
Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala
Presidente

Ministro Ronaldo José Lopes Leal
Vice-Presidente

Ministro Rider Nogueira de Brito
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Comissão de Documentação

Ano 71 – n^o 2 – maio a ago – 2005



ISSN 0103-7978

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

quadrimestral

Irregular de 1946-1968.

Suspensa de 1996-1998.

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

1977-1993 – coord. do Serviço de Jurisprudência e Revista. A partir de 1994, sob coord. da Comissão de Documentação.

Editor: 1946-1947, Imprensa Nacional. 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho. 1975-1995, LTr. 1999-, Síntese.

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: Andrea Paiva Nunes

Editoração Eletrônica: IOB Thomson

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.

Tribunal Superior do Trabalho

Subsecretaria de Documentação

Praça dos Tribunais Superiores,

Bl. D, Anexo II – Térreo

70097-900 – Brasília – DF

Fone: (61) 314.4235

E-mail: revista@tst.gov.br

Internet: www.tst.gov.br

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca –
05036-060 – São Paulo – SP – Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança:

São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.787900

SAC e Suporte Técnico:

São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.7247900

Renovação:

Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.787900

www.sintese.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Vantuil Abdala, Presidente do Tribunal

Ministro Ronaldo José Lopes Leal, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Rider Nogueira de Brito, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro José Luciano de Castilho Pereira

Ministro Milton de Moura França

Ministro João Oreste Dalazen

Ministro Gelson de Azevedo

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

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

Seção Administrativa

Ministro Vantuil Abdala, Presidente do Tribunal

Ministro Ronaldo José Lopes Leal, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Rider Nogueira de Brito, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro José Luciano de Castilho Pereira

Ministro Milton de Moura França

Ministro João Oreste Dalazen

Ministro Gelson de Azevedo

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Vantuil Abdala, Presidente do Tribunal

Ministro Ronaldo José Lopes Leal, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Rider Nogueira de Brito, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro José Luciano de Castilho Pereira
Ministro Milton de Moura França
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

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

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Vantuil Abdala, Presidente do Tribunal
Ministro Ronaldo Lopes Leal, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Rider Nogueira de Brito, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira

Primeira Turma

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Lelio Bentes Corrêa

Segunda Turma

Ministro José Luciano de Castilho Pereira, Presidente

Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Ronaldo José Lopes Leal, Presidente

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Quarta Turma

Ministro Milton de Moura França, Presidente

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

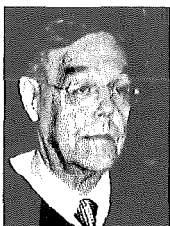
Ministro Gelson de Azevedo

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



VANTUIL ABDALA
PRESIDENTE



RONALDO LOPES LEAL
VICE-PRESIDENTE



RIDER DE BRITO
CORREGEDOR-GERAL



JOSÉ LUCIANO
DE CASTILHO



MILTON DE MOURA
FRANÇA



JOÃO ORESTE
DALAZEN



GELSON DE AZEVEDO



CARLOS ALBERTO
REIS DE PAULA



ANTÔNIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA

Sumário

DOCTRINAS

1. O recurso de embargos no TST
João Batista Brito Pereira 15
2. Proteção contra condutas anti-sindicais (atos anti-sindicais, controle contra discriminação e procedimentos anti-sindicais)
Cláudio Armando Couce de Menezes 44
3. Doença profissional: antecipação da tutela. Reintegração.
Mandado de segurança: Cabimento
Aloysio Santos 54
4. Trabalho em domicílio: histórico e perspectivas – O teletrabalho
Lucilde D’Ajuda Lyra de Almeida 63
5. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais
Elaine Machado Vasconcelos 94
6. Primeiros e anteriores debates: ampliação da competência da Justiça do Trabalho
Ricardo Carvalho Fraga 108
7. “Condomínio de fato” e relação de emprego
José Geraldo da Fonseca 116
8. A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar
Henrique Macedo Hinz 131
9. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições análogas à de escravo
Carlos Henrique Bezerra Leite 146
10. Jornada de trabalho dos aprendizes: a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 432 da Consolidação das Leis do Trabalho
Bernardo Leôncio Moura Coelho 174
11. A anti-sindicalidade e o anteprojeto de Lei de Relações Sindicais
Marcus de Oliveira Kaufmann 188
12. O novo mundo do trabalho
Carlos Eduardo Mattioli / Luiz Carlos Canêo 230

S U M Á R I O

13. Consórcio de empregadores em meio urbano: possibilidade analógica e Equitativa
Walter Wiliam Ripper 234
14. Competência da Justiça do Trabalho para promover ação de execução fundada em título de crédito – duplicata de prestação de serviços
Roberto de Almeida Mesquita 245

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdãos do TST 251

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST 427

Doutrina

O RECURSO DE EMBARGOS NO TST

João Batista Brito Pereira*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios gerais; 2 Pressupostos; 3 Os embargos no TST; 3.1 Embargos infringentes em dissídio coletivo – SDC; 3.2 Embargos contra decisão de Turma do TST; 3.2.1 Por divergência jurisprudencial; 3.2.2 Por violação de lei federal e da Constituição da República; 3.3 Embargos de declaração; 4 Conhecimento e mérito; Conclusões.

INTRODUÇÃO

O recurso de embargos é tema que, como se sabe, enseja, aqui e ali, discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Neste estudo, tratarei rapidamente dos embargos infringentes interpostos contra as decisões não-unânicas nos dissídios coletivos para dar atenção especial aos embargos para a Seção de Dissídios Individuais (Subseção 1), cuja função primordial é preservar a unidade do direito material e do direito processual do trabalho, assegurando sua interpretação uniforme em todo o território nacional.

Farei referência aos embargos de declaração, tanto porque se trata de recurso amplamente utilizado para aperfeiçoamento do julgado quanto porque, não raro, atribui-se-lhes efeito infringente, ensejando reforma radical na decisão embargada.

Desse modo, do elenco de recursos cabíveis no processo do trabalho cuidarei aqui dos seguintes embargos, a saber: a) embargos infringentes interpostos contra decisão não-unânime proferida em processo de dissídio coletivo de competência originária da Seção Especializada em Dissídio Coletivo do TST (ou Seção Normativa); b) embargos para a Seção de Dissídios Individuais contra decisão proferida por Turma do TST que divirja de decisão prolatada por outra Turma ou pela Seção de Dissídios Individuais; ou que divirja de Orientação Jurisprudencial desta; ou que divirja de Súmula do Tribunal; bem como que viole preceito de lei federal ou da Constituição da República; e c) embargos de declaração.

Não rende ensejo à interposição de embargos decisão proferida em ação rescisória de competência originária do Tribunal Superior do Trabalho por sua Seção de Dissídios Individuais – Subseção 2.

A ação rescisória não é tipicamente trabalhista, entretanto, é freqüente seu ajuizamento na Justiça do Trabalho. Essa ação vem sendo processada e julgada na Justiça do Trabalho sob as normas dos arts. 485/495 do Código de Processo Civil,

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

consoante possibilita o art. 836 da CLT. Todavia, a Lei nº 7.701/88, ao fixar a competência da Seção de Dissídios Individuais, previu a ação rescisória e, quanto aos embargos, mencionou apenas aqueles interpostos contra as decisões das Turmas,¹ sem, contudo, referir-se aos embargos contra decisão proferida em ação rescisória de competência originária daquela Seção. Aqui a lei perpetrou uma desarmonia processual entre a ação rescisória julgada originariamente no TRT e aquela de competência originária do TST; na primeira cabe recurso, na segunda, a partir da edição da Lei nº 7.701/88, não cabe. Essa assimetria processual se apresenta nitidamente quando se tem recurso ordinário para o TST tanto contra decisão proferida em ação rescisória quanto em dissídio coletivo originário do TRT; ao passo que somente contra as decisões nos dissídios coletivos originários do TST se tem embargos infringentes à SDC. Para garantir uma harmonia processual quanto a essa questão, haveria de se cogitar de embargos infringentes também das decisões proferidas em ações rescisórias originárias do TST para a SDI-2.

Não obstante, o art. 530 do CPC não se encontra abrangido pela norma do art. 836 da CLT. É lastimável rejeitar-se o cabimento dos embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida em ação rescisória de competência originária da SDI-2 do TST, especialmente porque se faz tábula rasa de um instituto elementar ao direito processual, qual seja, o duplo (e voluntário) grau de jurisdição, cujo fundamento é a possibilidade de equívoco do julgador, que, como se sabe, é falível, de modo que a revisão, ainda que pelo mesmo órgão, como na hipótese dos embargos infringentes da Seção Normativa,² assegura a possibilidade de aprimoramento do julgado (às vezes até sua reforma) e propicia maior segurança ao jurisdicionado, em especial porque, no particular, contra as decisões de última instância proferidas pelas Seções do TST somente cabe recurso quando se revelam contrárias ao texto da Constituição da República, e nem sempre a ação rescisória aborda tema de estatura constitucional. Como se vê, na sistemática de hoje, a Seção de Dissídios Individuais do TST tem competência originária e única para julgar as ações rescisórias propostas contra decisões dos órgãos fracionados do Tribunal.

1 Lei nº 7.701/88: “Art. 3º Compete à Seção de Dissídios Individuais julgar:

I – originariamente:

a) as ações rescisórias propostas contra decisões das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho e suas próprias, inclusive as anteriores à especialização em seções;

b) os mandados de segurança de sua competência originária, na forma da lei.

(...)

III – em última instância:

b) os embargos interpostos às decisões divergentes das Turmas, ou destas com decisão da Seção de Dissídios Individuais, ou com enunciado da Súmula e as que violarem literalmente preceito de lei federal ou da Constituição da República”.

2 Lei nº 7.701/88: “Art. 2º Compete à Seção Especializada em Dissídios Coletivos, ou seção normativa:

(...)

II – em última instância julgar:

(...)

c) os embargos infringentes interpostos contra decisão não-unânime proferida em processo de dissídio coletivo de sua competência originária...”

Os embargos perante o Tribunal Superior do Trabalho, previstos no inciso I do art. 893 e no art. 894 da CLT, são hoje regulados pela Lei nº 7.701/88 e sempre visaram à uniformização da jurisprudência.

1 PRINCÍPIOS GERAIS

Os embargos no Tribunal Superior do Trabalho sujeitam-se aos princípios gerais de recorribilidade, entre os quais vale lembrar:

Intertemporalidade – na interposição do recurso, observa-se o princípio da incidência imediata da lei processual nova. Em consequência, a lei que rege o recurso é aquela vigente ao tempo da publicação da decisão recorrida. Essa é a regra que preside a intertemporalidade dos recursos e está inserta no art. 1.211 do Código de Processo Civil, que expressa: “Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”. Em relação a esse tema, a doutrina não discrepa da jurisprudência no que assenta ser a lei vigente ao tempo da intimação da decisão recorrida aquela que regula o cabimento do recurso.

Unirrecorribilidade – cada decisão comporta um só recurso, salvo a hipótese de sucumbência recíproca, em que cada parte pode recorrer do que lhe foi desfavorável. Entretanto, não contraria o princípio da unirrecorribilidade (ou singularidade) a interposição de recursos por ambos os litigantes quando esses forem vencidos em parte, hipótese em que podem recorrer simultaneamente, cada qual para combater o julgado quanto à parte que lhe foi desfavorável. Mesmo assim, aquele que, sendo vencido em parte, deixar de recorrer pode, no prazo para impugnar o recurso do outro, a ele aderir, interpondo seus embargos. Nesse caso, este último (recurso adesivo) fica subordinado ao conhecimento do primeiro (principal), em face da adoção subsidiária do art. 500 do CPC. Isto é, se o primeiro recurso (ou recurso principal) não for conhecido, fica prejudicado o exame do segundo (adesivo); contudo, se conhecido o primeiro, e, mesmo assim, não sendo ele provido, deve ser examinado o recurso adesivo, que agora não mais se subordina ao resultado daquele.

Não é permitido variar de recurso, mesmo dentro do prazo legal. Ou seja, interposto o recurso, opera-se a preclusão e, em razão disso, não é mais possível alterá-lo ou complementá-lo, salvo se houver alteração do julgado por força do julgamento de embargos de declaração, caso em que a alteração do recurso limita-se à novidade contida na última decisão.³

Fungibilidade – questão que tem oferecido alguma dificuldade é a conversão de um recurso em outro, em face da adoção do “princípio da fungibilidade”, de que

3 Exemplos jurisprudenciais da SDI-1, no julgamento de embargos, recusando a duplicidade de recurso sobre o mesmo tema, com suporte no princípio da unirrecorribilidade:

a) “DUPLICIDADE DE RECURSOS DE EMBARGOS – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – UNIRRECORRIBILIDADE – NÃO-CONHECIMENTO DA SEGUNDA MINUTA EM RE-

cogitava o art. 810 do CPC de 1939 ao expressar: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro...”. A regra processual determinava o processamento do recurso cabível na espécie, se se verificasse que o erro na interposição havia resultado de dúvida objetiva. A jurisprudência aceita ainda a conversão de um recurso em outro, quando a parte o interpõe de modo equivocado, mas desde que o faça no prazo do recurso cabível e que haja dúvida plausível na interposição do apelo. Não o aceita, entretanto, quando há manifesta má-fé na interposição do recurso ou quando se evidencia erro grosseiro da parte recorrente.

A propósito, o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho contém norma que contempla esse princípio. Trata-se do parágrafo único do art. 247, ao expressar: “Em se tratando de embargos de declaração opostos à decisão monocrática, caberá ao Relator apreciá-los por despacho, ou recebê-los como agravo, se entender pertinente, conforme o caso”. Aqui, embora não se vincule essa faculdade do relator à ocorrência de dúvida justificada no cabimento do recurso, a norma regimental permite que o relator receba um recurso por outro, se houver pedido de reconsideração da decisão monocrática, isto é, se os embargos de declaração guardarem maior semelhança com o agravo e entender que deva submeter a solução ao colegiado.

2 PRESSUPOSTOS

Os embargos ainda se sujeitam a determinados pressupostos, sem os quais ora não serão processados, ora não serão conhecidos. Assim é que os pressupostos elementares de recorribilidade são basicamente os seguintes: cabimento, sucumbência, tempestividade, representação, preparo (conforme o caso), legitimação ativa, fundamentação e prequestionamento.

LAÇÃO AOS TEMAS QUE NÃO FORAM OBJETO DE EXAME EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS – POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO APENAS NO TEMA OBJETO DE PRONUNCIAMENTO EM DECISÃO QUE COMPLEMENTOU O JULGAMENTO DO RECURSO DE REVISTA – Segundo o princípio da unirrecorribilidade, não se pode interpor dois recursos da mesma espécie contra uma única decisão. Com a interposição do recurso, precluiu o direito da parte de produzir o mesmo ato processual novamente mediante novas razões de recurso em face da preclusão consumativa relativamente aos temas que não foram objeto de embargos de declaração. Assim, com exceção do tema acordo de compensação de jornada, em que houve complementação da decisão no julgamento de embargos de declaração, os demais temas não foram objeto de alteração de julgado, de modo a permitir o aditamento do recurso. Por isso, não se conhece das segundas razões relativamente aos temas tíquetes alimentação e honorários assistenciais” (TST, E-RR 567.729/1999.8, Ac. SDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ-1 de 04.06.2004).

b) “DUPLICIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS – PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA – NÃO-CONHECIMENTO DA SEGUNDA MINUTA – Não se conhece das segundas razões dos embargos, quando não se trata da hipótese de alteração do julgado a permitir o aditamento do recurso. Hipótese de preclusão consumativa, pela interposição do recurso no momento processual adequado” (TST, E-RR 363.150/1997.0, Ac. SDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ-1 de 31.10.2003; E-RR 388.510/1997.0, DJ 15.12.2003).

Cabimento – é o pressuposto da adequação. Para que o recurso seja admitido, é preciso que a decisão seja suscetível de impugnação mediante embargos. Os embargos estudados aqui têm a seguinte previsão legal: embargos infringentes interpostos contra decisão não-unânime proferida em processo de dissídio coletivo de competência originária da Seção Especializada em Dissídio Coletivo do TST (ou Seção Normativa) e embargos contra decisões de Turmas do TST, contrárias à letra de lei federal ou da Constituição da República, ou que divergirem entre si, ou de decisão do Tribunal Pleno ou da Seção de Dissídios Individuais – Subseção 1 (aí incluída a Orientação Jurisprudencial), ou que discreparem de Súmulas do TST. Por fim, os embargos de declaração, previstos nos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, de inquestionável importância no sistema processual vigente.

Sucumbência – é o interesse jurídico/processual de recorrer que resulta do gravame. Com efeito, não terá interesse em opor embargos a parte que não tiver sofrido qualquer gravame com a decisão embargada. O gravame é o que dá legitimidade, e esta por seu turno está ligada, em primeiro lugar, à qualidade de parte no feito (reclamante ou reclamado); mas também a possuem o terceiro prejudicado, assim entendido aquele que, não tendo integrado a relação processual, vê-se atingido pelos efeitos da decisão, e o Ministério Público, nos casos permitidos em lei.

Cogita-se aqui, em última análise, da lesividade da decisão, de que trata José Frederico Marques, anotando: “Requisito primordial e básico, inarredável e impenetrativo, em todo recurso, é a lesividade, para o recorrente, da sentença ou decisão contra a qual recorre. Sem prejuízo ou gravame a direito da parte, não pode esta pretender recorrer. O gravame (ou o ‘dano provindo de decisão desfavorável’) coloca a parte em situação de derrota no litígio, ou no processo, o que constitui a *sucumbência*, que pode ser conceituada como a situação criada por um julgamento em antagonismo com o que pediu o litigante.

Vencido, no procedimento recursal, é aquele que sofreu prejuízo em virtude de uma decisão ou sentença, e que, por isto, tem interesse processual em recorrer”.⁴

Tempestividade – o recurso de embargos deve ser interposto no prazo de oito dias, contados da publicação do acórdão (CLT, art. 894), enquanto os embargos de declaração, no prazo de cinco dias (art. 897-A, CLT). Vigem no processo do trabalho o benefício concedido à Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica). A essas entidades, que ostentam personalidade jurídica de direito público, a norma (Decreto-Lei nº 779/69) concede o benefício do prazo em dobro para recorrer, inclusive nos embargos de declaração.⁵

A tempestividade constitui pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso, consistindo na interposição dentro do prazo fixado em lei. Não sendo

4 *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2ª parte, 1978, p. 112.

5 OJ 192/SDI-1 TST: “É em dobro o prazo para a interposição de embargos de declaratórios por pessoa jurídica de direito público”.

interposto o recurso principal nesse prazo, opera-se a preclusão temporal e, em consequência, transitará em julgado a decisão.

Representação – é exigência para regularidade do recurso que a parte esteja representada, se acaso não recorrer “em causa própria” ou se utilizando do benefício do *jus postulandi*.

Não é demais lembrar, entretanto, duas peculiaridades residentes no processo do trabalho: a primeira delas consiste em a parte poder subscrever o recurso (salvo o extraordinário), é o *jus postulandi*, ou seja, a despeito da regra contida no art. 133 da Constituição da República (“O advogado é indispensável à administração da justiça, ...”), o processo do trabalho preserva a garantia concedida à parte de poder, legitimamente, postular em juízo prescindindo de advogado; a segunda particularidade é o instituto do “mandato tácito”, hipótese em que o advogado subscritor do recurso, embora não possua instrumento de mandato nos autos, tenha comparecido à audiência acompanhado da parte (reclamante ou reclamado), ali deduzindo razões em favor desta. Presume-se, nesse caso, que a parte lhe tenha outorgado poderes para representá-la naquele feito. Entretanto, uma vez juntado instrumento escrito, não se poderá mais invocar o benefício do mandato tácito no mesmo feito.

