descoberta ou aprimoramento, em valor negociado, que pode referenciar-se ao ganho econômico apresentado no processo produtivo.

Presume-se de titularidade do empregador o registro de patente requerido pelo empregado até um ano após a ruptura do seu contrato de trabalho, com as especificidades antes referidas. Concedida a cartapatente ao empregador, o nome do empregado-inventor dela sempre constará, salvo se esta não for a sua vontade (art. 39).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Por fim, a titularidade do invento pode ser compartilhada. Empregado e empregador detêm partes iguais da patente quando, inexistindo cláusula contratual regulatória da hipótese, a criação resultar da contribuição pessoal do empregado e dos recursos e equipamentos colocados à sua disposição pelo empregador. Se a criação é coletiva, o quinhão dos empregados (metade) é subdividido igualmente entre todos os co-titulares da invenção ou modelo de utilidade. Estas meações não são rígidas. As normas legais pertinentes têm o traço da dispositividade (art. 91 e seu § 1º, ambos *in fine*), abertas, portanto, à primazia da vontade das partes contratantes.

Permite a lei que o empregador negocie com o empregado co-titular a exclusividade na exploração da patente. Para tanto, a vontade do empregado encontra na lei um limite subjetivo, indispensável ao aperfeiçoamento deste negócio jurídico: a garantia da ‘justa remuneração’ ao empregado (§ 2º do art. 91). Significa que as partes devem avir compensação pecuniária *equânime* para o empregado, sob pena de reversão à co-titularidade. Justa remuneração nada tem a ver com natureza salarial. Afinal, esta cessão de direitos não resulta de contraprestação do serviço contratado. A nosso ver, o propósito da lei é evitar que o empregador, ao negociar a exclusividade, pague valor irrisório ao empregado comparado ao faturamento líquido indicado nas avaliações de mercado de domínio do empregador – até porque avaliou a vantagem da exclusividade (...) Inexistindo este acordo, cabe ao empregador promover a exploração do objeto da patente nos 12 meses subsequentes à expedição da carta. Não o fazendo neste prazo nem apresentando razões legítimas para não fazê-lo, passa o empregado à condição de único titular da patente, podendo explorá-la como melhor lhe aprouver e sem que nenhuma remuneração caiba ao empregador.

O titular da carta-patente, seja ele qual for, pode explorar o invento pelo prazo de 20 anos e o modelo de utilidade por 15 anos (art. 40), findos os quais o produto da criação cairá em domínio público.

A sistemática aplicável aos empregados é estendida pela Lei nº 9.279/96, nas mesmas condições, as relações jurídicas afins, como o são a do estagiário e a do trabalhador autônomo.”

Com efeito, no presente caso, o contrato de trabalho do Reclamante foi extinto já na vigência da Lei nº 9.279/96, cujo art. 88 dispõe que “a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, *ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado*” (destacamos), sendo certo que, segundo o v. acórdão embargado, o modelo de utilidade desenvolvido pelo Reclamante resultou dos serviços prestados para a Reclamada FCA.

Acrescente-se que o art. 90 da mesma Lei prevê que “pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador”, quando é certo que o modelo de utilidade de que tratam os presentes autos foi desenvolvido de forma vinculada ao contrato de trabalho e mediante utilização de “material sucateado, que não mais serviria às empresas reclamadas”, segundo o e. TRT da 3ª Região.

Ocorre, porém, que o fato de a atual lei haver assegurado os *royalties* exclusivamente ao empregador, e previsto apenas uma faculdade de que o empregado participasse dos ganhos econômicos da exploração daquela invenção, não há vedação – e nem poderia haver, à luz do art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988 – de que o empregado seja indenizado pela invenção de que o empregador se beneficiou em razão do contrato e da mencionada Lei nº 9.279/96.

Com efeito, a opção do legislador ordinário é inequivocamente injusta para com o empregado, que conforme doutrina secular vende, por meio do contrato de trabalho, apenas sua força de trabalho, mas não sua criatividade ou sua “atividade inventiva”, para repetir a expressão contida na Lei nº 9.279/96.

Acrescente-se que, segundo o e. TRT da 3ª Região, o Reclamante exercia a função de “artífice de manutenção”, e tomou a iniciativa de criar um modelo de utilidade que não apenas facilitou seu próprio serviço como também ensinou “lucro pelas reclamadas com a utilização de invento do reclamante (quer em mão de obra, tempo despendido, melhorias técnicas ou vantagens econômicas, bem como relativamente à medicina e segurança do trabalho)”.

Se se tratasse de um empregado contratado para o fim de desenvolver projetos ou pesquisas, dúvida não haveria de ser do empregador o invento ou modelo de utilidade resultante; mas admitir-se que o empregador aproprie-se sem nenhum custo de modelo de utilidade desenvolvido pelo empregado de forma estranha ao objeto do contrato de trabalho, ainda que em razão dele, não apenas desestimularia completamente o exercício da atividade inventiva pelos empregados, como também corresponderia a um verdadeiro enriquecimento sem causa do empregador, que por aquele invento ou modelo de utilidade nada pagou quando do adimplemento de suas obrigações contratuais típicas.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Finalmente, e não obstante os já mencionados art. 88 e 90 da Lei nº 9.279/96, assim como não se pode cogitar de qualquer desrespeito às patentes (conhecido vulgarmente como “pirataria”) no território nacional, também não se pode admitir que uma das partes da relação de emprego – por sinal, a mais forte delas – aproprie-se gratuitamente do modelo de utilidade desenvolvido pela outra de forma estranha ao contrato de trabalho pela só condição de empregador, sob pena de afronta aos valores sociais do trabalho consagrados pelo *supramencionado* art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Com esses fundamentos, não conheço integralmente do recurso de embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente do recurso de embargos.

Brasília, 22 de outubro de 2009. *Horácio Senna Pires*, relator.

DIFERENÇAS SALARIAIS. JORNALISTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS. JORNALISTA. REGISTRO DE DIPLOMA DE CURSO DE NÍVEL SUPERIOR. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, quanto ao tema relativo às diferenças salariais, ante a constatação de divergência jurisprudencial com o aresto colacionado. Agravo de instrumento provido.

RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. JORNALISTA. REGISTRO DE DIPLOMA DE CURSO DE NÍVEL SUPERIOR. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES. No Direito do Trabalho, distintamente do Direito Civil, vigora, regra geral, uma teoria especial trabalhista de nulidades – excetuando-se a mitigação dada pela construção jurisprudencial desta Corte firmada na Súmula 363/TST, assim como a sua total inaplicabilidade no tocante ao “trabalho ilícito”, como, por exemplo, a exploração do jogo do bicho (OJ 199 da SDI-1) ou o exercício ilegal de medicina (art. 282 do CP). A par dessas observações, inúmeras são as situações

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

bastante comuns que ensejam a plena aplicação da teoria justrabalhista de nulidades, como o que ocorre em relação ao efetivo exercício da profissão de jornalista sem a comprovação de prévio registro de conclusão de curso superior em jornalismo ou em comunicação social (arts. 4º do Decreto 972/69 e 4º do Decreto 83.284/79). Há que se reconhecer que, cumpridas as funções efetivas de jornalista – e não sendo ilícito o exercício irregular da profissão –, cabe reconhecerem-se os efeitos do contrato realidade, sendo irrelevante, para tais efeitos, que à época da prestação de serviços inexistisse a comprovação de prévio registro de conclusão de curso superior em jornalismo ou em comunicação social.

Recurso de revista provido.

(Processo nº TST-AIRR-757/2004-071-15-40 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-757/2004-071-15-40.5, em que é Agravante Vivian Cristiane Cardoso e Agravado LC Benedito & Vicenzotti LTDA. e Outra.

A Presidência do TRT da 15ª Região denegou seguimento ao recurso de revista da Reclamante com fundamento nas Súmulas 23, 126, 221, II, ambas do TST (fl. 263).

Inconformada, a Reclamante interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que seu recurso de revista reunia condições de admissibilidade (fls. 2-23).

Não foram apresentadas contraminuta ao agravo de instrumento ou contra-razões ao recurso de revista, sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

É o relatório.

VOTO

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos recursais, CONHEÇO do apelo.

II) MÉRITO

DIFERENÇAS SALARIAIS. JORNALISTA. REGISTRO DE DIPLOMA DE CURSO DE NÍVEL SUPERIOR. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES

O Regional manteve a decisão originária que indeferiu as diferenças postuladas pela inobservância do piso salarial da categoria de jornalista, ao argumento de que não foram cumpridos os requisitos legais para o exercício da referida profissão.

No recurso de revista, a Reclamante sustenta que desde o início do pacto laboral efetivamente desenvolvia as atribuições de jornalista a despeito de em parte de seu contrato de trabalho não possuir diploma de jornalismo. Exemplifica as atividades desempenhadas: realização de reportagens, fotografias e redação de matérias. Aponta violação dos arts. 5º, XIII, 7º, V, da CF e 302, § 1º, da CLT. Colaciona julgados para o confronto de teses.

A Reclamante logrou êxito em demonstrar divergência jurisprudencial com o primeiro aresto de fl. 254, o qual espelha tese da prescindibilidade da exibição de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

B) RECURSO DE REVISTA

I) CONHECIMENTO

CONHEÇO do recurso por atendidos os pressupostos gerais de admissibilidade.

1) PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Ante o conhecimento e provimento do recurso de revista da Reclamante, no que concerne às diferenças salariais pelo seu enquadramento como jornalista, são aplicáveis, à hipótese, os arts. 794 da CLT e 249, § 2º, do CPC, rejeitando-se, portanto, a preliminar.

2) DIFERENÇAS SALARIAIS. JORNALISTA. REGISTRO DE DIPLOMA DE CURSO DE NÍVEL SUPERIOR. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES

Restou pontuado pelo Regional:

“DO RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS

(...)

Logo, o conjunto probatório revelou que a reclamante não era mera colaboradora da reclamada, entendida esta colaboração como aquela atividade executada na elaboração de matérias apenas quando solicitada, firmando contratos de cessão de direitos autorais e de licença de reprodução, sem pessoalidade e qualquer tipo de fiscalização pela empresa jornalística, *uma vez que desempenhava atividades jornalísticas de forma subordinada à recorrida*, já que se reunia com o editor em reuniões de pauta semanais, recebia pagamento mensal pelos serviços prestados, conforme inclusive consta no contrato de prestação de serviços que assinou (fls. 17), situação esta que faz presumir que, se a empresa a remunerava de forma mensal, era porque dela esperava o fornecimento de matérias para compor sua edição jornalística, que segundo a testemunha era da ordem de ‘oito a dez matérias por edição; as edições eram bissemanais’. Diga-se que a vasta prova documental produzida nos autos (caixas de documentos anexas) indica que a reclamante trabalhava continuamente para a reclamada, dada à quantidade de matérias suas publicadas em todas as edições da reclamada.

Por fim, como bem observou a origem, ‘não se pode conceber uma empresa jornalística que não possua um jornalista sequer como empregado, como no caso dos autos, porém possua um editor, que é o responsável pela publicação do jornal. A autora estava plenamente inserida na atividade fim das empresas, posto que foi contratada para prestar serviços profissionais como *jornalista (...)*, ou seja, para fornecer material jornalístico que permitem a publicação do jornal pertencente ao grupo de empresas (...)’ (fls. 131)

Destarte, mantém-se o entendimento de origem porque o conjunto probatório é convincente no sentido de que entre as partes existiu, de fato, prestação de serviços de natureza empregatícia, autorizando a condenação imposta.

Nada a reformar.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

DO RECURSO DA RECLAMANTE

Pretende a reclamante o recebimento de diferenças salariais pela observância do piso da categoria profissional dos jornalistas, reconhecendo que era estudante de Jornalismo quando iniciou a prestação de serviços, mas que concluiu o curso em 11.02.2004, quando seu diploma foi registrado (cf. fls. 58 verso); alega que, mesmo sendo estudante, exercia de fato a função de jornalista, o que autoriza o deferimento do pedido.

Nada a deferir.

É que o exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho, mediante a apresentação de prova de nacionalidade brasileiro (nato ou naturalizado), folha corrida, carteira profissional e diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido, registrado no Ministério da Educação ou em instituição por ele credenciada, consoante dispõe o art. 4º, do Decreto nº 83.284, de 13 de março de 1979, não bastando, para tanto, a conclusão de curso superior específico e nem mesmo a prática rotineira desta atividade para conferir à reclamante o *status* de Jornalista.

Logo, indevidas as diferenças salariais que postulou.” (fl. 236, g.n.)

Interpostos embargos de declaração, o Regional assim se pronunciou:

“Conheço dos embargos declaratórios, porque tempestivos.

Consoante se infere da fundamentação expendida às fls. 286, esta E. Turma analisou todos os pontos articulados na peça de embargos declaratórios, entendendo, por votação unânime, que ‘o exercício da profissão de jornalista requer *prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho*, mediante a apresentação de prova de nacionalidade brasileira (nato ou naturalizado), folha corrida, carteira profissional e diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido, registrado no Ministério da Educação ou em instituição por ele credenciada, consoante dispõe o art. 4º, do Decreto nº 83.284, de 13 de março de 1979, *não bastando, para tanto, a conclusão de curso superior específico e nem mesmo a prática rotineira desta atividade para conferir à reclamante o status de Jornalista*’, mantendo o entendimento de origem que indeferiu as diferenças salariais postuladas.

Logo, não houve mácula no julgado embargado a autorizar a oposição dos presentes embargos, frisando-se que não foram violados os dispositivos constitucionais invocados naquela peça.” (fl. 242)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No recurso de revista, a Reclamante sustenta que desde o início do pacto laboral efetivamente desenvolvia as atribuições de jornalista a despeito de em parte de seu contrato de trabalho não possuir diploma de jornalismo. Exemplifica as atividades desempenhadas: realização de reportagens, fotografias e redação de matérias. Aponta violação dos arts. 5º, XIII, 7º, V, da CF e 302, § 1º, da CLT. Colaciona julgados para o confronto de teses.

A Reclamante logrou êxito em demonstrar divergência jurisprudencial com o primeiro aresto de fl. 254, o qual espelha tese da prescindibilidade da exibição de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

Conheço do recurso.

II) MÉRITO

DIFERENÇAS SALARIAIS. JORNALISTA. REGISTRO DE DIPLOMA DE CURSO DE NÍVEL SUPERIOR. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES

No Direito do Trabalho, distintamente do Direito Civil, vigora, regra geral, uma teoria própria de nulidades, a qual condensa basicamente três aspectos fundamentais: 1) a circunstância de que se torna inviável, faticamente, após concretizada a prestação efetiva do trabalho, o reposicionamento pleno das partes à situação anterior ao contrato nulo; 2) o fato de que a transferência e apropriação do trabalho em benefício do tomador cria uma situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes, que apenas pode ser corrigida – mesmo que parcialmente – com o reconhecimento dos direitos trabalhistas; 3) a convicção de existir uma prevalência incontestável conferida pela ordem jurídica em seu conjunto ao valor-trabalho e aos direitos trabalhistas, o que resulta na repercussão de efeitos justralhistas ao trabalho efetivamente cumprido.

É importante o registro de que a teoria justralhista especial nem sempre é passível de plena aplicação, tendo esta Corte a mitigado na hipótese de reconhecimento de nulidade de contratação por ausência de certame público (art. 37, II e § 2º, CF), considerando como efeitos da relação jurídica apenas aqueles fixados nos termos expressos da Súmula 363/TST (este Relator tem ressaltado seu entendimento por entender que se aplicaria mais amplamente a teoria especial trabalhista de nulidade).

Noutro norte, também há que se considerar inaplicável a referida teoria especial trabalhista de nulidades ao denominado “trabalho ilícito”, como, por

exemplo, no tocante ao exercício ilegal de medicina, capitulado como crime (art. 282 do CP).

Nesse mesmo sentido, esta Corte, ao examinar os efeitos trabalhistas em relação aos vícios e defeitos do contrato de trabalho – além da já referida aplicação atenuada da Súmula nº 363 –, tem-se pautado na distinção existente entre o trabalho ilícito e o trabalho proibido.

Sob essa perspectiva, em se tratando de trabalho ilícito não se tem reconhecido qualquer efeito trabalhista, como se depreende da OJ 199 da SDI-1, acerca da prestação de serviços relacionados à exploração do jogo do bicho, em que se firmou o entendimento de que, em face da ilicitude do objeto do referido contrato, não se confere nenhum efeito trabalhista à avença.

Por outro lado, em se tratando de trabalho proibido – aquele que não se reveste de ilicitude –, em face do princípio da primazia da realidade e pelo fato de que o beneficiário da mão de obra não pode se locupletar com sua própria torpeza, opondo a vedação legal a fim de se eximir do cumprimento de obrigações trabalhistas, por certo que poderia e pode produzir todos os efeitos legais.

Nessa perspectiva, cita-se a Súmula nº 386/TST, que reconhece a relação de emprego entre policial militar e empresa privada – trabalho lícito –, apesar de proibida pelo Estatuto do Policial Militar.

A par dessas observações, inúmeras são as situações bastante comuns que ensejam a plena aplicação da teoria justralhista de nulidades, como o que ocorre em relação ao efetivo exercício da profissão de jornalista sem a comprovação de prévio registro de conclusão de curso superior em jornalismo ou em comunicação social (arts. 4º do Decreto 972/69 e 4º do Decreto 83.284/79).

Há que se reconhecer que, cumpridas as funções efetivas de jornalista – e não sendo ilícito o exercício irregular da profissão –, cabe reconhecerem-se os efeitos do *contrato realidade*.

Na hipótese, portanto, são devidas as diferenças salariais pela observância do piso referente à *efetiva função de jornalista* desempenhada pela Reclamante, sendo irrelevante, para tal efeito, que à época da prestação de serviços inexistisse a comprovação de prévio registro de conclusão de curso superior em jornalismo ou em comunicação social.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para condenar a Reclamada no pagamento de diferenças salariais pela observância do piso da categoria profissional dos jornalistas.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, I – dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista; II – conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial quanto às diferenças salariais e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a Reclamada no pagamento de diferenças salariais pela observância do piso da categoria profissional dos jornalistas.

Brasília, 14 de outubro de 2009. *Mauricio Godinho Delgado*, relator.

DISSÍDIO COLETIVO. EMBRAER. DESPEDIDA COLETIVA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO*

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO EXMº SR. MINISTRO MILTON DE MOURA FRANÇA

Recorrentes: Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER e Outra, Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Outros e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL

Recorridos: Os Mesmos

Em um Estado Democrático de Direito, ganha relevo especial, como uma de suas maiores expressões, o princípio da legalidade.

Garantia inalienável e insusceptível de transação, que, juntamente, com os princípios da igualdade e da previsibilidade mínima das decisões judiciais, fonte geradora da segurança jurídica, disciplina direitos e obrigações e sinaliza o comportamento de todos os cidadãos.

A denúncia do contrato de trabalho, em nosso País, tem regulamentação precisa, de clareza ofuscante.

Ressalvados os casos de garantia e/ou estabilidade no emprego, a normatização, de natureza constitucional e legal, não deixa dúvida de que é

* Votos vencidos relativos ao Processo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00, Ac. SETPOEDC (Cf. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 75, nº 3, jul./set. 2009, pp. 242-282)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

assegurado ao empregador o direito de rescindir o contrato de trabalho, arcando com os encargos ou reparações financeiras decorrentes da dispensa imotivada.

A Constituição Federal, efetivamente, sinaliza nesse sentido, quando dispõe em seu art. 7º, I, que:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória dentre outros direitos.”

O mesmo dispõe o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.”

De outra parte, diferentemente de outros países que exigem a interferência da entidade sindical em caso de dispensa, a Constituição Federal assim não dispõe, salvo em hipóteses outras que especifica (compensação e/ou aumento de jornada em turnos ininterruptos de revezamento – art. 7º, XIII e XIV; redução de salários – inciso VI do mesmo preceito; ajuizamento de dissídio coletivo – art. 114, §§ 1º e 2º, também da Constituição Federal).

Ressalte-se que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, que, dentre várias questões, dispõe sobre a extinção do contrato de trabalho com a obrigatória participação da entidade sindical, não se acha em vigor no Brasil.

Efetivamente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIM 1480-3 (1997), após o Presidente da República ter denunciado a sua aplicação, suspendeu os seus efeitos no território nacional.

Ressaltou tratar-se de norma programática, razão pela qual sua eficácia, mesmo se aprovada, dependeria de lei complementar, nos termos do art. 7º, I, da Constituição Federal, capaz de definir os contornos de sua aplicação às relações de trabalho.

Esta Corte Superior, através de suas subseções (I e II), em cumprimento ao decidido pela Suprema Corte, firmou posição no sentido de que referida

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

convenção não autorizava pedido de reintegração no emprego, salientando sua natureza programática.

Efetivamente:

“(…) O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal alude à possibilidade de previsão de outros direitos e garantias por meio dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte além dos nelas previstos. Na hipótese, todavia, debate-se sobre a vigência da Convenção nº 158 da OIT no sistema jurídico nacional, em que não há lei complementar destinada a adequá-la ao direito positivo interno. De outro lado, o art. 7º, I, da Constituição Federal dispõe sobre a ‘relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;’. Ou seja, é inviável aferir-se a violação, na espécie, do referido dispositivo da Constituição, pois este se revela de eficácia contida, na medida em que dependente de norma regulamentar para sua integração no ordenamento jurídico.

Dessa forma, verificada a ausência de lei complementar para a inserção em âmbito nacional dos direitos inscritos na convenção em questão, nos termos do art. 7º, I, da Constituição Federal, isto é, com previsão igualmente de indenização compensatória para despedida arbitrária ou sem justa causa, inexistente suporte jurídico para amparar a pretensão do autor.

De outro lado, cumpre frisar que a aludida convenção foi denunciada pelo Governo brasileiro por meio do Decreto nº 2.100, de 20.12.1996, e a respectiva ratificação foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 1.480-3/DF. Vale citar, nesse sentido, os seguintes precedentes: ROAR-584.715/99, SBDI2, DJ 10.11.00, Min. Francisco Fausto; ROAR-552.705/99, SBDI2, DJ 20.10.00, Min. José Luciano C. Pereira; RR-536.526/99, 1ª T, DJ 15.12.00, Min. João O. Dalazen; RR-388.348/97, 1ª T, DJ 1º.12.00, Min. João O. Dalazen; RR-417.863/98, 4ª T, DJ 4.8.00, Min. Ives Gandra Martins Filho; RR-361.732/97, 5ª T, DJ 16.6.00, Min. Rider Nogueira de Brito; RR-516.940/98, 5ª T, DJ 2.6.00, Min. Rider Nogueira de Brito.

Estão, portanto, afastadas as violações dos arts. 5º, § 2º, e 7º, I, da CF/88.

(…)

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

provimento ao agravo regimental.” (Proc. nº TST-AG-E-RR-365.740/1997, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 8.2.2002)

Mas ainda que superado fosse o fato incontroverso de que a Convenção Coletiva nº 158 não vige no País, o que se admite exclusivamente para se demonstrar o desacerto, *data venia*, do entendimento majoritário da Seção, não se poderia, em hipótese alguma, concluir-se pela exigência de negociação prévia com o sindicato, como pressuposto de dispensa de empregados.

A própria Convenção é de clareza solar, quando, em seu art. 1º, dispõe que:

“Dever-se-á dar efeito às disposições da presente Convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.”

E ao identificar, especificamente os motivos de término da relação de trabalho, ou seja, econômico, tecnológico, estrutural ou análogo, referida norma delega ao Estado, que a recepciona em seu ordenamento jurídico, a competência para definir o número ou cifra de empregados a serem dispensados (art. 13).

Igualmente, assegura-lhe o direito de disciplinar ou adotar o procedimento negocial que o(s) sindicato(s) de empregados e de empregadores deverão observar para atingir, validamente, esse objetivo (art. 13).

Ora, diante desse singelo quadro, fácil perceber a total incompatibilidade da decisão com os arts. 5º, II, e 7º, I, ambos da Constituição Federal.

Realmente, na medida em que se impõe uma obrigação de fazer à EMBRAER, sem nenhum suporte jurídico, seja legal, seja contratual, a decisão agrediu o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), princípio dos mais relevantes que procura disciplinar o comportamento de todos os cidadãos, sem exceção, em uma sociedade sedimentada em um regime democrático e de direito.

O argumento de que a pretensão dos empregados encontraria abrigo no art. 7º, I, da Constituição Federal e, portanto, não estaria a decisão maculada pelo vício insanável de sua nulidade, não encontra respaldo.

Como já salientado, referido dispositivo tem natureza programática e, portanto, sua eficácia está condicionada à lei complementar que venha disciplinar a matéria que contempla.

A decisão, portanto, viola literal e diretamente, os arts. 5º, II, e 7º, I, ambos da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

De outra parte, não se pode menosprezar os seus possíveis reflexos negativos na extinção dos contratos de trabalho.

Com efeito, na medida em que veio, ao arrepio do permissivo contratual, criar direitos e impor obrigações, sem identificar seu alcance, mais do que isso, sem regular o procedimento para o seu exercício, sua inserção no mundo jurídico poderá se tornar um complicador e não solução para a dispensa coletiva de empregados em nosso País.

Sindicatos profissionais e de empregadores e, igualmente, as empresas, que até então submetiam-se às regras explícitas, quanto a denúncia dos contratos de trabalho, certamente encontrarão dificuldades para conciliar seus interesses, na medida em que não poderão contar com um referencial capaz de sinalizar os limites mínimos de uma eficaz negociação coletiva.

E por derradeiro, deve ser assinalado que não se sustenta, com a devida vênia, o entendimento de que a aplicação do Direito Comparado poderia legitimar a pretensão do sindicato profissional, por força da aplicação do art. 8º da CLT.

Como já exposto, a ordem jurídico-constitucional brasileira já se posicionou, através de sua Suprema Corte, que a Convenção nº 158 não tem aplicação entre nós, razão pela qual toda e qualquer interpretação que procure inseri-la, via oblíqua, em nosso País carece de legitimidade.