De um modo ou de outro, a representação como pressuposto de processamento regular do recurso consiste na existência – nos autos ou junto com o recurso – da prova de que a parte recorrente outorgou poderes ao advogado subscritor de suas razões.

Preparo – na Justiça do Trabalho, o preparo consiste: a) no pagamento das custas pelo vencido e na comprovação do seu recolhimento dentro do prazo para interposição do recurso (CLT, art. 789, § 1º); b) no depósito prévio do valor da condenação, se esta for igual ou inferior a 10 (dez) vezes o valor de referência regional. Na hipótese de o valor da condenação exceder este valor, o depósito para recurso será a ele limitado (CLT, art. 899, § 6º).

A norma do art. 899, § 1º, da CLT mereceu alteração pelo art. 40 da Lei nº 8.177/91, o qual foi modificado pela Lei nº 8.542/92, que é objeto de interpretação pela Instrução Normativa nº 3, de 05.03.1993, do Tribunal Superior do Trabalho.⁶

6 Instrução Normativa nº 3/93 do TST: “I – Os depósitos de que trata o art. 40, e seus parágrafos, da Lei nº 8.177/91, com a redação dada pelo art. 8º da Lei nº 8.542/92, não têm natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado.

(...)

a) depositado o valor total da condenação, nenhum depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, salvo se o valor da condenação vier a ser ampliado;

b) se o valor constante do primeiro depósito, efetuado no limite legal, é inferior ao da condenação, será devida complementação de depósito em recurso posterior, observado o valor nominal remanescente da condenação e/ou os limites legais para cada novo recurso;

c) havendo acréscimo ou redução da condenação em grau recursal, o juízo prolator da decisão arbitrará novo valor à condenação, quer para a exigibilidade de depósito ou complementação do já depositado, para o caso de recurso subsequente, quer para liberação do valor excedente decorrente da redução da condenação”.

Embora o § 1º do art. 899 refira-se a “prévio depósito”, essa regra mereceu interpretação flexível na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, concentrada na Súmula nº 245, na qual se permitiu o depósito posterior ao recurso, desde que comprovado dentro do prazo recursal, *in verbis*: “O depósito recursal deve ser feito e comprovado no prazo alusivo ao recurso. A interposição antecipada deste não prejudica a dilação legal”.

É relevante anotar que do empregado/reclamante não se exige o depósito recursal prévio; isso porque, como pressuposto de conhecimento dos recursos no âmbito do processo do trabalho, só é ele devido quando houver condenação em pecúnia, circunstância que realça sua natureza jurídica de garantia do juízo (IN 3/TST, itens I e III), ratificada pela jurisprudência da Corte.⁷

Legitimação ativa – a legitimidade é o pressuposto subjetivo de admissibilidade do recurso. Pode recorrer a parte que sofreu a sucumbência (parcial ou total); portanto, tem legitimação ativa para recorrer a parte vencida. Esse pressuposto guarda estreita identidade com o requisito do interesse em recorrer, consistente na justa expectativa da parte recorrente de alcançar solução mais vantajosa com a reforma da decisão. Têm ainda legitimidade para recorrer o terceiro prejudicado (no mesmo prazo conferido às partes) e o Ministério Público, nas hipóteses disciplinadas em lei.

Fundamentação – a importância do pressuposto da fundamentação dos embargos é manifesta, a dispensar outros comentários, sejam eles interpostos por divergência jurisprudencial, sejam por violação a dispositivo de lei, dado que se trata de recurso de natureza extraordinária.

Em vista disso, a divergência jurisprudencial a justificar o processamento do recurso de embargos deve ser demonstrada analiticamente na petição do recurso relativamente a cada um dos seus títulos ou temas. Entretanto, não basta indicar os trechos que estabelecem a divergência com o acórdão recorrido. É necessário comprová-la conforme a orientação contida nas Súmulas do TST, a saber:

“SÚMULA Nº 23 – RECURSO – Não se conhece de recurso de revista ou de embargos, se a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos e a jurisprudência transcrita não abranger a todos.”

Como se observa, no que interessa ao presente estudo, quando, por exemplo, a decisão da Turma do TST sobre o mesmo tema tiver dois fundamentos, o

7 a) SDI-1: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPROVANTE DO DEPÓSITO RECURSAL – Nos termos do inciso I da Instrução Normativa nº 3/TST, não havendo decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, não se exige a realização de qualquer depósito judicial. Logo, não sendo exigido o depósito, não há, também, como se exigir o traslado da cópia da respectiva guia. Embargos conhecidos e providos” (TST, Proc. E-AIRR 65.8975/2000.1, Ac. SDI-1, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJU 14.12.2001).

b) SDI-2, Orientação Jurisprudencial nº 117: “Ação rescisória. Depósito recursal. Pedido rescisório procedente. Condenação em pecúnia. Instrução Normativa nº 3/1993. III – Havendo recurso ordinário em sede de rescisória, o depósito recursal prévio só é exigível quando for julgado procedente o pedido e imposta condenação em pecúnia”.

embargante deverá indicar divergência quanto a ambos, sendo inútil que aponte um paradigma para cada um deles. O paradigma colacionado, nesse caso, deverá conter os dois fundamentos, adotando tese oposta à do acórdão embargado. Essa é a compreensão que a SDI-1 vem adotando em torno da aplicação da aludida Súmula.⁸

A fundamentação de uma decisão pode ser simples (quando há apenas um fundamento) ou composta (quando há mais de uma motivação). Esta, por sua vez, subdivide-se em três espécies: a) cumulativa – quando os diversos fundamentos elencados pelo órgão julgante se somam para ensejar a conclusão da decisão; b) independente e disjuntiva – quando há vários fundamentos, mas basta haver um deles para se chegar à conclusão adotada; c) independente e excludente – quando há vários elementos e a negação de um deles é suficiente para ensejar conclusão oposta à adotada.

A Súmula nº 23 do TST tem aplicação na fundamentação composta cumulativa e na composta independente e disjuntiva, acima descritas, sendo inexistente a regra nela inscrita quando a fundamentação da decisão recorrida for composta independente e excludente, hipótese em que o acórdão embargado adota fundamentos distintos e autônomos, sendo suficiente cada um, *de per se*, para a solução da demanda; nesse caso, é válido o acórdão cotejado que se revele divergente quanto a apenas um dos fundamentos.⁹

A especificidade dos julgados indicados ao cotejo é condição para a comprovação do dissenso jurisprudencial, consoante a orientação contida no item I da Súmula nº 269, a seguir transcrito:

“SÚMULA Nº 296 – RECURSO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – ESPECIFICIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 37 da SDI-1)

I – A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram (ex-Súmula nº 296 – Res. 6/1989, DJ 14.04.1989).

8 Ementa: “RECURSO DE EMBARGOS – RECURSO DE REVISTA CONHECIDO POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – INOBSERVÂNCIA DA ORIENTAÇÃO EXPRESSA NA SÚMULA Nº 23 DO TST – VIOLAÇÃO AO ART. 896 DA CLT – Consoante a orientação expressa na Súmula nº 23 do TST, para a configuração da divergência apta a ensejar o conhecimento do recurso de revista, um mesmo aresto paradigma deve abranger os diversos fundamentos adotados pela decisão recorrida. Portanto, tendo a Turma asseverado que o Tribunal Regional do Trabalho resolveu a questão por dois fundamentos e conhecido do recurso de revista por divergência jurisprudencial, configurada por dois arestos que abordavam, cada um deles, um dos fundamentos da decisão recorrida deixou de observar a orientação expressa na referida Súmula, violando, por conseguinte, o art. 896 da CLT.

Recurso de embargos de que se conhece e a que se dá provimento” (TST, Proc. E-RR 543.187/1999.5, Ac. da SDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJU 10.12.2004, p. 829).

9 Cf. TST, Proc. E-RR 426.409/1998, Rel. Min. Brito Pereira, Ac. SDI-1, DJU-1 19.11.2004.

II – Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso (ex-OJ 37 – Inserida em 01.02.1995).”

O requisito da especificidade inserto no item I da Súmula nº 296 se assenta na divergência entre decisões de Turmas diversas na apreciação da mesma situação fática. Corolário dessa exigência é que não rende ensejo aos embargos de divergência jurisprudencial entre decisões da mesma Turma, assim como, embora sejam arestos de Turmas diversas, se o acórdão indicado para cotejo encontrar-se superado por jurisprudência do Tribunal, consoante a orientação expressa na Súmula nº 333 do TST.¹⁰

Essa orientação concentrada na Súmula nº 333 do TST visa, ao lado da celeridade processual e estabilidade do entendimento jurisprudencial da Corte, a fortalecer as decisões do Tribunal e evitar delongas em torno de temas já definidos na sua jurisprudência, reduzindo, por fim, a incidência de recursos procrastinatórios. A aludida súmula data de 1994, e a Lei nº 9.756, de 1998, que introduziu modificações no art. 896 da CLT, alterou seu § 4º, atribuindo-lhe redação que, embora se dedique ao recurso de revista, no essencial coincide com o texto do mencionado verbete.¹¹

A comprovação da divergência jurisprudencial é, pois, item que deve ser observado com rigor na elaboração do recurso de embargos, para o que a jurisprudência concentrada na Súmula nº 337 do TST é um dos caminhos que se recomenda, *in verbis*:

“SÚMULA Nº 337 – COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – RECURSOS DE REVISTA E DE EMBARGOS (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 317 da SDI-1)

I – Para comprovação da divergência justificadora do recurso, é necessário que o recorrente:

a) junte certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma ou cite a fonte oficial ou o repositório autorizado em que foi publicado; e

b) transcreva, nas razões recursais, as ementas e/ou trechos dos acórdãos trazidos à configuração do dissídio, demonstrando o conflito de teses que justifique o conhecimento do recurso, ainda que os acórdãos já se encontrem nos autos ou venham a ser juntados com o recurso (ex-Súmula nº 337 – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

10 Súmula nº 333 do TST: “Recursos de revista e de embargos. Conhecimento. Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

11 Art. 896, CLT: “§ 4º A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho” (Redação dada pela Lei nº 9.756/98).

D O U T R I N A

II – A concessão de registro de publicação como repositório autorizado de jurisprudência do TST torna válidas todas as suas edições anteriores (ex-OJ 317 – DJ 11.08.2003).”¹²

Como se vê, a comprovação da divergência jurisprudencial consiste não somente na identificação do julgado colacionado para comparação, mas, também, na identificação dos aspectos em que se apresentam divergentes: a decisão contra a qual se recorre e o modelo oferecido a cotejo.

No item I, a Súmula nº 337 do TST exige, para a comprovação de divergência jurisprudencial, a transcrição do trecho indicado para confronto de teses e a indicação da fonte autorizada de publicação do trecho transcrito nas razões do recurso, com a respectiva data, a fim de possibilitar a aferição da fidelidade do modelo cotejado. Se o recorrente visa a confrontar a decisão recorrida com trecho da fundamentação do acórdão paradigma, deverá transcrevê-lo nas razões do recurso e juntar cópia autenticada de seu inteiro teor ou indicar a fonte autorizada que o tenha publicado na íntegra.¹³

No que tange à violação literal de preceito de lei ou da Constituição da República, a exigência em relação à fundamentação consiste em que não basta o embargante alegar que o acórdão recorrido contrariou esse ou aquele dispositivo ou princípio, é imperativo que em suas razões aponte, com precisão, os fundamentos pelos quais, no seu entender, a norma mencionada sofreu a violação invocada. Em resumo, alegação genérica de violação não rende ensejo ao conhecimento dos embargos.

Muito se tem discutido no Tribunal Superior do Trabalho sobre a fundamentação do recurso de embargos contra decisão de Turma proferida em recurso de revista. Um dos temas de que se tem ocupado a SDI é precisamente aquele atinente ao conhecimento dos embargos quando a parte vem sustentando que o recurso de revista não conhecido merecia conhecimento ou quando combate o conhecimento do recurso de revista que, a seu juízo, não merecia ser conhecido. Numa hipótese ou na outra, não raro, o apelo se ressentia da falta de arguição de ofensa ao art. 896 da CLT, em que se situam os pressupostos intrínsecos de cabimento do recurso de revista, que, no primeiro caso, para o recorrente, foram atendidos e no segundo não o foram.

Com efeito, em se tratando de recurso de revista do qual a Turma não conheceu ao preceder ao exame dos pressupostos intrínsecos, o embargante haverá de demonstrar que a decisão da Turma violou o art. 896 da CLT para permitir que se articulem os fundamentos pelos quais haveria aquele recurso de ser conhecido. Mesmo na hipótese de recurso de revista conhecido, acaso a parte embargante venha combater o conhecimento daquele apelo, haverá de indicar violação ao mesmo art. 896.

No caso de recurso de revista não conhecido, é bom se ter presente que o art. 896 da CLT tem vários dispositivos e que o recurso de revista poderá estar calcado

12 Texto aprovado pela Resolução 129/TST, de 05.04.2005, publicada no DJU-1 dos dias 20, 22 e 25.04.2005.

13 Referência: TST, Proc. E-RR 434.995/1998.0, Ac. SDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ-1 30.10.2003.

ou em apenas um, ou em dois, ou em vários deles. A parte deverá indicar de modo preciso o dispositivo (alínea ou parágrafo) do art. 896 no qual se apóia aquele recurso.

O argumento é o seguinte: seu recurso de revista encontra-se bem fundamentado. Diz o embargante, portanto, que ele atende a pelo menos um dos pressupostos intrínsecos ou específicos. Como se sabe, esses pressupostos estão assim distribuídos no art. 896 da CLT: alínea *a*: divergência jurisprudencial no exame de lei federal; alínea *b*: divergência jurisprudencial no exame de lei estadual, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo, sentença normativa, ou regulamento empresarial de observância em mais de uma jurisdição de TRT; alínea *c*: violação literal de disposição de lei federal, ou à Constituição da República; § 2º: violação direta de norma da Constituição da República quando se tratar de recurso de revista em processo de execução; e § 6º: contrariedade à súmula do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República quando se tratar de recurso de revista em procedimento sumaríssimo.

Tendo-se presente que a lei contempla o recurso de embargos contra decisões de Turma contrárias à letra da lei federal, ou que divergirem entre si, ou de acórdão da SDI ou de Súmula do Tribunal, se o recurso de revista não foi conhecido, nos embargos a parte somente poderá sustentar a violação ao art. 896, indicando a alínea ou o parágrafo no qual está calcado aquele recurso.

Trata-se de recurso de natureza extraordinária, de tal sorte que a indicação equivocada do dispositivo equivale a não indicar violação, resultando no não-conhecimento do apelo por deficiência de fundamentação. Lembre-se mais que nem toda decisão mediante a qual a Turma não conhece do recurso de revista é suscetível de embargos com fundamento em violação ao art. 896 da CLT. A título de exemplo: A parte interpôs recurso de revista em que o único fundamento trazido foi uma arguição de divergência, e a Turma dele não conheceu por entender que a jurisprudência colacionada não se apresentava divergente. Se o embargante invocar violação à alínea *a* do art. 896 da CLT,¹⁴ o conhecimento desses embargos encontra obstáculo no item II da Súmula nº 296 do TST, que veda o reexame de divergência jurisprudencial indicada no recurso de revista, *in verbis*: “Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso” (ex-OJ 37, que foi incorporada à Súmula).

Todavia, se esse mesmo recurso de revista continha ainda indicação de ofensa à disposição de lei federal e quanto a esse aspecto não foi conhecido, devem os embargos conter arguição de ofensa à alínea *c* do aludido art. 896, acrescida dos fundamentos pelos quais a decisão regional violou a norma indicada no recurso de revista – daí a necessidade de indicação ou da alínea, ou do parágrafo que deu ensejo ao recurso. É a orientação que se extrai da atual Súmula nº 221, item I, *in verbis*:

14 CLT, art. 896: cabe recurso de revista para a Turma do TST das decisões do TRT que: “a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional...”.

D O U T R I N A

“SÚMULA Nº 221– RECURSOS DE REVISTA OU DE EMBARGOS – VIOLAÇÃO DE LEI – INDICAÇÃO DE PRECEITO – INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 94 da SDI-1)

I – A admissibilidade do recurso de revista e de embargos por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado (ex-OJ 94 – Inserida em 30.05.1997).

II – (...) (ex-Súmula nº 221 – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).”¹⁵

Assim é que: se o recurso de revista se encontra bem fundamentado e mesmo assim a Turma dele não conheceu, negou vigência ao art. 896 da CLT, ou, se não vem fundamentado, e a Turma dele conheceu, conheceu mal, verifica-se a violação ao mesmo art. 896. Em qualquer das hipóteses dadas, se o embargante não indicar, clara e expressamente, o art. 896 da CLT (apontando a alínea e/ou o parágrafo violado pelo acórdão da Turma), tem-se por deficiente a fundamentação do recurso e, em consequência, não se conhece dos embargos.

Se assim a parte não proceder, estará transferindo à SDI a obrigação de investigar, para que identifique qual dispositivo ensejaria o conhecimento do recurso de revista não conhecido ou o dispositivo pelo qual a Turma conheceu do recurso de revista por equívoco, em manifesta adoção do critério da indicação implícita de violação ao art. 896 da CLT, obrigando-se a um enquadramento que envolve, num primeiro momento, o risco da impossibilidade material se o recurso de revista não oferecer esse elemento; num segundo momento, a impropriedade consistente na suplementação ou adequação do recurso da parte, procedimentos com os quais a jurisprudência não se compadece, haja vista a Orientação Jurisprudencial nº 294 da SDI (Subseção 1) do seguinte teor:

“Orientação Jurisprudencial nº 294. Embargos à SDI contra decisão em recurso de revista não conhecido quanto aos pressupostos intrínsecos. Necessária a indicação expressa de ofensa ao art. 896 da CLT. Para a admissibilidade e conhecimento de embargos, interpostos contra decisão mediante a qual não foi conhecido o recurso de revista pela análise dos pressupostos intrínsecos, necessário que a parte embargante aponte expressamente a violação ao art. 896 da CLT.”

Não é sem razão a exigência. É no art. 896 da CLT que reside todo o balizamento do recurso de revista. Se a Turma conclui estar ausente um dos requisitos insertos naquele dispositivo e a parte recorrente insiste em que esse requisito foi atendido, é óbvio que a conclusão é de contrariedade àquela norma. Se, ao contrário, a parte recorrida no recurso de revista depara com o conhecimento desse, ou seja, com a conclusão da Turma de regularidade formal e, a juízo dessa parte, o recurso

15 Texto aprovado pela Resolução 129/TST, de 05.04.2005, publicada no DJU-1 dos dias 20, 22 e 25.04.2005. Precedente: E-RR 164.691/1995, SDI-Plena.

não reunia condições de conhecimento, é natural que o combate ao conhecimento do recurso passe pelo exame dos seus pressupostos de admissibilidade e, se conhecido o recurso sem o atendimento das exigências inscritas no art. 896 da CLT, outra não será a conclusão, senão a de que restou violada essa norma. Essas são, em linhas gerais, as razões por que, nessas duas hipóteses, é condição para o conhecimento do recurso de embargos a arguição fundamentada de ofensa ao disposto no mencionado dispositivo de lei.