Brasília, 10 de agosto de 2009. *Ministro Presidente Milton de Moura França.*

JUSTIFICATIVA DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO REQUERIDA PELO EXMO. SR. MINISTRO JOÃO ORESTE DALAZEN

Recorrentes: Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER e Outra

Recorrentes: Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Outros

Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL

Recorridos: Os Mesmos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

I – RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A. – EMBRAER E OUTRA

Gostaria, inicialmente, de render minhas homenagens ao douto e erudito voto do Eminentíssimo Relator, em matéria tormentosa e atormentadora, por suas notáveis e evidentes repercussões.

A beleza do Direito, contudo, precisamente porque não se cuida de uma ciência exata, repousa na multiplicidade de perspectivas com que os fenômenos jurídicos podem ser abordados e equacionados.

Na espécie, dentre as instigantes e inusitadas questões suscitadas no presente processo, preliminarmente, impõe-se o exame do cabimento, como tal, do *Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica instaurado*.

1 – CABIMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA

As entidades sindicais Suscitantas, em face da despedida coletiva encetada no âmbito da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER e da ELEB EMBRAER Ltda., ajuizaram *Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica*, contendo, essencialmente, os seguintes pedidos:

“a) a concessão de medida *liminar inaudita altera parte* determinando a suspensão cautelar das rescisões contratuais, ante a *possibilidade* palpável de que sejam declaradas nulas as rescisões realizadas em desconformidade com a normatização referida;

(...)

d) seja, ao final do processo, julgado procedente o dissídio coletivo de natureza jurídica *para declarar nulas as demissões coletivas efetivadas* sem observância da necessária negociação prévia com os suscitantas.” (fls. 15-16)

Como se sabe, dentre os critérios de classificação dos dissídios obreiro-patronais, um dos mais importantes e que já se tornou clássico é o que os distingue em dois gêneros: dissídios individuais e dissídios coletivos. Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), trata-se de uma classificação que remonta a uma lei francesa de 1806, que estabeleceu os “conseils de prud’hommes”.

Na lição do saudoso professor Cesarino Júnior, *dissídios individuais* “são aqueles em que estão em jogo, não interesses abstratos de categorias, mas interesses concretos de indivíduos”.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Reside, *fundamentalmente*, no objeto do dissídio a diferenciação marcante entre um e outro: o critério decisivo é o dos interesses em jogo. Cuidando-se de interesse concreto, isto é, concernente a um ou mais empregados determinados, o *dissídio é individual*; se, pelo contrário, a disputa trava-se a respeito de um interesse abstrato ou de categoria, envolvendo as pessoas indeterminadas que a integram, o *dissídio é coletivo*.

Do ponto de vista objetivo: no dissídio individual, há conflito de interesses concretos, *tendo por escopo a aplicação de norma jurídica preexistente*; no dissídio coletivo, está em jogo o interesse geral e abstrato de grupo ou categoria, *ou com vistas à criação de condições de trabalho genericamente consideradas, com caráter normativo (dissídio coletivo de natureza econômica), ou com vistas à interpretação de norma jurídica preexistente (dissídio coletivo de natureza jurídica)*.

Em suma: se, pelos interesses em jogo, há uma disputa sobre interesses individuais, ou seja, de pessoas determinadas, cuja solução supõe a *aplicação de direito material preexistente*, estamos em face de *dissídio individual*.

Se, pelos interesses em jogo, há uma contraposição de *interesses gerais e abstratos*, ou seja, interesses de uma *coletividade considerada como unidade*, o *dissídio é coletivo*, *seja para a interpretação de norma preexistente de alcance incerto e concretamente duvidoso (dissídio coletivo de natureza jurídica), seja para criação de normas jurídicas que traduzam novas e melhores condições de trabalho (dissídio coletivo de interesses ou econômico)*.

Na hipótese vertente, a despeito de postularem explicitamente a instauração de dissídio coletivo de natureza jurídica, como visto, os sindicatos Suscitantess assinalam que *não* pretendem a *interpretação* de norma, mas a “*declaração* sobre sua aplicação a uma situação específica”.

Percebe-se, neste ponto, já o equívoco da premissa da postulação, *data venia*, porquanto, no dissídio coletivo de natureza jurídica, ao contrário do que sustentam as entidades sindicais Suscitantess, necessariamente promove-se uma *interpretação*, tendo por objeto precisamente um provimento *declaratório* sobre uma norma coletiva concreta afeta à categoria, como, por exemplo, da norma de alcance duvidoso que supostamente contemplasse óbice à despedida coletiva.

Inequívoco que o dissídio coletivo de natureza jurídica ostenta a natureza de uma *ação declaratória*, mas com uma particularidade sumamente importante: o provimento declaratório postulado tem por destinatário um número indeterminado e indiscriminado de trabalhadores, representados pelos sindicatos suscitantess, exatamente porque nele a entidade sindical defende interesses gerais

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

e abstratos da categoria, isto é, da *coletividade considerada como unidade e não desses ou daqueles empregados individualizados ou individualizáveis*.

Ora, no caso concreto, como não pôde deixar de reconhecer explicitamente o Eminent Relator, a toda evidência não se cuida propriamente de dissídio coletivo, tampouco de dissídio coletivo de natureza jurídica.

Não se cuida de dissídio coletivo porque os sindicatos ingressaram com ação na defesa dos direitos individuais *concretos* dos 4.270 (quatro mil duzentos e setenta) empregados das Suscitadas despedidos coletivamente. Mais: a pretensão é nitidamente *reparatória* de lesão *já consumada* a suposto direito subjetivo trabalhista que emanaria do ordenamento jurídico brasileiro e do Direito comparado.

Pretende-se, assim, iniludivelmente, a *aplicação* de normas materiais preexistentes para a solução do conflito de interesses. É o que se infere claramente do pedido liminar de “suspensão cautelar das rescisões contratuais” e do próprio pedido final de declaração de nulidade das despedidas coletivas.

No fundo, conforme ninguém ignora e é óbvio, a pretensão central é de *reintegração* dos trabalhadores. Tanto isso é exato que o recurso ordinário de um dos sindicatos suscitantes, em patente inovação, expressamente postula *reintegração ou* majoração da indenização adicional fixada pelo Tribunal *a quo*.

Aliás, a bem de ver, este processo tem faceta kafkiana, de certo modo, pois nele se busca, em última análise, o que *não* se pede na inicial e nele se concede o que não se pode e tampouco se pede...

O próprio acórdão recorrido, ao fixar indenização não pleiteada, alude a “*pagamento da reparação*”.

A pretensão deduzida, pois, nem de longe ostenta natureza típica de um dissídio coletivo, tampouco de natureza jurídica.

Como visto, o pedido *não é* de declaração da inteligência de determinada norma, de resto nem mesmo referida. Aliás, *nem mesmo genericamente* pleiteia-se declaração de que o ordenamento jurídico brasileiro, ou o Direito comparado, veda a despedida massiva sem negociação coletiva: pede-se, insisto, que sejam declaradas “nulas as demissões coletivas” mediante a *aplicação* de normas preexistentes. Vale dizer: pretende-se, sim, a solução *concreta* da dispensa coletiva dos trabalhadores, já operada.

Ora, o art. 220, inciso II, do RITST, afeiçoado à doutrina clássica sobre o tema, dispõe que cabe dissídio coletivo de natureza jurídica “para interpretação

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos”.

Releva notar, ainda, que, mesmo que houvesse (e não há!) pedido de interpretação e declaração da exegese de normas de caráter genérico, a Orientação Jurisprudencial nº 7 desta Seção Especializada em Dissídios Coletivos é expressa acerca da inadequação do Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica para tanto:

“OJ Nº 7/SDC. DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE CARÁTER GENÉRICO. INVIABILIDADE. Não se presta o dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST.”

Impende ponderar, a propósito, que a notória e iterativa jurisprudência desta Corte restringe o cabimento do dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de norma coletiva preexistente, conforme ilustra a recentíssima decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DE ACORDO CELEBRADO ENTRE OS SUSCITADOS, COM A INTERMEDIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, A RESPEITO DA REPRESENTATIVIDADE SINDICAL DE GARÇONS, COZINHEIROS, AJUDANTES DE COZINHA E CHAPEIROS, QUANDO CONTRATADOS POR PANIFICADORAS, NA BASE TERRITORIAL DE BAURU E REGIÃO IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Acórdão regional em que se decretou a extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista a inadequação da via processual eleita, por duplo fundamento: 1) incompatibilidade entre a tutela jurisdicional pretendida (anulação de acordo sobre representatividade sindical), de natureza constitutivo-negativa, e a ação ajuizada (dissídio coletivo de natureza jurídica), de caráter meramente declaratório, cuja finalidade é a interpretação de norma prevista em instrumento coletivo; 2) presença de debate a respeito de enquadramento sindical, que pressupõe o exame de norma genérica (art. 570 da CLT), incompatível com o dissídio coletivo de natureza jurídica, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 07 desta Seção Normativa. Recurso ordinário em que não se impugna objetivamente os fundamentos adotados na decisão regional. Recurso desfundamentado, a teor da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Súmula nº 422 desta Corte. Decisão regional que, de todo modo, está em conformidade com a jurisprudência desta Seção Normativa, no sentido de que incompatíveis com a natureza do dissídio coletivo de natureza jurídica pretensões que envolvem declaração de nulidade de normas previstas em instrumentos coletivos e disputa por titularidade de representação sindical. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (*Processo: RODC-881/2007-000-15-00.1, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, Data de Divulgação: DEJT 6.2.2009*)

Em consequência, a meu juízo, *data máxima venia*, é manifesta a inadequação da via eleita para a solução do presente conflito de interesses.

De outra parte, lendo-se atentamente a petição inicial do pretense dissídio coletivo ora em apreciação, nota-se que se busca um provimento declaratório dotado de franca eficácia executiva, como foi realçado da tribuna, isto é, que possa ensejar pronta reintegração dos trabalhadores.

No particular, reside, com a devida vênia, outro equívoco da postulação, porquanto é da índole da sentença normativa, proferida num dissídio coletivo – seja de natureza jurídica, seja de natureza econômica –, *não comportar execução*.

Conforme é pacífico na doutrina, a sentença normativa, mesmo em dissídio coletivo de natureza jurídica, vale como título jurídico a embasar ulterior ação de cumprimento, como se extrai do art. 872 da CLT e, especificamente, do que reza o art. 10 da Lei nº 7.701/88, que dispõe:

“Art. 10. Nos dissídios coletivos de natureza econômica ou jurídica de competência originária ou recursal da seção normativa do TST, a sentença poderá ser objeto de ação de cumprimento com a publicação da certidão de julgamento.”

Em outras palavras: é inconcebível, mesmo em tese, uma sentença normativa, num dissídio coletivo, que propicie execução, ou seja, dotada de eficácia executiva.

Nesse sentido, entendo que o processo, para o fim a que se propôs, é típico dissídio *individual*, proposto pelos sindicatos na qualidade de *substituto processuais* dos trabalhadores despedidos, em que se formula um pedido eminentemente *declaratório* de nulidade de ato jurídico, com base em suposta violação de direito já consumada.

Está claro que o provimento declaratório também é ínsito ao dissídio coletivo de natureza jurídica, mas não para se pleitear concretamente a invalidade

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de ato jurídico, como aqui, e sim para valer como declaração em si, de caráter vinculante às partes, ou seja, para servir como preceito a ensejar um dissídio individual, na forma da lei.

Implica dizer, portanto, que a sentença normativa emanada de um dissídio coletivo de natureza jurídica não enseja execução, mas poderá provocar, na hipótese de não haver o seu cumprimento espontâneo, um processo de cognição, que, por sua vez, poderá gerar uma sentença condenatória passível de execução.

Recorde-se que, à luz do parágrafo único do art. 4º do CPC, “é admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a *violação* do direito”.

Desse modo, em meu entender, *data venia*, a espécie comportava reclamação trabalhista típica dirigida à Vara do Trabalho territorialmente competente, sob a forma de dissídio individual plúrimo, ajuizada pelos sindicatos na qualidade de *substitutos processuais* dos trabalhadores despedidos, mediante a formulação cumulativa de pedido declaratório (de nulidade das dispensas) e condenatório (à reintegração, ou sucessivamente pagamento de indenização compensatória).

Argumenta, por sua vez, o Eminentíssimo Relator que, embora a hipótese efetivamente não se amolde à figura clássica do dissídio coletivo de natureza jurídica, a “*Justiça do Trabalho* tem competência constitucional para dirimir os conflitos coletivos, não importando a denominação”.

Tomada literalmente a afirmativa, estou de acordo. Inscreve-se na competência *material* da Justiça do Trabalho solver também os conflitos coletivos, tais como os conflitos intersindicais de representatividade.

A questão aqui, todavia, *não é de competência material*: é de competência funcional. O art. 114, § 2º, da CF/88, como se sabe, cometeu à Justiça do Trabalho solucionar “dissídio coletivo”, e a lei ordinária (seja a CLT, seja a Lei nº 7.701/88) atribuiu aos *Tribunais do Trabalho*, como causas da competência originária destes, o julgamento de dissídio coletivo típico.

Dessa forma, *data venia*, a competência funcional dos Tribunais do Trabalho, no particular, é restrita a “dissídio coletivo”, locução de acepção técnico-jurídica precisa, e não a qualquer conflito coletivo, não importando a denominação.

Como se sabe, as causas da competência originária dos Tribunais são delimitadas *exaustivamente* em lei de modo a não comportar aplicação analógica.

De sorte que se a lide não figura entre as de competência funcional ou originária dos *Tribunais do Trabalho*, segue a regra geral de submeter-se aos

três graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, com ajuizamento da ação perante Vara do Trabalho.

No caso sob exame, a prevalecer a pretensão dos sindicatos, deparamo-nos com um dissídio individual, ainda que em favor de uma pluralidade determinada de empregados, dissídio individual esse que, *per saltum*, ingressa diretamente no Tribunal Regional do Trabalho, sem permissivo legal, suprimindo uma instância da Justiça do Trabalho.

Vê-se, pois, que definir a real natureza do presente processo, não o admitindo como “dissídio coletivo”, não constitui, com todo respeito, um preciosismo ou um formalismo exacerbado.

Longe disso, a questão tem graves repercussões na ordem jurídica. Trata-se de fator determinante, ou não, da competência funcional de Tribunais do Trabalho, que é absoluta e, pois, insuscetível de prorrogação, por força de lei (CPC, arts. 112 e 113). Virtual julgamento do mérito de dissídio individual diretamente por Tribunal Regional do Trabalho, tal como se deu aqui, a meu juízo, é passível até mesmo de desconstituição mediante ação rescisória (CPC, art. 485, II e V).

Objetar-se-á, todavia, como faz o Eminent Relator, insistentes vezes, com a absoluta excepcionalidade do caso.

Com todo respeito, a inquestionável relevância econômico-social do caso não justifica semelhante ruptura da ordem jurídica, inclusive porque se consagra um precedente não recomendável para os Regionais.

Com efeito. Doravante, a prevalecer o douto entendimento do Relator, todo dissídio individual *phirimo*, como o presente, para discutir despedida coletiva, poderá ingressar originariamente perante os Regionais, fazendo-se tábula rasa da primeira instância da Justiça do Trabalho.

Estou convencido de que a “absoluta excepcionalidade do caso” com que se acena não justifica esse sério arranhão na ordem jurídica.

Ao contrário. Não obstante a inegável relevância do caso, as Varas do Trabalho dispõem de aparato técnico-jurídico não apenas para uma cognição e instrução mais exaurientes de um conflito como o ora em julgamento, como também as entidades sindicais, em tese, poderiam lograr tutela jurisdicional não apenas de validade inquestionável, mas também mais efetiva ao verdadeiro escopo dos sindicatos.

Nesse diapasão, os doutos fundamentos da petição inicial dos ilustres patronos dos sindicatos Suscitantos poderiam, em tese, embasar o mesmo pedido declaratório, cumulado com o de condenação à reintegração, e até mesmo o pedido de outorga de tutela antecipatória de mérito, perfeitamente admissível em sede de dissídio individual, por força do art. 461 do CPC.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vale dizer: a excepcionalidade do caso, com o máximo respeito daqueles que não comungam desse entendimento, não autoriza e nem justifica conceber-se um suposto *tertium genus* de suposto dissídio coletivo, inteiramente alheio às duas categorias clássicas e únicas até hoje admitidas perante os Tribunais do Trabalho brasileiros.

Assim, em meu entender, o pleito, *tal como posto* pelos sindicatos, em que pese a combatividade e o inegável desvelo profissional dos seus ilustres patronos, em derradeira análise, pode revelar-se deletério aos próprios trabalhadores, já que não se pôde, por exemplo, acolher o pedido de reintegração.

Lembre-se que o próprio eminente Relator, como já se acentuou, e mesmo o Regional, malgrado declararem abusiva a despedida coletiva, não puderam acolher o que verdadeiramente se busca no presente dissídio coletivo, que é a reintegração, dada a forma com que se postulou e a via eleita para o fim que se pretende alcançar.

Em suma: seja por equívoco, seja por estratégia dos sindicatos suscitantes, não se pode receber e processar, como dissídio coletivo, um dissídio que efetivamente nada tem tecnicamente de coletivo, a despeito da pluralidade de beneficiários. O contrário implicaria suprimir-se um grau de jurisdição da Justiça do Trabalho e, pior ainda, tomando como dissídio coletivo o que não o é, eximir as entidades sindicais de comprovar requisitos formais para a instauração do verdadeiro dissídio coletivo (tais como: autorização em assembleia, *quorum*, ata de deliberação, etc.).

Concluo, por todo o exposto, pela inadequação da via eleita, como também pela incompetência funcional absoluta do Tribunal *a quo* para julgar diretamente um dissídio indubitavelmente *individual*, que, no entanto, pode ser recebido e processado como tal perante o órgão jurisdicional competente.

Assim, pedindo vênias aos que não comungam desse entendimento, *dou provimento parcial ao Recurso Ordinário* das Suscitadas para, acolhendo a preliminar de inadequação da via eleita, *anular o processo*, a partir do acórdão recorrido, e, em consequência, determinar o envio dos autos para distribuição entre as Varas do Trabalho de São José dos Campos, para instrução e julgamento da lide, como entender de direito.

2 – MÉRITO

Vencido quanto à preliminar, *passo ao exame do mérito*, na perspectiva de cuidar-se de *atípico* dissídio coletivo de natureza jurídica.

2.1 – DESPEDIDA COLETIVA. LACUNA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. INTEGRAÇÃO

É forçoso convir que o ordenamento jurídico-trabalhista brasileiro, desafortunadamente, ressenete-se da disciplina legal da *despedida coletiva*, ao menos no tocante ao procedimento prévio a ser encetado pela empresa, ao contrário do que se dá em muitos países, no plano do direito comparado.

A rigor, em relação à dispensa coletiva, a legislação brasileira somente cogitou, a meu juízo, de uma indenização específica, no art. 502 da CLT, em que, no caso de força maior determinante da extinção da empresa, autoriza-se a dispensa coletiva dos empregados do estabelecimento cujas atividades se encerraram mediante o pagamento de uma indenização ali tarifada:

“Art. 502. Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte:

I – sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478;

II – não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa;

III – havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479, desta Lei, reduzida igualmente à metade.”

Essa indenização, contudo, em meu entender, foi *absorvida* pela indenização e respectiva multa do FGTS, como se infere do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90 (Lei do FGTS).

Por sua vez, o art. 7º, inciso I, da Constituição da República prevê, como sabemos, a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, *nos termos de lei complementar*, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (grifo nosso).

Lastimavelmente, porém, ainda não se editou a aludida lei complementar, de modo que o art. 7º, inciso I, da CF, por ora, contém norma de eficácia contida, como sustenta o Eminent Relator, mas a proteção ali contemplada está reservada à “despedida arbitrária ou sem justa causa”, ou seja, em meu entender, à despedida individual.

Por quê? Porque reza o texto constitucional que, *enquanto não sobrevier a lei complementar em apreço*, nos casos de “despedidas arbitrárias” ou “sem justa causa”, a reparação dar-se-á mediante o *pagamento da indenização legal*,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

além da *multa* sobre o valor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, no importe de 40% dos depósitos do FGTS, conforme o disposto no art. 10, inciso I, do ADCT:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput*, e § 1º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.”

A meu juízo, pois, inarredável concluir que, de momento, ressalvados os casos excepcionais de garantia de emprego, seja qual for a despedida sem justa causa, no direito positivo brasileiro a proteção está “limitada” à multa *quadruplicada* do FGTS, além da indenização, mediante o pagamento dos respectivos depósitos.

Sob o prisma estritamente legal, por conseguinte, a despedida coletiva, em minha visão, recebe tratamento equivalente à soma de despedidas individuais sem justa causa para efeito de indenização.

Daí se segue que *não há vedação* à dispensa coletiva. Significa, portanto, que, perante o ordenamento jurídico vigente, a despedida coletiva *também é um direito potestativo* do empregador, que gera para o empregado, em contrapartida, o direito subjetivo de auferir como compensação para a dispensa do emprego os depósitos do FGTS e uma multa pré-tarifada.

Assim, salvo os casos específicos de garantia de emprego, não se pode tolher o direito de o empregador promover despedidas coletivas imotivadas ou ditadas por razões de ordem técnica, econômica ou financeira.

Aliás, não se conhece, mesmo no direito comparado, país que vede, de forma absoluta, a despedida coletiva, o que, de resto, seria irracional em uma economia capitalista, já que engessaria a empresa e, em tese, poderia comprometer-lhe a subsistência, mormente em períodos de crise aguda e de mais acirrada concorrência no mercado, tal como se constata, de momento.

De outra parte, conquanto compartilhe do entendimento do eminente Relator e do Regional de que vivemos uma era de pós-positivismo jurídico e reconheça a normatividade dos princípios constitucionais, que não são mais preceitos líricos da Carta Magna, é imperativo ter presente que, na espécie, sob minha ótica, há colisão de princípios constitucionais.

Argumenta o eminente Relator que os princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade humana, a valorização do trabalho e

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

especialmente do emprego, a submissão da propriedade à sua função socioambiental, entre outros, impõem que se reconheça a distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas coletivas.

Na espécie, contudo, é preciso lembrar que o princípio da livre iniciativa também está consagrado no texto constitucional e, embora não corresponda a direito fundamental, *pode promover os direitos fundamentais, de forma indireta*.

Ora, se o Judiciário pudesse coibir despedida coletiva estritamente com base em princípios constitucionais, sob o fundamento de que não haveria disciplinamento normativo da despedida coletiva como tal no Direito brasileiro, então se poderia, em tese, chegar a uma situação *insólita* em que a invalidade da despedida coletiva, e a consequente e inafastável reintegração dos empregados, em última análise, poderia comprometer o respeito a direitos fundamentais relativamente aos empregados que *permanecem* no emprego e que, em situação extrema, seriam afetados pela *não sobrevivência da empresa*. E não esqueçamos que, no caso, ao que consta, remanesceram em seus postos de trabalho cerca de 17.000 (dezesete mil) empregados.

É ocioso assinalar, porque fato público e notório, que as despedidas foram determinadas em um momento delicado da economia mundial e de retratação acentuada da demanda, que decerto atingiu de forma ainda mais intensa empresas como as Suscitadas, sobremodo dependentes do mercado internacional.

A exponencial relevância dos princípios constitucionais, mormente os referidos pelo Relator, não nos deve permitir perder o foco da realidade, que a tudo se impõe: em um sistema capitalista, a empresa privada precisa, antes de tudo, buscar a sobrevivência.

Logo, se não há venda, é inafastável a redução dos postos de trabalho, embora constitua decisão das mais angustiantes, dolorosas, dramáticas e tristes. Muitas vezes, é isso ou a falência, que compromete irremediavelmente os direitos fundamentais dos trabalhadores remanescentes.

Não me parece, portanto, que os princípios constitucionais, conquanto sobremaneira relevantes, por si sós, deem solução satisfatória para colmatar a lacuna no disciplinamento da despedida coletiva entre nós, até porque desenganadamente conflitantes no caso.

Objetivamente, cabe-nos equacionar se houve *despedida abusiva*, como declaram o Relator e o Regional.

Observe-se que declarar a *abusividade* da despedida é abrir caminho para a *reintegração* em ulterior dissídio individual, o que, em última instância,

implica negar o direito potestativo patronal de romper os contratos individuais de trabalho. E mais: sem vedação explícita e de forma a pôr em risco a subsistência da empresa.

Data venia, não havendo disciplina legal específica da dispensa coletiva, entendo que, para efeito de validade da ruptura do contrato de trabalho, por analogia, constitui ela um somatório – repito – de dispensas individuais submetidas ao regime jurídico das dispensas individuais, sem justa causa. Ou seja, trata-se, sim, lamentavelmente, de direito potestativo do empregador, em nosso ordenamento jurídico.

De outra parte, argumenta-se com a abusividade em virtude de não ter havido prévia e indispensável negociação coletiva.

Reconheço que, idealmente e até por uma questão de bom senso, as despedidas deveriam ter sido precedidas de negociação coletiva.

Daí à declaração de abusividade, todavia, vai um longo caminho, pois não há lei que exija semelhante negociação sindical prévia às despedidas, mesmo coletivas. Deveria haver, mas não há.

Sem embargo do respeitável entendimento do ínclito Relator, não consigo atinar para a prática de um ato abusivo e ilícito, no âmbito do direito privado, se não há vedação explícita; ao contrário, a lei assegura que é direito potestativo do empregador a dispensa sem justa causa, expressamente declarando que a proteção da dispensa sem justa causa faz-se mediante o pagamento de indenização e multa do FGTS quadruplicada.

Recorde-se que, na órbita do direito privado, tudo o que não está explicitamente proibido é facultado.

Por outro lado, impressiona a circunstância de o Sindicato, ao que parece, não travar uma interlocução proveitosa com a EMBRAER, tanto que, desde 2005, ao que consta, não subscreve convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho.

Dessa forma, peço vênias ao Relator para dar provimento ao Recurso Ordinário das Suscitadas a fim de *afastar a premissa* segundo a qual a *negociação coletiva prévia é imprescindível para a dispensa coletiva*, bem assim a declaração de abusividade das despedidas.

2.2 – POSTERGAÇÃO DE VIGÊNCIA DOS CONTRATOS DE TRABALHO

No tocante à postergação de vigência dos contratos de trabalho até 13.03.2009, igualmente, *dou provimento* ao Recurso Ordinário das Suscitadas,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

visto que não diviso amparo legal para decisão desse jaez que, de resto, também conflita com o direito potestativo patronal de despedir e, portanto, de demarcar unilateralmente a cessação contratual.

2.3 – INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA

No que tange à *indenização adicional estipulada pelo Regional* para o caso de despedida coletiva, e exclusivamente sob esse aspecto, penso que andou bem o Regional.

É manifesto que a despedida coletiva, pelas implicações sociais, econômicas e políticas muito mais gravosas, não pode submeter-se ao regime jurídico da dispensa *individual* sem justa causa, para efeito de indenização.

Está claro que o contrário seria uma solução absolutamente imprópria e injusta, pois não se pode emprestar o mesmo tratamento a situações jurídicas inteiramente distintas.

Conforme bem pondera nesse aspecto o v. acórdão regional, não havendo como evitar as despedidas coletivas, a solução adotada em muitos países, como Espanha e México, é a fixação de uma indenização compensatória.

A perda do emprego e o séquito de infortúnios que se abatem sobre os trabalhadores e suas famílias exigem uma compensação financeira distinta, que lhes mitigue o padecimento.

É certo que, no caso dos autos, como reparação ao prejuízo decorrente da dispensa, as Empresas asseguraram espontaneamente, aos empregados dispensados, *indenização* superior à prevista em lei, visto que, além das verbas rescisórias, conferiram os seguintes benefícios:

a) plano de saúde gratuito por doze meses em favor do empregado dispensado e seus dependentes; e

b) aviso prévio adicional e proporcional ao tempo de serviço, nas seguintes bases:

- b.1) de 2 anos e meio a 5 anos de serviço: ½ salário adicional;
- b.2) de 5 a 10 anos de serviço: 1 salário adicional;
- b.3) de 10 a 15 anos de serviço: 2 salários adicionais;
- b.4) de 15 a 20 anos de serviço: 3 salários adicionais;
- b.5) acima de 20 anos de serviço: 4 salários adicionais.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Reconheço, todavia, que os benefícios assegurados não foram suficientes para atenuar os efeitos da despedida coletiva, mormente porque se houve de forma infeliz a empresa praticamente ao *não* adotar critérios seletivos para a dispensa que não a capacitação profissional.

Eu estimaria que a empresa, num quadro dessa envergadura, com os desdobramentos sociais, econômicos e até mesmo políticos de uma despedida massiva como essa, houvesse se precatado e adotado critérios mais palatáveis para o efeito de consumir a despedida coletiva, tal como sucede no Direito comparado.

Desse modo, na lacuna da lei brasileira, com permissivo no art. 8º, parágrafo único, da CLT, e supedâneo no Direito comparado, penso que merece manutenção o acórdão regional no que estipulou uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio até o limite de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Assim, *nego provimento* ao Recurso Ordinário das Suscitadas, no particular.

II – RECURSOS ORDINÁRIOS INTERPOSTOS PELO SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS (FLS. 815/822) E PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CONSTRUÇÃO DE AERONAVES, EQUIPAMENTOS GERAIS AEROESPACIAL, AEROPEÇAS, MONTAGEM E REPARAÇÃO DE AERONAVES E INSTRUMENTOS AEROESPACIAL DE SÃO PAULO – SINDIAEROESPACIAL (FLS. 825/833)

Diante dos argumentos já esposados, *nego provimento* aos Recursos Ordinários interpostos pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Outros (fls. 815/822) e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL (fls. 825/833).

Brasília, 10 de agosto de 2009. *Ministro João Oreste Dalazen.*

VOTO DO EXMº SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA

Recorrentes: Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER e Outra, Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Outros

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespacial, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespacial do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL

Recorridos: Os Mesmos

Sr. Presidente, a circunstância de, pela primeira vez neste ano, participar de uma sessão de dissídio coletivo, para mim, é um privilégio. Já foi dito que este tema é relevante, e a sociedade espera uma manifestação da nossa Corte Superior Trabalhista. Se não bastasse, Sr. Presidente, o privilégio aumenta quando temos para apreciação um voto condutor da lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado. E se acresça a essa circunstância a divergência aberta pelo Ministro João Oreste Dalazen.

Sr. Presidente, o que estamos discutindo, exatamente neste momento, é a preliminar da possibilidade jurídica. O Ministro João Oreste Dalazen, Professor de Direito, bem assenta, com absoluta propriedade, a diferenciação do dissídio coletivo de natureza jurídica e o de natureza econômica. São irreparáveis as colocações de S. Ex^a, fixando-se sobretudo no objetivo e no alcance de um e de outro. Como sempre continuamos a ser seus alunos, Ministro João Oreste Dalazen. Ocorre que a realidade é sempre muito mais forte do que o Direito, e devemos estar muito mais atentos aos fatos.

O fato processual é que há uma petição inicial, em que a ação é denominada dissídio coletivo de natureza jurídica e postula-se, como lido pelo Ministro Dalazen, ao final da petição que seja julgado procedente o dissídio coletivo de natureza jurídica para declarar nulas as demissões coletivas efetivadas, sem observância da necessária negociação prévia com o suscitante. Com sua costumeira atenção, S. Ex^a. destacou uma das afirmações do ilustre patrono da parte, que invocou, da tribuna, o art. 475-N do CPC, que diz: “São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (...)”. Acho que a inteligência que S. Ex^a. tem desse dissídio está absolutamente correta quanto à formalidade.

Sr. Presidente, como há muito não venho aqui, hoje vou começar a ousar. Uma ponderação: se lermos a petição inicial, veremos que nela há um dado fundamental. Aponta-se um fato: a dispensa de quatro mil duzentos e setenta e três empregados, de forma inopinada, no dia 12 ou 14 de fevereiro deste ano. Ao longo do arrazoado, uma assertiva fundamental: é necessária uma negociação prévia. Daí o pedido para que se declarem nulas as dispensas, exatamente porque não observada a negociação prévia. Esse é o fato. Temos

uma realidade e um fato de repercussão de natureza econômica e também social, e se diz que a conduta da empresa foi regular. O autor vem à Justiça e diz que consoante o ordenamento jurídico há uma irregularidade. Batiza o dissídio coletivo de natureza jurídica. Com todo respeito, é uma equivocada definição. Não tenho a menor dúvida a esse respeito, Ministro Dalazen.

Alguém já me disse que esse dissídio é um pouco simbiótico. Para não buscar definições, porque o nominalismo, às vezes, confunde-nos, lembrome, do tempo em que estava estudando filosofia, da seguinte citação de Guilherme D'Ockham: “Entia non sunt multiplicanda sine necessitate”. Os seres não devem ser multiplicados sem necessidade.

Sr. Presidente, o certo é que há um fato de repercussão social gravíssimo e relevante. Diz a Constituição, no art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse é o fato. Há uma formulação tecnicamente, a meu ver, equivocada. O CPC de 1939 tinha um princípio consagrado expressamente, que era o da fungibilidade. Hoje não mais o temos. Há o art. 250 do CPC, pelo qual se pode fazer uma adaptação, quando se trata de forma. Entendo que, apesar da denominação equivocada, há um pedido objetivo. Em última instância, eu reduziria. Em face da fundamentação, e para se observar a lógica da fundamentação com o pedido, eu diria que, nesta Seção de Dissídio Coletivo, estamos convidados a declarar um fato fundamental: pode-se dispensar sem negociação coletiva? Essa é a declaração que se está postulando no Judiciário. Entendo que, respeitada a situação fática, respeitada a fundamentação, posta assim a questão, temos de ultrapassar – não digo pruridos – a técnica correta de V Ex^a, Ministro Dalazen, sobretudo considerando o dissídio coletivo.

Mas vou mais longe: na divergência se sustentou que há uma questão de competência funcional, se bem entendi, e se destacou que tecnicamente a hipótese seria de dissídio individual plúrimo. Vou pedir todas as vênias para ir à lição de Orlando Gomes, já em 1974, trazida à colação pelo eminente Relator. Em seu livro *Aspectos jurídicos de desemprego tecnológico*, quando ele fala sobre o que vem a ser a dispensa coletiva, diz: “*Dispensa coletiva* é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados”. E continua: “Dois traços caracterizam a *dispensa coletiva*, permitindo distingui-la da *dispensa plúrima*. São: a) a peculiaridade da causa; b) a redução definitiva do quadro do pessoal. Na *dispensa coletiva* é *única e exclusiva* a cláusula determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir *determinados* trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego”. E a hipótese da EMBRAER

não é exatamente essa? Não é uma causa determinante da dispensa de um, de José ou de Joaquim, mas de quatro mil duzentos e setenta e três empregados, por uma situação alegada pela empresa. Por uma situação econômica, financeira, grave, resultante desse mundo globalizado em que vivemos, porque não há nenhuma empresa isolada no mundo. Apesar de alguns sindicatos acharem que as empresas são isoladas do mundo – diga-se de passagem. Mas o fato é que tenho, no meu entender, uma realidade de dispensa coletiva. E se é dispensa coletiva, o trato tem de ser no direito coletivo. E no direito coletivo, situada geograficamente a questão, só pode ser o TRT da 15ª Região. Daí por que, Sr. Presidente, com todas as vênias à divergência, entendo que a competência funcional é também nossa. Efetivamente, se eu continuar em minha contínua posição de aluno do Ministro João Oreste Dalazen e fazendo reparo à questão técnica, não tenho como dizer que não há um equívoco processual. Há, sim. Por essa razão, prefiro ultrapassar esse mencionado equívoco, e atento à essência do pedido, entender cabível o presente dissídio coletivo de natureza jurídica e reconhecer a nossa competência. Com essas rápidas considerações, peço todas as vênias à divergência para acompanhar o eminente Relator:

Sr. Presidente, já declaramos, na preliminar rejeitada pelo eminente Relator, que estamos perante um fato coletivo, ao apreciar uma dispensa coletiva. Na nossa legislação, não há nada que regule a dispensa coletiva: esse é um dado. O eminente Relator fala que vivemos uma nova realidade: o mundo globalizado, nova organização empresarial em rede. É a expressão que S. Ex^a. usa. Reitero que, em meu entender, a dispensa coletiva está caracterizada, está configurada na ótica trazida pela doutrina e, aqui, com o ensinamento de Orlando Gomes. Sabemos que há legislações que regulam a matéria, como a alemã, que estabelece quantidades certas para se considerar uma dispensa como coletiva. Outras preferem ficar na natureza jurídica do instituto, em vez de se apoiarem no critério estritamente numérico. Na nossa legislação há uma omissão. Qual o trato que se deve dar a essa dispensa coletiva? Foi dito aqui que se deve dar o trato de dispensa individual adicionada. O art. 7º, I, da Constituição Federal, estabelece que é direito do trabalhador a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Então se deu o trato individual. Somem-se as dispensas individuais. Foi uma proposta aqui sustentada. Respeitosamente, Sr. Presidente, vou pedir todas as vênias e farei uma incursão.

Há alguma solução para o vácuo legislativo?

A Constituição Federal de 1988 positivou e inaugurou o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, exigindo assim também uma nova postura

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do Judiciário, mais adequada às idéias concebidas dentro desse novo contexto jurídico. Tomo de empréstimo as palavras do Professor Menelick de Carvalho Neto (*A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, Revista Notícia do Direito Brasileiro, p. 245):

“(...) no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivas do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.”

Vou pontuar, Sr. Presidente: em “retrabalhar”, temos dois divisores. Há uma questão de segurança jurídica, que diz respeito à sociedade, ao empregado e ao empregador, assim como o sentimento de justiça, respeitada a adequação da solução à realidade. É um grande debate que nos leva a pensar sobre o positivismo. No pensamento característico do positivismo jurídico, o ordenamento jurídico é tido como um sistema fixo de regras que regulam todo o âmbito da conduta humana. Se assim o é, a idéia de um sistema fixo implica reconhecer que este poderá apresentar lacunas legais em relação a certos casos. Nestes casos, a discricionariedade do juiz exerceria o importante papel de preencher tais lacunas, criando e aplicando retroativamente uma nova norma jurídica, que decorreria de um direito preexistente, e buscando, assim manter a ilusão da certeza jurídica.

Nesses casos, considerados pelo positivismo como *hard cases*, onde não há uma regra estabelecida dispendo claramente sobre o caso, uma das partes pode mesmo assim ter um direito preestabelecido de ter sua pretensão assegurada. Cabe ao juiz descobrir quais são esses direitos, mas isto não poderá ser obtido com auxílio de algum método ou procedimento mecanicista. Dworkin deixa claro que se trata primeiramente de uma postura a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade. Na ótica de Dworkin, entender os princípios em sua integridade pressupõe que:

“O conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflitos.” (*O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 229).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ou seja, Sr. Presidente, a omissão do Direito é um desafio para nós, intérpretes do Direito. Podemos suprir essa omissão e encontrar caminhos. Fundamentalmente, é isso.

O direito deve ser visto como um todo, em seu conjunto. Estamos nos afastando da ótica positivista, mas nos mergulhando naquilo que é denominado de pospositivismo, em que pontifica Paulo Bonavides. A conclusão a que chegamos é que:

“O aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico se apresente diante dele não por meio de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade, como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações” (Menelick de C. Neto, obra citada, p. 246).

Talvez se fale: por que estou filosofando? Porque, quando estudava filosofia, aprendi que falar sobre a vida é falar sobre filosofia. V. Excelências bem sabem disto. Não estou aqui para fazer os senhores perderem tempo. É porque tenho que ter toda uma instrumentação técnico-jurídica para poder evoluir.

Abre-se então uma discussão séria sobre a eficácia dos princípios do direito.

O que são os princípios? “São normas jurídicas que operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada em um *hard case*” (Menelick, obra citada, p. 245).

O princípio é que vai fazer com que haja uma harmonia no ordenamento jurídico. As normas constitucionais referentes à tutela do obreiro compõem o microssistema constitucional de proteção ao trabalhador. Esse microssistema reflete a própria essência e finalidade do Direito do Trabalho, qual seja, “a preservação e tutela do hipossuficiente”. Integrariam esse microssistema as normas constitucionais que prevêm a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a garantia do desenvolvimento nacional, tão bem trazidas à colação pelo eminente Relator.

Permito-me fazer outra divagação. O que diz a Constituição Federal sobre as questões coletivas, de forma genérica?

Primeiro, a negociação coletiva é inerente ao Direito Coletivo. Tenho quase que a certeza de que nenhum de nós ou ninguém pode dizer que este não seja um princípio básico do Direito coletivo brasileiro. Todos seus institutos

nela se baseiam. Por isto nenhuma parte pode se recusar, por atitude infundada, a colaborar com a aplicação de seus institutos. Aproveito para dizer que não estou sendo levado por tendências. O Ministro Dalazen ponderou que o sindicato que aqui postula, reiteradamente, desde 2005, tem negociado, comparecido à mesa de negociação e não consumado a negociação, depois de tudo estabelecido. Comparece, negocia e não assina. Esse é um dado que está dentro do processo. Acho que essa conduta – é minha convicção – não está em harmonia com aquilo que a Constituição diz. Num estado democrático, nenhuma pessoa ou instituição pode deixar de, injustificadamente, contribuir para o bem comum.

A leitura do art. 8º, III, da Constituição revela que os sindicatos existem para a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria. Além disso, o disposto no inciso VI do mesmo artigo revela a preocupação do legislador constituinte em garantir o equilíbrio das partes na negociação coletiva e evitar que os acordos ou convenções coletivas de trabalho se apresentem como legítimas imposições da vontade do empregador, estabelecendo assim que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

Destaque-se que as normas do art. 8º, incisos III e VI dizem respeito a direitos fundamentais, e assim apresentam aplicabilidade imediata, ainda que na ausência de uma mais detalhada ou pormenorizada regulamentação por lei específica. O inciso VI revela a preocupação do Legislador Constituinte em garantir o equilíbrio das partes na negociação coletiva, evitando que os acordos ou convenções coletivas se apresentem apenas como manifestação da vontade do empregador, ao dizer que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas do trabalho”. Destaco, Sr. Presidente, que tanto o inciso III quanto o VI do art. 8º da Constituição Federal dizem respeito a direitos fundamentais e assim apresentam aplicabilidade imediata, ainda que na ausência de uma mais detalhada ou pormenorizada regulamentação por lei específica.

Se eu continuar na Constituição e for ao art. 114, concluo que a negociação coletiva está implícita em seus §§ 1º e 2º.

Na relação de emprego temos que ter uma visão tríplice: a importância do trabalho para o trabalhador, como sua fonte de sobrevivência, e de sua família; de outro lado, o empregador há de sempre buscar manter sua empresa em condições de sustentabilidade, inclusive para dar a devida segurança aos empregados; como mencionado pelo Professor Menelick, ao falar de segurança, de previsibilidade, não podemos surpreender, o que vale tanto para um quanto para o outro: por último, a própria sociedade, a quem se volta o resultado do trabalho despendido, e na hipótese de um desemprego, sobretudo o massivo, sempre responderá pelas consequências sociais inevitáveis dessa situação.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Pelo art. 1º, IV, da Constituição temos que a República Federativa do Brasil:

“tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

Quando se diz da livre iniciativa, estou a dizer que, tanto a empresa quanto o trabalho, são indispensáveis para estruturar essa nossa sociedade. Por último, só para fechar essa reflexão e mostrar a questão do aspecto social, vou deixar de lado a CLT e vou ao Código Civil que, com nova visão do contrato, diz, no art. 421, que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Sabemos que os doutrinadores dizem que não é bem liberdade de contratar, mais precisamente é liberdade contratual. Então, o contrato tem uma função social.

O que de fato tivemos na EMBRAER, e nos é colocado para julgamento, como sabemos, está na descrição precisa do Relator, “a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade” (fl. 24 do voto do Relator).

Por despacho liminar do Presidente do TRT da 15ª Região, foi determinada a suspensão das rescisões contratuais operadas, desde o dia 19.02.09, sem justa causa ou sob o fundamento de dificuldades financeiras decorrentes da crise econômica global, assim como as que vierem a ocorrer sob igual forma ou justificativa, até a data da audiência de conciliação, designada para o dia 05.03.09.

As partes compareceram à audiência, e negociaram. As partes não celebraram acordo, foi proposta uma reunião informal no dia 09.03.09 e designada audiência para o dia 13.03.09, *quando apresentadas as propostas conciliatórias anotadas à fl. 04 do Relator, no final*. Aí está a mágica dessa data: foi o dia da última audiência de tentativa de conciliação em que a empresa fez uma proposta de acordo.

A pergunta fundamental que se põe é se a dispensa coletiva é vedada de forma absoluta, ou seja, é repudiada pelo nosso ordenamento jurídico.

A esta pergunta a resposta só pode ser negativa. O raciocínio que desenvolvemos, revelando que em dispensa coletiva é indispensável a negociação

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

coletiva, com a presença do Sindicato, o que não foi observado previamente pela EMBRAER, não me leva à conclusão de que houve abusividade na conduta da empresa. Essa irregularidade de conduta empresarial foi *suprida pelo poder judiciário*, quando foi designada audiência para a conciliação, e as partes aqui compareceram, com a reclamada apresentando propostas, que inclusive foram alteradas ao longo das negociações.

Oportuno lembrar-se que se trata de uma obrigação de fazer, pelo que ajustada à hipótese o disposto no art. 461 do CPC, pelo qual “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a *tutela específica da obrigação* ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Se assim o é, não posso declarar a abusividade da dispensa coletiva, porquanto houve negociação entre as partes para estabelecer parâmetros para a dispensa.

De outra sorte, se a negociação coletiva é indispensável para a dispensa coletiva, tenho de observar um dado fundamental: perante o Poder Judiciário as partes negociaram até o dia 13.03.09. Consequentemente, sob este aspecto, só a partir do dia 13 de março é que as dispensas poderiam ser efetivadas, pelo que absolutamente correta a decisão do Regional em manter a eficácia da liminar concedida até esse dia 13, para manter vigente até esta data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos. É um reconhecimento não de efeito condenatório, mas uma aplicação de princípio para dizer que, atendido o requisito constitucional e tendo as negociações se encerrado no dia 13 de março, até esse dia os contratos estão em vigência.

Por outro lado, há de ser mantida, também, a declaração do direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais, assim como a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.03.2009, assim como a conduta a ser observada pela empresa em relação aos demitidos nos casos de reativação dos postos de trabalho, por um motivo muito simples: *decorre de proposta apresentada pela própria empresa na fase de negociação perante o Regional, em audiência realizada em 13.03.2009.*

Há uma outra grande discussão neste processo, relativamente à reintegração dos empregados.

Temos vários posicionamentos. Alguns sustentam que a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso I, consagrou o princípio de estar proibida toda e qualquer dispensa que for efetuada sem causa ou motivo.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Outros encontram fundamento para assegurar o direito à reintegração em Convenções Internacionais, como a de número 158 da OIT. A discussão vai inclusive enveredar sobre inserção deste instrumento importante no ordenamento jurídico nacional, a discussão sobre sua natureza jurídica, e até mesmo a questão posta à apreciação do STF sobre a denúncia feita pelo Presidente da República.

O eminente Relator não acolhe o pedido, no que tem a minha adesão. Apenas acresço que, no meu pensar, o disposto no art. 7º, inciso I, ao estabelecer que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, tem caráter de regra, não de princípio. Daí a necessidade de lei complementar para regular toda a matéria, como expressamente previsto, o que fica patenteado com a análise dos Anais da Constituinte de 1988. Não podemos nos esquecer da doutrina sobre a reserva de lei, em sua acepção de “reserva de Parlamento”, que exige que certos temas, dada a sua relevância, sejam objeto de deliberação democrática, num ambiente de publicidade e discussão próprio das casas legislativas. Busca-se assegurar, com isso, a legitimidade democrática para a regulação normativa de assuntos que sensibilizem a comunidade.

Com os fundamentos apresentados, vinculado ao que foi proposto na fase de negociação perante o Poder Judiciário, entendo que há de ser mantida a decisão do Regional, afastando-se a declaração de abusividade da dispensa coletiva, o que foi acolhido pelo eminente Relator.

Ao apreciar o Recurso do SINDIAEROESPACIAL o Relator acresce a condenação entendendo ter havido abuso de direito, e em alegado juízo de equidade e proporcionalidade. O abuso de direito, como visto, já foi afastado. O alegado juízo de equidade e proporcionalidade afasta-se do que se obteve na fase de negociação entre as partes, apesar da não concordância do Sindicato suscitante, que em momento algum chegou a fazer alguma contraproposta, mostrando-se inarredável em seu posicionamento. Destaque-se a ausência de amparo legal para o acréscimo proposto, além de ser resultado de mero subjetivismo do julgador, sem uma apreciação objetiva e concreta da realidade dos fatos e da situação dos empregados objetivamente considerados. Apenas para ilustração, lembro-me da conduta desta Corte quando, em determinado momento histórico, fixou o adicional de produtividade em 4%, o que passou a ser observado em todos os julgamentos, sem se analisar as especificidades de cada caso.

Em resumo, Sr. Presidente e senhores Ministros, pedindo escusas pela extensão da manifestação, nego provimento aos recursos dos Sindicatos. Dou provimento parcial ao recurso da empresa, com ressalvas de fundamentação, e

de forma expressa excluindo a declaração de abusividade da conduta da reclamada e proclamando a indispensabilidade da negociação coletiva quando se tratar de dispensa coletiva.

Brasília, 10 de agosto de 2009. *Ministro Carlos Alberto Reis de Paula.*

ENGENHEIRO. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. ENGENHEIRO. PROFISSIONAL LIBERAL. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. 1. Cinge-se a controvérsia em se saber se o engenheiro, empregado de instituição bancária e que desempenha as atribuições inerentes de sua profissão, deve ser enquadrado como bancário. 2. A primeira questão que deve ser considerada diz respeito ao tratamento sindical que deve ser conferido aos empregados da categoria de profissionais liberais. 3. O quadro anexo do art. 577 da CLT não insere a profissão de “engenheiro” como categoria profissional diferenciada, mas, sim, como profissional liberal. Apesar disto, verifica-se que inexistente qualquer incompatibilidade para a aplicação para esta categoria de empregados das regras concernentes à categoria profissional diferenciada. Primeiro, porque tanto os profissionais liberais como os empregados de categoria diferenciada exercem suas profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial. No caso, a profissão dos engenheiros encontra-se regulada pela Lei n.º 4.950-A/1966. Segundo, porque o art. 1.º da Lei n.º 7.361/1985, confere à Confederação das Profissões Liberais o mesmo poder de representação atribuído aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas. 4. De outro lado, esta Corte já sedimentou o entendimento de que as instituições bancárias podem legalmente contratar empregados de categorias diferenciadas em regime de trabalho diverso do aplicado aos bancários, conforme o que se infere da Súmula n.º 117.

Recurso de Embargos conhecido e provido.

(Processo nº TST-E-ED-RR-543/2006-008-04-40 – Ac. SDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-543/2006-008-04-40.4,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

em que é Embargante Caixa Econômica Federal – CEF e Embargada Tatiana Thomé de Oliveira Cappellari.

RELATÓRIO

A Sexta Turma desta Corte, mediante acórdãos a fls. 96/101 e 110/112, da lavra do Min. Aloysio Corrêa da Veiga, conheceu do Recurso de Revista interposto pela parte reclamante, que versava o tema “Engenheiro. Bancário. Categoria Diferenciada. Jornada de Trabalho”, por divergência jurisprudencial. Deu-lhe provimento para, restabelecendo a sentença, declarar que a Reclamante é integrante da categoria dos economiários e, estando, portanto, submetida a uma jornada de seis horas diárias e trinta semanais, condenar a Reclamada ao pagamento das 7ª e 8ª horas laboradas como extraordinárias.

Interpõe a parte reclamada os presentes Embargos a fls. 118/137. O Recurso vem calcado em violação de lei e divergência jurisprudencial.

Não houve impugnação, conforme certidão lavrada a fls. 142.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria-Geral do Trabalho, na forma do art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo (acórdão publicado em 12.12.2008, sexta-feira, conforme certidão lavrada a fls. 113, e Apelo interposto em 2.2.2009). Custas recolhidas pela Reclamante (a fls. 54) e depósito recursal efetuado a fls. 140. A Reclamada encontra-se regularmente representada nos autos (procuração a fls.138/139).