Prequestionamento – finalmente, os embargos ainda se sujeitam ao prequestionamento, que aqui foi relacionado como último no rol dos pressupostos recursais, porque se aproxima mais de requisito, por se tratar de uma condição necessária para permitir à parte discutir determinado tema no recurso interposto, mas de importância inquestionável à compreensão da controvérsia, ao devido processo legal e ao direito de defesa.

Ainda não há conceito exato do que seja prequestionamento, mas certo é que essa expressão se popularizou nos Tribunais como sendo o resultado de exame do tema objeto do recurso com adoção de tese pelo Tribunal prolator da decisão recorrida. Diante das inúmeras virtudes processuais que tem revelado essa exigência, percebe-se que o prequestionamento é o questionamento que se exige ou se apresenta em momento processual anterior. Vale dizer: mister que a matéria tenha sido discutida no julgamento do qual se recorre agora; acaso não tenha sido ela discutida e apreciada antes, terá deixado o recorrente de cumprir a exigência do debate anterior da matéria. Se, entretanto, a matéria foi suscitada no recurso antecedente e o órgão julgador omitiu-se, deixando de examiná-la, deve a parte opor embargos de declaração para exigir o pronunciamento acerca do tema a ser debatido nos embargos, sob pena de preclusão.

No esforço de fixar a melhor compreensão acerca dessa exigência, o Tribunal Superior do Trabalho, em 1989, editou a Súmula nº 297, do seguinte teor: “Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. Incumbe à parte interessada interpor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão”. Extrai-se do texto que, para se ter como prequestionada a matéria, não basta que a parte a tenha suscitado no recurso; é necessário que esta tenha sido debatida no julgamento da causa e que o órgão julgador tenha emitido pronunciamento explícito sobre ela.

A segunda parte do verbete, evidentemente, só se justifica em caso de omissão do julgado, consistente na ausência de pronunciamento sobre tema antes submetido à apreciação, seja nas razões do recurso, seja nas contra-razões deste.

Prequestionamento é, portanto, a adoção explícita pelo órgão prolator da decisão recorrida de tese acerca do tema objeto do recurso.

Tenho o prequestionamento como requisito do recurso, porque o exame prévio do tema abordado no apelo é exigência que visa a evitar que (v.g.) no recurso de embargos seja incluído e debatido na SDI tema não apreciado na Turma, ainda que abordado no recurso de revista.

D O U T R I N A

Em resumo, o pressuposto (requisito) do prequestionamento no recurso de embargos no TST tem por finalidade primordial evitar a supressão de instância, ou seja, impedir o exame de um tema que não haja sido debatido no julgamento de cuja decisão se recorre, preservando com isso o devido processo legal. Visa, ainda, a evitar que a parte contrária seja surpreendida com tema inserto nos embargos estranho ao conteúdo do acórdão embargado, com o que se preserva o sagrado direito de defesa.

Tamanha é a complexidade do tema, que o TST, em 2003, procedeu ao reexame da Súmula nº 297 e, visando a melhorar a compreensão desse requisito, alterou-a, flexibilizando o conceito inserto na redação original, no que mitigou o seu rigor relativamente ao prequestionamento da “questão jurídica”, consoante se lê na atual redação da aludida súmula, *in verbis*:

“SÚMULA Nº 297 – PREQUESTIONAMENTO – OPORTUNIDADE – CONFIGURAÇÃO – 1. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. 2. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. 3. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.”

Na mencionada revisão, como se observa, no item 3 da Súmula, o Tribunal Superior do Trabalho manteve o rigor em relação à exigência de prequestionamento no tocante à matéria de fato, mas suavizou-a quando se tratar de “questão jurídica”; neste último caso, adotando uma espécie de prequestionamento ficto, quando a parte exige o pronunciamento sobre questão jurídica, mas o juízo se recusa a emití-lo.

3 OS EMBARGOS NO TST

3.1 Embargos infringentes em dissídio coletivo – SDC

Os embargos infringentes de que cogita a Lei nº 7.701/88 são aqueles interpostos contra decisão tomada por maioria no julgamento de dissídio coletivo de competência originária da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho. Esse recurso tem por objetivo submeter ao conhecimento da Seção Normativa (proladora da decisão embargada) toda a matéria objeto da divergência. Assim é que os embargos infringentes visam precisamente a defender a prevalência do voto-vencido, daí a necessidade de o prolator de tal voto declinar seus fundamentos; é o que se denomina declaração de voto-vencido, a estabelecer os limites dos embargos infringentes.

Uma curiosidade quanto a esse aspecto é a seguinte: nas hipóteses em que são cabíveis os embargos infringentes, se a Sessão Normativa do Tribunal consignar apenas que o julgamento se deu por maioria, o que deve fazer a parte para viabilizá-

los? Parece lógico que ela deverá lançar mão dos embargos de declaração com o fim de ver declarados os fundamentos do voto-vencido, cuja prevalência constitui objeto do recurso a ser interposto. Persistindo a omissão, os embargos devolverão toda a matéria anteriormente apreciada relativamente ao tema. Acaso a parte recorra sem opor os embargos de declaração para corrigir o defeito (omissão do julgado a ser embargado), sofrerá os efeitos da preclusão. Entretanto, mesmo na hipótese de ausência de declaração do voto dissidente, estando claro no acórdão da SDC seu sentido, são cabíveis os embargos infringentes.

A falta de unanimidade se apura pela conclusão de cada voto, de maneira que a divergência porventura existente na fundamentação não enseja a interposição de embargos infringentes. Tome-se como exemplo uma cláusula em determinado dissídio coletivo em que a entidade sindical suscitante postula reajuste de salários alusivo à produtividade: no julgamento do dissídio, um dos membros da sessão normativa rejeita a pretensão, sob o argumento de que a categoria suscitante já obteve um alinhamento salarial para o período a que se refere o dissídio, enquanto os demais a indeferem por falta de comprovação da produtividade do setor que a ensinaria concessão da vantagem. Nessa hipótese, não cabem os embargos infringentes, pois que a decisão final se apresenta unânime quanto ao indeferimento da pretensão.

Os embargos infringentes são interpostos para a própria Seção Normativa (SDC), que os processará com intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões e os julgará com inclusão prévia em pauta. Embora não estejam sujeitos a juízo prévio de admissibilidade, se esses embargos não atenderem aos pressupostos de recorribilidade, o relator poderá denegá-los liminarmente, consoante a norma prevista no art. 242 do Regimento Interno do TST.¹⁶ Sua distribuição é feita entre os membros da SDC (Seção Normativa), excetuando-se aquele que atuou como relator do dissídio coletivo e/ou o redator da sentença normativa embargada, conforme estabelece o art. 101 do Regimento.¹⁷

3.2 Embargos contra decisão de Turma do TST

Opiniões doutrinárias esparsas apontam os embargos como um recurso obsoleto e inútil, a serviço da protelação do encerramento do processo. Parece-me equivocada essa avaliação. Com efeito, esse recurso, tal como concebido hoje no seio do Tribunal Superior do Trabalho, que tem por função a uniformização da jurisprudência – voltada para a matéria exclusivamente de direito –, constitui-se em imprescindível instrumento processual à disposição das partes destinado a garantir

16 RI-TST/2003: “Art. 242. Desatendidas as exigências legais relativas ao cabimento dos embargos infringentes, o Relator denegará seguimento ao recurso, facultada à parte a interposição de agravo regimental”.

17 RI-TST/2003: “Art. 101. À distribuição dos embargos infringentes não concorrerão o Ministro que já tenha atuado no processo como Relator e/ou redigido o acórdão embargado”.

essa uniformidade, porque compete à Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho velar pela exata (e uniforme) aplicação das normas de direito material e processual do trabalho que têm aplicação em todo o território nacional; é uma espécie de controle da legalidade do julgado frente ao direito positivo que se dá sempre que na Turma se decidir em contrariedade à norma federal de regência ou emprestar-lhe interpretação divergente sobre o mesmo fato daquela que tenha dado outra Turma, a Seção de Dissídios Individuais, ou texto da Súmula do Tribunal ou, ainda, Orientação Jurisprudencial do Tribunal.

Esses embargos foram inicialmente previstos no art. 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação, ainda desatualizada, expressa o seguinte: “Cabem embargos, no Tribunal Superior do Trabalho, para o Pleno, no prazo de 8 (oito) dias a contar da publicação do acórdão: b) das decisões das Turmas contrárias à letra da lei federal, ou que divergirem entre si, ou da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho”.

Na sistemática disciplinada na Lei nº 7.701/88 e no Regimento Interno do TST, compete à Seção de Dissídios Individuais (Subseção 1) julgar os embargos interpostos contra as decisões divergentes das Turmas ou destas com decisão da Seção de Dissídios Individuais, ou com Orientação Jurisprudencial desta Seção, ou, ainda, com Súmula do TST, bem como os embargos contra as decisões das Turmas que violarem preceito de lei federal ou da Constituição da República.

Com a modificação introduzida pela aludida Lei nº 7.701, o Tribunal Superior do Trabalho ficou dividido em Turmas e em duas seções especializadas, a saber: Seção de Dissídios Coletivos ou Seção Normativa e Seção de Dissídios Individuais; esta, por sua vez, foi dividida em duas subseções: a Subseção 1, especializada em dissídios individuais, que ficou com a competência para julgar os embargos de que se falou linhas acima, entre outras matérias de dissídio individual; e a Subseção 2, à qual compete o julgamento das ações rescisórias, dos mandados de segurança, dos conflitos de competência e dos recursos ordinários interpostos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais em processos de dissídio individual de sua competência originária, tais como a ação rescisória e o mandado de segurança, consoante preceitua o art. 73 do Regimento Interno do TST.¹⁸

18 RI-TST/2003: “Art. 73. À Seção Especializada em Dissídios Individuais compete julgar em Pleno ou dividida em duas Subseções, cabendo:

I – ao Pleno:

(...)

II – ‘à Subseção I’:

a) julgar os embargos interpostos das decisões divergentes das Turmas, ou destas com decisão da Seção de Dissídios Individuais, com Orientações Jurisprudenciais ou com enunciado da Súmula e, ainda, as que violarem literalmente preceito de lei federal ou da Constituição da República; e

b) julgar os agravos e os agravos regimentais interpostos contra despacho em processos de sua competência.

Como se percebe, os embargos de competência da Subseção 1 são aqueles interpostos contra as decisões das Turmas; portanto, proferidas em recurso de revista, em agravo, em agravo regimental e em agravo de instrumento. Quando os embargos são interpostos contra as decisões proferidas em agravo, em agravo regimental e agravo de instrumento, limitam-se ao reexame dos pressupostos extrínsecos desses recursos, por força de construção jurisprudencial.

Com efeito, o agravo de instrumento de competência de Turma do Tribunal Superior do Trabalho guarda semelhança com o incidente processual e tem por objeto apenas o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso indeferido na origem – quase sempre, o recurso de revista. Limita-se, portanto, ao campo da admissibilidade do recurso interposto contra decisão do Tribunal Regional. Conseqüentemente, os pressupostos de admissibilidade do recurso denegado constituem o mérito do agravo de instrumento a ser apreciado pela Turma do TST.

A partir dessa compreensão, o Tribunal Superior do Trabalho, em 1984, editou a Súmula nº 183, vedando o cabimento dos embargos contra decisão em agravo de instrumento, com o seguinte teor: “São incabíveis embargos para o Tribunal Pleno contra decisão em agravo de instrumento oposto a despacho denegatório de recurso de revista, inexistindo ofensa ao art. 153, § 4º, da Constituição Federal”. Com essa última expressão, o Tribunal preservou o direito de a parte embargante submeter ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre o cabimento do recurso. Recorde-se que o art. 153, § 4º, da Constituição então vigente (EC 1/69) dispunha sobre o princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário.

A Súmula nº 183 foi revisada em 1994, dando lugar à Súmula nº 335, já sem a ressalva final, assim: “São incabíveis embargos para a Seção Especializada em Dissídios Individuais contra decisão proferida em agravo de instrumento oposto a despacho denegatório de recurso de revista, salvo quando a controvérsia se referir a

III – ‘à Subseção II’:

a) originariamente:

1. Julgar as ações rescisórias propostas contra suas decisões e as das Turmas do Tribunal;
2. Julgar os mandados de segurança contra os atos praticados pelo Presidente do Tribunal ou por qualquer dos Ministros integrantes da Seção Especializada em Dissídios Individuais, nos processos de sua competência;
3. Julgar as ações cautelares.

b) em única instância:

1. Julgar os agravos e os agravos regimentais interpostos contra despacho exarado em processo de sua competência; e
2. Julgar os conflitos de competência entre Tribunais Regionais e os que envolvam Juizes de Direito investidos da jurisdição trabalhista e Varas do Trabalho em processos de dissídios individuais.

c) em última instância:

1. Julgar os recursos ordinários interpostos contra decisões dos Tribunais Regionais em processos de dissídio individual de sua competência originária; e
2. Julgar os agravos de instrumento interpostos contra despacho denegatório de recurso ordinário em processo de sua competência.

pressupostos extrínsecos do próprio agravo”. Esse texto foi alterado, em 1997, com a edição da Súmula nº 353, do seguinte teor: “Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais contra decisão de Turma proferida em agravo de instrumento e em agravo regimental, salvo para reexame dos pressupostos extrínsecos dos agravos ou da revista respectiva”. Em 2002, deu-se nova redação ao texto da Súmula nº 353, qual seja: “Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida em agravo, salvo para reexame dos pressupostos extrínsecos do recurso a que se denegou seguimento no Tribunal Superior do Trabalho”. Como se vê, desde 1984, com a edição da Súmula nº 183, o Tribunal Superior do Trabalho resiste ao cabimento de embargos contra decisão de Turma em agravo de instrumento, na perspectiva de prevenir um terceiro exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista – mérito do agravo de instrumento. À primeira vista, essa diretriz contraria o art. 894, alínea *b*, da CLT, que prevê a interposição de embargos contra decisões das Turmas contrárias à letra de lei federal ou discrepantes da jurisprudência, sem vedar o recurso contra a decisão em agravo. Entretanto, essa tese hoje é vencida na Corte, que vem aceitando os embargos para permitir o exame dos pressupostos extrínsecos do agravo.

A propósito, recentemente a SDI-1 apreciou embargos¹⁹ contra decisão em que a Turma manteve despacho mediante o qual negou-se seguimento ao agravo de instrumento, sob o fundamento de que o recurso de revista carecia de um pressuposto extrínseco que havia escapado ao crivo do primeiro juízo de admissibilidade. Relator desses embargos perante a SDI-1, assinalei que o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula nº 353, possibilitou o cabimento do recurso de embargos em agravo de instrumento para reexame de pressupostos extrínsecos do recurso a que se denegou seguimento neste Tribunal, hipótese em que não se está discutindo a admissibilidade do recurso de revista quanto aos seus pressupostos intrínsecos ou extrínsecos. Assim, de acordo com o entendimento assentado na Súmula nº 353, a Turma é soberana no exame da admissibilidade do recurso de revista objeto do agravo de instrumento, não cabendo recurso de embargos em agravo de instrumento para reexame dos pressupostos intrínsecos ou extrínsecos do recurso de revista.

No entanto, a limitação imposta pela referida súmula ao cabimento do recurso de embargos tem como objetivo evitar que a SDI-1 exerça um terceiro juízo de admissibilidade do recurso de revista, o que, todavia, não se dá se o não-preenchimento de um pressuposto extrínseco desse recurso somente é verificado pela Turma desta Corte, não tendo sido esse o motivo pelo qual o Tribunal Regional lhe negou seguimento. Nesse caso, não há falar em terceiro juízo de admissibilidade, mas em observância ao princípio constitucional da ampla defesa, impedindo, de conseqüência, que a parte fique sem recurso.

Desse modo, a Súmula nº 353 do TST não obsta o cabimento do recurso de embargos em agravo de instrumento para reexame de pressuposto extrínseco do

19 Cf. TST, Proc. E-AIRR 79.694/2003-900.02.1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJU-1 11.02.2005.

recurso de revista quando o não-preenchimento desse requisito tenha sido constatado pela primeira vez no julgamento do agravo perante a Turma desta Corte.

Pois bem, até aqui examinou-se o conhecimento dos embargos em agravo de instrumento não conhecido para exame dos seus pressupostos extrínsecos. Resta verificar se afronta a aludida súmula o recebimento dos embargos para combater o conhecimento do agravo de instrumento, quando o agravado/embargante objetiva reexaminar os pressupostos extrínsecos do agravo, tal como se dá na hipótese em que se combate o não-conhecimento. No meu entender, a exemplo do primeiro caso, são cabíveis os embargos à SDI impugnando o conhecimento do agravo de instrumento, na medida em que aí se discute exclusivamente os pressupostos extrínsecos do agravo conhecido.

Assim, por exemplo: cabem embargos contra decisão que não conheceu do agravo de instrumento por intempestivo, a fim de que a parte agravante/embargante demonstre sua tempestividade; de igual modo, se conhecido o agravo, cabem embargos para demonstrar que esse não merecia conhecimento por intempestivo, sem que o recebimento dos embargos, na hipótese, afronte a Súmula nº 353 da Corte.

Conquanto não se examine o mérito da demanda, nesses embargos, vez por outra, se comprova violação a texto de lei ordinária e até da Constituição da República, sendo, portanto, manifesta sua importância no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como se vê do exemplo dado.

Provavelmente, inspirado nessa orientação, dentre outras, é que, no dia 3 de março de 2005, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, apreciando Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela SDI-1, aprovou nova redação para a Súmula nº 353, *in verbis*: “Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida em agravo, salvo: a) da decisão que não conhece de agravo de instrumento ou de agravo pela ausência de pressuposto extrínseco; b) da decisão que nega provimento a agravo contra decisão monocrática do Relator em que se proclamou a ausência de pressuposto extrínseco de agravo de instrumento; c) para reexame de pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso de revista cuja ausência haja sido declarada originariamente pela Turma no julgamento de agravo; d) para impugnar o conhecimento de agravo de instrumento; e) para impugnar a imposição das multas previstas no art. 538, parágrafo único, do CPC ou no art. 557, § 2º, do CPC”.²⁰

Os embargos à SDI-1, interpostos contra decisão proferida por Turma do TST que se apresentar divergente de decisão de outra Turma, ou da própria Seção de Dissídios Individuais, de Orientação Jurisprudencial desta ou de Súmula do Tribunal, bem como contra decisão de Turma que violar preceito de lei federal ou da Constituição da República, têm por finalidade específica uniformizar a jurisprudência na Justiça do Trabalho sobre a interpretação do direito material ou

20 Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Processo nº TST-E-AIRR 786.345/2001.0, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, Tribunal Pleno, Seção do dia 03.03.2005, decisão por maioria.

processual do trabalho e esgotar a instância quando o tema tiver estatura constitucional. Não é sem razão que a decisão do TST, proferida em embargos (última instância), na qual se examine matéria constitucional, comporta recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Não cabem embargos fundamentados em violação à lei estadual ou municipal, tampouco destinados ao exame de fatos e provas.

Os embargos em destaque são processados na Turma e julgados pela SDI. Não estão sujeitos a juízo prévio de admissibilidade, como antes; interposto o recurso, segue seu processamento com a intimação da parte embargada para impugnação (princípio do contraditório). Posteriormente, são distribuídos a um relator, entre os membros da SDI-1, excetuando-se aqueles que compõem a Turma prolatora da decisão recorrida, nos termos do art. 102 do Regimento Interno do Tribunal.²¹

3.2.1 Por divergência jurisprudencial

Esses embargos visam, em última análise, a evitar que, no âmbito das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, predominem interpretações divergentes, antagônicas sobre a aplicação do direito material e do direito processual do trabalho.