I – CONHECIMENTO

ENGENHEIRO – BANCÁRIO – CATEGORIA DIFERENCIADA – JORNADA DE TRABALHO

A Turma conheceu do Recurso de Revista interposto pela parte reclamante, por divergência jurisprudencial. Levou em consideração, para tanto, a moldura fática delineada pelo Tribunal Regional, ali reproduzida, nos seguintes termos (a fls. 97):

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante o v. acórdão a fls. 55-57, negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pela reclamante. Assim sintetizou o entendimento acerca da matéria, conforme a ementa que a seguir se transcreve, *in verbis*:

‘O contrato de trabalho da fls. 87 demonstra a contratação da autora, como engenheira civil júnior, para o cumprimento de uma carga de oito horas diárias, em 10 de dezembro de 2003. Em juízo, a mesma admite ter conhecimento de fora contratada para essa carga horária, inclusive constando do edital de concurso a que se submeteu (fl. 207).

É incontroverso, também, que o Plano de Cargos e Salários a que está jungida a Reclamante, editado em 1998, não prevê jornada de seis horas; esta somente foi prevista para os empregados admitidos sob a égide do Plano de Cargos e Salários anterior, de 1989.

De outra banda, muito embora não se trate de empregada pertencente a categoria profissional diferenciada, não é menos certo que se trata de profissão regida pela lei especial antes referida, o que atrai a aplicação da norma do art. 511, § 3º, da CLT. Essa lei não fixa a jornada de trabalho, mas apenas a remuneração mínima dos profissionais de que trata, conforme o número de horas trabalhadas, havendo expressa menção no seu art. 3º, que a jornada de trabalho será fixada no contrato de trabalho ou em determinação legal vigente. Por essas circunstâncias, entende-se que a autora não está ao abrigo da regra do art. 224 da CLT’ (fl. 56).”

No mérito, a Turma deu provimento ao Recurso de Revista obreiro, conforme se verifica da ementa, a fls. 96:

“RECURSO DE REVISTA. ENGENHEIRO. BANCÁRIO. CATEGORIA DIFERENCIADA. JORNADA DE TRABALHO. O art. 224, *caput*, da CLT assegura a jornada reduzida de seis horas diárias aos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal. Assim, a única condição prevista em lei para que o trabalhador se beneficie da referida jornada é que seja empregado em banco, não havendo qualquer restrição quanto às suas atribuições funcionais, se técnicas ou afetas diretamente à atividade bancária. Recurso de revista conhecido e provido.”

A Reclamada, em suas razões recursais, sustenta que, sendo a Reclamante engenheira, integrante de categoria profissional diferenciada, e tendo prestado concurso público para uma jornada de oito horas de trabalho diárias, não poderia ter sido enquadrada como bancária e ter-lhe sido deferidas horas extras além da sexta diária.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Recurso, calcado em violação de lei e divergência jurisprudencial, atente aos pressupostos intrínsecos de admissibilidade.

Com efeito, o aresto a fls. 125, oriundo da 2ª Turma, expressa tese especificamente divergente da adotada pela 6ª Turma, ao dispor que os empregados de estabelecimento de crédito pertencentes a categorias profissionais liberais, como engenheiros e arquitetos, não se beneficiam do regime legal relativo aos bancários.

Ante o exposto, conheço do Recurso de Embargos, por divergência jurisprudencial.

II – MÉRITO

ENGENHEIRO – BANCÁRIO – CATEGORIA DIFERENCIADA – JORNADA DE TRABALHO

Cinge-se a controvérsia em se saber se o engenheiro, empregado de instituição bancária e que desempenha as atribuições inerentes de sua profissão, deve ser enquadrado como bancário.

A primeira questão que deve ser considerada diz respeito ao tratamento sindical que deve ser conferido aos empregados da categoria de profissionais liberais.

O art. 511, *caput*, da CLT preconiza que “é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou *profissionais liberais* exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas”. No parágrafo 3º do mesmo dispositivo houve a conceituação de categoria profissional diferenciada como sendo “a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de *estatuto profissional especial* ou em consequência de condições de vida singulares”.

Ao tratar do enquadramento sindical, a Consolidação das Leis do Trabalho, prevê, em seu art. 570, que “os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio”.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O quadro anexo do art. 577 da CLT não insere a profissão de “engenheiro” como categoria profissional diferenciada, mas, sim, como profissional liberal. Apesar disto, verifica-se que inexistente qualquer incompatibilidade para a aplicação para essa categoria de empregados das regras concernentes à categoria profissional diferenciada, pelos motivos a seguir expostos.

Primeiro, porque tanto os profissionais liberais como os empregados de categoria diferenciada exercem suas profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial. No caso, a profissão dos engenheiros encontra-se regulada pela Lei nº 4.950-A/1966.

Segundo, porque o art. 1º da Lei nº 7.361/1985, confere à Confederação das Profissões Liberais o mesmo poder de representação atribuído aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas, *in verbis*:

“Nas ações individuais e coletivas de competência da Justiça do Trabalho, as entidades sindicais que integram a Confederação Nacional das Profissões Liberais terão o mesmo poder de representação dos trabalhadores-empregados atribuído, pela legislação em vigor, aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas.”

Nesse sentido, bem se posicionou o Min. Barros Levenhagen, em processo julgado perante a Quarta Turma desta Corte, na sessão do dia 7.5.2009, TST-RR-277/2007-021-03-00.1, publicado no DJE de 22.5.2009, *in verbis*:

“Para fins de enquadramento sindical dos profissionais liberais, admitidos como empregados, impõe-se salientar a afinidade com os integrantes de categoria diferenciada, consubstanciada na constatação de que, conforme o § 3º do art. 511 da CLT, uns e outros exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida peculiares.

Não se mostra relevante, no particular, a circunstância que se extrai do confronto entre o § 3º do art. 511 e o art. 577, ambos da CLT, acerca da existência de requisito suplementar, consistente no reconhecimento da diferenciação mediante ato de autoridade administrativa competente.

Com efeito, não obstante essa singularidade da categoria diferenciada, o essencial para a ela equiparar-se os empregados que exercem profissões liberais, para fins de enquadramento sindical, é que em ambos os casos os trabalhadores exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tanto é certo que o requisito suplementar para caracterização da categoria, concernente ao ato da autoridade administrativa competente que assim a reconheça, mostra-se marginal para que se dê o mesmo tratamento aos integrantes das profissões liberais, que o art. 1º da Lei 7.316/85 dispõe que as entidades sindicais representativas desses profissionais compõem a Confederação Nacional das Profissões Liberais, detendo, quer em sede de dissídio individual ou em sede de dissídio coletivo, o mesmo poder de representação atribuído aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas.”

Outro fator que revela a impossibilidade de se enquadrar o engenheiro como bancário é o fato de que, conforme premissa fática delineada pelo Regional, a Reclamante, ao prestar concurso para o cargo de “Engenheiro”, sabia das condições de trabalho que lhe seriam impostas, porque fixadas no edital do concurso, como o regime de trabalho de 40 horas semanais.

Não pode a Autora anuir com as especificações contidas no edital do concurso público e, posteriormente, vir bater às portas da Justiça postulando outras condições de trabalho.

A última consideração que deve ser feita é que esta Corte já sedimentou o entendimento de que as instituições bancárias podem legalmente contratar empregados de categorias diferenciadas em regime de trabalho diverso do aplicado aos bancários, conforme o que se infere da Súmula nº 117, *in verbis*:

“BANCÁRIO. CATEGORIA DIFERENCIADA. Não se beneficiam do regime legal relativo aos bancários os empregados de estabelecimento de crédito pertencentes a categorias profissionais diferenciadas.”

Ora, conforme anteriormente mencionado, inexistente qualquer incompatibilidade para a aplicação para essa categoria de empregados das regras concernentes à categoria profissional diferenciada, inclusive no que tange ao entendimento jurisprudencial acima citado.

Dessarte, sendo os engenheiros regulados por lei específica, no caso a Lei nº 4.950-A/1966, e desempenhando esses as funções inerentes da sua profissão, não há como enquadrá-los como bancários, de forma a se aplicar a jornada reduzida de trabalho prevista no art. 224 da CLT.

Nesse sentido, pronunciou-se esta Subseção na sessão realizada no dia 28.5.2009, ao julgar os seguintes processos: TST-E-ED-RR-783/2005-033-02-00.4 e TST-E-RR-104/2006-006-05-00.9.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso de Embargos da Caixa Econômica Federal – CEF, para, reformando a decisão turmária, restabelecer a decisão regional que havia indeferido o pagamento de horas extras.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhes provimento para, reformando a decisão turmária, restabelecer a decisão regional que havia indeferido o pagamento de horas extras.

Brasília, 19 de novembro de 2009. *Maria de Assis Calsing*, relatora.

LITISPENDÊNCIA. AÇÃO MOVIDA POR SINDICATO

RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO MOVIDA POR SINDICATO. O Tribunal Regional, com base na prova documental dos autos, concluiu que não ficou demonstrada a celebração de acordo pelo reclamante, tampouco que este figurava como substituído pelo sindicato na demanda coletiva ajuizada por este. Assim, somente com o reexame das referidas provas é que seria possível, em tese, concluir de modo diverso ao do TRT. Entretanto, tal procedimento é vedado, a teor da Súmula nº 126 do TST.

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. O Tribunal Regional decidiu em harmonia com o entendimento desta Corte, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1.

DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO SALARIAL. PROFESSOR. A Corte Regional consignou que a reclamada não demonstrou que a redução da carga horária do professor se deu em razão da diminuição do número de alunos, e que, além disso, o contrato de trabalho previa a remuneração independente da quantidade de aulas ministradas. Nesse contexto, não se há de falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 244 da SBDI-1, tampouco ao Precedente Normativo nº 78 da SDC, ambos desta Corte, sem reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, na medida em que a Corte de origem não registrou a ocorrência de redução de número de alunos ou de turmas. Incidência do óbice da Súmula nº 126 do TST.

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ADICIONAL DE APRIMORAMENTO. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA DO ARTIGO 7º, XXVI,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Tribunal Regional não negou vigência à norma coletiva, mas apenas entendeu, com base na análise do referido instrumento normativo e da prova dos autos, que o reclamante não se enquadrava nas hipóteses de exclusão do adicional de aprimoramento. Assim, não se há de falar em afronta ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, devidamente observado pela Corte de origem. Por outro lado, tendo a Corte “a quo” consignado que o autor não recebia salário superior ao piso da categoria, conclusão em sentido contrário demandaria o reexame da prova dos autos, o que é vedado nesta Instância Extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST.

VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O Tribunal Regional consignou que o reclamante teve sua honra maculada perante toda a comunidade acadêmica, por ato da reclamada, porquanto esta, ilicitamente, anotou na CTPS do autor data de saída anterior ao seu efetivo desligamento.

Esta 7ª Turma Julgadora estabeleceu os parâmetros a observar na fixação do valor da indenização: extensão do dano, o comprometimento no plano da projeção patrimonial e do alcance moral (em conjunto), além “do alerta pedagógico” à empresa, para maior cautela na condução de suas atividades. Assim, quanto ao valor da indenização, a decisão regional, ao majorá-lo para R\$ 125.000,00, violou o art. 944 do Código Civil, que vincula a indenização à extensão do dano. Não houve a perfeita observância de tal preceito.

Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-RR-1.658/2004-063-01-00 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1658/2004-063-01-00.8, em que é Recorrente Sociedade Universitária Gama Filho e Recorrido Alejandro Bugallo Alvarez.

Em face do acórdão às fls. 421/446, complementado pelo acórdão às fls. 459/466, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, a reclamada interpõe recurso de revista às fls. 468/480.

Despacho de admissibilidade à fl. 485.

Contrarrazões às fls. 487/498.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos recursais extrínsecos, passo ao exame do recurso de revista.

LITISPENDÊNCIA. AÇÃO MOVIDA POR SINDICATO

CONHECIMENTO

O TRT deu provimento ao recurso ordinário do autor, no tocante à produtividade e ao reajuste em outubro de 2003, porquanto afastou a litispendência declarada na origem. A Corte Regional consignou que não há provas, nos autos, da homologação de acordo judicial, tampouco que o reclamante constasse do rol de substituídos na demanda coletiva ajuizada pelo sindicato, ou ainda que este tivesse atuado como substituto processual de toda a categoria (fls. 432/434).

A reclamada sustenta que, no tocante aos reajustes não aplicados em outubro de 2003 e ao adicional de produtividade, ocorreu litispendência, na medida em que o reclamante e o sindicato de sua categoria profissional celebraram acordo referente ao pagamento das referidas parcelas. Aponta violação dos art. 872 da CLT e 301, §§ 2º e 3º, do CPC. Transcreve arestos para o confronto de teses (fls. 471/473).

Constata-se que o Regional, com base na prova documental dos autos, concluiu que não restou demonstrada a celebração de acordo pelo reclamante, tampouco que este figurava como substituído pelo sindicato na demanda coletiva ajuizada por este. Assim, somente com o reexame das referidas provas é que seria possível, em tese, concluir de modo diverso ao do TRT. Entretanto, tal procedimento é vedado, a teor da Súmula nº 126 do TST. Afastada, portanto, a alegada ofensa aos art. 872 da CLT e 301, §§ 2º e 3º, do CPC, em torno da questão da prova.

Por outro lado, os arestos colacionados às fls. 471/473 são inservíveis ao fim colimado, tendo em vista que são oriundos de Turma desta Corte, hipótese não prevista no art. 896, alínea *a*, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não conheço do recurso de revista, quanto ao tópico, por óbice da Súmula nº 126 do TST e do art. 896, alínea *a*, da CLT.

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, mediante acórdão às fls. 437/443, deu provimento ao recurso ordinário do autor, por entender que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho. Eis os fundamentos adotados:

“A discussão se a aposentadoria espontânea extingue ou não o contrato de trabalho chegou ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, que através de liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADINS 1.721 e 1.770), suspendeu a eficácia dos dispositivos introduzidos no art. 453 da CLT, que previam a aposentadoria como causa de extinção do contrato.

(...)

Assim, como *in casu* não houve solução de continuidade do contrato de trabalho do Autor, não há que se cogitar na aplicação do art. 453 da CLT, e nem em violação do art. 37, II, da Constituição Federal, pois não houve dispensa do obreiro, mas somente a aposentadoria espontânea.

(...)

Por estas razões é que, alterando o entendimento sobre a questão, no sentido de que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário (OJ 177 da SDI-1 do C. TST), estou convencido que quando não se verifica a hipótese de término natural da contratação em razão da aposentadoria espontânea, com o consequente desligamento do empregado e afastamento da atividade, mas, ao contrário, estando ciente o empregador da aposentadoria do empregado, conforme depoimento pessoal do preposto da Ré, às fls. 255, permite que se dê a continuidade da prestação dos serviços, devem prevalecer, neste caso, os princípios constitucionais relativos à proteção do trabalho, à garantia à percepção dos benefícios previdenciários e da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

prevalência da norma mais favorável ao empregado, na justa medida de seu alcance frente ao todo que compõe o sistema jurídico, que asseguram a continuidade do contrato de trabalho.”

A reclamada alega que deve ser excluída a multa de 40% do FGTS referente ao período anterior à aposentadoria espontânea. Indica violação do art. 453, § 1º, da CLT e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 desta Corte. Traz arestos para o confronto de teses (fls. 473/475).

A Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho foi cancelada em 30.10.2006, diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do art. 453, § 1º, da CLT, declarado inconstitucional pela Corte Suprema.

Esta Corte já pacificou o entendimento de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1, *in verbis*:

“APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO. DJ 20, 21 e 23.05.2008

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.”

Assim, a Súmula nº 333 do TST e o art. 896, § 4º, da CLT aparecem como óbice ao conhecimento do recurso de revista, razão pela qual não conheço deste, no particular.

DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE REDUÇÃO SALARIAL. PROFESSOR

CONHECIMENTO

O TRT decidiu:

“Com efeito, a Recorrente não comprovou que a redução salarial do Autor se deu em função da redução da sua carga horária, restringindo-se apenas a alegar tal situação.

(...)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Além disso, o contrato de trabalho firmado entre as partes sempre estabeleceu o valor da remuneração independentemente do número de aulas ministradas, conforme se verifica nos documentos de fls. 210/221, não se sustentando a alteração contratual, que resultou em redução no salário do empregado, realizada a partir de janeiro de 2001, ante o comando do art. 468 da CLT.

Vale destacar, ainda, o depoimento do renomado Prof. Afrânio Silva Jardim, às fls. 256, que foi ouvido como testemunha indicada pelo Autor, no sentido de que os professores sempre receberam o mesmo salário independentemente da variação de alunos.

Assim, seja por não comprovada a redução da carga horária em função da diminuição do número de alunos, seja porque o contrato de trabalho firmado entre as partes estabeleceu a remuneração independentemente do número de aulas ministradas, inaplicável se revela o entendimento da OJ nº 244 do C. TST.” (fls. 428/429)

A reclamada sustenta que a remuneração do professor está relacionada à manutenção do número de horas-aula ministradas. Fundamenta seu recurso em violação do art. 320 da CLT e em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 244 da SBDI-1 e ao Precedente Normativo nº 78 da SDC, ambos desta Corte. Transcreve arestos para o confronto de teses (fls. 475/477).

Os verbetes citados pela recorrente, como contrariados, dispõem:

“244. PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE (inserida em 20.06.2001)

A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.”

“Nº 78 PROFESSOR. REDUÇÃO SALARIAL NÃO CONFIRADA (negativo)

Não configura redução salarial ilegal a diminuição de carga horária motivada por inevitável supressão de aulas eventuais ou de turmas.”

In casu, o Regional consignou que a reclamada não demonstrou que o motivo da redução da carga horária se deu em razão da diminuição do número de alunos e que, além disso, o contrato de trabalho previa a remuneração independente da quantidade de aulas ministradas. Nesse contexto, não se há de falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 244 da SBDI-1, tampouco ao Precedente Normativo nº 78 da SDC, ambos desta Corte, sem

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, na medida em que a Corte de origem não registrou a ocorrência de redução de número de alunos ou de turmas. Incidência do óbice da Súmula nº 126 do TST.

O apelo também não merece conhecimento pela senda da divergência jurisprudencial, porquanto o 2º aresto à fl. 476 e o contido à fl. 477 são inespecíficos (Súmula nº 296 desta Corte). De fato, os referidos julgados não abordam a mesma situação tratada pelo Regional, de que não restou comprovada a redução do número de alunos e de que o contrato de trabalho previa remuneração independente da quantidade de horas-aula ministradas. Já o 1º aresto à fl. 476 é inservível, pois é oriundo de Turma desta Corte, hipótese não prevista no art. 896, alínea *a*, da CLT.

De outra parte, a matéria não foi abordada pelo TRT, sob o enfoque do art. 320 da CLT, razão pela qual o recurso esbarra no óbice da Súmula nº 297, I, do TST.

Não conheço.

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO . ADICIONAL DE APRIMORAMENTO

CONHECIMENTO

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso ordinário do autor, condenando a reclamada ao pagamento do adicional de aprimoramento. Assim fundamentou sua decisão:

“A cláusula CI.12, § 1º, da norma coletiva de fls. 148, de redação repetida nas demais normas coletivas, estabelece duas causas para exclusão da obrigação de pagar o adicional em epígrafe: 1) os estabelecimentos de ensino que pagarem aos seus professores adicional por título de pós-graduação de valor igual ou superior ao adicional de aprimoramento; 2) os estabelecimentos de ensino que pagarem aos seus professores salários superiores aos pisos da categorias, ‘somados ao valor resultante dos percentuais de aprimoramento acadêmico’, ou seja, salário superior, no mínimo, a soma do piso da categoria e o adicional de aprimoramento.

Os recibos salariais acostados aos autos, às fls. 209/240, não comprovam que a Ré pagava ao Autor adicional por título acadêmico, nem que o salário do Autor era superior ao piso da categoria somado ao adicional de aprimoramento estabelecido nas normas coletivas.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Aliás, a contestação de fls. 199 alega norma inexistente na convenção coletiva da categoria, ao afirmar que os estabelecimentos de ensino que mantêm carreira docente, remunerando diferencialmente professores auxiliares, assistentes, adjuntos e titulares, não são obrigados a pagar o adicional de aprimoramento.” (fl. 435)

A reclamada alegou que os documentos acostados aos autos comprovam que o reclamante recebia salário superior ao piso salarial da categoria, o que inviabiliza o recebimento do adicional de aprimoramento. Aponta violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal e traz arestos para o confronto de teses (fls. 477/479).

Verifica-se que o Regional não negou vigência à norma coletiva, mas apenas entendeu, com base na análise do instrumento normativo e da prova dos autos, que o reclamante não se enquadrava nas hipóteses de exclusão do adicional de aprimoramento. Assim, não se há de falar em afronta ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, devidamente observado pela Corte de origem.

Por outro lado, tendo o Regional consignado que o autor não recebia salário superior ao piso salarial da categoria, conclusão em sentido contrário demandaria o reexame da prova dos autos, o que é vedado nesta Instância Extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST.

Por fim, os arestos colacionados às fls. 478/479 revelam-se inespecíficos à hipótese, à luz da Súmula nº 296 do TST.

Logo, não conheço do recurso, quanto ao tópico, em face do óbice das Súmulas ns. 126 e 296 desta Corte.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional manteve a sentença de origem, a qual condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. Quanto ao valor da indenização, a Corte *a quo* deu provimento parcial ao apelo do autor, aumentando a referida quantia. Os fundamentos adotados pela Corte *a quo* encontram-se assim estabelecidos:

“O ato praticado pela Ré – de lançar na CTPS do Autor data de rescisão contratual em 19.12.03, mesmo após a prestação de serviços durante todo primeiro semestre letivo de 2004 – sem sombra de dúvidas acarretou dano moral ao Recorrido.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Isso porque tal ato causou não só dano à sua honra, como também à sua imagem perante os outros professores e os alunos do curso de pós-graduação da demandada, haja vista o contrato de trabalho do Autor ter iniciado em 1º de maio de 1979, ou seja, tinha 25 anos de efetivos serviços prestados a Ré.

Diga-se, por relevante, que o Autor é renomado professor de direito, orientador de inúmeras teses de mestrado e coordenador de importantes cursos de pós-graduação na cidade do Rio de Janeiro, além de realizador de vasta produção acadêmica conforme se verifica no documento, não impugnado, de fls. 76/111.

Realmente, a Ré, podendo evitar a situação, preferiu, ao invés, submeter o professor, antigo empregado, à situação vexatória e, ao mesmo tempo, lhe tirar proveito, servindo-se do seu trabalho durante todo o 1º sem/2004, para a seguir, lançar a data de dispensa de 19.12.03, sem qualquer esclarecimento e/ou justificativa para o ato, num total desrespeito e desconsideração para com o professor, o que é inaceitável, a impor a devida reparação.

(...)

O dano moral ao Autor, efetivamente, restou comprovado, e é agravado pela certeza dos anos que dedicou a Ré, dando o melhor de si, pelo que se depreende do currículo constante dos autos.

Quanto ao valor da indenização pelos danos morais cometidos em face do Autor, na fixação da respectiva importância deve-se ter em vista o critério reparatório, de modo a se compensar pecuniariamente o ofendido, ainda que isto não resulte na convalescença plena da lesão, que por ser de natureza moral acarreta chaga incurável na pessoa, e também o critério pedagógico e punitivo, de modo a impor ao ofensor, na reparação, pagamento que comprometa sensivelmente o seu patrimônio de forma que não se sinta mais estimulado em repetir a falta.

Assim, realmente, a indenização estabelecida pela sentença em 25 salários mínimos deve ser majorada para R\$ 125.000,00, que melhor atende ao princípio da razoabilidade.” (fls. 429/430 e 436)

A reclamada sustenta que não há razão plausível que enseje sua condenação em danos morais, tampouco no valor exorbitante arbitrado pelo Regional. Afirma que não praticou nenhum ato ilícito contra o autor e que o período trabalhado reconhecido em juízo foi devidamente pago após mandado judicial. Indica violação do art. 944 do Código Civil e traz arrestos para confronto de teses (fls. 479/480).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Rejeita-se a argumentação fundada em divergência jurisprudencial, pois o 1º aresto colacionado à fl. 480 é inespecífico, na medida em que se refere genericamente ao princípio da razoabilidade (Súmula nº 296 do TST). Já o 2º aresto, à fl. 480, é oriundo do TJRO, órgão não elencado na alínea *a* do art. 896 da CLT.

Diante da situação de fato cristalizada pela decisão regional, verifica-se que o ato da empregadora de anotar a baixa na CTPS com data retroativa à sua entrega para atualização e cerca de um semestre antes do desligamento do autor configurou dano, sem dúvida, ensejando o pagamento de indenização.

Não obstante, procede a argumentação com base em ofensa ao art. 944 do Código Civil. Estabelece o referido dispositivo que a indenização se mede pela extensão do dano. Assim, há de se examinar a adequação do valor da indenização à extensão do dano e no caso de eventual desproporção o juiz deverá reduzi-lo, adequando ao comando legal.

Já decidiu esta E. 7ª Turma, em caso análogo, embora ali se tenha concluído pela adequação do valor fixado, quais os parâmetros a observar na fixação da indenização, sob pena de ofensa frontal ao mencionado art. 944 do Código Civil:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. PRESCRIÇÃO. Inviável o processamento do recurso de revista, fundado exclusivamente em dissenso pretoriano, quando os arestos paradigmas emanam do Tribunal recorrido, ou de turma do Tribunal Superior do Trabalho, hipóteses não contempladas pelo art. 896, alínea *a*, da CLT. COISA JULGADA. O Tribunal Regional não consignou tese explícita acerca do tema em epígrafe, nem foi instado a fazê-lo, via embargos de declaração. Assim, o recurso de revista esbarra na ausência do prequestionamento de que trata a Súmula nº 297 do TST. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. O Tribunal Regional, com base no laudo pericial, consignou que o reclamante sofreu acidente de trabalho, do qual resultou lesão definitiva, com perda parcial da capacidade de trabalhar. Registrou ainda a conduta culposa do empregador, em razão da falta de treinamento formal, de fiscalização, de orientação e de planejamento de operação; falta de equipamento de proteção coletiva; máquina defeituosa. Diante disso, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$16.000,00. Os arestos colacionados para comprovar dissenso pretoriano são inespecíficos, a teor da Súmula nº 296, I, desta Corte, já que não refletem o conjunto probatório em que se fundamentou o acórdão recorrido. *Quanto ao valor arbitrado à indenização, a análise da decisão – a quo – revela que o Tribunal Regional se pautou pela extensão do dano, o seu comprometimento*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

no plano da projeção patrimonial e do alcance moral (em conjunto), a necessidade de um alerta pedagógico à empresa, para maior cautela na condução de suas atividades. Não se constata, portanto, violação da literalidade do art. 944 do Código Civil, que vincula a indenização à extensão do dano. Houve, ao contrário, a perfeita observância de tal preceito. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (Processo: AIRR – 762/2004-099-03-40.9 Data de Julgamento: 17.12.2008, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 19.12.2008)

No caso citado fixou esta E. Turma os parâmetros a observar na fixação do valor da indenização: extensão do dano, o comprometimento no plano da projeção patrimonial e do alcance moral (em conjunto), além “do alerta pedagógico” à empresa, para maior cautela na condução de suas atividades.