Essa é a razão primordial de ser dos embargos por divergência com decisão de outra Turma, ou da própria Seção de Dissídios Individuais, com Orientação Jurisprudencial desta ou com Súmula do TST. Essa divergência deve ser demonstrada de forma analítica, isto é: o embargante deverá demonstrar que as premissas de fato que envolvem as decisões cotejadas são idênticas ou guardam entre si nítidas semelhanças. Realiza-se a comprovação dessa divergência mediante a transcrição de trechos do acórdão indicado como divergente (oriundo de outra Turma ou da SDI-1), transcrição da Orientação Jurisprudencial ou da Súmula, confrontando-se esses textos com o acórdão contra o qual se recorre; é a demonstração do conflito entre o texto transcrito e a decisão recorrida na interpretação de um mesmo dispositivo de lei ou da Constituição, embora o suporte fático de ambas as decisões seja idêntico.

O TST vem disciplinando na jurisprudência, de forma didática, o modo de comprovação da divergência jurisprudencial ensejadora dos recursos de sua competência, consoante, principalmente, as seguintes Súmulas: 23, 296, 333 e 337, já mencionadas, com os respectivos textos no item 2 *supra* destinado à fundamentação.

Não é exagero, entretanto, lembrar que somente se viabilizam os embargos por divergência jurisprudencial quando: a) a decisão embargada houver adotado tese de mérito acerca dos pontos abordados nos embargos; b) os dispositivos de lei ou da Constituição que, segundo o entendimento do recorrente, tenham sido interpretados divergentemente forem os mesmos contidos no modelo apresentado (acórdão de outra Turma ou da SDI-1, Súmula ou Orientação Jurisprudencial).

21 RI-TST/2003: “Art. 102. Os embargos interpostos à decisão de Turma serão distribuídos entre os Ministros não-integrantes do Colegiado prolator da decisão embargada”.

O cabimento de embargos fundados em Orientação Jurisprudencial, conquanto não esteja contemplado no art. 894, *b*, da CLT, a jurisprudência concentrada na Orientação Jurisprudencial nº 219 da SDI-1 do TST, reputa válida a invocação de OJ para efeito de conhecimento do recurso de embargos, “desde que, das razões recursais, conste o seu número ou conteúdo”.²² Em virtude dessa orientação, o Pleno do TST foi chamado a pronunciar-se em incidente de uniformização de jurisprudência para definir se essa orientação se aplica aos feitos submetidos ao procedimento sumaríssimo, tendo este assentado que: “De acordo com a interpretação conferida ao § 6º do art. 896 da CLT, não há como admitir o conhecimento do recurso de revista submetido ao procedimento sumaríssimo por conflito a orientações jurisprudenciais cristalizadas no âmbito da SBDI desta Corte. Não fosse a diferença havida entre a edição de enunciado da Súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a elaboração das orientações jurisprudenciais, se a intenção do legislador fosse estabelecer a equivalência entre um e outro, assim teria procedido, fazendo referência expressa às orientações jurisprudenciais no texto da lei”.²³

3.2.2 Por violação de lei federal e da Constituição da República

Há algum tempo discute-se a utilidade dos embargos por violação à disposição de lei federal ou da Constituição. A corrente que sustenta a prescindibilidade dos embargos contra decisão de Turma por violação aponta respeitáveis fundamentos, tais como a existência de número excessivo de recursos, a necessidade de redução desse número e, ainda, a alegação de se tratar de um quarto grau de jurisdição para reexame de violações. Os patrocinadores da idéia afirmam ser injustificado o recurso de embargos por violação, sustentando que, para a uniformização da jurisprudência, bastam os embargos por divergência jurisprudencial.

Entre os que defendem a limitação dos embargos contra decisão de Turma à divergência jurisprudencial está o Dr. José Alberto Couto Maciel, notável advogado trabalhista, jurista e membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, o qual sustenta:

22 OJ 219/DDI-1, de 02.04.2001: “É válida, para efeito de conhecimento do recurso de revista ou de embargos, a invocação de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, desde que, das razões recursais, conste o seu número ou conteúdo”.

Está em curso procedimento de revisão das Orientações Jurisprudenciais e esta poderá merecer alteração para explicitar a vedação de sua aplicação aos processos sujeitos ao procedimento sumaríssimo, seguramente por força da decisão proferida pelo Tribunal Pleno no IUJ no E-RR 973/2002, cuja ementa está transcrita a seguir.

23 TST, E-RR 973/2002-001-03-00.9. Ementa: “PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO – RECURSO DE REVISTA FUNDAMENTADO EM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL – ADMISSIBILIDADE – ART. 896, § 6º, DA CLT – O Tribunal Pleno desta Corte, apreciando incidente de uniformização, que teve por objeto este processo, na sessão de 24.06.2004, por unanimidade, decidiu pelo não-conhecimento de recurso de revista, em procedimento sumaríssimo, que vem apoiado em alegação de contrariedade à orientação jurisprudencial desta Tribunal. Recurso de embargos não conhecido” (Proc. E-RR 973/2002-001-03-00, Ac. Tribunal Pleno, Rel. Min. Milton de Moura França, DOU 24.09.2004).

D O U T R I N A

“Creio que é essencial uma reforma urgente com relação a esses embargos no Tribunal Superior do Trabalho, para que o recurso fique restrito aos casos de divergências entre as Turmas, ou entre Turma e Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.

Não é possível que com o volume de processos existentes atualmente no Tribunal Superior do Trabalho, e quando se pensa em uma reforma processual, procurem, os técnicos em reformas, fórmulas mirabolantes, quando a simplicidade diz tudo e possibilita legalmente, sem prejuízo das partes, a redução correta dos recursos.

(...)

Criou-se o duplo grau de jurisdição, o terceiro grau de jurisdição extraordinário concernente na revista para o Tribunal Superior do Trabalho, e, certamente, necessário é que se unifique o que as Turmas de forma diversa julguem, para que fique harmonizada a jurisprudência do País.

Mas admitir-se, nessa época, ainda um quarto grau de jurisdição com a viabilidade de recurso de embargos com objetivos de reapreciação de violações legais, constitucionais, alegando-se mais das vezes nulidades, é querer complicar o simples e retirar dos embargos no Tribunal Superior do Trabalho a característica principal que deveria o recurso ter que é a de uniformizador da jurisprudência.²⁴

Em primeiro lugar, ao se admitirem os embargos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, não se está a cogitar de mais um grau de jurisdição. Aqui, como se sabe, o recurso de embargos em referência é interposto contra decisão da Turma do TST para uma de suas Seções Especializadas, isto é, trata-se de recurso interposto perante o juízo que proferiu a decisão embargada para que esse realize um duplo exame. Não é sem razão que os Presidentes de Turma do Tribunal são membros natos da Subseção 1 da SDI, órgão competente para o julgamento desses embargos, consoante dispõe o art. 67, § 1º, do Regimento Interno do TST.²⁵

Em segundo, conquanto respeitável a idéia, que, em substância, objetiva agilizar o processo pela redução do número de recursos, estou certo de que a eliminação dos embargos por violação não produzirá o efeito desejado, pela singular razão de não se eliminar esse recurso, nem contribuir para seu aperfeiçoamento; apenas se estará retirando da parte a oportunidade de esgotar a instância e do Tribunal a possibilidade de apreciar eventual violação a texto de lei perpetrada pela Turma, em manifesto prejuízo para a estabilidade da jurisprudência. Ainda que se limitem

24 *Recursos trabalhistas* – estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala. São Paulo: LTr, 2003, p. 117/118.

25 RI-TST/2003 – art. 67: “§ 1º Integram a Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal, o Corregedor-Geral, os Presidentes de Turma e mais 4 (quatro) Ministros”.

os embargos ao critério da divergência jurisprudencial, o recurso persistirá, embora restrito ao dissenso. É bom lembrar que, na interpretação do direito por Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, frequentemente a SDI-1 acolhe embargos por violação à lei ordinária e até à disposição da Constituição. Portanto, é mais provável resultar em prejuízo para a qualidade da prestação jurisdicional a retirada do processo do trabalho dessa modalidade de embargos, dado que a Seção de Dissídios Individuais do TST é a instância soberana na uniformização do direito infraconstitucional tanto material quanto processual do trabalho.

Com efeito, no Tribunal Superior do Trabalho, as Turmas possuem a mesma competência e, por vezes, a violação ao texto de lei se verifica no julgamento do recurso de revista ou no exame dos pressupostos extrínsecos deste, do agravo ou do agravo de instrumento, em hipótese não alcançada por eventual divergência jurisprudencial. No caso, afigura-se fora da lógica vedar o processamento do recurso de embargos à SDI fundamentado em violação. Tome-se como exemplo uma decisão nula ou resultante de compreensão equivocada. Sem a previsão de embargos por ofensa à lei federal, impede-se que uma decisão de Turma contrária à letra da lei federal possa ser reexaminada sempre que não for possível o cotejo de teses, hipótese comum quando a decisão se limita ao exame dos pressupostos de recorribilidade.²⁶

Todavia, não é razoável supor (nem se supõe aqui) que a Turma do TST profira decisão deliberadamente nula ou que julgue com displicência a fim de resultar em equívocos; as expressões aqui são pronunciadas como reforço de argumentação. Entretanto, a realidade mostra uma grande variedade de interpretações, como a interpretação extensiva, que, por vezes, conduz – ainda que raramente – ao que se convencionou chamar de “direito alternativo”, repellido pela doutrina, equivalendo, em expressão tradicional, à negativa de vigência à lei federal – comparando-se, para fins desse estudo, à ofensa ao texto da lei federal pela decisão da Turma –, porque, nesse modelo, o julgador corre o risco de relegar a aplicação da lei de regência no exame do caso concreto, impondo sua vontade, a contrariar o princípio da legalidade, inserto no art. 5º, inciso II, da Constituição da República, e não pode a parte, vítima desse equívoco, ficar sem instrumento para combater essa decisão e o tribunal sem oportunidade de corrigir o equívoco.

26 Exemplo: em 2003 o TST (SDI-1) editou a OJ 320, vedando o processamento de recurso para o TST, interposto via “Protocolo Integrado” dos TRTs (“Sistema de protocolo integrado. Norma interna. Eficácia limitada a recursos da competência do TRT que a editou. Art. 896, § 1º, da CLT”). Aludida orientação jurisprudencial foi cancelada em 14.09.2004.

Em face do cancelamento da OJ 320, a SDI-1 conheceu e deu provimento a inúmeros recursos de embargos contra as decisões da Turma que, com suporte naquela OJ, não conheceu de recurso de revista porque interposto pelo protocolo integrado. Fundamento principal da decisão nos embargos: violação aos arts. 896 da CLT e 5º, inciso LV, da Constituição da República (Precedentes: E-RR 68.767/2002-900-02-00.9, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, Ac. DJ 03.12.2004; E-RR 17.363/2002-900-02-00.7, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, Ac. DJ 03.12.2004; E-RR 583.439/99.5, Rel. Min. João Oreste Dalazen, Ac. DJ 22.10.2004; E-RR 785.072/2001.0, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, Ac. DJ 17.12.2004).

Essa idéia, se acolhida, embora louvável no que objetiva alcançar, uma dinâmica nos procedimentos e prestigiar a decisão proferida pelas Turmas, não merece aplausos: primeiro, porque a Seção de Dissídios Individuais é o órgão soberano na uniformização do direito do trabalho; segundo, porque pode gerar uma balbúrdia na função estabilizadora da jurisprudência trabalhista, a cargo do TST, e conduzir os jurisdicionados à total insegurança jurídica. De modo que limitar o cabimento desses embargos à hipótese de divergência importa, de plano, em contrariar duas garantias fundamentais, a saber: o direito a livre acesso ao Poder Judiciário e o de ampla defesa, inscritos no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República, respectivamente. Afinal, a função dos embargos (seja por divergência, seja por violação) é preservar a unidade do direito do trabalho, assegurando sua interpretação uniforme, isto é, restabelecer o *jus imperium*.

Feitas essas considerações iniciais, retoma-se o tema epigrafiado, lembrando que, para os embargos se viabilizarem, não é suficiente alegar que o acórdão recorrido contrariou esse ou aquele dispositivo de lei ou da Constituição, necessário se faz que, em suas razões, o embargante aponte, com precisão e clareza, os fundamentos pelos quais, a seu juízo, a norma mencionada sofreu a violação invocada. Em resumo, a alegação genérica de violação não autoriza o processamento dos embargos.

A pretensão de restringir o cabimento dos embargos à SDI não é nova. A jurisprudência do TST, onde esse critério encontra lúcidos simpatizantes, desde 1985, com a edição da Súmula nº 221, passou a inibir o cabimento tanto do recurso de revista quanto do recurso de embargos, quando a decisão recorrida empresta razoável interpretação a preceito de lei. Eis o texto do item II da Súmula:

“SÚMULA Nº 221 – RECURSOS DE REVISTA OU DE EMBARGOS – VIOLAÇÃO DE LEI – INDICAÇÃO DE PRECEITO – INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 94 da SDI-1)

I – (...) (ex-OJ 94 – Inserida em 30.05.1997)

II – Interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, não dá ensejo à admissibilidade ou ao conhecimento de recurso de revista ou de embargos com base, respectivamente, na alínea *c* do art. 896 e na alínea *b* do art. 894 da CLT. A violação há de estar ligada à literalidade do preceito (ex-Súmula nº 221 – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).”²⁷

A preocupação do TST em impedir o recurso por violação a preceito de lei, quando este tenha merecido *interpretação razoável*, de um lado reforça a necessidade dos embargos por violação à lei, de outro preserva a interpretação da norma, quando esta coincide com o entendimento do Tribunal, pois, não raro, a lei comporta mais de uma interpretação, donde surge a necessidade de um órgão de cúpula para fixar a interpretação que deva prevalecer.

27 Texto aprovado pela Resolução 129/TST, de 05.04.2005, publicada no DJU-1 dos dias 20, 22 e 25.04.2005.

Caso se adote mais uma restrição ao cabimento desse recurso, é necessário que se preservem os embargos à SDI interpostos contra as decisões das Turmas para exame dos pressupostos dos recursos de competência destas, bem assim quando a decisão violar disposição da Constituição da República. Neste último caso, não se pode recusar os embargos, visto que, se há tema de estatura constitucional, a impossibilidade de embargos à SDI importa no não-esgotamento da jurisdição trabalhista, visto que, como se sabe, quase sempre a reclamação trabalhista contempla mais de um tema ou pedido. Assim, quando houver um tema suscetível de embargos por divergência e outro de natureza constitucional, sujeitar-se-á a parte a interpor dois recursos: o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema constitucional, porque é aquela corte soberana no exame da matéria constitucional; e os embargos à SDI, quanto ao tema sujeito à divergência jurisprudencial, porque esse é o órgão encarregado de, em última instância, uniformizar a jurisprudência trabalhista no plano infraconstitucional. Diante dessas circunstâncias, indaga-se: se a matéria contida no recurso extraordinário, que não pode ser examinada via embargos pela SDI, for prejudicial à matéria objeto dos embargos por divergência, ficará a SDI do TST na obrigação de, sobrestando o julgamento dos embargos por divergência, processar em primeiro lugar o recurso extraordinário? Penso que a resposta aqui é positiva, ainda que a decisão da SDI em que se reconheça a existência da questão prejudicial não vincule o Supremo Tribunal Federal.

Na sistemática vigente, se o recurso de revista foi conhecido e, em consequência, a Turma apreciou seu mérito, o recurso de embargos poderá ser interposto tanto por divergência quanto por violação. Se, entretanto, o recurso de revista não for conhecido, os embargos somente poderão ser interpostos por contrariedade à lei federal que lhe dá respaldo, isto é: alínea ou parágrafo do art. 896 da CLT. Portanto, se a Turma não conheceu do recurso de revista, não se há falar em exame do mérito da demanda nos embargos daí interpostos. Esses embargos somente poderão estar fundamentados na indicação de violação à lei federal. Qual lei federal? A CLT. E a norma na espécie somente pode ser um dos dispositivos do art. 896. Entretanto, como se disse no tópico referente à fundamentação, o aludido dispositivo de lei federal tem vários outros dispositivos, e o recurso de revista poderá estar calcado ou em apenas um, ou em dois, ou em vários deles. A parte deverá indicar de modo preciso o dispositivo (alínea e/ou parágrafo) do art. 896, que justifica o recurso de revista que deseja ver conhecido.

A necessidade de esgotamento da instância trabalhista para viabilizar o recurso extraordinário realça a necessidade de preservação dos embargos à SDI por violação a texto de lei federal e da Constituição da República.

3.3 Embargos de declaração

Importa anotar, ainda, os embargos de declaração, dado sua importância no aperfeiçoamento do julgado, tanto na correção de mero erro material quanto na correção de impropriedades como contradição ou omissão. Aos embargos de

declaração vez por outra se atribui efeito infringente, ensejando reforma, às vezes, radical na decisão embargada.

Como se sabe, justifica-se a interposição de embargos de declaração para se aclarar o julgado onde se apresentar obscuro, explicitando-se o real sentido da decisão quanto ao aspecto indicado, para se remover contradição verificada entre proposições do acórdão e para se exigir do órgão julgador pronunciamento sobre questão abordada no recurso antes julgado.

Por fim, também rende ensejo aos embargos de declaração no âmbito do processo do trabalho (por isso, perante o TST) “manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso”, a teor do art. 897-A da CLT, norma que autoriza seja-lhes atribuído efeito modificativo.

Os embargos de declaração, para fins do presente estudo, são opostos no prazo de cinco dias perante o relator da decisão embargada e dirigidos ao órgão prolator. Não estão sujeitos a preparo e, no papel de aperfeiçoamento do julgado, quando acolhidos, quase sempre socorrem a parte no que se refere ao prequestionamento da matéria a ser abordada nos embargos previstos no art. 894 e na Lei nº 7.701, de 21.12.1988, esclarecendo aqui que questionar, na linguagem processual, é o mesmo que: discutir, suscitar o debate acerca de algo; em conseqüência, prequestionar é discutir antes ou levantar questão acerca de algo com antecedência e obter o indispensável pronunciamento do órgão judicante sobre o tema.

A questão relativa ao prequestionamento já foi abordada no item referente aos pressupostos de recorribilidade (item 2 deste estudo). Ali ficou assentado que, para se ter como prequestionada a matéria, não basta que a parte a tenha suscitado no recurso, é preciso que esta tenha sido debatida no julgamento da causa e que o órgão julgador tenha emitido sobre ela pronunciamento explícito.

Os embargos de declaração, em regra, não estão sujeitos ao princípio do contraditório, são julgados pela mesma Turma ou Seção do Tribunal prolatora da decisão embargada, dispensam inclusão em pauta e seu relator é o mesmo do acórdão embargado. Entretanto, na possibilidade de se atribuir-lhes efeito infringente (ou na dicção do art. 897-A da CLT: efeito modificativo), tem-se por indispensável a intimação da parte contrária para, querendo, impugná-los. Essa é a diretriz do Tribunal, concentrada na Orientação Jurisprudencial nº 142, vazada nos seguintes termos: “142. Embargos declaratórios. Efeito modificativo. Vista à parte contrária. Em 10.11.1997, a SDI-Plena decidiu, por maioria, que é passível de nulidade decisão que acolhe embargos declaratórios com efeito modificativo sem oportunidade para a parte contrária se manifestar”.²⁸ A garantia do contraditório na hipótese aqui referida encontra-se, ainda, no art. 249 do Regimento Interno no TST.²⁹

28 OJ 142/SDI-Plena. Inserida em 27.11.1998. Precedente: E-RR 91.599/1993.

29 RI-TST/2003: “Art. 249. Nos embargos de declaração, a concessão de efeito modificativo sujeitar-se-á à prévia concessão de vista à parte contrária”.