Dúvida não há quanto aos fatos, consistentes no ato da empresa indevidamente lançar anotação da baixa na CTPS em 19.12.2003, quando o reclamante entregou o documento para atualização em maio de 2004, tendo trabalhado até o mês de junho de 2004, ao término do semestre letivo.

Referido procedimento configura ato ilícito, sem dúvida e ofende moralmente o reclamante, na condição de professor conceituado no meio acadêmico, denegrindo sua imagem perante todos, especialmente os integrantes do corpo docente e discente da Universidade, meio em que atua o autor e que se pauta fundamentalmente pelo conceito acadêmico, que constitui seu patrimônio.

Não se olvide, por outro lado, que a CTPS de todo empregado constitui seu *curriculum vitae* e que é a mesma protegida pela CLT, lembrando que seu art. 29, § 4º, veda a anotação desabonadora à conduta do empregado, o que acarreta a configuração de dano moral anotação de baixa em prejuízo do empregado.

Comprovado o ato ilícito do empregador e a ofensa ao patrimônio moral do empregado é necessário observar o critério do comprometimento no plano da projeção patrimonial.

E neste particular a análise da decisão *a quo* revela que o Tribunal Regional fixou o valor da indenização em R\$125.000,00, valor este excessivo, que não se adequa à finalidade reparatória, nem aos fins pedagógico e punitivo.

Constata-se, portanto, violação à literalidade do art. 944 do Código Civil, que vincula a indenização à extensão do dano. Houve, ao contrário, dissonância entre o valor fixado e a lesão havida.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Veja-se que o valor fixado pela instância regional equivale a praticamente o salário de quase dois anos de trabalho, o que, à evidência, não cumpre o comando do mencionado art. 944 do Código Civil, sob a ótica da extensão do dano.

Eis porque há de ser reduzido o valor da indenização por dano moral, tomando-se como parâmetro o período de duração do contrato de trabalho após a baixa indevida na CTPS, como forma de reparação e visando atingir os objetivos da indenização devida.

Acolhe-se, pois o recurso de revista para reduzir o valor da indenização por danos morais, fixando-a em R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Pelo exposto, conheço do recurso de revista exclusivamente quanto ao tema do valor da indenização por danos morais, por ofensa ao art. 944 do Código Civil.

MÉRITO

A consequência do conhecimento do recurso de revista por violação de dispositivo legal é o seu provimento, a fim de reduzir o valor da indenização por danos morais, fixando-a em R\$ 35.000,00, mantendo, no mais, o decidido.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista exclusivamente quanto ao tema do valor da indenização por danos morais, por ofensa ao art. 944 do Código Civil, e no mérito, dar-lhe provimento para reduzir o valor da indenização por danos morais, fixando-a em R\$ 35.000,00, mantendo, no mais, o decidido.

Brasília, 12 de agosto de 2009. *Pedro Paulo Manus*, relator.

NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

EMBARGOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Não se divisa nulidade, se o julgador enfrenta todos os argumentos levantados pela parte, embora em conclusão diversa da pretendida.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

TAXA DE CONTRIBUIÇÃO PERMANENTE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. COBRANÇA DE EMPREGADORES POR PARTE DO SINDICATO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE. LIBERDADE E AUTONOMIA SINDICAIS. ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO. VEDAÇÃO MÚTUA DE INGERÊNCIA NOS SINDICATOS PROFISSIONAIS E ECONÔMICOS. CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT

1. Discute-se, na espécie, a validade de cláusula normativa que estipula taxa de contribuição permanente, a cargo da categoria econômica, para o custeio do sindicato profissional.

2. As entidades sindicais devem atuar na construção de uma identidade entre os trabalhadores, na mesma medida em que essa identidade é, simultaneamente, pressuposta por essas organizações coletivas. E a construção dessa identidade ocorre no cotidiano dos sindicatos e de suas respectivas bases de representação, nas decisões e deliberações internas, nas pautas de reivindicação, nas opções políticas e econômicas.

3. É em face desse pano de fundo que se compreende a liberdade sindical como parte relevante do rol de direitos humanos fundamentais.

4. Os princípios da liberdade e da autonomia (art. 8º, caput, e inciso I, da Constituição) são garantias fundamentais à representação e à organização sindicais, não apenas perante o Estado, mas também em relação a terceiros. Não se trata de uma proteção apenas dos sindicatos per se, mas, sobretudo, da categoria (econômica ou profissional) representada.

5. Por esse motivo, devem ser rechaçadas atitudes e práticas que ponham em risco aqueles princípios, bem como o que eles possibilitam. É nesse sentido que a Convenção nº 98 da OIT (ratificada pelo Brasil) contém diversas proteções ao exercício da liberdade sindical, inclusive relativamente a atos de ingerência de organizações de empregadores em organizações de trabalhadores.

6. A vedação de ingerência, inclusive econômica, de organizações de empregadores em organizações de trabalhadores encerra mecanismo fundamental de proteção da liberdade sindical, tal como consagrado pela ordem internacional.

7. Dessa forma, in casu, não há como reputar válido o instrumento normativo. Isso porque a cláusula contempla modalidade de ingerência da categoria econômica na categoria profissional, o que, como visto, ofende o princípio da liberdade sindical, previsto em nosso ordenamento

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

jurídico (art. 8º da Constituição), bem como na ordem internacional (art. 2º da Convenção nº 98 da OIT).

Embargos não conhecidos.

(Processo nº TST-E-ED-RR-91.002/2005-096-09-00 – Ac. SDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-91.002/2005-096-09-00.7, em que é Embargante Sindicato Profissional dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Guarapuava – SINTRAR e Embargada Rodoguará Transportes LTDA.

A C. 6ª Turma, pelo acórdão de fls. 215/217, complementado pelo de fls. 234/237 (Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga), não conheceu do Recurso de Revista do Sindicato.

O Sindicato interpõe Embargos à SBDI-1 (fls. 241/261). Argui, preliminarmente, a nulidade do acórdão embargado por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, aponta violação aos arts. 611, 613, 896 da CLT e 7º, XXVI, da Constituição da República. Traz aresto ao cotejo.

Sem impugnação (certidão às fls. 263).

Dispensada a remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I – PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

CONHECIMENTO

A C. 6ª Turma, pelo acórdão de fls. 215/217, complementado pelo de fls. 234/237 (Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga), não conheceu do Recurso de Revista do Sindicato.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Sindicato interpõe Embargos à SBDI-1 (fls. 241/261). Argui, preliminarmente, a nulidade do acórdão embargado por negativa de prestação jurisdicional, ao entendimento de que, apesar de opostos Embargos de Declaração, permaneceu omissis acerca de pontos relevantes ao deslinde da controvérsia. Aponta violação aos arts. 832 e 897 da CLT; 458 e 535, II, do CPC; 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição da República.

No julgamento dos Embargos de Declaração, a C. Turma consignou:

“O embargante sustenta que esta C. Turma incorreu em omissões sobre as quais requer manifestação.

Inicialmente, alega que deve constar do v. acórdão o teor da cláusula que vem sendo debatida tal como registrado na decisão regional.

Registre-se que o sindicato-autor, ao deduzir suas razões de recurso de revista, afirmou que foram firmadas convenções coletivas com o representante da categoria econômica da área de transporte rodoviário, Sindicato das empresas de transporte de carga SETCEGUAR, tendo sido pactuado o pagamento de taxa de contribuição permanente por parte das empresas de transporte rodoviário de carga representadas pelo referido sindicato. Indicou, no aspecto, violação dos art. 7º, XXVI, da CF/88 e 611 da CLT.

Esta C. Turma afastou as alegações, destacando o fundamento da decisão regional que, em expressa referência à referida cláusula, declarou incidentalmente a sua nulidade, por entender que esta carecia de fundamento legal. De tal forma, não se constatou a violação literal e direta do art. 7º, XXVI, da CF/88, na medida em que, em face de tal entendimento, não teria o Eg. Tribunal Regional deixado de reconhecer as convenções firmadas, senão apenas declarado incidentalmente a nulidade da referida cláusula convencional.

A despeito de não estar esta Turma obrigada à transcrição da referida cláusula, considerando-se o teor da decisão recorrida, passo a transcrevê-la, porque constante do v. acórdão regional e, tão-somente, para evitar qualquer alegação de nulidade por negativa de prestação jurisdicional:

‘Cláusula 7ª – Taxa de Contribuição Permanente. As empresas de Transportes Rodoviários de Cargas, aqui representadas pelo SETCEGUAR e que operam na base territorial do Sindicato Profissional, signatário desta, ficam obrigadas a recolherem ao Sindicato Profissional, sem qualquer desconto dos salários dos empregados, 4%

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

(quatro por cento) do total da folha de salários de todos os seus empregados, recolhendo em guias fornecidas pelo Sindicato Profissional, todo dia 05 (cinco) de cada mês. Através de guias próprias que serão enviadas para todas as empresas pelo Sindicato Profissional, em sua base territorial, a título de taxa de Contribuição Permanente. § 1º *Signatário o sindicato profissional* repassará ao *sindicato* signatário 50% (cinquenta por cento) do valor líquido do recolhimento da Contribuição permanente do transporte de carga conforme sua base territorial.' (fls. 169-170).

Quanto à segunda alegação no sentido de merecer registro o fato de o v. acórdão regional não falar em qualquer imposição de negociação da referida cláusula, mas de livre convenção entre os sindicatos representantes dos patrões e dos empregados, considero-a impertinente a demonstrar qualquer omissão no julgado, até porque nada se discutiu acerca de possível imposição. Ao contrário, conforme destacado na decisão embargada, o Eg. TRT não deixou de reconhecer as convenções coletivas firmadas, mas apenas, repito, declarou nula uma de suas cláusulas. Portanto, trata-se de alegação além de inovatória, uma vez que sequer abordada nas razões de recurso de revista, também não prequestionada na origem.

A alegação seguinte, pedindo a manifestação quanto ao fato de não serem os empregadores terceiros, mas partes no ajuste coletivo, segue a linha da anterior. Não foi sequer deduzida no recurso de revista, sendo, também, inovatória; ressaltando-se que, nos termos delimitados no v. acórdão regional, conforme destacado na decisão embargada e mais ainda agora evidenciado pela transcrição da cláusula sétima, a delimitação foi de que as empresas de Transportes Rodoviários de Cargas, aqui representadas pelo SETCEGUAR e que operam na base territorial do Sindicato Profissional, ora embargante, estariam, nos termos da referida cláusula, obrigadas ao recolhimento da taxa de contribuição permanente, nada se tendo especificamente delimitado quanto ao fato de a empresa embargada ter sido, ou não, representada pelo SETCEGUAR.

Também inovatório o pedido de manifestação quanto à afronta ao art. 613, VII, da CLT, ressaltando-se, ainda, a ausência de prequestionamento.

Já a invocação do art. 611 da CLT, em cuja alegação insiste o embargante, a despeito de se ter declarado equivocadamente a ausência de prequestionamento, o fato é que a possibilidade de ofensa ao referido

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

artigo restou expressamente afastada, quando se ressaltou que o artigo apenas definia convenção coletiva como sendo o acordo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações às relações individuais de trabalho, não ensejando, portanto, violação literal e direta, até porque, conforme destacado, o Eg. TRT não deixou de reconhecer a convenção coletiva.

A irresignação da embargante com o julgamento que lhe foi desfavorável evidencia-se ainda mais nitidamente, considerando-se a próxima alegação, no sentido de que as convenções coletivas têm por fim atribuir responsabilidades as quais não estão legalmente obrigadas as partes, ao contrário do entendimento adotado pelo Tribunal Regional, concluindo que, não fosse assim, não teria justificativa a convenção coletiva. A despeito de também inovatória, o fato é que a possibilidade e o reconhecimento das convenções coletivas não impedem a declaração de invalidade de cláusula firmada de encontro ao que determina a lei.

O pedido de manifestação acerca da decisão proferida pela Seção de Dissídios Coletivos deste Tribunal (fl. 227), porque igualmente inovatório, também extrapola os estreitos limites dos embargos de declaração, não configurando qualquer omissão no julgado.

Por fim, requer apreciação acerca dos arestos colacionados no recurso de revista no que tange à divergência de entendimentos, o que revela mais uma vez o inconformismo da embargante. A alegação de divergência jurisprudencial foi expressamente afastada, tendo esta C. Turma adotado como fundamento as exigências contidas nas Súmulas nº 23 e 296 deste Tribunal Superior do Trabalho.

Constata-se, claramente das razões dos embargos de declaração interpostos, nítido inconformismo do sindicato-autor com a decisão proferida, ressaltando-se as inovações ora deduzidas que refogem aos limites dos embargos de declaração, sendo, portanto, ineficientes para demonstrar omissão no julgado, mas revelando objetivo claro de obter novo julgamento favorável à sua pretensão, finalidade essa a que não se prestam os embargos de declaração.

Cumprido registrar que os embargos de declaração não são o meio recursal adequado para buscar o reexame da matéria sob o enfoque que a parte entenda lhe seja mais favorável. Limitam-se ao exame dos requisitos estabelecidos nos arts. 535 do Código de Processo Civil e 897-A da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

De tal forma, rejeito os embargos de declaração interpostos.” (fls. 235/237)

Não há como dividir violação aos arts. 832 da CLT, 458 do CPC e 93 da Carta Magna, porquanto foi concedida a devida prestação jurisdicional no tocante ao tema “taxa de contribuição permanente”, embora de forma contrária aos interesses do Embargante, o que não caracteriza a nulidade do julgado.

Não conheço.

II – TAXA DE CONTRIBUIÇÃO PERMANENTE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. COBRANÇA DE EMPREGADORES POR PARTE DO SINDICATO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE. LIBERDADE E AUTONOMIA SINDICAIS. ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO. VEDAÇÃO MÚTUA DE INGERÊNCIA NOS SINDICATOS PROFISSIONAIS E ECONÔMICOS. CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT

CONHECIMENTO

Eis os fundamentos da C. Turma:

“TAXA DE CONTRIBUIÇÃO PERMANENTE. NORMA COLETIVA. RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

O recorrente alega que foram firmadas convenções com o representante da categoria econômica da área de transporte rodoviário, Sindicato das empresas de transporte de carga SETCEGUAR, tendo sido pactuado o pagamento de taxa de contribuição permanente por parte das empresas de transporte rodoviário de carga representadas pelo referido sindicato, dentre as quais figura o recorrido.

Indica, no aspecto, violação dos arts. 7º, XXVI, da CF/88 e 611 da CLT.

Traz, ainda, arestos para demonstrar divergência jurisprudencial (fls. 185-187).

O Eg. Tribunal Regional, quanto ao tema, decidiu:

‘O sindicato-autor postula o pagamento da taxa de contribuição permanente, no percentual de 2%, prevista nas CCTs, a partir de outubro de 2002, acrescida de multa convencional, juros de mora e correção monetária. Por fim, pleiteia o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios. (...)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Entendo que é completamente carente de fundamento legal a imposição de cláusula como a aqui versada. Tratativas levadas a efeito entre os sindicatos de empregados e empregadores não podem influir no patrimônio de terceiros (empregadores), atribuindo-lhes responsabilidade a que não estão legalmente obrigados, evidenciando o mau uso da autonomia privada coletiva a que refere o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. (...)

Salienta-se, ainda, que a r. decisão não implica ofensa ao art. 611 da CLT, porquanto a possibilidade de os sindicatos firmarem instrumentos coletivos não impede o Poder Judiciário de declarar a nulidade de cláusula convencional que infrinja a lei.

Por fim, mantida a r. sentença neste ponto, restam prejudicados os pedidos de pagamento de multa convencional, juros, correção monetária e honorários advocatícios (fls. 168-173).’

Dentro deste contexto, não se constata a violação literal e direta dos artigos indicados pelo recorrente. O Eg. Tribunal Regional, ao contrário do que alega o recorrente, não deixou de reconhecer as convenções firmadas (art. 7º, XXVI, da CF/88), senão apenas declarou incidentalmente a nulidade da cláusula convencional relativa à cobrança de taxa de contribuição permanente, em razão da falta de fundamento legal. Concluiu o Eg. Tribunal Regional que as referidas tratativas não podem influir no patrimônio de terceiros (empregadores), atribuindo-lhes responsabilidade a que não estão legalmente obrigados, evidenciando o mau uso da autonomia privada coletiva (fl. 170).

À mesma conclusão se chega quanto ao art. 611 da CLT, que, aliás, sequer restou prequestionado (Súmula 297 do TST), ressaltando-se, ainda, que esse artigo apenas define convenção coletiva como sendo o acordo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações às relações individuais de trabalho, o que sequer se discutiu nestes autos.

Por fim, quanto à alegação de divergência jurisprudencial, o recurso também não merece ser admitido. O primeiro aresto (fl. 185) não detém a especificidade e a identidade fática com o caso ora em julgamento, conforme entendimento consagrado na Súmula 296 deste Tribunal Superior do Trabalho, na medida em que aborda genericamente a obrigatoriedade de subvenção patronal em benefício da entidade sindical de trabalhadores, não tratando, pois, de situação relativa à cobrança de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

taxa de contribuição permanente e sequer aborda o fundamento adotado pelo Tribunal recorrido (Súmula 23 do TST). Também o de fl. 187 é totalmente inespecífico, pois aborda questão atinente ao cabimento de ação declaratória para postular nulidade de cláusula convencional fixando o recolhimento de contribuição assistencial de empregados a ser descontado pelo empregador, matéria alheia à discussão ora estabelecida (Súmula 296 do TST). Não conheço.” (fls. 216/217)

O Sindicato interpõe Embargos à SBDI-1 (fls. 241/261). Aponta violação aos arts. 611, 613 e 896 da CLT e 7º, XXVI, da Constituição da República. Traz aresto ao cotejo.

Discute-se, na espécie, a validade de cláusula normativa que estipula taxa de contribuição permanente, a cargo da categoria econômica, para o custeio do sindicato profissional.

Entendo que a cláusula é nula, por ferir os princípios da liberdade e da autonomia sindicais.

A reação histórica dos trabalhadores aos conflitos inerentes às relações de trabalho foi a formação de sindicatos. Tais conflitos, que aqui, como indica Márcio Túlio Viana, não são patológicos, mas naturais, pois “estão no próprio coração do sistema”, engendram uma verdadeira disputa de poder entre capital e trabalho (VIANA, Márcio Túlio, “Conflitos Coletivos do Trabalho”. In: *Revista do TST*, vol. 66, nº 1, Brasília, jan./mar. 2000, p. 118).

De acordo com a descrição de Claus Offe e Helmut Wiesenthal:

“O capitalista não pode comprar o próprio trabalho – uma certa quantidade de atividade – tal qual ele existe. Em vez disso, ele tem de aplicar incentivos, força, etc. sobre os portadores da força de trabalho – isto é, sobre os trabalhadores – a fim de fazê-los trabalhar e de mantê-los trabalhando. Essa condição muito especial leva a particularidades da relação de troca capital-trabalho, que são diferentes daquelas de quaisquer outros mercados, e que faz com que (...) seja incorreto falar de força de trabalho como ‘mercadoria’, mesmo que ela seja tratada *como se fosse uma* mercadoria. O problema fundamental com o qual o capitalista tem de lidar consiste no fato de que o trabalho, que ele quer combinar com os demais ‘fatores de produção’, não é fisicamente separável do portador da força de trabalho, e continua permanentemente sob o controle físico do trabalhador. (...) Deste modo, a quantidade e a qualidade de desempenho do trabalho efetivo continuam sujeitas a um conflito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

permanente, que não pode ser resolvido pelas relações contratuais formais em que ambos os lados se envolveram. Por isso, ambos os ‘parceiros’ da troca procuram fortalecer suas posições respectivas, recorrendo a uma ampla variedade de sanções positivas e negativas.” (OFFE, Claus; WIESENTHAL, Helmut. “Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização”. In: OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, pp.63-64).

Para o empregador, ou tomador de serviços, o capital (recursos, materiais, equipamentos) é facilmente manipulável e articulável, o que lhe confere uma vantagem nessa disputa de poder acerca da realização e do desempenho do trabalho. É exatamente para equilibrar esse conflito que os trabalhadores, historicamente, se organizaram em associações e, sobretudo, em sindicatos.

As entidades sindicais têm, então, a tarefa de agregar os trabalhadores em torno de interesses e necessidades comuns. De forma mais específica, devem os sindicatos atuar na construção de uma identidade entre os trabalhadores, na mesma medida em que essa identidade é, simultaneamente, pressuposta por essas organizações coletivas. E a construção dessa identidade coletiva ocorre no cotidiano dos sindicatos e de suas respectivas bases de representação, nas decisões e deliberações internas, nas pautas de reivindicação, nas opções políticas e econômicas.

É em face desse pano de fundo histórico-social que hoje se compreende a liberdade sindical como parte relevante do rol de direitos humanos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já dispunha sobre liberdade sindical, estabelecendo que “toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses” (art. XXIII, item 4). A Convenção nº 87 da OIT, a seu turno, estabelece que “os trabalhadores e as entidades patronais, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem organizações de sua escolha, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas” (art. 2º).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição traz o princípio no art. 8º, *caput*: “é livre a associação profissional ou sindical (...)”.

Como corolário indispensável do princípio da liberdade, o constituinte de 1988 consagra expressamente a autonomia sindical, ao vedar “ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

É importante registrar, então, que os princípios da liberdade e da autonomia são garantias fundamentais à representação e à organização sindicais, não apenas perante o Estado, *mas também em relação a terceiros*. Não se trata de uma proteção apenas dos sindicatos *per se*, mas, sobretudo, da categoria (econômica ou profissional) representada.

A liberdade e a autonomia sindicais (acompanhadas, em nosso ordenamento, do princípio da democracia interna, igualmente previsto no art. 8º, I, da Constituição) representam verdadeiras condições de possibilidade da construção de uma identidade coletiva entre os trabalhadores (ou entre os empregadores, se se tratar de categoria econômica).

Por esse motivo, devem ser rechaçadas atitudes e práticas que ponham em risco aqueles princípios, bem como o que eles possibilitam. É nesse sentido que a Convenção nº 98 da OIT (ratificada pelo Brasil em 1952, com o Decreto Legislativo nº 49) contém diversas proteções ao exercício da liberdade sindical, *inclusive relativamente a atos de ingerência de organizações de empregadores em organizações de trabalhadores*, e vice-versa.

O art. 2º da Convenção nº 98 da OIT estabelece:

“1. As organizações de trabalhadores e de empregadores gozarão de adequada proteção contra atos de ingerência de umas nas outras, ou por agentes ou membros de umas nas outras, na sua constituição, funcionamento e administração.

2. Serão principalmente considerados atos de ingerência, nos termos deste Artigo, promover a constituição de organizações de trabalhadores dominadas por organizações de empregadores ou *manter organizações de trabalhadores com recursos financeiros ou de outra espécie, com o objetivo de sujeitar essas organizações ao controle de empregadores ou de organizações de empregadores.*” (grifei)

Consoante se verifica, a vedação de ingerência, inclusive econômica, de organizações de empregadores em organizações de trabalhadores encerra mecanismo fundamental de proteção da liberdade sindical, tal como consagrado pela ordem internacional.

Dessa forma, *in casu*, não há como reputar válido o instrumento normativo que estabelece taxa de contribuição permanente, a cargo da categoria econômica, para o custeio do sindicato profissional. Isso porque a cláusula contempla modalidade de ingerência da categoria econômica na categoria profissional, o que, como visto, ofende o princípio da liberdade sindical, previsto em nosso ordenamento jurídico (art. 8º da Constituição), bem como na ordem

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

internacional (art. 2º da Convenção nº 98 da OIT). Em face do evidente prejuízo à liberdade sindical, sequer é possível afirmar que a referida cláusula contribui para o fortalecimento seja do sindicato profissional, seja da categoria representada.

Vale consignar, ainda, que não há caráter vinculante na decisão pretérita da SDC que reconheceu a validade do instrumento normativo. Como já defendi em outras ocasiões nesta Subseção, entendo que as questões postas em juízo devem ser investigadas a partir dos princípios jurídicos, de modo harmonioso, dentro de um propósito de *integridade do direito*. Entretanto, esse pressuposto de raciocínio não corresponde, simplesmente, à idéia de coerência ou de mera repetição de decisões anteriores. De acordo com Ronald Dworkin:

“A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. *Insiste em que o direito* – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – *contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa.*” (grifei; Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 268 e 274, respectivamente)

Por conseguinte, não há óbice a que esta Subseção adote posicionamento diverso ao da SDC do TST.

Estão incólumes os dispositivos apontados.

O único aresto colacionado desserve ao fim colimado, a teor da Súmula nº 337 do TST, porque é trecho de acórdão.

Ante o exposto, não conheço dos Embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Exmos. Ministros Maria de Assis Calsing e Guilherme Caputo Bastos, não conhecer dos Embargos.