Os embargos de declaração podem ser opostos ainda contra decisão monocrática, hipótese em que não serão submetidos ao colegiado, mas apreciados, igualmente, por decisão monocrática do prolator do despacho embargado, consoante orienta o Regimento Interno do Tribunal no art. 247, parágrafo único.³⁰

Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos (CPC, art. 538, *caput*), de modo que, se interposto simultaneamente o recurso principal por qualquer das partes, fica este sobrestado até o julgamento daqueles, e a parte poderá aditar seu apelo se do julgamento dos embargos de declaração resultar novo gravame; caso em que esse aditamento estará limitado a essa novidade. É o princípio da unirecorribilidade, segundo o qual não se pode interpor dois recursos da mesma espécie contra uma única decisão. Com a interposição do recurso, precluiu o direito da parte de produzir o mesmo ato processual mediante novas razões em face da preclusão consumativa relativamente aos temas que não foram objeto de alteração resultante do julgamento dos embargos de declaração.³¹

4 CONHECIMENTO E MÉRITO

É por ocasião do julgamento que o recurso de embargos se submete aos dois tipos de exame: o primeiro, consistente na averiguação do atendimento dos pressupostos, tais como: cabimento, tempestividade, capacidade e legitimidade da parte, representação, sucumbência e preparo, divergência jurisprudencial válida e/ou violação ao dispositivo de lei invocado (juízo de admissibilidade), que, uma vez atendidos, tem-se por conhecido o recurso, oportunidade em que a Seção julgadora proclama o conhecimento, estando este apto ao exame da matéria impugnada; o segundo é a apreciação do mérito propriamente dito (juízo de mérito), quando a Seção julgadora examina a matéria objeto dos embargos, dando-lhes ou negando-lhes provimento, isto é, reformando ou mantendo a decisão embargada.

Com efeito, no ato do julgamento, quando a Seção julgadora verifica a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade do recurso de embargos (*v.g.*, inobservado qualquer dos seus pressupostos), conclui por não conhecer do recurso. Se, entretanto, como referido acima, o recurso atender a todos os pressupostos legais e processuais de admissibilidade, a Seção conhece dele, para então apreciar o mérito propriamente dito. E, ao proceder ao exame de mérito, a Seção poderá acolher o pedido de reforma do julgado da Turma, com o que se estará dando provimento aos embargos. Se, ao contrário, conclui por manter a decisão embargada, nega provimento aos embargos. Proclamado o resultado, o relator redigirá e assinará o acórdão, encaminhando-o à Secretaria respectiva, para sua publicação no Diário da Justiça, data a partir da qual terá início o prazo para interposição de recurso.

30 RI-TST/2003 – art. 247: “Parágrafo único. Em se tratando de embargos de declaração opostos à decisão monocrática, caberá ao Relator apreciá-los por despacho, ou recebê-los como agravo, se entender pertinente, conforme o caso”.

31 Cf. E-RR 567.729/1999, Ac. SDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJU-1 04.06.2004.

CONCLUSÕES

São três os embargos que se processam perante o Tribunal Superior do Trabalho: a) Embargos infringentes à SDC; b) Embargos comuns à SDI-1; e c) Embargos de declaração ao órgão prolator da decisão embargada.

1. Os “embargos infringentes” de que cogita a Lei nº 7.701/88 são aqueles interpostos contra decisão tomada por maioria no julgamento de dissídio coletivo de competência originária da “Seção Normativa” do Tribunal Superior do Trabalho e têm por objetivo submeter ao conhecimento da Seção de Dissídios Coletivos (prolora da sentença normativa embargada) toda a matéria objeto da divergência. Estão, por isso mesmo, limitados à defesa da prevalência do voto-vencido. O processamento e o conhecimento desses embargos reclamam clareza dos fundamentos com os quais o embargante combate a tese jurídica dos votos prevalentes que ensejaram o acórdão embargado e daqueles com os quais defende a tese jurídica do voto-vencido.

2. Os “embargos comuns” contra decisão de Turma do TST, previstos nos arts. 893 e 894 da Consolidação das Leis do Trabalho e disciplinados na Lei nº 7.701/88, são oponíveis contra a decisão de Turma que se apresentar divergente de decisão de outra Turma, ou da própria “Seção de Dissídios Individuais” (aí incluída Orientação Jurisprudencial desta), ou de Súmula do Tribunal, bem como que violar preceito de lei federal ou da Constituição da República. Esses embargos têm por finalidade específica uniformizar a jurisprudência sobre a interpretação do direito material e processual do trabalho e esgotar a instância quanto à matéria constitucional. Em última análise, esses embargos têm como função primordial preservar a unidade do direito material e do direito processual do trabalho, assegurando sua interpretação uniforme em todo o território brasileiro.

Somente se viabilizam os embargos por divergência jurisprudencial quando: a) a decisão embargada houver adotado tese de mérito acerca dos pontos suscitados nos embargos; b) os dispositivos de lei ou da Constituição que, a juízo do recorrente, tenham sido interpretados divergentemente forem os mesmos contidos no modelo apresentado (acórdão de outra Turma ou da SDI-1, Súmula ou Orientação Jurisprudencial).

No que se refere aos embargos por violação de lei federal ou de norma constitucional, alegação genérica de violação não autoriza seu conhecimento. Desse modo, não basta que o embargante alegue que o acórdão recorrido contrariou a norma; é preciso que em suas razões aponte com clareza os fundamentos pelos quais, no seu entendimento, a norma mencionada sofreu a violação invocada.

Versando os embargos sobre pressuposto intrínseco (ou específicos) de conhecimento do recurso de revista, exige-se que se invoque expressamente a violação ao art. 896 da CLT, tanto na hipótese de o recurso de revista estar bem fundamentado, mas mesmo assim a Turma dele não conhecer, quanto no caso em que ele não vem satisfatoriamente fundamentado e a Turma dele conhecer. Assim, quer no primeiro, quer no segundo caso, se o embargante não indicar, clara e

D O U T R I N A

precisamente, a alínea e/ou o parágrafo do art. 896 que entende violado pelo acórdão da Turma, tem-se por deficiente a fundamentação do recurso de embargos.

Por último, a sistemática processual vigente não pode prescindir dos embargos interpostos contra as decisões das Turmas por violação de disposição de lei e à Constituição da República, pelo menos para exame dos pressupostos extrínsecos dos recursos de competência daquelas.

3. Os “embargos de declaração” destinam-se primordialmente ao aperfeiçoamento do julgado. É da essência desse recurso aclarar o julgado, remover contradição, possibilitar à parte exigir do “órgão prolator da decisão embargada” pronunciamento sobre questão abordada no recurso, suprimindo, com isso, eventual omissão e corrigir equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. É instrumento de socorro à parte, que permite ao juízo complementar a jurisdição.

PROTEÇÃO CONTRA CONDUTAS ANTI-SINDICAIS (ATOS ANTI-SINDICAIS, CONTROLE CONTRA DISCRIMINAÇÃO E PROCEDIMENTOS ANTI-SINDICAIS)

Cláudio Armando Couce de Menezes*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Proteção contra condutas anti-sindicais e discriminatórias; 2 Agentes da conduta anti-sindical; 3 Casos tipificadores de atos anti-sindicais; 4 Mecanismos de tutela; 5 Aspectos processuais (competência, prova e *onus probandi*); 5.1 Competência; 5.2 Prova e *onus probandi*; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A proteção contra atos anti-sindicais está intimamente ligada à liberdade sindical; melhor, dela faz parte, compondo a sua própria idéia. Com efeito, os arts. 1º e 2º da Convenção Internacional do Trabalho nº 98¹ se referem à “adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a diminuir a liberdade sindical em relação ao seu emprego” (§ 1º do art. 1º); à proteção contra a conduta patronal de condicionar o emprego à desfiliação ou a não-filiação sindical (§ 2º do art. 1º); à proibição contra a despedida por causa da filiação ou da afinidade sindical (§ 2º do art. 1º); à garantia de que “as organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de ingerência de umas contra as outras” (§ 1º do art. 2º).

Assim, pode-se afirmar que a vigência efetiva da liberdade sindical depende diretamente das medidas de proteção contra atos anti-sindicais.² Como já foi dito por eminente juslaboralista: “O sistema de proteção da atividade sindical, em seu conjunto, não é outra coisa, definitivamente, senão a ‘redução’ ou ‘concreção’ da noção abstrata de liberdade sindical ao meio concreto e real em que deve ser exercida”.³

1 PROTEÇÃO CONTRA CONDUTAS ANTI-SINDICAIS E DISCRIMINATÓRIAS

A repressão à atividade anti-sindical açambarca todo um conjunto de medidas de proteção do dirigente sindical e do militante sindical com o intuito de resguardá-

* Presidente do TRT da 17ª Região (ES).

1 As Convenções nºs 98 e 135 da OIT, bem como a Recomendação nº 143 desse organismo internacional, consagram o princípio ou direito à liberdade sindical.

2 URIARTE, Oscar Ermida. *A proteção contra os atos anti-sindicais*. LTr, p. 21.

3 URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 21.

los de pressões e represálias do empregador e dos tomadores de serviços em geral e também daquelas porventura provenientes do Estado. Essa tutela compreende ainda os empregados e trabalhadores envolvidos em reivindicações trabalhistas mesmo que não diretamente relacionadas à prática sindical.⁴

A garantia de que estamos a falar e os procedimentos outorgados para impedir sua violação podem ser sintetizados em “foro sindical”, vedação de práticas desleais, de discriminação anti-sindical e atos de ingerência. Analisaremos abaixo, de forma bastante simplificada, em que consistem esses meios e os direitos protegidos.

a) Foro sindical

A concepção de “foro sindical” se limitava à proteção do dirigente sindical contra a despedida. Posteriormente, passou a incluir o militante sindical, abrangendo uma série de medidas (proteção contra sanções imotivadas, transferências, facilitação do acesso ao local de serviço, meios concretos para divulgação da atividade sindical). Finalmente, esse foro sindical converteu-se na proteção de todo trabalhador sindicalizado ou que simplesmente realiza uma ação gremial ou coletiva.

No nosso ordenamento jurídico, o “foro sindical” é expressamente reconhecido e assegurado no art. 8º, VIII, da CF⁵ e no § 3º do art. 543 da CLT,⁶ no tocante aos dirigentes sindicais; nos arts. 10, II, *a*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷ e 165 da CLT⁸ quanto aos dirigentes de comissões internas de prevenção de acidentes; na estabilidade provisória do representante dos empregados nas empresas com mais de duzentos empregados (art. 11 da CF) e na Convenção nº 135 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1991; no direito de afixar, no interior das empresas, publicações relativas à matéria sindical (art. 614, § 2º, da CLT)⁹ e no Prec. DC 104 do

4 Neste sentido: URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 26-27.

5 Art. 8º, VIII, da CF: “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

6 Art. 543, § 3º, da CLT: “Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos dessa Consolidação”.

7 “II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; (...)”

8 “Os titulares da representação dos empregados nas CIPAS não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.”

9 “Cópias autênticas das Convenções e dos Acordos deverão ser afixadas de modo visível, pelos Sindicatos convenientes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de 5 (cinco) dias da data do depósito previsto neste artigo.”

TST;¹⁰ nos arts. 543 da CLT e no Precedente nº 83 do TST¹¹ sobre a frequência livre dos dirigentes às assembléias devidamente convocadas.

b) Práticas desleais

A recusa à negociação coletiva e o uso da violência, intimidação e represálias contra trabalhadores a fim de impedir a criação de sindicatos, associações profissionais, núcleos de representação sindical e profissional, comissões internas etc., configuram o que se conhece como prática desleal. A CLT, art. 543, § 6º,¹² coíbe esse tipo de proceder patronal, sujeitando o infrator a sanções administrativas, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado (verbas trabalhistas e indenização por danos patrimoniais e morais).

Outrossim, constitui-se em prática desleal a coação (física, moral ou econômica), ou a ameaça, contra trabalhadores que estejam, ou desejam participar, de greve ou de qualquer outro movimento reivindicativo, ou, ainda, a sugestão para que dele não participem. Do mesmo modo, ter-se-á essa conduta anti-sindical quando o empregador prometer vantagens para aqueles que renunciem à greve ou se afastem do movimento coletivo ou sindical.

c) Ato de discriminação

Reza o § 1º do art. 1º da Convenção nº 98 da OIT que: “os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a diminuir a liberdade sindical em relação ao seu emprego”.

A legislação brasileira não olvida essa determinação, como provam os arts. 5º, I e VIII, e 7º, XXX, XXXI e XXXII, da CF e Lei nº 9.029/95. Não apenas a discriminação contra os diretores, representantes e ativistas sindicais é vedada. Todo o empregado merece ser defendido de atos discriminatórios na esfera trabalhista. Por isso, no campo do direito coletivo, essa garantia preserva igualmente o grevista (sindicalizado ou não, militante ou simplesmente integrante da “massa”), as lideranças independentes e o trabalhador filiado a partidos políticos que não sejam da preferência (ou simpatia) do empregador e de seus prepostos.¹³

10 “Quadro de Aviso (Positivo) – Defere-se a afixação, na empresa, de quadro de avisos do Sindicato, para comunicados de interesse dos empregados, vedados os de conteúdos político-partidário ou ofensivo.”

11 “Dirigentes sindicais. Frequência livre (positivo). Assegura-se a frequência livre dos dirigentes sindicais para participarem de assembléias e reuniões sindicais devidamente convocadas e comprovadas.”

12 “A empresa que, por qualquer modo, procurar impedir que o empregado se associe a sindicato, organize associação profissional ou sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado, fica sujeita à penalidade prevista na letra *a* do art. 553, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado.”

13 O direito francês é também bastante claro a respeito da extensão dessa proteção: “*L'article 1. 122-45 du Code du Travail ne concerne pas que les discriminations syndicales, il dispose en effet qu' :*

Destarte, na contratação, formação profissional, remuneração e vantagens sociais, aplicação de penalidades, despedida, é expressamente interdito ao empregador levar em consideração a condição de sindicalizado, diretor, representante ou militante sindical, membro, ou ex-membro, de comissões internas, grupos de reivindicação ou assistência mútua ou, ainda, de grevista ou integrante de movimento reivindicatório (mesmo se de cunho político).

A proibição de atos discriminatórios é um princípio que se erige em regras jurídicas de natureza imperativa e de ordem pública,¹⁴ que acarretam a nulidade da conduta ilícita,¹⁵ além de gerar direito e pretensão de reparação por danos patrimoniais e morais¹⁶ e de reintegração no emprego,¹⁷ multas e obrigação de pagar verbas trabalhistas.

d) Atos de ingerência

O art. 2º, § 1º, da Convenção OIT nº 98 aborda diretamente a conduta anti-sindical de ingerência: “as organizações de trabalhadores e de empregadores devem gozar de adequada proteção contra todo ato de ingerência de umas contra as outras”. No § 2º, o referido art. 2º dessa Convenção alude a alguns atos de ingerência do empregador (que também podem ser perpetrados pelo Estado): “criar ou estimular a constituição de organizações favoráveis, dirigir, influenciar ou sustentar economicamente entes sindicais, delegações, comissões ou grupos de representação”. Em suma, todo procedimento que vise à dominação, ao controle ou à interferência nas organizações obreiras é visto como indevido e ilícito.

2 AGENTES DA CONDUTA ANTI-SINDICAL

Em regra, a prática anti-sindical tem como agente ativo o empregador, seus prepostos e organizações, e como sujeito passivo o trabalhador e suas organizações.¹⁸ Outros agentes, contudo, podem cometer atos anti-sindicais.

*(...) aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail (...) en raison de son état de santé ou de son handicap (...) en raison de l'exercice normal du droit de grève. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit” (CLAVEL-FAUQUENOT; MARIGNIER. *Le droit syndical*. Editions Liasons, p. 131 e ss.).*

14 CLAVEL-FAUQUENOT; MARIGNIER. Ob. cit., p. 130.

15 Art. 4º da Lei nº 9.029/95; art. 9º da CLT.

16 Art. 186 do Código Civil; 5º, X, da CF.

17 Art. 4º, I e II, da Lei nº 9.029/95.

18 Recorde-se que a proteção contra atos sindicais envolve todos os trabalhadores, conquanto seja particularmente necessária em relação aos dirigentes e associados ao sindicato. A respeito, o art. 1º da Convenção nº 98 da OIT fala em proteção geral aos trabalhadores, e não apenas aos dirigentes, representantes ou delegados (URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 27).

D O U T R I N A

Com efeito, o Estado viola a liberdade sindical quando realiza atos de ingerência nos sindicatos e nas organizações trabalhistas e persegue lideranças sindicais.¹⁹ Outra forma de conduta anti-sindical, verdadeiro ato de discriminação, assaz comum na atual fase histórica, ocorre quando governos e partidos políticos buscam favorecer diretamente os interesses dos empregadores, fazendo causa comum com estes,²⁰ adotando políticas desfavoráveis à organização dos trabalhadores.

Não raro, o Estado leva a efeito práticas anti-sindicais ao assumir a posição de empregador, realizando atos idênticos àqueles perpetrados pela iniciativa privada.²¹

Outra prática anti-sindical do Estado reside na elaboração de normas (leis, decretos, portarias) para estabelecer, ainda que veladamente, restrições à liberdade sindical, condicionando a existência e o funcionamento das entidades sindicais ao preenchimento de formalidades por demais onerosas, quando não impossíveis de serem atendidas.

Os próprios sindicatos dos trabalhadores estão, igualmente, sujeitos a efetivar atos anti-sindicais, impondo restrições e agressões aos direitos e interesses de empregadores e até de trabalhadores e outros agentes. No Brasil, por exemplo, encontramos entidades sindicais que inflacionam o número de diretores a fim de estender a estabilidade no emprego a vários trabalhadores, que dela normalmente não gozariam não fosse esse artifício.²²

3 CASOS TIPIFICADORES DE ATOS ANTI-SINDICAIS

Diversas situações podem ser apontadas como de conduta anti-sindical: a) fomento de sindicatos comprometidos com os interesses de empregador e dominados ou influenciados por este;²³ b) não-contratação, despedida, suspensão, aplicação injusta de sanções, alterações de tarefas e de horário, rebaixamento, inclusão em “listas negras” ou no “index” do patrão, redução do salário²⁴ do associado ou do dirigente sindical, membro de comissão ou, simplesmente, porta-voz do grupo; c) isolamento ou “congelamento” funcional desses obreiros; d) no plano da greve, procedimentos que desestimulam ou limitam esse direito (despedida, estagnação profissional, medidas disciplinares, transferências de grevistas, concessão de licença, férias maiores, gratificações e aumentos para “fura-greves”);²⁵ e) ameaças ou

19 Basta lembrar o que ocorreu nos países da América Latina nas décadas de 60, 70 e 80 do século passado.

20 BARTOLOMEI, H. G. citado por URIARTE, Oscar Ermida (ob. cit., p. 37), que subscreve esse posicionamento.

21 URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 37.

22 Esse agir traduz claro abuso de direito (sindical).

23 URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 39.

24 URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 40.

25 GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. LTr, p. 50-51. Acrescentaríamos ainda o transporte forçado da residência para o trabalho.

concreção de extinção de postos de trabalho ou de estabelecimentos, transferências destes para outro país ou região como represália por atividades sindicais ou de reivindicação coletiva;²⁶ f) delitos como ameaça, coação, lesão corporal, cárcere privado, assassinato de lideranças obreiras e sindicais;²⁷ g) recusa de negociação coletiva;²⁸ h) inviabilizar ou dificultar a criação de sindicatos ou comissões internas; i) impedir ou criar obstáculos ao desempenho da atividade sindical que pressupõe: ingresso e deslocamento nos estabelecimentos empresariais, comunicação de fatos do interesse dos trabalhadores, recebimento das contribuições devidas à entidade classista, informações do empregador necessárias ao desempenho da atividade sindical;²⁹ j) apresentação, quando da contratação, de questionário sobre filiação ou passado sindical;³⁰ l) sugestão para abstenção em eleições sindicais ou para comissões internas;³¹ m) proibição do empregador de realizar assembléia no seu estabelecimento ou interdição à participação de dirigentes externos nessas assembléias.³²

4 MECANISMOS DE TUTELA

Múltiplas são as medidas de proteção contra atos anti-sindicais. Vão desde as preventivas até as reparatórias, sem excluir sanções administrativas e penais. Assim, a despedida de um dirigente sindical e de um membro de comissão interna pode gerar uma autuação pela autoridade competente³³ e sanções de ordem penal,³⁴ anulação de ato e reintegração no emprego³⁵ e pagamento de indenização, inclusive por danos morais.

Doutrina significativa sistematiza os meios de tutela contra a conduta anti-sindical em: a) medidas de proteção, b) mecanismos de reparação, c) outros meios de proteção, tais como publicidade, sanções penais e administrativas,³⁶ nada impedindo que esses mecanismos, como já noticiado acima, apresentem-se de forma cumulada.

Como medida de prevenção são arrolados apreciação prévia de dispensa por órgão interno ou administrativo e as medidas judiciais preventivas (tutela inibitória,

26 URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 40.

27 URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 41.

28 URIARTE, Oscar Ermida, idem, idem.

29 URIARTE, Oscar Ermida, idem, idem.

30 CLAVEL-FAUQUENOT; MARGNIER. *Le droit syndical*. Editions Liasons, p. 132-133; MONTEIRO DE BARROS, Alice. Condutas anti-sindicais. In: *Revista LTr*, n. 63, n. 11, p. 1456, 1999.

31 CLAVEL-FAUQUENOT; MARGNIER. Ob. cit., p. 139.

32 GIUGNI, Gino. Ob. cit., p. 91.

33 Art. 510 da CLT e art. 3º, I e II, da Lei nº 9.029/95.

34 Código de Trabalho Francês: L. 461-3.

35 Arts. 165, parágrafo único, e 543, § 3º, da CLT; art. 11 da CF, e Convenção nº 135 da OIT.

36 URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 45-52; MONTEIRO DE BARROS, Alice. Ob. cit., p. 1455.

antecipada e até cautelares satisfativas para os países que não possuem essas duas primeiras modalidades de tutela de urgência).³⁷

No campo dos mecanismos de reparação, temos a demanda dirigida à reintegração do trabalhador, vítima de ato discriminatório e anti-sindical.³⁸ Essa ação, que pressupõe a nulidade da despedida, por ser ajuizada pelo obreiro ou pelo sindicato na qualidade de substituto processual.³⁹ Há inegável interesse coletivo legitimante da atuação do ente sindical (art. 8º, III, da CF), pois a garantia no emprego, a estabilidade, a proibição de despedidas injustificadas e discriminatórias de lideranças sindicais e obreiras transcendem o plano individual para alcançar toda a categoria, o que não será possível se o agente de suas reivindicações for afastado do emprego a qualquer momento.⁴⁰

A reparação também pode ser alcançada, de forma imperfeita e incompleta, via indenização. Em apenas casos extremos, ela deve ser posta em lugar da reintegração (extinção da empresa e término da estabilidade sindical, por exemplo).⁴¹

A reintegração e a excepcional indenização substitutiva dessa obrigação de fazer não excluem o direito à indenização por danos morais porventura sofridos pelo trabalhador (art. 5º, X, da CF).

Entre os outros meios de proteção à atividade sindical, encontram-se os meios penais (multas e tipificação do ilícito como crime), publicitários (divulgação da prática anti-sindical em jornais, periódicos etc.) e a autotutela (greves e movimentos afins).

37 O Brasil conta com modalidades de tutela antecipada e inibitória, que encontram amplo apoio na legislação (arts. 273 e 461 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho em razão dos arts. 769 e 655, X, da CLT). A Itália também conhece essa modalidade de proteção judicial, com a possibilidade de prisão do empregador que descumprir a determinação judicial, além de publicação da decisão para divulgação da conduta social reprovável. “Com o objetivo de superar as dificuldades do processo executivo – muitas vezes tecnicamente impossível nesta matéria, portanto, causa de posteriores atrasos –, o legislador introduziu sistema de caução indireta, qual seja, mecanismo idôneo para obrigar o condenado a se adequar à ordem do juiz. O empregador que não cumprir a decisão do juiz é, de fato, punido pelo art. 650 do Código Penal, com prisão de até três meses ou mediante indenização. A sentença de condenação penal – a maior sanção social da reprovável postura do empregador – está sujeita à publicação, de acordo com o art. 36 do Código Penal” (GIUGNI, Gino. Ob. cit., p. 89). A propósito dos movimentos de urgência no direito processual do trabalho italiano: LEANZA, Pierro; PARATORE, Enrico. *I provvedimenti d’urgenza nel processo del lavoro*. Giuffrè.

38 Art. 543, § 1º, c/c os arts. 853 e 165, parágrafo único, da CLT e art. 4º, I, da Lei nº 9.029/95.

39 Para Giugni, a ação promovida pelo sindicato, fundada no art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores da Itália, não denotaria o fenômeno da substituição processual, pois o sindicato que atacar o atossindical persegue interesse seu (ob. cit., p. 42). Logo, a entidade estaria a demandar em nome próprio por direito e interesse também próprios, ao contrário do que se dá na substituição processual, na qual se demanda em nome próprio, como parte processual, direito alheio (a respeito da substituição processual trabalhista no Brasil, v. nosso: *Direito processual do trabalho*. LTr).

40 Neste sentido: URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 54-57, que destaca que essa atuação do sindicato é da própria essência da liberdade sindical.

41 Para evitar essa última situação, tem-se a tutela inibitória e de antecipação.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS (COMPETÊNCIA, PROVA E *ONUS PROBANDI*)5.1 *Competência*

As demandas resultantes de atos anti-sindicais perpetrados pelo empregador, inclusive se este é o Estado, são de competência da Justiça do Trabalho (arts. 114 e 173, § 1º, da CF), pouco importando a fonte do direito que dá suporte ao pedido (CLT ou direito comum).

Pensamos que a competência da Justiça do Trabalho se afirma mesmo se relacionada à conduta anti-sindical ocorrida quando da admissão, seleção de pessoal e tratativas pré-contratuais.⁴² Aliás, são muito frequentes os atos contrários à liberdade sindical quando da fase pré-contratual e logo no início do pacto empregatício.⁴³

5.2 *Prova e onus probandi*

Para efetividade dos meios preventivos e de repressão da conduta anti-sindical, insuficientes, muitas vezes, são as formas materiais, as sanções administrativas e penais e até os provimentos de urgência. Isso porque a prova do ato de ingerência, retaliação e discriminatório, sobretudo este último, quase sempre são de fácil demonstração.

O princípio da inversão do ônus da prova – em favor do hipossuficiente, em detrimento daquele que melhor aptidão tem para a prova, acolhido no Código de Defesa do Consumidor e que orienta o processo do trabalho⁴⁴ – tem plena incidência

42 MONTEIRO DE BARROS, Alice. Ob. cit., p. 1456-1457.

43 Essa questão traz à tona antiga controvérsia, a propósito da competência trabalhista para o dano pré-contratual. Pela competência: MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, v. 1, p. 241; MASCARO NASCIMENTO. *Iniciação ao direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, p. 130; TOSTES MALTA. *Prática do processo do trabalho*. 19. ed., p. 253; MONTEIRO DE BARROS, Alice. Ob. cit., p. 1456-1457. Contra: DALAZEM, Orestes. *Competência material trabalhista*. LTr, p. 105; LAMARCA, Antônio. *O livro da competência*. São Paulo-Rio de Janeiro, p. 118. Pensamos que a nova redação do art. 114 da CF, com a alteração imposta pela EC 45/04, reforça a primeira corrente, evidenciando o nítido escopo de ampliar a competência material trabalhista.

44 Os doutrinadores brasileiros e estrangeiros destacam a plena incidência da inversão do *onus probandi* em favor do trabalhador. Por todos, até porque procede a um apanhado geral dos posicionamentos a respeito, Manoel Antônio Teixeira Filho:

“O que não nos parece ser possível é trasladar-se para o processo do trabalho, onde a desigualdade real das partes é fato inomitível, o critério civilista a respeito da distribuição do ônus objetivo da prova, que se sabe estar estribado, ao contrário, no pressuposto da *igualdade formal* dos litigantes. Não somos nós quem estamos a proclamar essa *desigualdade*; já a denunciou, há muito, a própria doutrina alienígena, como se lê em Giovanni Tesorieri (*Lineamenti di diritto processuale dei lavoro*. Padova: Cedam, 1975, p. 4): ‘Quando o dador de trabalho e o trabalhador assumem no processo as vestes formais de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma, que continua’.

nas hipóteses de demonstração de atos anti-sindicais. A Convenção OIT nº 158 (art. 9º), a Recomendação nº 143 da OIT (n. 2, e, do art. 6º) e o comitê de liberdade sindical autorizam essa conclusão, conforme noticiam Uriarte e Bartolomei de La Gruz (*apud* Uriarte).⁴⁵ Na doutrina brasileira, Alice Monteiro de Barros, apoiada em Yolanda Valdeolivas García, espousa o mesmo entendimento.⁴⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ato anti-sindical deve encontrar pronta resposta, não podendo a parte infratora gozar de qualquer benesse, inclusive aquela gerada pela demora no processo.⁴⁷

Alice Monteiro de Barros,⁴⁸ citando doutrina e jurisprudência de outros países, sugere a contratação compulsória do candidato, vítima da conduta discriminatória contrária à liberdade sindical, punição que deveria constar de todos os acordos e

Por esse motivo, temos para conosco que o mesmo caráter antiigualitário do direito material – na feliz expressão de CARMELYNK, Lyon-Caen (*Derecho del trabajo*. Madrid: Aguilar, 1974, p. 24) – deverá presidir tanto a interpretação das normas processuais quanto o seu processo de elaboração legislativa: é o que recomendam a lógica e a consequência jurídica.

Dentre as conclusões aprovadas pelo IV Congresso Ibero-Americano de Direito do trabalho e Previdenciário Social está a que dispõe: ‘Sendo a inversão do ônus da prova, em favor do empregado, uma das características do Direito Processual do trabalho, que se amplie essa inversão contra o empregador, sobretudo no que diz respeito à confissão ficta feita na falta de depoimento pessoal do trabalhador’. Na doutrina brasileira, o eminente Evaristo de Moraes Filho (*A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, p. 183) vem, de longa data, propugnando a inversão do *onus probandi* em prol do empregado” (*A prova do processo do trabalho*. 4. ed. LTr).

45 “Para o trabalhador, ou para sua organização sindical, pode ser sumamente difícil provar que determinado ato patronal está motivado na filiação ou atividade sindical de determinado sujeito ou grupo, já que deverá demonstrar uma intenção alheia ou exercício irregular de um direito. Daí, a necessidade de que, neste caso, seja o empregador quem deva demonstrar que a despedida questionada tem determinado fundamento alheio ao sindical, tal como prescreve o art. 9º da Convenção Internacional do Trabalho nº 158 e letra e do número 2 do art. 6 da Recomendação nº 143 e o Comitê de Liberdade Sindical. Por outro lado, a aplicação das técnicas jurídicas comuns leva a conclusões de efeitos similares a propósito da prova de determinados atos que devem estar necessariamente fundamentados” (ob. cit., p. 53).

46 “Para facilitar a prova da conduta anti-sindical, tem-se sugerido a inversão do ônus, transferindo para o empregador a demonstração de que os indícios existentes sobre a discriminação são infundados e que existe a razoabilidade para não contratar o empregado, ao invés de impor ao obreiro a prova do comportamento anti-sindical” (ob. cit., p. 1456).

47 Registra Oscar ErmidaUriarte (ob. cit., p. 53-54): “(...) a lentidão com que, freqüentemente, se chega a uma decisão final acerca de determinado ato de discriminação anti-sindical tem dois efeitos altamente nocivos: por um lado, se o ato não foi temporariamente suspenso, produz seus efeitos ilícitos durante todo um período, e, por outro lado, é provável que nesse período a situação violadora se tenha consolidado de fato, tornando impraticável a sentença eventualmente anulatória, porém tardia; nesta matéria ‘um procedimento prolongado pode equivaler a uma denegação de justiça’ (OIT. *A liberdade sindical*. 2. ed. Genebra, 1976, n. 227, p. 85)”.

48 Ob. cit., p. 1456.

D O U T R I N A

convenções coletivas.⁴⁹ Sustenta ainda a ilustre e culta professora, magistrada e jurista de Minas Gerais, a presunção do dano moral sempre que comprovada a lesão à liberdade sindical,⁵⁰ com o que concordamos, conforme o exposto no item 5.

Concluindo, pensamos que, em tão relevante tema, todos os mecanismos devem ser utilizados, pois os atos discriminatórios de retaliação e de ingerência na organização e participação dos trabalhadores afrontam o cânone da liberdade sindical, que orienta o Direito do Trabalho.

49 Oscar Ermida Uriarte (ob. cit., p. 53) propõe, por seu lado, a suspensão imediata e total do ato anti-sindical: “Esta (a suspensão) é indispensável (ou muito necessária) para evitar que o ato e seus efeitos se consolidem antes de que haja uma solução definitiva”.

50 Idem.

DOENÇA PROFISSIONAL: ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REINTEGRAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA: CABIMENTO¹

Aloysio Santos*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 Acidente do trabalho; 3 Doenças ocupacionais; 4 Concluindo o tema...; 5 Antecipação de tutela. Reintegração. Mandado de segurança. Cabimento.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Falar sobre *doenças ocupacionais* é adentrar na área da patologia do trabalho, parte da Medicina que estuda as doenças, suas causas, os mecanismos que as desencadeiam, bem como onde se localizam e as alterações morfológicas (lesões) e funcionais (órgãos do corpo humano atacados) que causam.

E, inicialmente, não posso evitar a tentação de divulgar uma narrativa a respeito das condições de trabalho na velha Europa – que lhes asseguro ser da maior seriedade, em face da fonte onde a encontrei: *História da vida privada*, do Professor Gérard Vincent.²

É dele este relato:

“Os registros de cartório que, por volta de 1880, arrolam os bens das Siderúrgicas de Longwy incluem, ao lado dos altos-fornos e das oficinas, uma casa para a direção, um dormitório para os operários, uma estrebaria, um galpão com palheiro, uma caserna com doze alojamentos, uma padaria, uma cantina etc.”

Reparem: era um emaranhado de coisas e locais impróprios para o labor, onde os operários trabalhavam, descansavam e se alimentavam, em ambiente cuja temperatura variava entre 900 a 1.500 graus centígrados,³ convivendo com animais o tempo todo, e trabalhando ou descansando estavam presentes, permanentemente, em área onde era estocado material altamente inflamável (a palha).

* Juiz do TRT da 1ª Região. Juiz convocado pelo TST de agosto de 2000 a dezembro de 2002.

1 Texto desenvolvido a partir da palestra proferida no “Encontro com Magistrados”, evento promovido pelo IBCB – Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, de 12 a 15.11.2004, em Foz do Iguaçu/PR.

2 Companhia das Letras, v. 5, p. 32.

3 A temperatura varia em razão do tipo de minério processado e espessura das chapas.

Dirão os que ouviram o relato que havia no mesmo local uma casa para os administradores, porém isso era devido ao fato de as siderúrgicas estarem, naquela época, se expandindo territorialmente e em quantidade dos produtos. O interesse era, portanto, de o empreendedor manter local para eventual ocupação.

E não nos iludamos, porque nas três primeiras décadas do século XX a situação dos locais urbanos de trabalho, em termos de higiene e medicina pública, não era diferente daquela da Londres do final do século XIX, que acabei de destacar.

Mas havia, sem dúvida, interesse de médicos e homens públicos em mudar esse quadro tão agressivo para os trabalhadores.

As primeiras iniciativas mundiais da medicina social advieram da Alemanha e da Inglaterra (cujo foco era o cuidado com a higiene do trabalhador e do local de trabalho), da França (esta voltada mais para a ocupação científica e equilibrada dos espaços urbanos) e também da Itália (preocupada com a legislação protetora).

Casos curiosos, alguns até dramáticos, ficaram famosos na história da patologia do trabalho.⁴ Destacarei três deles:

Caso nº 1. *Agentes: Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro versus Escola Tropicalista da Bahia. Objeto: hegemonia no trato da questão da saúde do trabalhador.* Nesse tempo, a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, muito ligada ao poder estatal, e aliada à escola francesa de prevenção das doenças endêmicas e acidentais, manteve-se à frente da política médica social, tendo de enfrentar o prestígio crescente da Escola Tropicalista da Bahia⁵ (esta filiada ao sistema germânico de controle das patologias, exigindo do estado uma política sanitária séria e efetiva, dentro e fora das empresas). Nessa medição de forças, os trabalhadores saíram ganhando, porque a medicina passou a dar mais atenção à questão social do trabalho, e um grupo especializou-se no atendimento das enfermidades profissionais.

Cabe este destaque porque, mais à frente, voltarei a falar da ação dessas entidades após a conciliação política que as permitiu unirem forças.

Caso nº 2. *Agente: o sulfeto de carbono (símbolo CS₂), substância resultante da combinação do enxofre com o carbono, altamente danosa ao organismo humano.* Os Professores René Mendes e William Waissmann⁶ contam que, numa indústria inglesa de vulcanização de borracha – que utilizava todo o tempo o CS₂ –, tiveram de colocar grades nas janelas do prédio da fábrica para impedir que trabalhadores dali se jogassem, quando “surtavam” durante o expediente.

Caso nº 3. *Agente: o mesmo sulfeto de carbono.* O produto causa distúrbios mentais e há registro na história da patologia do trabalho, de dois irmãos, operários de uma fábrica na Califórnia, EUA, expostos ocupacionalmente a essa substância,

4 MENDES, René. *Patologia do trabalho*. 2. ed. Atheneu, v. 1.

5 Não me refiro ao grupo de artistas formado por Caetano Veloso, Gal Costa, Gilberto Gil e Betânia. Eram médicos e professores de medicina envolvidos com a questão do trabalho.

6 In: *Aspectos históricos da patologia do trabalho*. Op. cit., Atheneu.

sendo que um deles suicidou-se, e o outro matou a tiros um colega de trabalho, sem qualquer motivo ou ato hostil da vítima.

As coisas só começaram a melhorar para os trabalhadores quando os médicos e cientistas envolvidos na questão da medicina do trabalho moveram o foco de sua atenção das bactérias, vírus, fungos e parasitas e o fixaram nos *agentes físicos* (calor, frio, ruído, radiações etc.), nos *agentes químicos* (arsênio, chumbo, amianto, benzeno, cromo, mercúrio etc.) e nos *agentes biológicos* de origem ocupacional.