Brasília, 19 de novembro de 2009. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

PRELIMINAR DE NULIDADE. COISA JULGADA

PRELIMINAR DE NULIDADE. COISA JULGADA. Esta Corte, no julgado de fls. 727/733, reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito, nada decidindo acerca do vínculo de emprego. A teor do art. 469, inciso I, da Constituição da República, não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Assim, não havendo coisa julgada acerca da natureza do regime jurídico da relação entre o reclamante e o cartório, não há falar em ofensa aos arts. 836 da CLT e 5º, incisos. XXXVI e LXXVIII, da Constituição da República.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não obstante tenha o Tribunal Regional permanecido silente a respeito do aspecto discutido pelo reclamante, não há falar em nulidade por negativa de prestação jurisdicional, porque em se tratando de questão jurídica tem incidência o item III da Súmula 297 do TST. Ora, o art. 794 da CLT condiciona expressamente o reconhecimento da nulidade à ocorrência de prejuízo para as partes litigantes. Por isso, não se caracteriza a alegada nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

NULIDADE POR INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO PELO RECLAMADO. IMPOSSIBILIDADE. A teor do art. 538 caput do CPC, os Embargos de Declaração interpostos com observância do prazo e forma previstos em lei interrompem o prazo para a interposição de outros recursos.

CUSTAS PROCESSUAIS. Decisão regional em consonância com o disposto no art. 789, § 1º, da CLT.

VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADO DE CARTÓRIO EXTRA-JUDICIAL. Segundo o Tribunal Regional, o reclamante não fez a opção pelo regime do FGTS de que trata o art. 48 da Lei 8.935/94, aposentou-se pelo regime estatutário, percebendo proventos do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP. Não há como se reconhecer a condição de empregado sob o regime do FGTS se, segundo o Tribunal Regional, o reclamante não optou por esse regime, esteve sujeito ao regime estatutário por todo o período de trabalho, nele se aposentou e sob cujas regras percebe seus proventos.

Dessa forma, em face das peculiaridades fáticas do caso, especialmente a aposentadoria do reclamante pelo regime especial,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

não há falar em ofensa aos arts. 236, caput, da Constituição da República e 2º, 3º e 9º da CLT.

Recurso de Revista de que não se conhece.

(Processo nº TST-RR-737/1994-098-15-85 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-737/1994-098-15-85.9, em que é Recorrente Alaor Carbonieri e Recorrido Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Garça.

Irresignado, o reclamante interpõe Recurso de Revista (fls. 914/953). Suscita, preliminarmente, nulidade por negativa de prestação jurisdicional e por intempestividade, ilegitimidade passiva e custas processuais e, no mérito, busca reformar a decisão regional no tocante aos temas “vínculo de emprego”, “litigância de má-fé”, “juntada de documentos”, “anotações na CTPS”, “FGTS”, “diferenças salariais” e “prestações sucessivas”. Aponta ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República bem como transcreve arestos para confronto de teses.

O Recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 955.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 957/968).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, passo a examinar os específicos.

1. CONHECIMENTO

1.1. PRELIMINAR DE NULIDADE

O Tribunal Regional, no tocante ao reconhecimento do vínculo de emprego, consignou:

“Do vínculo empregatício

Insurge-se o primeiro recorrente contra a r. sentença que, reconhecendo o vínculo empregatício entre as partes litigantes, julgou parcialmente procedente a reclamação. Alega que o reclamante,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

contratado por Regime Especial, deixou de optar pelo regime celetista quando da edição da Lei nº 8.935/94, que previa essa possibilidade. Assim, sustenta que o obreiro não pode requerer, agora, o reconhecimento de que seu contrato de trabalho era regido pela CLT, apenas para atender as suas reivindicações trabalhistas, pugnando pela reforma da r. sentença e pelo reconhecimento da inexistência de vínculo empregatício.

Para o deslinde da questão posta em juízo, importante se faz uma digressão acerca do caso submetido a julgamento.

O reclamante ajuizou reclamação trabalhista pleiteando diferenças salariais, de férias e 13º salário, com observância do piso da categoria e, ainda, em virtude da ocorrência de redução salarial. Requereu, também, a condenação do reclamado a efetivação dos depósitos de FGTS, a partir da data em que esse depósito se tornou obrigatório, pagamento de licenças-prêmio não gozadas em pecúnia, anotação de seu tempo de serviço na CTPS e cadastramento do PIS, além de honorários advocatícios (fls. 02/04).

A r. sentença, reconhecendo a natureza estatutária da relação entre as partes, julgou improcedentes os pedidos formulados (fls. 408/414). Em sede de recurso ordinário, esta Colenda Câmara entendeu pela incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar o mérito da reclamação, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual (fls. 522/527).

O reclamante interpôs recurso de revista, que foi conhecido pelo Colendo TST, tendo sido reformada a decisão regional para afastar a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho e determinado o retorno dos autos para o julgamento do mérito da questão (fls. 726/733).

Os autos retornaram a este Tribunal, que determinou sua baixa a Vara Trabalhista de origem para conhecimento e julgamento dos pedidos formulados na petição inicial, para que não houvesse supressão de instância (fls. 757/762).

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados, condenando o reclamado ao recolhimento do FGTS a partir de 05.01.93 e a proceder ao registro da CTPS e cadastramento do PIS (fls. 766/770).

Pois bem.

Reconhecida pelo Colendo TST a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento das ações ajuizadas pelo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

serventuário em face do Cartório não oficializado, resta-nos agora analisar a natureza do vínculo existente entre as partes ora litigantes e a possibilidade ou não de aplicação dos preceitos da CLT ao caso vertente.

Primeiramente, cabe destacar que o reclamante foi nomeado para exercer o cargo de “4º escrevente habilitado” do Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Garça em 25.06.1956 (fl. 147), em virtude de ter sido aprovado em exame de habilitação perante o MM. Juízo de Direito da Comarca de Garça, entrando em exercício em 25.08.1956 (fl. 147, v). Inequívoco, portanto, que seu contrato foi ajustado por regime especial de contratação.

Acresce argumentar, por importante, que o reclamante, na qualidade de Oficial Maior a partir de maio/1962 (fl. 148) do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Garça, teve seus atos aprovados através de Portaria expedida pelo Juiz Corregedor da Comarca de Garça (fl. 149), sendo que, a partir daí, assinava documentos, certidões e encaminhava ofícios ao MM. Juiz Corregedor, bem como folhas de pagamento, requerimentos de licenças e outros, sempre se fundamentando em Leis, Portarias e afins da E. Corregedoria.

Consta, ainda, dos autos, uma representação feita pelos funcionários do reclamado, inclusive o reclamante, endereçada ao Juiz Corregedor, em que requereram a concessão de reajustes salariais, sendo julgada improcedente (fls. 216/224).

Como se vê, todas as questões referentes ao reclamante, bem como aos demais funcionários, foram apreciadas pela Justiça Comum, sendo certo que era a E. Corregedoria quem deferia ou não os requerimentos, devidamente publicados no Diário Oficial, tendo-se em conta o regime especial a que estavam submetidas as partes.

Com o advento da Lei nº 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, nasceu a possibilidade dos serventuários de Cartórios não oficializados optarem pelo regime celetista, de acordo com seu art. 48, *in verbis*:

‘Art. 48. Os notários e os oficiais de registro *poderão contratar, segundo a legislação trabalhista, seus atuais escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial desde que estes aceitem a transformação de seu regime jurídico, em opção expressa. no prazo improrrogável de trinta dias, contados da publicação desta lei.*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

§ 1º Ocorrendo opção, o tempo de serviço prestado será integralmente considerado, para todos os efeitos de direito.

§ 2º *Não ocorrendo opção*, os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial *continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo*, vedadas novas admissões por qualquer desses regimes, a partir da publicação desta lei.’ (g.n.)

Assim, nos ditames da supramencionada lei, não ocorrendo tal opção, os serventuários então submetidos ao regime estatutário ou especial continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo. É textual e imperativa a redação do seu parágrafo segundo.

Vale consignar, ainda, o quanto disposto no Precedente Administrativo nº 39 do Ministério do Trabalho e do Emprego, aprovado pelo Ato Declaratório nº 04, de 21 de fevereiro de 2002, *in verbis*:

‘EMPREGADOS EM TABELIONATOS. NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO. É de *natureza celetista* o vínculo dos empregados em tabelionatos contratados após a edição da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, bem como o dos *servidores admitidos antes da Constituição Federal de 1988 em regime estatutário ou especial que tenham feito opção expressa pelo regime.*’ (g.n.)

No caso vertente, deixou o reclamante transcorrer o prazo legal para fazer a devida opção pelo regime celetista (fl. 331) quando tal oportunidade lhe fora dada pelo reclamado (fl. 321).

Ressalte-se, ainda, que os recolhimentos previdenciários sempre foram feitos ao IPESP (v. g. fls. 151/152, 154/155), tendo sua aposentadoria sido concedida por tal órgão (fl. 478).

Por todo o exposto, não há como se reconhecer a relação laboral existente entre as partes como sendo regida pela CLT, mas como regime especial, razão pela qual dou provimento ao apelo para despronunciar o vínculo empregatício entre as partes, julgando totalmente improcedente a reclamação trabalhista para, assim, absolver o reclamado dos pedidos que lhe foram formulados, especialmente aqueles deferidos em origem (fl. 770).

Em decorrência, resta prejudicada a apreciação do mérito do recurso do reclamante, segundo recorrente.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A inversão da sucumbência desloca ao reclamante os encargos que lhes são inerentes. Dessa forma, arcará o autor com as custas processuais, *ex vi legis*, mediante reembolso ao reclamado, com a devida correção monetária, daquelas por ele recolhidas (fl. 804).” (fls. 894/897, sem grifo no original)

O reclamante suscita a preliminar de nulidade, sustentando que o Tribunal Regional “não se curvou à decisão de sua instância superior que, de forma expressa, data vênua, reconheceu o vínculo de emprego entre as partes afastando de forma expressa os fundamentos adotados pelo Acórdão regional para julgar improcedente a lide” (fls. 919). Indica violação aos arts. 5º, incisos XXXVI e LXXVIII, 93, inciso. IX, 96, inciso, I, alínea *a*, da Constituição da República, 832 e 836 da CLT. Transcreve arestos para confronto de teses.

No entanto, no julgado de fls. 727/733, esta Corte reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito, nada decidindo acerca do vínculo de emprego. Ressalte-se que, a teor do art. 469, inciso I, da Constituição da República, *não fazem coisa julgada* os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Assim, não havendo coisa julgada acerca da natureza do regime jurídico da relação entre o reclamante e o cartório, não há falar em ofensa aos arts. 836 da CLT e 5º, incisos XXXVI e LXXVIII, da Constituição da República.

Também não diviso negativa de prestação jurisdicional na espécie, uma vez que o Tribunal Regional consignou expressamente os fundamentos pelos quais entendeu que não restou configurado o vínculo de emprego pelo regime do FGTS entre o reclamante e o Cartório.

Assim, o Tribunal de origem expendeu fundamentação em relação a todos os aspectos questionados, manifestando-se expressamente sobre cada um deles. Logo, na decisão recorrida, apresentou-se solução para o conflito, estando presentes ali os fundamentos formadores da convicção do juízo, e o Tribunal Regional discutiu as questões relevantes para o deslinde da controvérsia, procedendo à efetiva prestação jurisdicional. Não há falar, portanto, em violação aos arts. 93, inciso IX, da Constituição da República, 832 da CLT e 458 do CPC.

O art. 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República é impertinente à questão debatida nestes autos.

Não conheço.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1.2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscita o reclamante a segunda preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal Regional permaneceu silente sobre o aspecto questionado em contrarrazões ao Recurso Ordinário de que ainda que se admitisse ser especial o regime havido entre as partes, e não regime celetista, seria devido o FGTS desde 5.10.1988, a teor do art. 15, § 1º, da Lei 8.036/90. Indica violação aos arts. 128 e 535 do CPC, 832 da CLT, 5º, incisos XXXV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição da República.

Não obstante tenha o Tribunal Regional permanecido silente a respeito do aspecto discutido pelo reclamante, não há falar em nulidade por negativa de prestação jurisdicional, porque em se tratando questão jurídica tem incidência o item III da Súmula 297 do TST, segundo o qual “considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre o qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração”. Sendo viável considerar prequestionada a matéria, não há falar em prejuízo para o reclamante.

Ora, o art. 794 da CLT condiciona expressamente o reconhecimento da nulidade à ocorrência de prejuízo para as partes litigantes. Por isso, não se caracteriza a alegada nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Incólumes, portanto, os arts. 832 da CLT e 93, inciso IX, da Constituição da República.

Ressalte-se, por oportuno, ser absolutamente imprópria a indicação de afronta aos arts. 535 do CPC e 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República e a indicação de divergência com os arestos colacionados, a teor da Orientação Jurisprudencial 115 da SBDI-1 desta Corte.

Não conheço.

1.3. NULIDADE POR INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO PELO RECLAMADO. IMPOSSIBILIDADE

O reclamante suscita a nulidade do julgado, sob o argumento de que o recurso interposto pelo reclamado encontrava-se intempestivo. Sustenta que “tendo (...) ocorrido intimação às partes em datas distintas, os prazos evidenciaram-se serem autônomos razão pela qual aplicável deve ser o art. 500 primeira parte do CPC com reconhecimento da ocorrência do instituto da preclusão e incidência da coisa julgada” (fls. 925). Aponta violação aos arts.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

5º, incisos II e LV, 93, inciso IX, 96, inciso I, alínea *a* da Constituição da República, 893, inciso II, 895, alínea *a*, da CLT, 183, § 2º, 184, 240, 242, 500, primeira parte, 506, inciso II, e 535 do CPC e 6º da Lei nº 5.584/70. Transcreve arestos para confronto de teses.

O Tribunal Regional rejeitou a preliminar suscitada em contrarrazões, asseverando que “tendo o reclamante oposto embargos de declaração (fls. 777/787), o prazo para interposição de recurso ordinário ficou interrompido, reiniciando-se com a notificação das partes da decisão, publicada no DOE em 24.08.2004 (fls. 793/794). Interposto o recurso, pelo reclamado, em 26.08.2004, reputo-o tempestivo, razão pela qual rejeito a preliminar em tela” (fls. 890).

Assim, o Tribunal de origem expendeu fundamentação em relação a todos os aspectos questionados, manifestando-se expressamente sobre cada um deles. Logo, na decisão recorrida, apresentou-se solução para o conflito, estando presentes ali os fundamentos formadores da convicção do juízo, e o Tribunal Regional discutiu as questões relevantes para o deslinde da controvérsia, procedendo à efetiva prestação jurisdicional. Não há falar, portanto, em violação aos arts. 93, inciso IX, da Constituição da República e 832 da CLT.

A teor do art. 538 *caput* do CPC, os Embargos de Declaração interpostos com observância do prazo e forma previstos em lei interrompem o prazo para a interposição de outros recursos. Neste sentido lembro os seguintes precedentes da SDI-1 do TST: E-ED-RR-1.365/2003-024-15-00, SDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 31.3.2006; E-AIRR-2.516/2000-027-12-40, SDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 11.3.2005; e E-AIRR-937/1996-022-15-40, SDI-1, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 3.10.2003.

A adoção do entendimento pacífico desta Corte afasta de pronto a aferição das violações apontadas, exatamente porque aquele reflete a interpretação dos dispositivos que regem a matéria em questão, já se encontrando, portanto, superado o debate a respeito.

Assim, pacificado o entendimento acerca da matéria, não há falar em dissenso pretoriano, a teor do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST.

Não conheço.

1.4. CUSTAS PROCESSUAIS

O Tribunal Regional, ao dar provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo reclamado, inverteu o ônus da sucumbência relativamente às custas,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

determinando que o reclamante pague ao reclamado o valor por ele recolhido a esse título (fls. 899). Aponta violação ao art. 5º.

O reclamante sustenta que procedeu ao recolhimento das custas, conforme a guia de fls. 427 e que era indevido o novo recolhimento efetuado pelo reclamado (fls. 803), considerando que as custas são devidas uma única vez. Nessa linha de raciocínio, insurge-se contra a determinação de ressarcimento do valor recolhido pelo reclamado.

No entanto, segundo o art. 789, § 1º, da CLT, “as custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão”. Dessa forma, vencido o reclamante é devido, ao final, após o trânsito em julgado da decisão, o ressarcimento do valor recolhido pelo reclamado.

Tendo o Tribunal Regional observado o disposto no referido dispositivo legal, não há falar em ofensa aos dispositivos de lei e da Constituição da República invocados pelo recorrente.

Não conheço.

1.5. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADO DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso interposto pelo reclamado para, julgando improcedente a reclamação trabalhista, anular o reconhecimento do vínculo de emprego, em face do entendimento de que a relação de trabalho existente entre as partes é de regime especial. Decisão fundamentada nos seguintes termos:

“Reconhecida pelo Colendo TST a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento das ações ajuizadas pelo serventuário em face do Cartório não oficializado, resta-nos agora analisar a natureza do vínculo existente entre as partes ora litigantes e a possibilidade ou não de aplicação dos preceitos da CLT ao caso vertente.

Primeiramente, cabe destacar que o reclamante foi nomeado para exercer o cargo de ‘4º escrevente habilitado’ do Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Garça em 25.06.1956 (fl. 147), em virtude de ter sido aprovado em exame de habilitação perante o MM. Juízo de Direito da Comarca de Garça, entrando em exercício em 25.08.1956 (fl. 147, v). Inequívoco, portanto, que seu contrato foi ajustado por regime especial de contratação.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Acresce argumentar, por importante, que o reclamante, na qualidade de Oficial Maior a partir de maio/1962 (fl. 148) do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Garça, teve seus atos aprovados através de Portaria expedida pelo Juiz Corregedor da Comarca de Garça (fl. 149), sendo que, a partir daí, assinava documentos, certidões e encaminhava ofícios ao MM. Juiz Corregedor, bem como folhas de pagamento, requerimentos de licenças e outros, sempre se fundamentando em Leis, Portarias e afins da E. Corregedoria.

Consta, ainda, dos autos, uma representação feita pelos funcionários do reclamado, inclusive o reclamante, endereçada ao Juiz Corregedor, em que requereram a concessão de reajustes salariais, sendo julgada improcedente (fls. 216/224).

Como se vê, todas as questões referentes ao reclamante, bem como aos demais funcionários, foram apreciadas pela Justiça Comum, sendo certo que era a E. Corregedoria quem deferia ou não os requerimentos, devidamente publicados no Diário Oficial, tendo-se em conta o regime especial a que estavam submetidas as partes.

Com o advento da Lei nº 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, nasceu a possibilidade dos serventuários de Cartórios não oficializados optarem pelo regime celetista, de acordo com seu art. 48, *in verbis*:

‘Art. 48. Os notários e os oficiais de registro *poderão contratar, segundo a legislação trabalhista, seus atuais escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial desde que estes aceitem a transformação de seu regime jurídico, em opção expressa no prazo improrrogável de trinta dias, contados da publicação desta lei.*

§ 1º Ocorrendo opção, o tempo de serviço prestado será integralmente considerado, para todos os efeitos de direito.

§ 2º *Não ocorrendo opção, os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, vedadas novas admissões por qualquer desses regimes, a partir da publicação desta lei.*’ (g.n.)

Assim, nos ditames da supramencionada lei, não ocorrendo tal opção, os serventuários então submetidos ao regime estatutário ou especial continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo. É textual e imperativa a redação do seu parágrafo segundo.

Vale consignar, ainda, o quanto disposto no Precedente Administrativo nº 39 do Ministério do Trabalho e do Emprego, aprovado pelo Ato Declaratório nº 04, de 21 de fevereiro de 2002, *in verbis*:

‘EMPREGADOS EM TABELIONATOS. NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO. É de *natureza celetista* o vínculo dos empregados em tabelionatos contratados após a edição da Lei no 8.935, de 18 de novembro de 1994, bem como o dos *servidores admitidos antes da Constituição Federal de 1988 em regime estatutário ou especial que tenham feito opção expressa pelo regime.*’ (g.n.)

No caso vertente, deixou o reclamante transcorrer o prazo legal para fazer a devida opção pelo regime celetista (fl. 331) quando tal oportunidade lhe fora dada pelo reclamado (fl. 321).

Ressalte-se, ainda, que os recolhimentos previdenciários sempre foram feitos ao IPESP (v. g. fls. 151/152, 154/155), tendo sua aposentadoria sido concedida por tal órgão (fl. 478).

Por todo o exposto, não há como se reconhecer a relação laboral existente entre as partes como sendo regida pela CLT, mas como regime especial, razão pela qual dou provimento ao apelo para despronunciar o vínculo empregatício entre as partes, julgando totalmente improcedente a reclamação trabalhista para, assim, absolver o reclamado dos pedidos que lhe foram formulados, especialmente aqueles deferidos em origem (fl. 770).

Em decorrência, resta prejudicada a apreciação do mérito do recurso do reclamante, segundo recorrente.

A inversão da sucumbência desloca ao reclamante os encargos que lhes são inerentes. Dessa forma, arcará o autor com as custas processuais, *ex vi legis*, mediante reembolso ao reclamado, com a devida correção monetária, daquelas por ele recolhidas (fl. 804)” (fls. 894/897).

Discute-se nos autos a natureza da relação jurídica havida entre o reclamante e o cartório reclamado.

O reclamante, em síntese, sustenta que os empregados de cartórios extrajudiciais são regidos pela CLT, pois os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, conforme o disposto no art. 236 da Constituição da República. Aponta violação aos arts. 236, *caput*, da Constituição da República e 2º, 3º, 9º e 836 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Segundo o Tribunal Regional, o reclamante não fez a opção pelo regime do FGTS de que trata o art. 48 da Lei nº 8.935/94, aposentou-se pelo regime estatutário, percebendo proventos do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP. Nesse contexto, não há como se reconhecer a condição de empregado sob o regime do FGTS se, segundo o Tribunal Regional, o reclamante não optou por esse regime, esteve sujeito ao regime estatutário por todo o período de trabalho, nele se aposentou e sob cujas regras percebe seus proventos.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. REGIME ESTATUTÁRIO OU CELESTISTA. UNICIDADE CONTRATUAL. ARTIGO 236 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. De acordo com os fatos incontroversos dos autos, o Reclamante começou a laborar para o Reclamado em 1958, sob o regime estatutário. Em 1994, ante o advento da Lei nº 8.935/1994, fez a opção por continuar sujeito ao regime estatutário, nos moldes do art. 48 da referida lei. No ano de 1997, aposentou-se e passou a perceber aposentadoria pelo regime estatutário, nos termos do art. 51 da retromencionada lei e, após a jubilação, firmou contrato de trabalho com o Embargado. 2. Esta Corte tem o entendimento pacífico de que o art. 236, *caput*, da Constituição Federal é autoaplicável, razão pela qual os empregados dos cartórios não oficializados são considerados empregados sujeitos ao regime celetista. 3. Todavia, *in casu*, o não reconhecimento da sujeição ao regime celetista não implica, de forma alguma, afronta ao art. 236, *caput*, da Constituição Federal, tendo em vista as particularidades presentes na hipótese dos autos. 4. De fato, entende essa Corte que o art. 48 da Lei nº 8.934/1994, que estatui a opção, é meramente facultativa, razão pela qual não seria suficiente para afastar o reconhecimento do regime celetista. Entretanto, no caso dos autos, o Reclamante firmou expressamente a opção, nos moldes do referido artigo, para que continuasse a ser regido pelo regime especial estatutário e igualmente aposentou-se pelo regime estatutário, percebendo proventos do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo. 5. Ora, não pode o ora Embargante, com o argumento de ser o art. 236 da Carta Magna autoaplicável, requerer o reconhecimento da sua condição de celetista se percebe, em virtude do mesmo período de prestação de serviços, todas as vantagens como se servidor estatutário fosse, inclusive no que concerne aos proventos da inatividade. 6. Correta, portanto, a decisão turmária que não conheceu do Recurso de Revista do Reclamante. Afronta ao art. 896 da CLT não configurada. Recurso de Embar-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

gos não conhecido.” (E-ED-RR – 1212/2000-093-15-00.5, Rel^a Min^a Maria de Assis Calsing, DEJT 24.04.2009)

“RECURSO DE REVISTA. ESCRIVENTE CARTORÁRIO. NATUREZA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O Tribunal Regional, analisando o conjunto fático-probatório dos autos, e aplicando o disposto no art. 48 da Lei nº 8.935/94, consignou que o reclamante não fez a opção pela mudança de regime, e, para que se pudesse concluir de forma diversa, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR-2569-2002-028-02-00.4, Rel^a Min^a Kátia Magalhães Arruda, Julgado em 21.10.2009)

Dessa forma, em face das peculiaridades fáticas do caso, especialmente a aposentadoria do reclamante pelo regime especial, não há falar em ofensa aos arts. 236, *caput*, da Constituição da República e 2º, 3º e 9º da CLT.

No que concerne ao art. 836 da CLT, conforme asseverado alhures, no julgado de fls. 727/733, esta Corte reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito, nada decidindo acerca do vínculo de emprego. Ressalte-se que, a teor do art. 469, inciso I, da Constituição da República, *não fazem coisa julgada* os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Assim, não havendo falar em coisa julgada acerca da natureza da relação de trabalho, não há falar em ofensa ao art. 836 da CLT.

Os arestos colacionados também não ensejam o conhecimento do Recurso de Revista. Os arestos de fls. 936 e 939 são inespecíficos porque não abordam todos os fundamentos adotados pelo Tribunal Regional em especial no que concerne à ausência de opção do reclamante pelo regime celetista e quanto à circunstância de que os recolhimentos previdenciários sempre foram feitos ao IPESP, tendo sua aposentadoria sido concedida pelo órgão estadual.

Não serve para configurar divergência jurisprudencial, a teor do art. 896, alínea *a*, da CLT, julgado oriundo do Supremo Tribunal Federal.

NÃO CONHEÇO.

LEGITIMIDADE PASSIVA. “MÁ-FÉ PROCESSUAL DO RECLAMADO”. ANOTAÇÃO EM CTPS. DIFERENÇAS SALARIAIS

Não tendo alcançado conhecimento o Recurso de Embargos quanto ao tema “vínculo de emprego”, fica prejudicado o exame do Recurso quanto aos temas em destaque.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Revista.

Brasília, 11 de novembro de 2009. *João Batista Brito Pereira*, relator.

RECURSO DE REVISTA. SUBMISSÃO PRÉVIA DE DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO

RECURSO DE REVISTA. SUBMISSÃO PRÉVIA DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento de medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.139-DF e 2.160-DF, decidiu que a ausência de submissão prévia da demanda à Comissão de Conciliação Prévia não impede o ajuizamento da Reclamação Trabalhista, por força do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República (Informativo nº 546 do STF, 11 a 15 de maio de 2009).

2. Precedentes da C. SBDI-1, no mesmo sentido.

QUITAÇÃO. EFEITOS. SÚMULA Nº 330 DO TST

A aferição, em instância extraordinária, da incidência da Súmula nº 330 do TST exigiria que o Tribunal Regional consignasse as parcelas constantes do TRCT, o que, na espécie, não ocorreu. Precedentes da SBDI-1.

VERBAS RESCISÓRIAS. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE REDUÇÃO DA MULTA DO FGTS DE 40% PARA 20%

1. A discussão dos autos diz respeito à validade de cláusula normativa que estabelece a (re)contratação do empregado terceirizado pela nova empresa prestadora que substitui a empresa prestadora anterior na tomadora de serviços. Em contrapartida, a norma coletiva estabelece que a rescisão contratual, em relação à empresa prestadora anterior, ocorrerá sob o título de “culpa recíproca”, sendo indevido o aviso prévio e a indenização adicional (art. 9º da Lei nº 7.238/84), e estipula a redução da multa do FGTS para 20%.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

2. Deve ser privilegiada a prerrogativa conferida pela Constituição aos atores coletivos de celebrarem acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI).

3. O sindicato profissional entabulou negociação que resultou em norma coletiva que confere efetividade ao princípio constitucional da proteção do emprego (art. 7º, I). A hipótese vertente não cuida de mera restrição a direitos legais, mas, sim, de uma negociação realizada entre as entidades envolvidas para privilegiar a preservação dos postos de trabalho.

4. Desse modo, a norma coletiva revela-se benéfica ao empregado, em especial por se tratar de trabalhador terceirizado, em que a rescisão contratual é praticamente certa quando a empresa prestadora não consegue manter o contrato com a empresa tomadora dos serviços – como é o caso dos autos. Antes de beneficiar a empresa, a cláusula normativa beneficia diretamente os trabalhadores terceirizados.

5. A Caixa Econômica Federal não tem legitimidade, quer para negar validade à norma coletiva, quer para recusar a movimentação da conta vinculada pelo empregado na hipótese dos autos.

6. De acordo com o art. 23 da Lei nº 8.036/90, a fiscalização do cumprimento dessa lei incumbe ao Ministério do Trabalho, órgão responsável exatamente pelo depósito e pela publicidade das normas coletivas, de acordo com o mencionado art. 614 da CLT.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Prejudicado.

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-3.518/2008-660-09-00 – Ac. 8ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-3.518/2008-660-09-00.4, em que é Recorrente HIGI SERV Limpeza e Conservação S.A. e Recorrida Ivonete Bastos.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em acórdão de fls. 161/166, negou provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada.

A Ré interpõe Recurso de Revista às fls. 168/187.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O recurso foi admitido pelo r. despacho de fls. 188/188-verso.

Não foram apresentadas contra-razões.

Dispensada a remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame do recurso.

I – SUBMISSÃO PRÉVIA DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE

Conhecimento

O Tribunal Regional afastou a preliminar de nulidade, por ausência de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia. Eis os fundamentos:

“CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA PELO AUTOR.

Entende a recorrente que um dos requisitos processuais a serem observados é a submissão prévia da demanda à comissão de conciliação. Transcreve decisões a respeito da matéria, invocando o disposto no art. 625-A e seguintes, da CLT, alegando que a exigência não fere a garantia constitucional de acesso à Justiça, tratando-se, de toda sorte, de preceitos imperativos.

Reputo correto o entendimento no sentido de que a regra não foi elaborada com a intenção de criar obstáculo ao ajuizamento da ação, direito garantido pela Constituição Federal. Até porque, não se extrai do texto do art. 625-A, que seja obrigatória a instalação das comissões, tanto que do *caput* consta: ‘As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia’.

Não se tratando de um dever, mas sim de uma possibilidade, haverá, certamente, diversas categorias profissionais para as quais não existirá

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

uma comissão organizada e, então, teríamos que admitir que o direito de ação estaria condicionado, para alguns, ao comparecimento às comissões, o que não seria exigido, no entanto, no que tange aos empregados para cujas categorias as comissões não houvessem sido criadas. O direito de ação é assegurado a todos, indistintamente.

Neste sentido vem se posicionando a jurisprudência mais recente, como se extrai da ementa que peço vênia para transcrever:

‘COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. DIREITO DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OBSTACULIZAÇÃO. O legislador, ao criar a possibilidade de conciliação extrajudicial dos conflitos trabalhistas através da comissão de conciliação prévia, por certo pretendeu evitar que todos os litígios trabalhistas desaguassem perante a Justiça do Trabalho, entretanto, a opção do trabalhador em não participar da referida comissão é legítima e não impede o regular exercício do direito de ação. Tanto assim é que, originariamente, o Projeto de Lei nº 4.694/98 (do qual derivou a Lei nº 9.958/2000), continha, em seu art. 836-C, § 3º, disposição no sentido de que a ausência de tentativa de conciliação implicava na extinção da ação trabalhista sem julgamento do mérito, porém, tal restrição acabou não sendo aprovada, como se observa da redação definitiva, constante do art. 625-D, da CLT. E não poderia ser diferente, visto que a lei não pode erguer obstáculos ao exercício do direito de ação, princípio estatuído no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.’ (TRT 24ª R. – RO 80/2001 – (1370/2001) – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – DJMS 05.06.2001 – p. 26)

Ainda, não se vislumbra qualquer intenção da ré em realizar a conciliação, posto que as tentativas entabuladas em Juízo restaram infrutíferas. Assim, nenhuma consequência prática haveria em se extinguir o processo, sem julgamento do mérito, para obrigar a autora a buscar, extrajudicialmente, algo que não foi obtido nem mesmo em Juízo (a conciliação). Os efeitos seriam meramente protelatórios e extremamente prejudiciais à autora.

Rejeito.” (fls. 161-verso/162)

A Reclamada sustenta que a prévia submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia constitui pressuposto para a constituição válida e regular do feito. Aponta violação aos arts. 7º, XXVI, da Constituição da República, 267, IV, do CPC e 625-A e seguintes da CLT. Transcreve arestos.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento de medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.139-DF e 2.160-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

DF, decidiu que a ausência de submissão prévia da demanda à Comissão de Conciliação Prévia não impede o ajuizamento da Reclamação Trabalhista, por força do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Eis o teor de notícia veiculada no Informativo nº 546 do STF (11 a 15 de maio de 2009), *in verbis*:

“Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade – ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT – para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000 – que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia – a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão – v. Informativos 195 e 476. Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, e Cezar Peluso, que indeferiam a liminar.”

Registra-se que a C. Subseção I de Dissídios Individuais desta Corte já teve a oportunidade de manifestar-se sobre a questão, posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal. Colhem-se os seguintes precedentes:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/2007. SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE. A previsão constante no art. 652-D da CLT tem por escopo facilitar a conciliação extrajudicial dos conflitos, tendo em vista aliviar a sobrecarga do Judiciário Trabalhista. Todavia, em razão da recusa das partes às propostas conciliatórias formuladas no curso do processo, a decretação de extinção do processo já em sede extraordinária milita contra os princípios informadores do processo do trabalho, notadamente os da economia e da celeridade processuais. Precedentes do STF: ADI 2139 MC/DF e ADI 2160 MC/DF. Recurso de embargos desprovidos.” (E-RR-382/2004-025-02-00.9, Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ 12.06.2009)

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. FEITO NÃO SUBMETIDO À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFEITOS. Embora não se deva desestimular a atuação das

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Comissões de Conciliação Prévia, a omissão de sua interveniência, em processos que seguiram regular tramitação, restando frustradas as tentativas de acordo, não podem conduzir à extinção do feito, quanto mais em sede extraordinária. Não bastassem esses fundamentos, tem-se notícia de que em 14.05.2009, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação, conforme a Constituição, ao art. 625-D da CLT, estabeleceu, liminarmente, que demandas trabalhistas podem ser ajuizadas sem prévia submissão às Comissões de Conciliação Prévia, em observância ao direito universal de acesso à Justiça, bem assim à liberdade de escolha, pelo cidadão, da via mais conveniente para submeter suas demandas (ADI 2139/DF-MC e ADI 2160/DF-MC, Plenário, rel. Min. Octavio Gallotti, red. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julgados em 14.5.2009, acórdãos pendentes de publicação). Recurso de Embargos conhecido e não-provido.” (E-RR-499/2005-031-12-00.0, Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 05.06.2009)

Desse modo, o acórdão regional, ao entender que a submissão prévia da demanda à Comissão de Conciliação Prévia não constitui pressuposto processual, decidiu em conformidade com a jurisprudência da Corte Suprema e deste Tribunal Superior.

Desse modo, não se divisa violação aos dispositivos legais invocados, e os arestos colacionados estão superados pela iterativa e notória jurisprudência desta Corte, aplicando-se o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula nº 333.

Não conheço.

II – QUITAÇÃO. EFEITOS. SÚMULA Nº 330 DO TST

CONHECIMENTO

O Eg. Tribunal Regional negou eficácia liberatória geral ao Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, aos seguintes fundamentos:

“SÚMULA 330 DO C. TST

Argumenta a ré que se deve aplicar à hipótese o entendimento contido na Súmula 330 do E. TST, uma vez que as verbas rescisórias foram pagas à autora, não existindo ressalva e questionamento de forma específica e fundamentada em relação a nenhum dos direitos postulados em Juízo.

O Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho encontra-se nos autos à fl. 21 e não contém ressalva no que diz respeito às parcelas pagas.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A quitação passada pelo empregado, com assistência sindical de sua categoria profissional, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, não ostenta eficácia liberativa total e absoluta. Restringe-se aos valores pagos mediante discriminação no instrumento, não inibe o direito de ação, que é público, subjetivo e autônomo, não alcança parcelas omitidas no termo de rescisão e nem inviabiliza a postulação em juízo de diferenças pelo pagamento a menor elencado em cada rubrica, mesmo sem a ressalva sindical.

Assim, a Súmula nº 330 do C. TST não impede o direito de ação, sob pena de afronta ao art. 5º, XXXV, da Carta Política.

O verbete sumular do Excelso Pretório Trabalhista deve ser aplicado com ponderação e, à evidência, dentro dos limites da própria lei. Assim é o entendimento jurisprudencial predominante neste E. Regional:

‘SÚMULA 330 TST. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE SUA APLICAÇÃO. A quitação dada pelo trabalhador, nos termos de rescisão contratual, refere-se exclusivamente aos valores ali discriminados e não a totalidade das parcelas devidas pelo empregador. A análise do caso concreto aliada a medidas de conveniência e oportunidade, podem levar o julgador a lastrear suas decisões de modo diverso do firmado das súmulas da jurisprudência dominante, vez que tais enunciados não possuem forma de norma processual’. (TRT-PR-AP 1.185/94, Ac. 5ª T. 1.579/95 – Rel. Juiz Luiz Felipe Haj Mussi – DJPR. 10.02.95)

Ademais, o ato jurídico perfeito só tem implicação circunscrita aos limites que sua própria literalidade estabelece. Desta forma, não há como se entender que um documento, que menciona expressamente o pagamento de parcelas elencadas, tenha seus efeitos estendidos a outras, que dele não constaram. Da mesma forma, especialmente no caso das verbas referentes ao contrato de trabalho, cujos cálculos não são de forma alguma simples e evidentes, e tendo em vista ainda os períodos de prescrição garantidos por lei, o que implica na possibilidade de cobrança de parcelas pagas há cinco anos passados, não há como se exigir do empregado, nem mesmo na presença do sindicato de classe, que saiba de antemão se os valores se encontram corretos, inexistindo qualquer diferença entre o devido e o efetivamente pago.

Por fim, elucidado que a Súmula em apreço recebeu nova redação, publicada no DJU do dia 19.04.2001, sendo inseridos no verbete 330 dois incisos que amparam a decisão proferida, *verbis*:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que essas constem desse recibo.

II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Mantenho a r. sentença primeira, no tocante a esta questão.”(fls. 162/163)

No Recurso de Revista, a Reclamada propugna a aplicação da Súmula nº 330 do TST. Indica violação ao art. 477, § 2º, da CLT e colaciona arestos.

A aferição, em instância extraordinária, da incidência da Súmula nº 330 exigiria que o Tribunal Regional consignasse quais parcelas estão discriminadas no termo de quitação.

Na hipótese vertente, o Eg. TRT não especificou as parcelas constantes do TRCT, inviabilizando, assim, a constatação de ofensa à aludida súmula, diante da impossibilidade de reexame de fatos e provas por esta Corte, a teor da Súmula nº 126. Nesta esteira:

“ENUNCIADO Nº 330/TST. EFICÁCIA LIBERATÓRIA. Nos termos do Enunciado nº 330/TST, a quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo. Nesse contexto, tem-se que a discriminação, no Acórdão regional, das parcelas consignadas no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, com o esclarecimento acerca da existência ou não de ressalva, afigura-se como requisito essencial para a incidência do aludido Verbete. Não pode o Tribunal Superior do Trabalho, sem ter a absoluta certeza de quais os pedidos que foram concretamente formulados na ação e quais as parcelas discriminadas no termo de rescisão, reconhecer a existência de contrariedade a esse Enunciado, sobretudo em razão das graves conseqüências para a parte reclamante que adviriam de tal ato. Embargos não conhecidos.” (E-RR-779.732/2001, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 4.3.2005)

“QUITAÇÃO. VERBAS RESCISÓRIAS. SÚMULA 330/TST. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126/TST 1. A quitação outorgada pelo empregado, com assistência sindical, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se aposta ressalva explícita (Súmula nº 330 do TST). Não importa, assim, quitação geral e plena do contrato de trabalho. 2. Para que se possa divisar contrariedade, em tese, à Súmula nº 330 do TST, é essencial que o

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tribunal Regional esclareça: a) se houve ressalva do empregado; b) quais os pedidos concretamente formulados e quais as parcelas discriminadas no termo de rescisão, pois o pedido deduzido na petição inicial da ação trabalhista pode recair sobre parcelas distintas das discriminadas e, portanto, não abrangidas pela quitação. 3. Esbarra no óbice da Súmula nº 126 do TST pretensão da Embargante em divisar contrariedade à Súmula nº 330 se o acórdão regional não discorre sobre a identidade entre as parcelas expressamente consignadas no recibo de quitação e as postuladas no processo, tampouco sobre a presença, ou não, de ressalva do empregado. Cumpra à parte, em semelhante circunstância, anteriormente à interposição de recurso de revista, sanar a omissão do acórdão regional mediante embargos declaratórios, visto que inadmissível em sede extraordinária o revolvimento do acervo probatório dos autos. 4. Embargos de que não se conhece.” (E-RR-368.911/97, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ-12.11.2004)

Não há, portanto, como divisar contrariedade à Súmula nº 330 desta Corte.

Não conheço.

III – VERBAS RESCISÓRIAS. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE REDUÇÃO DA MULTA DO FGTS DE 40% PARA 20%. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DOS POSTOS DE TRABALHO. CLÁUSULA BENÉFICA. AUTONOMIA COLETIVA DAS PARTES

CONHECIMENTO

Assim se pronunciou o acórdão regional:

“CULPA RECÍPROCA. VERBAS RESCISÓRIAS. VALIDADE DO ACORDO COLETIVO.

Importante elucidar, desde logo, os fatos que ensejaram o pedido da autora de condenação da ré a “comprovar o recolhimento do FGTS 11,2% de todo o período contratual, bem como sobre as verbas de natureza salarial deferidas na presente decisão” (sentença – fl. 125). A ré, prestadora de serviços, celebrou ACT com a Plansul (nova contratada pela mesma tomadora dos serviços da autora) e os sindicatos patronal e dos empregados, através do qual ficou estipulado que a rescisão do contrato da autora se daria sob a modalidade da culpa recíproca, com pagamento da multa de 20% sobre os depósitos do FGTS (ao invés de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

40% devido para a modalidade da despedida sem justa causa), acordando-se que, desta forma, a empregada seria contratada (mencionar-se recontração), pela prestadora de serviços contratada pela até então tomadora de serviços.

Da r. sentença constou que *‘não se atentou a negociação coletiva para o fato de não haver previsão legal para o pagamento reduzido da multa do FGTS em caso de dispensa sem justa causa. Como no ordenamento jurídico brasileiro a única autorização legal para o caso é a incidência de culpa recíproca, a Ré a lançou indevidamente como causa de afastamento da Autora, consoante consta no TRCT (fl. 26)’*.

A culpa recíproca, segundo Maurício Godinho Delgado, ‘supõe decisão judicial a respeito, no quadro de um processo trabalhista’ (Curso de direito do trabalho, 7.ed., LTr: 2008), com pagamento das verbas rescisórias pela metade (art. 484 da CLT), inclusive o FGTS (art. 18, § 2º da Lei 8.036/90).

Por necessitar de decisão judicial, não podia a Ré imputar culpa à Reclamante por livre arbítrio, eis que possui consequência gravosa ao empregado que, por exemplo, não pode sacar seu FGTS, o que ocorreu com a Autora. Veja-se que as hipóteses de liberação do saldo de FGTS são exaustivas, previstas em lei, mediante requisitos próprios.

Depreende-se daí que a negociação coletiva havida não é viável, eis que fez com que a Reclamada lançasse motivo de dispensa diverso do real no TRCT da Autora, de forma alheia à iniciativa da dispensa.

A negociação, que tem como pressuposto benefício mútuo, acabou por beneficiar apenas a categoria econômica, causando prejuízo à Autora, que não pôde sacar o FGTS e teve a imputação indevida de culpa na sua dispensa.

Diante do exposto, não há como se reconhecer a validade do acordo entabulado para redução do pagamento das verbas resilitórias, a teor do art. 9º da CLT. Tendo em vista a realidade dos fatos e ante o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego (Súmula 212 do TST), declara-se que a dispensa da Autora se deu sem justa causa. (fl. 124).

A recorrente busca a reforma do decidido, invocando a soberania da negociação coletiva, ponderando que o ACT foi celebrado visando resguardar o emprego de trabalhadores do setor de limpeza, consideran-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do-se o encerramento do contrato entre a ré e a tomadora, razão pela qual foi flexibilizada a regra incidente, o que permitiu à autora que mantivesse o emprego, sem necessidade de novo contrato de experiência, mantendo-se a mesma base salarial e demais direitos anteriores e possibilitando-se à recorrente que ficasse desobrigada quanto ao pagamento do aviso prévio, indenização do art. 9º da Lei nº 7.238/84 e nº 6.078/79, pagando a multa do FGTS no percentual 20 e não 40, como já referido.

Argumenta que as prestadoras de serviço estão submetidas a circunstâncias extraordinárias, devendo se sujeitar aos processos licitatórios, podendo se defrontar com situação de cessação abrupta de suas receitas. Pelo lado dos trabalhadores, ressalta que concordaram e declararam razoável a negociação e a pretensão ora deduzida afronta fonte contratual coletiva válida. Entende que a via processual individual não é o meio hábil para a invalidação perseguida e alega haver fornecido os documentos que permitiram à autora o saque do FGTS, não lhe cabendo responder por eventual controvérsia entre a autora e o órgão gestor do fundo.

Pede a reforma do decidido.

Observa-se, de início, que a ré não se volta contra as conclusões firmadas em sentença, no que diz respeito à modalidade da culpa recíproca carecer de decisão judicial para que reste caracterizada, o que, aliás, extrai-se do próprio texto do art. 484 da CLT: “*Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade*” (destaquei).

Sua argumentação é toda voltada para a validade da negociação coletiva entabulada, o que não se reconhece, seja em face do aspecto acima referido, posto que se trata de norma legal indisponível, seja porque o prejuízo para a autora foi inegável, uma vez que não lhe foi possível realizar o levantamento do valor constante em sua conta vinculada, exatamente em razão da forma de rescisão contratual adotada em razão do acordo. Tornou-se necessário o ajuizamento da presente ação, com pedido de antecipação de tutela (fls. 71).

Destarte, não vislumbro possibilidade de se reconhecer validade ao ajuste entabulado pela ré.

Entendo que a Constituição Federal, ao reconhecer a validade das negociações coletivas, em nenhum momento autorizou que fossem restringidos os direitos já alcançados através das normas legais (o direito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ao levantamento do FGTS, com recebimento da multa de 40% em caso de demissão injusta, como se deu no caso presente), também não se tendo autorizado a derrogação de normas cogentes (art. 848 da CLT). Não há, pois, que se falar em ofensa ao art. 7º, XIII e XXVI, da CF.

A dificuldade que enfrentam as prestadoras de serviço, especialmente aquelas que se mantêm em atividade apenas em razão de contratos que são fechados após haverem vencido processos licitatórios, não pode ser invocada para fins de se validar o acordo em questão. Trata-se de situação que não deve atingir os trabalhadores, usualmente os mais prejudicados, considerando-se que nem sempre recebem regularmente seus direitos, vendo-se, muitas vezes, ao completo desamparo, quando encerrados os tais contratos. A possibilidade de perda do próximo processo licitatório deve estar presente no planejamento da administração competente, que deve se preparar, de antemão, assumindo, assim, os riscos do negócio. Estes, jamais devem recair sobre o trabalhador.

Correto, pois, o decidido.

Mantenho.” (fls. 163/165)

Em Revista, a Recorrente alega a validade da negociação coletiva, que reduziu a multa do FGTS para 20%. Indica violação aos arts. 7º, I e XXVI, da Constituição da República, 611 *caput* e § 1º, da CLT e traz arestos à divergência.

A discussão dos autos diz respeito à validade de cláusula normativa que, de acordo com a sentença, estabelece a (re)contratação do empregado terceirizado pela nova empresa prestadora de serviços que substitui a empresa prestadora anterior na tomadora de serviços (ou seja, quando ocorre a substituição da empresa prestadora por outra prestadora, essa última se obriga a contratar os trabalhadores terceirizados da primitiva, que continuarão assim a prestar serviços à mesma tomadora). Em contrapartida, a norma coletiva estabelece que a rescisão contratual, em relação à empresa prestadora anterior, ocorrerá sob o título de “culpa recíproca”, sendo indevido o aviso prévio e a indenização adicional (art. 9º da Lei nº 7.238/84), e estipula a redução da multa do FGTS para 20%.

Em precedentes desta Turma, manifestei-me acerca da invalidade da cláusula ora em comento. Entretanto, reexaminando a controvérsia, adoto a posição original da Exma. Ministra Dora Maria da Costa, sobre a validade da referida previsão normativa.

Entendo que deve ser privilegiada a prerrogativa conferida pela Constituição aos atores coletivos de celebrarem acordos e convenções coletivas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de trabalho (art. 7º, XXVI), ainda que, em tese, tenha por resultado (aparente) a redução de um direito específico previsto em lei.

Estabelecer como parâmetro absoluto à negociação coletiva a disposição legal implica reduzir em demasia o direito reconhecido constitucionalmente, isto é, a autonomia coletiva dos atores do mundo do trabalho, bem como tolher algumas possibilidades importantes de atuação dos sindicatos.

Na percuente observação de Márcio Túlio Viana, “o sindicato é a principal fonte do Direito do Trabalho. Não apenas no sentido de criar as suas próprias normas, ou pressionar o Estado a fazer as dele, mas também para o efeito de aumentar a efetividade de umas e outras” (VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico”. In: *Revista LTr*. Vol. 67, nº 7, julho-2003, p. 789).

E no caso dos autos o sindicato entabulou negociação que resultou em norma coletiva que confere efetividade ao princípio constitucional da proteção ao emprego (art. 7º, I). Com efeito, a hipótese vertente não cuida de mera restrição a direitos legais, mas, sim, de uma negociação realizada entre as entidades envolvidas para privilegiar a preservação dos postos de trabalho.

Desse modo, sob qualquer ângulo que se enfrente a questão, a norma coletiva revela-se benéfica ao empregado, em especial por se tratar de trabalhador terceirizado, em que a rescisão contratual é praticamente certa quando a empresa prestadora não consegue manter o contrato com a empresa tomadora dos serviços – como é o caso dos autos. Antes de beneficiar a empresa, a cláusula normativa beneficia diretamente os trabalhadores terceirizados.

Vale conferir, a propósito, a observação de Cristiano Paixão sobre cláusula normativa semelhante existente no Distrito Federal:

“No Distrito Federal, foi celebrada – e vem sendo renovada – uma convenção coletiva de trabalho entre o sindicato que representa os trabalhadores em serviços terceirizáveis e as empresas prestadoras de serviço; essa convenção contém uma cláusula criativa, inovadora e relevante. Ficou estabelecido que a empresa prestadora, ao assumir um novo contrato, está obrigada a aproveitar os trabalhadores que estavam na empresa anterior (que não conseguiu renovar o contrato de prestação de serviços), concedendo-lhes, ainda, estabilidade no emprego por seis meses. Em contrapartida, a empresa ‘perdedora’ pode demitir seus trabalhadores pela modalidade da culpa recíproca, que envolve encargos sociais menores do que os incidentes na demissão sem justa causa. Com essa cláusula, diminuíram os casos – infelizmente, ainda existentes – de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

empresas que deixam de pagar todas as verbas trabalhistas (e também salários) a seus trabalhadores quando não conseguem a renovação do contrato de prestação de serviços. (...)