No Brasil, após a Proclamação da República, os estudos desenvolvidos pelos médicos e professores da Escola Tropicalista baiana, auxiliados agora pelos colegas cariocas e paulistas, começaram a dar frutos, por meio de leis e decretos garantindo aos trabalhadores melhores condições para o exercício das profissões, editados por influência do trabalho desses técnicos.

Vejamos agora, em rápidas pinceladas.

2 ACIDENTE DO TRABALHO

Impressionados – e pressionados – pela repercussão mundial da assinatura do Tratado de Versalhes,⁷ os brasileiros viram-se na contingência de dar um passo mais ousado no sentido de proteger o operariado e, em 15 de janeiro de 1919, foi aprovada a nossa primeira Lei de Acidentes do Trabalho, o Decreto Legislativo nº 3.724.

A matéria hoje está regulada pela Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976.

Voltemos a nossa atenção agora para a Lei de Benefícios da Previdência Social.⁸ O art. 19 desta lei considera acidente do trabalho

“... o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 da mesma lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

A partir desse conceito legal, creio estar habilitado a passar ao exame das doenças ocupacionais.

3 DOENÇAS OCUPACIONAIS

3.1 Doença profissional e doença do trabalho

Neste ponto, devo dizer que *doença profissional e doença do trabalho* não são expressões sinônimas. São, na verdade, moléstias distintas geradas ou desenvolvi-

7 Assinado em 1917.

8 Lei nº 8.213, de 24.07.1991.

das no curso da vida profissional, quando o trabalho passa a atuar como um agente agressor agindo, solertemente, contra o corpo ou a mente do trabalhador.

O conceito dessas doenças encontramos nos incisos I e II do art. 20 da Lei de Benefícios da Previdência Social, quando equipara as doenças ocupacionais ao acidente do trabalho.

O Professor Wladimir Novaes Martinez⁹ tenta fazer a distinção entre ambas, dizendo que a *doença profissional* é decorrente da função que o trabalhador exerce ou da ocupação profissional, enquanto a *doença do trabalho* resulta das condições do exercício das funções, do ambiente de trabalho ou dos instrumentos utilizados na atividade laboral.

Exemplifico para facilitar as coisas: a silicose¹⁰ (do silício), a asbestose¹¹ (do amianto) e o saturnismo¹² (do chumbo) são *doenças profissionais*, porquanto inerentes à atividade exercida pelos trabalhadores, enquanto que a hipertensão arterial, a ansiedade, a depressão, alguns tipos de cânceres, as LER, os DORT e a SEP (síndrome de esgotamento profissional) são *doenças do trabalho*.

No particular, tenho duas notícias para dar ao pessoal dos bancos: uma boa e outra ruim... Começemos pela boa, não é? Com as providências tomadas pelos bancos nos últimos anos, com relação aos locais de trabalho nas agências, mobiliário, ambiente menos hostil, o número de empregados afetados por doenças do grupo LER (lesões por esforços repetitivos)/DORT (distúrbios osteomusculares relacionados com o trabalho) está diminuindo e tende a estabilizar-se em um patamar razoável, em termos de medicina do trabalho; agora, a má notícia: o número de casos de *stress* psicológico provocado pelo trabalho em bancos e estabelecimentos similares, nas áreas de atendimento ao público e administrativa, nos níveis inferior e médio, está aumentando desmesuradamente.

As estatísticas ainda não estão disponíveis ao público, porque são recentes.

3.2. Minha preocupação primeira não deve ser então com as *doenças profissionais* porque não dizem respeito diretamente às empresas de intermediação financeira, monetária e outras do setor, porquanto, segundo depreendo do Anexo II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social,¹³ as chamadas doenças profissionais não lhe são inerentes. Podem até ocorrer, porém não são a preocupação maior dos bancos.

Destaco, então, as *doenças do trabalho*, aquelas que atingem os bancários e os trabalhadores em empresas de crédito, financiamento e investimento e

9 *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, LTr, t. II, p. 111.

10 Doença causada pelo silício que compromete o sistema respiratório.

11 Doença provocada pelo amianto que causa câncer na laringe, nos brônquios, na pleura e nos pulmões.

12 Doença causada pelo chumbo que compromete a memória, reduz a velocidade dos impulsos nervosos, altera bruscamente o humor etc.

13 Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997.

D O U T R I N A

administradoras de cartões de crédito, e que, ao mesmo tempo, afligem o comando das organizações financeiras empregadoras, pelo elevado custo do absenteísmo e reflexos (que, segundo o Prof. José Pastore, alcança 12,5 bilhões de reais por ano).

São exemplos mais frequentes de doenças do trabalho nos bancários e assemelhados: os episódios depressivos, a ansiedade, o transtorno do globo ocular, a hipertensão arterial, a lombalgia, as doenças do grupo LER/DORT.

4 CONCLUINDO O TEMA...

O trabalho – em termos sociológicos – “é uma atividade disciplinada e persistente, orientada à obtenção de uma meta de vida”.¹⁴

Essa atividade física ou mental é, digamos assim, essencial à existência digna do ser humano, sendo o meio social regular e moralmente válido de subsistência ou acúmulo de riqueza, além de bem posicionar o cidadão no seio da família, dos amigos e da sociedade.

Todavia, ele pode se tornar um poderoso agente agressor da saúde física ou mental do trabalhador, seja pela nocividade, seja pela periculosidade e, como todos sabemos, a saúde é um bem da vida tutelado pelo direito.

O Professor René Mendes, aqui já citado, leciona com muita precisão que os estudos das causas de doenças do trabalho¹⁵ devem ser examinadas sob três ângulos diferentes:

1. o trabalho como *causa necessária* na produção de “doença específica” (hipótese de *doença profissional*);
2. o trabalho como *fator de risco* contribuindo ou adicionando causas a “doenças não específicas” (caso de *doença do trabalho*); e
3. o trabalho como *agente desencadeador* ou agravante das condições preexistentes ou latentes de “doenças não específicas” (outro caso de *doença do trabalho*).

Penso ser suficiente por ora.

Vejamos então questões mais familiares à nossa vocação.

5 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REINTEGRAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO

Estamos reunidos neste aprazível local, em clima de igualdade respeitosa e natural confraternização, porém comprometidos com um objetivo maior, que é debater a realidade do moderno direito material e processual do trabalho.

14 THEODORSON, G. A.; THEODORSON, A. G. *Dicionário de Sociologia*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

15 Etiologia – Ramo da medicina que estuda os mecanismos causadores de doenças.

Importada do direito instrumental europeu, e adotada pela reforma do CPC de 1994,¹⁶ a festejada tutela antecipada não era um instrumento estranho ao direito brasileiro, porquanto *processos especiais de cognição sumária provisória* tinham sido introduzidos no nosso sistema jurídico com as liminares possessórias, as liminares em ação de busca e apreensão,¹⁷ a liminar em ação de despejo¹⁸ e a liminar do Código de Defesa do Consumidor,¹⁹ entre outros.

Tal novidade de dez anos atrás teve como objetivo ostensivo atuar na instrumentalidade do processo para alcançar, do modo mais concreto possível, o escopo da efetividade e, assim, proteger o autor do risco de dano resultante da demora (*periculum in mora*) e, suplementarmente, desestimular a defesa desprovida de razão jurídica e os atos protelatórios do réu.

Pois então, o empregado dispensado, que sofre, ou acha que sofre de doença profissional ou doença do trabalho, ao ajuizar sua reclamação, costuma pedir, entre outros direitos, a *reintegração no emprego*, e fá-lo, ora apoiado no art. 273, incisos I ou II, ora no art. 461, ambos do CPC, que “compõem um microsistema de tutelas”, segundo o Professor e Desembargador paulista João Batista Lopes.²⁰

Esse microsistema protetor pôde ser aplicado ao direito instrumental do trabalho por autorização da CLT,²¹ já que a Consolidação é absolutamente omissa no particular. No entanto, nem todos os seus princípios são compatíveis com o processo trabalhista – haja vista, por exemplo, que não há recurso imediato na CLT contra decisão interlocutória...

Não houve entre nós, trabalhistas – temos de admitir –, a possibilidade de estudos e debates mais profundos, antecedendo, necessariamente, a aplicação da *tutela antecipada e tutela específica*; nem se teve tempo suficiente para amadurecer os conhecimentos do instituto antes de adaptá-lo ao processo do trabalho.

Na verdade, merece até encômios a atuação dos nossos juízes de 1º grau, que tiveram de adotar o instituto, que foi debatido durante 8 ou 10 anos em congressos e seminários no âmbito da Justiça comum e, depois, no Congresso Nacional.

Publicada a reforma do CPC, nossos juízes tiveram de adaptar os procedimentos civis ao processo trabalhista, em questão de dias.

Prevista como “uma antecipação da tutela a ser deferida ao autor na sentença final” (art. 273, CPC), os juízes trabalhistas passaram a concedê-la no bojo da sentença (os juízes de direito preferiram, desde logo, praticar o ato antes da decisão final; às vezes até na véspera, ou mesmo junto com a sentença, porém em ato distinto).

16 Lei nº 8.952/94.

17 Art. 3º do DL 911/64.

18 Art. 59, § 1º, da Lei de Locação de Imóveis Urbanos.

19 Art. 84, § 3º, do CDC.

20 In: *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, Saraiva, p. 134.

21 Art. 769 da CLT.

D O U T R I N A

Como ia dizendo, os reclamantes, na hipótese, costumam incluir no rol de pedidos a *reintegração no emprego* e, não raro, acrescentam o pedido de indenização por dano material e moral.

Devo enfatizar que a indenização por inadimplemento da obrigação patronal de manter o trabalhador acidentado, portador de doença profissional ou doença do trabalho, no emprego é por perdas e danos.²²

Assim, se o trabalhador obtém sucesso no pedido de reintegração no emprego, não cabe a condenação do empregador no pagamento de qualquer indenização, porquanto o credor terá obtido o cumprimento da obrigação de fazer pela via judicial.

A indenização por dano material e moral é outra situação jurídica que nada tem a ver com a garantia do emprego, nem com a reintegração. Fundamentalmente, esta reparação resulta do descumprimento, por parte do empregador, das normas de medicina, segurança e higiene do trabalho, que são regras gerais integrantes do sistema jurídico nacional, caracterizando um ato ilícito²³ que também é indenizável.

Ora, o nosso “*fattispecie*” é a *tutela em obrigação de fazer*, regulada no art. 461 e parágrafos do CPC, que assegura ao credor o direito de exigir do devedor o *cumprimento específico* da obrigação (proporcionar trabalho ou garantir o emprego), e não a tutela antecipada genérica, porque, nesse caso, o empregado está garantido no emprego, por força da Lei de Benefícios da Previdência Social,²⁴ convencimento que o julgador normalmente só se pode alcançar com a cognição exauriente.

Na hipótese de tutela específica (*cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer*), o momento oportuno de concedê-la é na sentença,²⁵ mas, é claro, pode ser deferida liminarmente “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final”, conforme dispõe o § 3º do art. 461 do CPC, cuja redação é muito semelhante à do inciso II do art. 7º da LMS.²⁶

Toda a doutrina civilista ensina que, em se tratando de obrigação de fazer que apenas o devedor pode executar – logo, uma obrigação de fazer infungível –, recusando-se este a cumpri-la, não se pode forçá-lo ao adimplemento, em respeito ao princípio da intangibilidade da liberdade pessoal.

Os casos tradicionalmente lembrados pela doutrina pátria são o do proprietário que prometera alugar o seu imóvel, mas recusa-se, e o do artista que se obrigara a fazer uma apresentação em determinada cidade, porém recusa-se. Nesses casos, os civilistas são unânimes em dizer que está em jogo uma obrigação infungível e não seria jurídico, *manu militari*, coagir o devedor a cumpri-la com prejuízo da sua liberdade individual.

22 Art. 247 do CC.

23 Arts. 186 e 927 do CC.

24 Art. 118 da Lei nº 8.213/91.

25 Arts. 458 a 466 do CPC.

26 Lei nº 1.533/51.

Ainda que se possa hoje em dia discordar desse “truísmo”, não há outra saída em termos legais por tratar-se de obrigação de fazer infungível.

A situação resolve-se, juridicamente, com a sub-rogação da obrigação,²⁷ compelindo-se o devedor a ressarcir o credor com perdas e danos,²⁸ além de multa diária,²⁹ juros de mora, atualização monetária e honorários de advogado.³⁰

Tendo em vista os dispositivos do Código Civil que regem as obrigações de fazer e de não fazer,³¹ lei subsidiária do direito material do trabalho,³² quando o juiz, utilizando-se do instituto da tutela antecipada, decreta a reintegração imediata do empregado, ele pratica uma espécie de violência contra o direito potestativo do empregador, que supostamente emprega e mantém em seus quadros quem desejar.

A obrigação do empregador de proporcionar trabalho ao empregado só lhe pode ser exigida durante a vigência do contrato; e, rescindido este, somente se pode falar em reintegração daqueles trabalhadores que detêm a garantia do emprego, por força de lei, norma coletiva ou contrato de trabalho.³³⁻³⁴

Porém, dizer isso não resolve o problema, porque “se e quando” for anulada a dispensa do empregado pelo juízo trabalhista de 1º grau – e se a sentença transitar em julgado –, o empregado passará a condição de “trabalhador à disposição do empregador” para todos os efeitos legais.³⁵

O que o empregador pode fazer no caso? É o que veremos, rapidamente, a seguir.

No regime do direito processual civil, o recurso cabível é o agravo de instrumento,³⁶ que, inclusive, poderá ser recebido pelo relator no efeito suspensivo,³⁷ situação bem diferente, portanto, do regime recursal da CLT.

27 Arts. 247 do CC e 633 do CPC.

28 Trata-se de inadimplemento de obrigação. Segundo W. B. Monteiro, “o ressarcimento consiste em substituir, no patrimônio do credor, soma correspondente à utilidade que ele teria obtido, se se cumprisse a obrigação”, aí incluídos o dano emergente e os lucros cessantes.

29 Art. 461, § 4º, do CPC.

30 Art. 389 do CC.

31 Arts. 247 a 251 do CC.

32 Por força do art. 8º da CLT.

33 OJ 64 da SDI-2: “Mandado de segurança. Reintegração liminarmente concedida. Não fere direito líquido e certo a concessão de tutela antecipada para reintegração de empregado protegido por estabilidade provisória decorrente de lei ou norma coletiva”.

34 OJ 65 da SDI-2: “Mandado de segurança. Reintegração liminarmente concedida. Dirigente sindical. Ressalvada a hipótese do art. 494 da CLT, não fere direito líquido e certo a determinação liminar de reintegração no emprego de dirigente sindical, em face da previsão do inciso X do art. 659 da CLT”.

35 Art. 4º da CLT.

36 Art. 522 do CPC.

37 Art. 527, III, da Lei de Ritos.

Não foi por outra razão que a SDI-2 do TST adotou a Orientação Jurisprudencial nº 87, *in verbis*:

“Mandado de segurança. Reintegração em execução provisória. Impossibilidade. O art. 899 da CLT, ao impedir a execução definitiva do título executivo, enquanto pendente recurso, alcança tanto as execuções por obrigação de pagar quanto por obrigação de fazer. Assim, tendo a obrigação de reintegrar caráter definitivo, somente pode ser decretada, liminarmente, nas hipóteses legalmente previstas, em sede de tutela antecipada ou tutela específica.”

Os tribunais regionais trabalhistas enfrentaram, de início, diversas questões relevantes e algumas dificuldades pontuais, com a aplicação – sem a devida discussão e maturação metodológica, repito – dos arts. 273 e 461 do CPC no processo obreiro.

O nosso drama cessou em 20.09.2000, quando a SDI-2 do TST decidiu uniformizar a interpretação da lei federal, firmando o entendimento de que, quando a tutela antecipada é deferida em sede de decisão interlocutória, o ato deve ser enfrentado com o *mandado de segurança* (OJ 50 da SDI-2), ou, se por outro lado, tiver sido deferida na sentença, esta deve ser atacada pelo *recurso ordinário* com supedâneo da *ação cautelar* (OJ 51 do mesmo órgão julgante).

Sintetizando para concluir: dependendo, pois, do momento processual em que a tutela antecipada tenha sido deferida, abrem-se dois caminhos distintos para o empregador-reclamado; um deles nos interessa de perto:

“Se o juiz deferir a tutela antecipada do art. 273 ou a tutela específica liminarmente (§ 3º do art. 461 do CPC) em sede de decisão interlocutória, cabe ao reclamado impetrar *mandado de segurança*, objetivando suspender os efeitos da reintegração, porque o empregador tem o direito líquido e certo de não ser executado em caráter definitivo porque a execução no caso é provisória (art. 899, *in fine*, da CLT e § 3º do art. 273 do CPC).”

Como não podemos retroceder no tempo, porque a aplicação das tutelas antecipada e específica foi um avanço no processo trabalhista, seria conveniente tentar-se a sistematização da aplicação do instituto nesta Justiça, aproximando-nos daquilo que o CPC estabelece para o cumprimento das obrigações de dar e para as obrigações de fazer e não fazer.

TRABALHO EM DOMICÍLIO: HISTÓRICO E PERSPECTIVAS – O TELETRABALHO

Lucilde D’Ajuda Lyra de Almeida*

INTRODUÇÃO

Desde do homem primitivo, o trabalho sempre esteve presente na vida humana, fazendo parte do seu cotidiano, razão mesma de sua subsistência e, juntamente com ele, aprimorou-se, desenvolveu-se e evoluiu. O trabalho em domicílio, porque se realiza no ambiente domiciliar do trabalhador, é uma das formas mais antigas de prestação de serviço. O estudo do trabalho em domicílio passa, necessariamente, pela análise da transformação do trabalho em geral, considerando que, ao longo dos séculos, através das grandes mudanças conseqüentes da revolução industrial, com ênfase no avanço da tecnologia, provocou a mudança no paradigma do trabalho.

No mundo contemporâneo, a partir da era moderna da industrialização, no auge da indústria automobilística, que marcou a era taylorista, a era fordista e a era toyotista, o trabalho em domicílio sofreu um processo de encolhimento, tendo em vista que a exigência do sistema à época reclamava a presença do empregado no interior da empresa, onde o trabalho assumiu uma forma verticalizada, que influenciava toda a vida familiar e social das pessoas.

Nesse novo modelo ditado pelas exigências do capitalismo, que ensajou, notadamente, a fragmentação do trabalho, o trabalho em domicílio adquire feição nova, em torno da qual, no final do século XX, vislumbrou-se um retorno acentuado a esta modalidade de prestação de serviço, provocando a preocupação com a regulamentação deste tipo de trabalho, com a edição de convenção e recomendação através da Organização Internacional do Trabalho (IOT).

O avanço tecnológico, por sua vez, muito contribuiu para que o trabalho seja realizado no domicílio do trabalhador. Primeiramente, em face das facilidades que os instrumentos de comunicação e os equipamentos modernos de trabalho proporcionam e, em segundo lugar, pelo interesse na redução de custos. E ainda, em face do interesse do trabalhador, principalmente daquele que presta serviço especializado ou que coloca à disposição do tomador do serviço o seu conhecimento intelectual, haja vista que a nova feição que adquire o tempo e o espaço na vida do trabalhador e provoca a mistura entre o ócio, o lazer e o trabalho pode ser apontada

* Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Mestre em Direito pela PUC/MG.

D O U T R I N A

como uma das vantagens desta modalidade de trabalho em domicílio, não obstante haja, obviamente, as desvantagens.