Isso demonstra a capacidade que o direito tem de interferir na dinâmica das relações sociais, com resultados ambíguos: ao mesmo tempo em que permite a precarização das relações de trabalho com a ampliação das possibilidades de terceirização, *o direito vigente impõe limites à locação de mão-de-obra e estabelece modalidades de proteção para o trabalhador terceirizado.*” (PAIXÃO, Cristiano. “Terceirização: o trabalho como mercadoria”. In: *Observatório da Constituição e da Democracia*, nº 3, março de 2006, p. 9 – grifei)

Evidenciado o caráter benéfico da previsão normativa, a conclusão que se alcança é a da sua validade. Tampouco há irregularidade especificamente na estipulação de rescisão por culpa recíproca, bem como na correspondente redução da multa do FGTS. Trago, inclusive, precedente desta Corte:

“LEVANTAMENTO DO FGTS – CULPA RECÍPROCA RECONHECIDA EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. I – Não se vislumbra ofensa ao art. 18, § 2º, da Lei 8.036/90. Isso porque, ao fixar que quando ocorrer despedida por culpa recíproca, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de vinte por cento, não exclui, por si só, a legalidade de cláusula coletiva pactuando a caracterização da culpa recíproca para fins do levantamento do depósito do FGTS. Assim, não se constata o atendimento ao art. 896, alínea *c*, da CLT. II – Inviável, por sua vez, indagar sobre as ofensas suscitadas aos arts. 10, I, do ADCT, e 7º, I, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal, tendo em vista passarem ao largo da controvérsia em torno da caracterização da culpa recíproca, instituída em norma coletiva, para fins de levantamento dos depósitos do FGTS. III – A divergência jurisprudencial colacionada revela-se inservível, nos termos da Súmula 296 do TST e da alínea *a* do art. 896 da CLT. IV – Recurso não conhecido.” (RR-349/2007-001-10-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ-5.9.2008)

Deve ser afastado ainda o argumento de que a norma coletiva não seria oponível à Caixa Econômica Federal, que poderia recusar o levantamento dos depósitos do FGTS e da respectiva multa, uma vez que a legislação exige que a culpa recíproca seja reconhecida em juízo. Porém, *a CEF não tem legitimidade, quer para negar validade à norma coletiva, quer para recusar a movimentação da conta vinculada pelo empregado na hipótese dos autos.*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

De fato, a CEF não pode negar validade a norma coletiva celebrada em decorrência de direito constitucional reconhecido aos trabalhadores (art. 7º, XXVI). E vale lembrar que a exigência de depósito das normas coletivas perante o órgão competente do Ministério do Trabalho (art. 614 da CLT) confere a devida publicidade ao resultado da negociação coletiva.

Além disso, de acordo com o art. 23 da Lei nº 8.036/90:

“Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada.”

Consoante se evidencia, a fiscalização do cumprimento da Lei do FGTS incumbe ao Ministério do Trabalho, órgão responsável exatamente pelo depósito e pela publicidade das normas coletivas, de acordo com o mencionado art. 614 da CLT. Tem-se, então, mais uma razão pela qual a CEF não pode negar validade à norma coletiva debatida nos autos.

É importante lembrar também que o art. 20, I, da Lei nº 8.036/90 autoriza a movimentação da conta vinculada do FGTS em caso de rescisão por culpa recíproca, como reconhecido no caso. Daí que a recusa da CEF contraria o referido dispositivo legal.

O Tribunal Regional contrariou o art. 7º, XXVI, da Constituição de 1988.

Conheço, por violação constitucional.

MÉRITO

A consequência do conhecimento do recurso por ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição é o seu provimento.

A Reclamante pleiteia, às fls. 16, a concessão de tutela antecipada para que seja determinado o fornecimento do TRCT pela Reclamada, considerando que a rescisão teria ocorrido sem justa causa, ou a expedição de alvará judicial que autorize a movimentação da conta vinculada do FGTS. Pretende, ainda, o pagamento de diferenças de verbas rescisórias.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A sentença deferiu apenas as diferenças de FGTS, em face do reconhecimento da dispensa sem justa causa. Registrou que a Autora já movimentou a conta vinculada do FGTS (fls. 124/125).

Assim, deve ser reformada tão somente a condenação da Ré às diferenças de verbas rescisórias (inclusive FGTS) decorrentes da alegada dispensa sem justa causa.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso de Revista para, reformando o acórdão regional, declarar a validade da dispensa efetuada pela Ré e julgar totalmente improcedentes os pedidos da Reclamação Trabalhista. Invertido o ônus da sucumbência, custas pela Autora, isenta. Prejudicado o exame do tema “Honorários advocatícios”.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, conhecer do Recurso de Revista no tema “VERBAS RESCISÓRIAS. NORMA COLETIVA. PREVISÃO DE REDUÇÃO DA MULTA DO FGTS DE 40% PARA 20%. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DOS POSTOS DE TRABALHO. CLÁUSULA BENÉFICA. AUTONOMIA COLETIVA DAS PARTES”, por ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição de 1988, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, declarar a validade da dispensa efetuada pela Ré e julgar totalmente improcedentes os pedidos da Reclamação Trabalhista. Invertido o ônus da sucumbência, custas pela Autora, isenta. Prejudicado o exame do tema “Honorários advocatícios”; por unanimidade, não conhecer do apelo nos demais tópicos.

Brasília, 21 de outubro de 2009. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONVÊNIO

RECURSO DE REVISTA. CONVÊNIO. TELERJ S.A. E FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. CONSULTORIA ESPECIALIZADA E ASSESSORIA TÉCNICA. ARTIFÍCIO UTILIZADO PARA FRAUDAR A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. UTILIZAÇÃO DOS EMPREGADOS NAS ATIVIDADES OPERACIONAIS DA CONCESSIONÁRIA. VÍNCULO DE EMPREGO DECLARADO COM A TELERJ.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Segundo as premissas fáticas apuradas em sede regional, o convênio celebrado entre a reclamada – TELERJ S.A., com vistas à utilização de uma consultoria e assessoria técnica especializadas, nos termos do artigo 94, III, da Lei nº 9.472/97, revelou-se como um mero ardil para vilipendiar a legislação laboral. Tratou-se de uma forma de mascarar a colocação de mão-de-obra para servir às necessidades comerciais e operacionais da reclamada, o que recebeu a reprimenda na forma do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, declarando-se o vínculo com o beneficiário da prestação de serviços, nos termos da Súmula nº 331, item I, do Tribunal Superior do Trabalho. A pretensão esbarra no óbice ao revolvimento de matéria fática em sede recursal extraordinária, nos termos delineados na Súmula nº 126, também desta Corte.

Não conhecido.

ENQUADRAMENTO SINDICAL. OPERADOR DE TELEMARKETING.

Não se divisa contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-I, pois o referido verbete apenas trata da impossibilidade de se aplicar a jornada reduzida do art. 227 da Consolidação das Leis do Trabalho aos operadores de telemarketing, não versando sobre o seu enquadramento sindical.

Não conhecido.

MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. FRAUDE. TENTATIVA DE FRUSTRAR A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO LABORAL. CONTROVÉRSIA INFUNDADA QUANTO À EXISTÊNCIA DO VÍNCULO.

Nos casos de fraude inequívoca, em evidente tentativa de frustrar a aplicação da legislação laboral, com a intermediadora de mão-de-obra, em nítido atentado aos preceitos trabalhistas, vedada pela incidência do art. 9º da CLT, não há como se furtar à aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT. Trata-se de uma prodigiosa tentativa de utilizar a via judicial como um teatro para protelar ou mesmo impedir o pagamento de verbas de nítido caráter alimentar aos trabalhadores hipossuficientes, não se podendo sequer cogitar de seriedade na controvérsia.

Não conhecido.

HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA.

Não há que se falar em infringência às regras de distribuição do ônus da prova, pois a confirmação do quanto alegado na inicial pela

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

prova testemunhal, ainda que própria (já que não há indicação de outros elementos para sopesamento), não trata de presunção mas de valoração pelo julgador da prova oral produzida pela reclamante, segundo o princípio da livre convicção motivada, positivada no artigo 131, da Lei Processual Civil. Assim, não há que se falar em condenação por presunção a ensejar a vulneração dos artigos 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I, do Código de Processo Civil. Arestos que não atendem aos ditames do artigo 896, alínea a, da Consolidação das Leis do Trabalho ou são inservíveis ao dissenso, nos moldes da Súmula nº 296, do Tribunal Superior do Trabalho.

Recurso de revista não conhecido em sua íntegra.

(Processo nº TST-RR-879/2001-012-01-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-879/2001-012-01-00.3, em que é Recorrente VIVO S.A. e Recorrida Simone Fátima Rodrigues de Antunes Reis.

O Tribunal do Trabalho da Primeira Região, ao examinar o recurso ordinário interposto pela reclamada, mediante o acórdão de fls. 339-343, negou-lhe provimento, mantendo a sentença de origem que reconheceu o vínculo empregatício, determinou o enquadramento sindical para aplicar as normas coletivas da categoria dos empregados da reclamada e entendeu pela aplicabilidade da multa do art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista, com amparo no art. 896, alínea a e c, da Consolidação das Leis do Trabalho. Insurge-se quanto aos temas: 1) vínculo de emprego, 2) enquadramento sindical, 3) multa do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho; e 4) horas extras. Ônus da prova.

Despacho de admissibilidade à fl. 361.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fl. 361-v.

Sem remessa dos autos à Procuradoria Geral do Trabalho, por força do disposto no art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Preenchidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos específicos delineados no art. 896 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1. CONVÊNIO ENTRE TELERJ S.A. E FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. CONSULTORIA ESPECIALIZADA E ASSESSORIA TÉCNICA. ARTIFÍCIO UTILIZADO PARA FRAUDAR A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. UTILIZAÇÃO DOS EMPREGADOS NAS ATIVIDADES OPERACIONAIS DA CONCESSIONÁRIA. VÍNCULO DE EMPREGO DECLARADO COM A TELERJ

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso da Reclamada, mantendo a sentença que reconheceu o vínculo de emprego diretamente com a reclamada, segundo o entendimento sintetizado na seguinte ementa:

“*Telemarketing*. Atividade operacional. A atividade de teleatendimento, no que concerne a reclamações técnicas se vincula diretamente à prestação de serviços de telefonia.

Telemarketing. Convênio Desvirtuado. O convênio mantido entre a TELERJ Celular e a UERJ foi desvirtuado, passando a servir como mera colocação de mão-de-obra, sem a observância dos direitos trabalhistas.” (fl. 339)

E, em sua fundamentação, dispôs, *verbis*:

“Desvirtuamento do *telemarketing* – vinculação à atividade operacional.

O primeiro aspecto a se destacar, diz respeito à possibilidade de a Telemar contratar outras empresas, em suas atividades de apoio. Nesse particular, a própria TELERJ Celular eventualmente invoca o art. 94 da Lei nº 9.472, de 16.07.97:

‘Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I – empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam;

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.’

O dispositivo acima permite o óbvio em qualquer sociedade, qual seja a contratação de atividades não proibidas por lei. Dessa forma autoriza a contratação de outras empresas, o que igualmente não é vedado por lei. Paralelamente tal dispositivo não tem qualquer repercussão sobre a legislação trabalhista, pois meramente dispõe sobre a dinâmica de execução do contrato de concessão – para tanto, as concessionárias têm plena liberdade para subcontratar outras empresas – apenas permanecem como responsáveis, perante a Anatel. Novamente nada se fala sobre relações de trabalho.

Feitas as considerações acima, infere-se que as relações de trabalho continuam regidas pela legislação trabalhista.

3.1. Invoca-se também a realização de convênio de desenvolvimento de tecnologia com a UERJ (fl. 80):

‘TERMO DE CONTRATO QUE ENTRE SI CELEBRARAM A TELERJ CELULAR S.A., E FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO – UERJ, COM SEDE NA RUA SÃO FRANCISCO XAVIER, 524 – BLOCO D E E-9º ANDAR, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, RJ, INSCRITA NO CADASTRO GERAL DE CONTRIBUINTE SOB Nº 33.540.014/0001-57.

1. CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

1.01 Pelo presente instrumento o Contratado obriga-se a prestação de Serviços Consultoria especializada e Assessoria Técnica em projetos de implantação, desenvolvimento e avaliação de novas tecnologias destinadas a elevar o nível de eficiência e eficácia dos serviços de Teletendimento da TELERJ Celular.’

Verifica-se, pois, um contrato sofisticado, para implantação, desenvolvimento e avaliação de novas tecnologias.

Todavia a prova oral (fl. 228) demonstrou que o quadro contratado pela UERJ não desenvolvia qualquer atividade de pesquisa ou desenvolvimento de tecnologia. Na verdade – e tal é notório – os con-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

tratados atuavam como meros operadores de *telemarketing*, atendendo aos clientes ou interessados em produtos, e a seguir fazendo os registros necessários. Ou seja, atuavam diretamente em atividade cotidiana e necessária à reclamada, tanto em termos comerciais quanto operacionais.

O suposto projeto foi distorcido em sua integralidade, passando a UERJ a simplesmente fornecer mão-de-obra barata, sem reconhecimento de qualquer direito trabalhista. Ante tal desvirtuamento, sequer se pode considerar a UERJ e sim como irregular intermediadora de mão-de-obra.

3.2. De maneira geral, as atividades de *telemarketing* podem ser desenvolvidas por empresas de prestação de serviços, na medida em que consistem em evidente atividade de apoio. Todavia, o *telemarketing*, como o próprio nome já traduz, significa *marketing* por telefone. No *marketing* se poderia considerar a atividade comercial como um todo, passando pela venda de produtos, divulgação e mesmo campanhas publicitárias. Não é o caso das concessionárias de serviço público.

Em evidente distorção de finalidade, enquadrou-se como *telemarketing*, toda uma série de atividades diretamente inseridas na relação cliente-concessionária. No caso, vale-se a TELERJ Celular e de algumas outras concessionárias, de tal setor, para registrar as reclamações dos clientes. Todavia as reclamações dos clientes em muito não guardam qualquer natureza comercial e sim operacional. Os clientes telefonam para os denominados *call centers*, primeiramente pela praticidade, e em segundo lugar pela progressiva dificuldade criada pela redução do atendimento em balcão, no qual as queixas poderiam ser formalizadas por escrito. Paralelamente as queixas dos usuários dizem respeito a problemas operacionais da reclamada, como por exemplo: a) linhas com ruído; b) linhas sem sinal; c) cobranças exorbitantes; d) desligamento de linha; e) problemas de conexão e transmissão de dados; f) clonagem e diversos outros.

Todos esses problemas de natureza operacional são vinculados diretamente à atividade-fim da reclamada – prestação de serviços de telefonia. Da mesma forma, a resolução de tais problemas implica na total interligação do centro de *telemarketing* com setores operacionais diversos da reclamada, cabendo-lhe inclusive grande parcela de responsabilidade perante os clientes, pois deverá sempre apresentar soluções e respostas, em nome da reclamada. Ademais em seus serviços, os operadores são meros intermediários entre esses setores técnicos e os

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

clientes, sendo totalmente subordinados às ordens dos supervisores, conforme declinado pela testemunha (fl. 228). Igualmente a testemunha declarou que as contas correntes para os pagamentos tinham sido abertas pela própria TELERJ Celular e não pela UERJ – que no caso, irregularmente atua ou como intermediadora de mão-de-obra.

Ante o exposto, aplica-se o art. 9º da CLT, declarando-se a nulidade do contrato firmado com a UERJ, o que encontra respaldo no item I da Súmula nº 331 – TST:

‘TST-331 (...)

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.74).

Reconhece-se, pois, o vínculo de emprego, diretamente com a TELERJ Celular. Igualmente se reconhece o direito à implementação dos direitos previstos nas normas coletivas firmadas pela TELERJ Celular e o sindicato profissional.

Nega-se, pois, provimento.’

3.3. Também se nega provimento no que concerne ao período contratual contemporâneo à condição de entidade integrante da administração indireta. No caso, ao manter o contrato de prestação de serviços, a reclamada compactou com a irregularidade, devendo pois responder integralmente pela prestação de serviços realizada pela autora.

Nega-se provimento.” (fls. 340-342)

A reclamada invoca a licitude do seu contrato com a UERJ e a inexistência de prova quanto aos elementos dos arts. 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho ou sequer da hipótese de intermediação de mão-de-obra delineada na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, principalmente porque a contratação de terceiros para a implementação de projetos associados é expressamente autorizada pelo art. 94, da Lei nº 9.472/97. Assevera que o teleatendimento não está dentre suas atividades essenciais, tratando-se de relação de coordenação que visa à racionalização da atividade econômica para a maximização dos resultados. Ademais, “a recorrida fez parte de um projeto montado pela Fundação UERJ, que foi contratado pela defendente para, sob o seu comando, prestar serviços sem jamais ser requisitado ou encaminhado à suposta empresa tomadora de serviços.” (fl. 350)

Sem razão.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não há qualquer pertinência na invocação do disposto no art. 94, III, da Lei nº 9.472/97, porquanto tal dispositivo apenas prevê a possibilidade de a concessionária dos serviços públicos contratar com terceiros atividades inerentes ao serviço e à implantação de projetos associados, passando ao largo da definição dos contornos relativos à relação de emprego. Daí, não há que se falar em violação à sua literalidade.

Quanto ao mais, a prova dos autos apontou que o invocado contrato para assessoria técnica foi completamente desvirtuado, tendo em vista que “*não se desenvolvia qualquer atividade de pesquisa ou desenvolvimento de tecnologia*”. Ao contrário, a contratada – Fundação UERJ – atuou como mera intermediadora de mão-de-obra, recrutando trabalhadores para se ativarem em “toda uma série de atividades diretamente inseridas na relação cliente-concessionária”, resolvendo questões relacionadas à atividade operacional da reclamada, como, problemas de linhas com ruído, linhas sem sinal, cobranças exorbitantes, de conexão e clonagem, todos citados no acórdão apenas a título ilustrativo. Nesse contexto, verificou que *os operadores eram meros intermediários entre os setores técnicos da reclamada, incumbindo-lhes apresentar soluções e respostas em nome da reclamada*. Ademais, a prova testemunhal permitiu apurar que estavam subordinados às ordens dos supervisores da reclamada. Enfim, tudo conduziu à inevitável conclusão de que houve, na verdade, uma inequívoca atuação da Fundação UERJ como intermediadora de mão-de-obra para a TELERJ S.A., ao invés do alegado contrato sofisticado para implantação, desenvolvimento e avaliação de novas tecnologias. Tal contexto não poderia receber outra consequência que não as determinadas pelo art. 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho às práticas que visam lesar a aplicação da legislação laboral, razão pela qual aplicou o item I, da Súmula nº 331, desta Corte, diante do comparecimento, segundo emergiu do contexto fático probatório delineado, dos elementos constantes dos arts. 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante de tais premissas, *a pretensão da reclamada – em afastar os elementos relativos ao vínculo laboral –, esbarra na impossibilidade ao revolvimento de fatos e provas na seara recursal extraordinária*, nos termos delineados na Súmula nº 126, do Tribunal Superior do Trabalho.

Não conheço.

2. ENQUADRAMENTO SINDICAL. OPERADOR DE TELEMARKETING

O Tribunal Regional, ao reconhecer o vínculo diretamente com a concessionária de serviço público, determinou a aplicação das normas coletivas da categoria dos empregados da reclamada:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“Em face do reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a reclamada, aplicam-se as normas coletivas por ela firmadas com o sindicato profissional.” (fl. 342)

A reclamada sustenta serem inaplicáveis à reclamante – da categoria dos empregados em *telemarketing* – as normas coletivas entabuladas com os empregados da categoria diversa, a dos telefônicos. Indica contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 273, da SBDI-I, do Tribunal Superior do Trabalho. Colaciona aresto ao dissenso de teses.

O recurso não se viabiliza.

Em primeiro lugar, o aresto colacionado à fl. 354 é imprestável ao dissenso de teses, por ser oriundo de órgão judicial não elencado na alínea *a*, do art. 896, da Consolidação das Leis do Trabalho.

De outro lado, é impertinente a invocação de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-I, desta Corte, pois o referido verbete apenas trata da impossibilidade de ser aplicar a jornada reduzida do art. 227, da Consolidação das Leis do Trabalho aos operadores de *telemarketing*, não versando sobre o seu enquadramento sindical.

Não conheço.

3. MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT. COOPERATIVA. FRAUDE. CONTROVÉRSIA INFUNDADA QUANTO À EXISTÊNCIA DO VÍNCULO

O Tribunal Regional, ao analisar a questão, adotou os seguintes fundamentos, *verbis*:

“Apesar de somente nesta oportunidade – em sede judicial – ter havido o reconhecimento do vínculo de emprego, não há como afastar a aplicação da penalidade.

No caso, a reclamada deliberadamente optou por uma modalidade precária de terceirização, de forma a baratear os custos de serviços necessários ao seu funcionamento. Dessa forma, deliberadamente obstatizou o gozo de inúmeros direitos que repercutiriam sobre a remuneração do trabalhador, o mais grave, com absoluta supressão de todas as vantagens pecuniárias decorrentes do contrato de trabalho, suprimindo-lhe inclusive o direito às verbas resilitórias.” (fl. 342)

A reclamada pugna pela exclusão da multa do art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, sustentando que não ser devida em face da controvérsia judicial. Colaciona arestos ao dissenso de teses.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A matéria está consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 351, desta Corte, segundo a qual é “Incabível a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa.”

Nesse contexto, não haveria que se falar em aplicação da multa do art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Entretanto, na hipótese, o Tribunal Regional declarou a existência da relação de emprego entre as partes que a reclamada procurava mascarar mediante a utilização da roupagem formal de cooperativa. Ou seja, procedendo em fraude à legislação laboral. Daí, colhe-se que a existência “controvérsia” sobre a relação jurídica havida entre as partes deu-se apenas no campo probatório, conforme estivesse, ou não, perpetrada a fraude, que, afinal, restou fartamente comprovada. Provada a fraude, a controvérsia mostra-se infundada, constituindo-se nada mais do que meio para tentar se furtrar ao adimplemento das verbas devidas desde o começo da relação laboral, fato de que certamente que tinham pleno conhecimento os fraudadores. Nesse contexto, indiscutível que a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 351 da SBDI-1, segundo a qual Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

“(…) MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. Ao analisar a legitimidade passiva da Reclamada, o Regional concluiu ter havido fraude na contratação da Reclamante por meio da cooperativa. Logo, à luz da OJ 351 da SBDI-1 do TST, não seria razoável entender que existiu fundada controvérsia quanto à existência de vínculo empregatício, quando perpetrada fraude para evitar o seu reconhecimento. Assim, a jurisprudência colacionada resta superada pelo entendimento da Orientação Jurisprudencial 351 da SBDI-1/TST. Óbice do art. 896, § 4º, da CLT. Recurso de Revista não conhecido.” (RR – 463/2004-251-06-00.0, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 13.02.2008, 2ª Turma, Data de Publicação: 07.03.2008).

RECURSO DE REVISTA. (...) MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO SOMENTE EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE FUNDADA CONTROVÉRSIA. Nos moldes do entendimento cristalizado na OJ 351/SDI-I desta Corte Superior, incabível a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa. Na ausência de fundada controvérsia acerca da existência do vínculo empregatício, inviável excluir

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a multa do art. 477, § 8º, da CLT. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e aplicação da Súmula 333/TST.

(...) (RR-185/2007-657-09-00.8, Relª Minª Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 27.05.2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 19.06.2009)

(...) MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT. AUSÊNCIA DE FUNDADA CONTROVÉRSIA ACERCA DA RELAÇÃO DE EMPREGO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 351 DA SBDI-1.

Na hipótese concreta dos autos, apesar de o vínculo empregatício somente ter sido reconhecido em juízo, não se observa pelo acórdão recorrido a existência de fundada controvérsia acerca da relação de emprego entre as partes, sendo devida, desse modo, a condenação ao pagamento da multa do art. 477 da CLT, ante o atraso na quitação das verbas rescisórias. Assim, constata-se que a decisão regional se encontra em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 351 da SBDI-1.” Recurso não conhecido, quanto ao tema.” (RR-106/2003-002-08-00.3, Rel. Min. Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 27.05.2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 19.06.2009)

A decisão recorrida foi proferida em consonância com a jurisprudencial pacificada nesta Corte Superior, motivo pelo qual incide, como obstáculo intransponível ao conhecimento do recurso, no particular, o óbice do art. 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço.

4. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA

O colegiado *a quo* manteve a sentença que deferiu o pagamento de horas extras, aos seguintes fundamentos, *verbis*:

“A testemunha da autora (fl. 228) confirmou as jornadas alegadas na inicial. Nesse particular, não há, nos autos, qualquer elemento que permita inferir a falta de sinceridade da testemunha. Destaca-se que tal decorre da própria metodologia utilizada pela reclamada, que optou pela intermediação de mão de obra, ao invés de contratar o pessoal necessário à atividade, registrando as jornadas dos mesmos.

Nega-se provimento.” (fl. 342)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A reclamada sustenta que a condenação foi imputada mediante mera presunção, porquanto não teria havido a produção de prova de modo convincente, até porque restou comprovado que os prestadores de serviço contratados trabalhavam em rodízio, uma turma rendendo a turma seguinte, sem possibilidade de prestação de horas extras. Indica violação aos arts. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I, do Código de Processo Civil.

Sem razão.

Não há que se falar em infringência as regras de distribuição do ônus da prova, pois a confirmação do quanto alegado na inicial pela prova testemunhal, ainda que própria (já que não há indicação de outros elementos para sopesamento), não trata de presunção mas de valoração pelo julgador da prova oral produzida pela reclamante, segundo o princípio da livre convicção motivada, positivada no art. 131, da Lei Processual Civil. Incólumes os arts. indicados por violados.

Observe-se, ainda, que os arestos são inservíveis ao dissenso de teses. Os três primeiros, colacionados à fl. 356, são imprestáveis, nos termos do art. 896, alínea *a*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Os dois primeiros são oriundos do mesmo tribunal prolator da decisão recorrida e o terceiro sequer indica o órgão prolator. O quarto aresto não contempla a premissa de real produção de prova oral pela reclamante, a ensejar a convicção do julgador. Inespecífico, nos termos da Súmula nº 296, do Tribunal Superior do Trabalho.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de revista, vencido o Exmo. Sr. Ministro João Batista Brito Pereira no tema “Vínculo de emprego declarado com a TELERJ”.

Brasília, 18 de novembro de 2009. *Emmanuel Pereira*, relator.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Ação cautelar. Efeito suspensivo. Obrigação de não fazer	163
Ação cautelar. Mandado de segurança. Registro sindical	165
Adicional de insalubridade. Lixo urbano	179
Administração pública. Contratação pela CLT. Cargo de confiança	187
Competência da Justiça do Trabalho. Indenização contra empregador	193
Diferenças salariais. Jornalista	216
Dissídio coletivo. Embraer. Despedida coletiva. Exigência de prévia negociação	223
Engenheiro. Enquadramento como bancário. Impossibilidade	251
Litispêndência. Ação movida por sindicato	257
Nulidade. Negativa de prestação jurisdicional	268
Preliminar de nulidade. Coisa julgada	280
Recurso de revista. Submissão prévia de demanda à comissão de conciliação	293
Vínculo empregatício. Convênio	308