CONCEITO

Numerosos autores como Castroviejo, Sangro, Gide e Lorenz, citados por Moraes Filho, ao conceituarem o trabalho em domicílio, o definem como aquele que é executado fora da fábrica patronal, mas na residência do operário.¹ Atualmente, quer sob o ponto de vista econômico, quer sob o jurídico, o trabalho em domicílio significa o trabalho executado pelo operário longe da vista do empregador, em local muitas vezes escolhido por aquele, desde que não seja a fábrica ou o escritório nem qualquer dependência pertencente a quem encomenda o serviço.

A lei brasileira de 1938, que, pela primeira vez regulou a espécie entre nós através do Decreto-Lei nº 399, de 30 de abril de 1938, definiu o trabalho em domicílio da seguinte maneira: “Entende-se por trabalho em domicílio para os efeitos do presente regulamento, o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”. Atualmente, porém, esta definição é incompleta ou inexata, haja vista o trabalho em domicílio ser também o trabalho realizado em qualquer local fora da fábrica do empresário, mesmo não constituindo a habitação, propriamente dita, do operário. Os princípios instaurados no interior da fábrica são completamente novos em relação ao trabalho agrícola ou artesanal. E são tão fortes que, embora formulados para a oficina, são, em seguida, aplicados também nos escritórios e, aos poucos, em todos os setores da sociedade. Após a descoberta da agricultura e da criação de animais, pela primeira vez na história da humanidade, repensar o trabalho significou repensar e organizar a vida inteira. Não se pode organizar o trabalho na grande indústria sem obrigar milhares de pessoas, que antes desenvolviam qualquer atividade no próprio lar, a saírem de casa e irem para a fábrica. Essas milhares de pessoas, além de modificarem suas relações afetivas com as outras, também alteram suas relações com o bairro em que vivem e com suas próprias casas. É importante refletir sobre tudo isso, pois estamos em fase de reorganização do trabalho através da informática, do assim denominado teletrabalho, que traz de volta o trabalho para dentro dos lares obrigando uma revisão de toda a organização prática de nossa existência. Nessa modalidade de trabalho, que se fez presente de modo corriqueiro nos primórdios da civilização, quando o trabalho era desenvolvido de forma bastante familiar, dado o estreitamento das relações humanas, quer em função da demografia e da escassez de ferramentas de trabalho, quer da pouca necessidade de consumo, podemos constatar sua pouca utilização na época da concentração do trabalho de forma verticalizada. Por fim, o retorno do trabalho em domicílio, ou trabalho à distância, após os primeiros sinais da crise econômica

1 MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho em domicílio e contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 64.

ensejada pela retração do consumo, exigiu a reestruturação da produção para atendimento às novas exigências do mercado, fragmentando o trabalho e utilizando-se da tecnologia disponível, cada vez mais sofisticada e próspera. Destarte, novas modalidades de contratação da mão-de-obra vêm surgindo, explorando-se com maior intensidade o trabalho realizado sem a fiscalização direta e permanente do tomador do serviço, equivale dizer, o trabalho feito em casa ou em qualquer lugar descentralizado do escritório. Daí podemos conceituar como trabalho em domicílio o serviço que pode ser prestado fora do ambiente empresarial, em lugar determinado pela pessoa que presta o serviço, levando-se em conta a definição de domicílio voluntário como aquele que está sujeito ao arbítrio do cidadão.² Assim, trabalho em domicílio consiste no trabalho realizado não tão-somente na casa da pessoa prestadora do serviço, mas realizado fora do ambiente empresarial, muitas vezes à escolha de quem presta o determinado serviço.³

Para De Plácido e Silva, o termo domicílio indica “o centro ou sede de atividades de uma pessoa, o lugar em que mantém o seu estabelecimento ou fixa a sua residência com ânimo definitivo”.⁴

O Código Civil de 1916, em seu art. 31 estabelecia que “o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. Entende-se aqui, “ânimo definitivo”, como “a intenção de uma pessoa permanecer num local onde possa ser, presumivelmente, sempre encontrada”.

O novo Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, manteve a redação anterior, dispondo no art. 70, *verbis*: “O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”.

2 In: PRADO E SILVA, Adalberto (org.). *Novo dicionário brasileiro ilustrado*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, v. II, 1964, p. 169. “DOMICÍLIO. Domicílio, s.m. (l. *domiciliu*). 1. casa de residência, habitação. 2. D. Povoação ou lugar em que se reside com permanência. D. de origem: o dos pais. D. legal: lugar em que, segundo a lei, a pessoa tem a sede dos seus interesses. D. necessário: o que é estatuído em lei. D. voluntário: o que está sujeito ao arbítrio do cidadão”.

3 PITAS, José. Trabalho em domicílio. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, Caderno 2, n. 2, 2ª quin./jan. 2002, p. 25. Este autor faz menção à nomenclatura “trabalho em domicílio”, dizendo que em algumas obras encontra-se “trabalho a domicílio”, contudo, de forma errônea, observando que a preposição denota estado de permanência, enquanto a preposição “a” é empregada para denominar movimento, como por exemplo: “Vou ao cinema”. Cf. também ANDRÉ, Hildebrando A. de. *Gramática ilustrada*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1992, p. 53: “A. (...) A preposição, ligando o termo conseqüente ao seu antecedente, pode expressar as mais variadas relações: A – lugar (ir à cidade), tempo (ir à noite), finalidade (tocar à missa), contigüidade (estar à janela), preço (vender a cem milhões), distância (ficar a cem metros), direção (levantar as mãos aos céus), modo (partir a galope), instrumento (escrever à máquina), etc. Em – lugar (estar em casa), modo (viver em paz), preço (avaliar em milhões de dólares), tempo (chegar em duas horas), finalidade (pedir em casamento), causa (feliz em não morrer), mudança (converteu-se a alegria em tristeza.), etc. (...)” (grifo nosso). Portanto, comungamos do mesmo entendimento, considerando como forma mais acertada a expressão “trabalho em domicílio”.

4 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1987, p. 121.

D O U T R I N A

Porém, ao novo Código Civil foi acrescentado pelo art. 72, que: “É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida”.

O parágrafo único do referido artigo diz que: “Se a pessoa exercer profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem”.

Assim, se todo o lugar onde o trabalhador exerce sua profissão é catalogado como domicílio, pode-se afirmar que, além de sua casa, onde o empregado pode realizar seu trabalho, como “em domicílio” os trabalhos realizados em qualquer outra localidade. Salviano cita como tais os trabalhos realizados em presídios, em prédios de intermediários, em oficinas de família, conforme o art. 83 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e nas cidades onde o trabalhador acessa a Internet para fazer o teletrabalho.⁵

HISTÓRICO

Nem sempre a humanidade viveu das formas de organização do trabalho atualmente existentes. Há na produção de bens, maneiras diversificadas de trabalho e de transformação das matérias-primas, e tais formas de produção constituem estágios econômicos diferentes. Moraes Filho, em sua obra *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho*, cuja primeira edição foi publicada em abril de 1943, citou as seguintes formas de produção industrial como aquelas que vieram se desenvolvendo através do tempo: “indústria doméstica, artesanato, indústria a domicílio, manufatura e fábrica, colocando entre a primeira e a segunda, o trabalhador ambulante”.⁶

A indústria de família remonta aos primórdios da civilização, quando a família apenas produzia aquilo que consumia, sem qualquer excedente que viesse a determinar alguma forma de troca ou de comércio, entendendo-se como família os componentes e agregados, inclusive os escravos, no período da Idade Média, em que a divisão do trabalho encontrava-se ainda por demais embrionária, e cuja predominância era ainda da agricultura da produção, do papel subalterno da pecuária e da vida sedentária numa área limitada de terreno. Depois dessa forma industrial, apontam os adeptos da chamada escola histórica alemã, Roscher, Knies, Schmoller e Bucher, a indústria dos trabalhadores ambulantes ou do trabalho alugado, cujo aparecimento deu-se dentro do sistema de produção de família, quase sempre de natureza rural, no qual a classe de trabalhadores que não cultivava a terra dedicava-se à transformação das matérias-primas que lhes confiavam os interessados. Como proprietários das próprias ferramentas, partiam mundo afora em busca de trabalho,

5 SALVIANO, Maurício de Carvalho. O domicílio sob a recente definição do novo Código Civil diante da Consolidação das Leis do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 155, p. 434, abr. 2002.

6 MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit., p. 31-35.

executando o serviço na casa do cliente ou em suas próprias casas, em que recebiam pelo que faziam normalmente por peça elaborada. Tal trabalho constitui uma típica classe de trabalhadores nômades. Esses trabalhadores, contudo, já podem ser considerados “artesãos” na linguagem econômica.

Na comunidade agrícola do início da época feudal havia também artesãos que, no entanto, não haviam ainda se especializado em seu ofício, que era por eles combinado com a agricultura. Por outro lado, cada família dedicava-se por sua própria conta a alguma indústria, sobretudo às de fiação, de tecelagem e de confecção de roupas. Quando a família não podia atender às suas necessidades por seu próprio esforço, recorria ao artesão. Os primeiros artesãos que surgiram foram assim considerados como os primeiros trabalhadores ambulantes, isto é, os moleiros, os ferreiros. Depois foram surgindo outros, como os curtidores, os tintureiros, os padeiros, os carpinteiros, os oleiros e, até mesmo, os cirurgiões práticos. Com o tempo, porém, em face do aumento da população e com o advento de novos métodos de produção, começaram os artesãos a abandonar a agricultura e a instalar oficinas próprias, onde recebiam encomendas particulares. Surge assim, um novo personagem, até então desconhecido: o cliente. Quando o próprio artesão passou a fornecer a matéria-prima, além de seu trabalho, tornando-se o verdadeiro proprietário de sua oficina. Vale ressaltar que foi dessa separação da produção industrial em diferentes ofícios que nasceu a divisão do trabalho social; na realidade, o germe dos modernos ramos da indústria. Com o progresso da técnica, que trouxe novos meios de produção mais perfeitos para a manufatura, tornando possível a inteira separação do artesanato do ambiente rural, o artesanato tornou-se uma indústria específica e autônoma. Procurou o artesão viver o mais próximo possível do lugar onde poderia colocar os seus produtos e, assim, foi pouco a pouco instalando-se nos centros nascentes de troca, que já era bastante intensa: as cidades. O que tornou possível essa separação dos ofícios em diferentes unidades isoladas foi a troca. Enquanto nas sociedades naturais, que se bastavam a si mesmas, não existia praticamente a troca, na sociedade artesã o quadro era diverso: nenhuma empresa individual podia viver separadamente, sem o auxílio de outras empresas.

No sistema social de troca não existe uma cabeça organizadora, sequer um plano de produção. As empresas são individuais, separadas umas das outras, não mantendo entre si nenhum outro contrato além da troca de produtos. Foi também a esta altura que surgiu no mundo a mercadoria, até então desconhecida. Na sociedade natural só se produzia para se consumir, ao passo que na sociedade da troca, a produção visava outro fim, o da venda. Dois fatos incrementaram a transição do regime do artesanato urbano para o do capitalismo mercantil: o aumento geral da produção e o rápido desenvolvimento do ramo da produção constituída pela distribuição das mercadorias. Nascia ali a indústria a domicílio. O primeiro fato decorre naturalmente do aperfeiçoamento dos meios de produção e do aumento da população. O segundo, que é o progresso intenso do transporte mercantil, nada mais representa que uma conseqüência do primeiro. Com o incremento da produção tornou-se necessário e urgente o transporte de maior quantidade de mercadorias de

toda espécie para o mercado de consumo. Já não se limitava à exportação para os mercados vizinhos, mas para lugares cada vez mais longínquos. À medida que se ampliava a área de mercado que impedia o pequeno produtor de colocar ele mesmo, sua mercadoria, também se ampliava o poder da classe intermediária, representada pelo comerciante. Por conseguinte, a operação final da produção – a distribuição de mercadorias – constituía-se como processo econômico autônomo, separado dos demais processos.

Assim, com o passar do tempo, nas mãos de um só comerciante concentravam-se vários produtores, antes independentes e separados. Com a entrega dos materiais de produção pelo comerciante ao artesão, a operação econômica foi se tornando mais simples: o comerciante limitava-se a entregar esses materiais ao pequeno produtor, que tinha de fabricar para ele mercadorias a preço previamente combinado, propiciando, historicamente, o surgimento da produção em domicílio em grande escala, estando os artesãos, já então, subordinados à autoridade do capitalismo. O antigo sistema de produção em domicílio tornou-se obsoleto para o capitalista mercantil que, a despeito de manter em suas mãos a direção das pequenas empresas, não se contentava com o volume de produção de mercadorias, buscando dar-lhe maior incremento. Não lhe custava nada destruir por completo o antigo sistema, já que um novo se lhe oferecia com perspectiva de muitas e maiores vantagens práticas e imediatas. Resolveu, então, reunir todos os pequenos produtores que dele dependiam em uma única fábrica de sua propriedade.

Assistia-se assim, ao nascimento da manufatura. A bem da verdade, algumas dessas características já existiam na oficina artesã da Idade Média, época em que os jornaleiros e os aprendizes viviam igualmente subordinados e sob a dependência de um mestre artesão, ainda que este participasse ativamente da produção, trabalhando lado a lado com os demais membros da oficina. Na manufatura, via de regra, o capitalista era somente o organizador, financiando o trabalho e obtendo lucro, nada mais. A transição para a nova forma de produção apresentou-se vantajosa para o capitalista, que se converteu em organizador direto e dotado de plenos poderes, além de economizar grandemente o custo da produção, reduzindo em muito as despesas de local, iluminação e ferramentas.⁷

Os grêmios, que haviam resistido à passagem do artesanato livre para a indústria em domicílio, ofereceram ainda mais resistência à implantação da manufatura. Os privilégios de que gozavam constituíram obstáculo importante para o advento desta forma de produção. Os grêmios tinham o monopólio da produção

7 Todos os autores apontam esta vantagem da manufatura, em um só local de trabalho, para o capitalista. A respeito, escreve REBOUD, P. *Précis d'économie politique*. 7ème. éd. Paris: [s.n.], v. II, 1936, p. 255: "Este tipo (manufatura) difere do precedente (indústria a domicílio) em que os operários são reunidos em um mesmo local, em vez de trabalhar em ordem dispersada, cada um em sua casa e como lhe agrada. O patrão agrupa sob seu domínio, no estabelecimento, para repartir entre eles as tarefas, especializar os trabalhadores, vigiar as operações e aproveitar a maravilhosa força da divisão do trabalho para aumentar o rendimento".

em cada cidade, e, ademais, seus regulamentos limitavam rigorosamente o número de operários assalariados (aprendizes e jornaleiros) que podiam ser empregados na oficina, número que, em geral, era bastante reduzido. Com a vitória da manufatura, deu-se início ao recrutamento do proletariado em grande escala. As fábricas, ainda que trabalhando por meio de instrumentos manuais, já reuniam em seu interior um número até então desconhecido de operários. Essa grande massa de trabalhadores era recrutada entre artesãos empobrecidos, camponeses expulsos de suas terras, operários e aprendizes do artesanato moribundo. Também na agricultura ocorreu uma transformação semelhante à manufatura urbana, quando o capitalista, em vez de explorar o camponês como comerciante ou agiota, preferiu organizar a agricultura em grande escala, com auxílio de trabalhadores assalariados em terras arrendadas.

O período da manufatura inicia-se, assim, no final da metade do século XVI, chegando até o último terço do século XVIII. Enquanto, no artesanato, o artesão executava uma série de operações diferentes para fabricar um mesmo objeto, na manufatura, ocorria o contrário. Nesta, tomava-se como ponto de partida a combinação de ofícios diversos e independentes, que se simplificavam a ponto de passarem a ser operações parciais e complementares umas das outras, na produção de uma só mercadoria. Por outro lado, completando o fracionamento da atividade de cada artesão, apoderava-se a manufatura da cooperação primitiva deles e a decompunha em operações diversas, tornando-as independentes, de tal sorte que cada uma delas passasse a constituir função exclusiva de um trabalhador que passava, então, a confeccionar somente uma parte do produto. Assim, cada artesão tornava-se um trabalhador parcelar, nada mais. Ainda na fase da manufatura, desenvolveu-se também aqui e ali o uso das máquinas, sobretudo para certos trabalhos simples e preliminares. Todavia, em geral, no período manufatureiro, as máquinas ainda desempenhavam papel secundário. Não obstante, muitos teóricos classificam a manufatura antes da fábrica, com a discordância de Sombart, que pondera terem as fábricas surgido contemporaneamente na história econômica européia, junto com a manufatura, considerando o período compreendido entre o século XVI e o XVIII como o tempo da vigência quer de uma, quer de outra forma.⁸ Não distinguiam os seus contemporâneos as duas maneiras, usando ambas as expressões como sinônimas. Manufatura costumava ser a indústria têxtil, e fábrica costumava ser a indústria metalúrgica, representando a máquina-ferramenta, a peça principal do mecanismo da fábrica. Com a máquina de fiar, importante invenção que viria revolucionar inteiramente os antigos métodos de produção têxtil, acreditou-se que a máquina, na produção moderna, substituiria o homem, que passou a ser seu vigia passivo, num papel tão mecânico quanto o da própria máquina.

Por outro lado, a transformação do modo de produção em um ramo industrial acarretou a correspondente transformação em outros. Os meios de comunicação e de transporte, já insuficientes em face do aumento da produção, tiveram de se adaptar

8 SOMBART, W. *O capitalismo moderno*. Trad. G. Luzzatto. [S.l.]: Firenze, 1925, p. 103.

às exigências da grande indústria (estradas de ferro, barcos a vapor, navios transatlânticos etc.). Com o incremento da grande indústria e da produção em massa de mercadorias, tornou-se inevitável lutar pelo comprador. Nasceu daí a concorrência, que recebeu na política a forma do liberalismo e, no direito, a concepção da liberdade de contratar e a da autonomia da vontade individual.

O trabalho em domicílio moderno surgiu na Europa nos primórdios do século XVI. A transição da sociedade feudal para o capitalismo mercantil realizou-se através da transformação do produtor em comerciante e capitalista, ou do comerciante que se apoderou da produção dos pequenos produtores. No primeiro caso, o exemplo típico é o do fabricante de panos, quer na Inglaterra, quer na Bélgica ou na França. Na Alemanha foi com a indústria do livro que começou. Os ricos fabricantes de pano transformados em comerciantes e capitalistas forneciam a matéria-prima aos artesãos, obrigando-os a trabalharem somente para eles, vez que muitos deles encontravam-se desprovidos dos meios necessários para comprar a lã. Insensivelmente, o costume se alastrou, no sentido de combinar-se, previamente, uma soma fixa que o artesão recebia para cada peça de pano fabricada, e que representava o preço de sua obra, realizando-se, dessa forma, a transição do pequeno artesanato para a grande produção industrializada em domicílio, sob o controle de um fabricante mais rico e poderoso.

No âmbito da concorrência entre as grandes e pequenas empresas, estas últimas foram, pouco a pouco, desaparecendo, dando lugar às grandes. Em muitos casos, os pequenos patrões arruinados, reduziram-se a meros e insignificantes retalhistas ou vendedores ambulantes. O grande capital foi excluindo a imagem econômico-social do artesão, do artífice que trabalhava em sua oficina, com o auxílio de sua família e de alguns colaboradores, geralmente utilizando-se de instrumentos manuais e vendendo diretamente seu produto ao consumidor. Os artesãos “caíram”, assim, para a categoria dos trabalhadores em domicílio, que trabalhavam por conta de alguém, com matéria-prima fornecida por esse.

Através do século XVIII, com o avanço progressivo da grande indústria concentrada e o recuo ou diminuição da pequena empresa, o fenômeno da produção em massa da mercadoria industrializada quase levou o artesanato ao desuso, provocando sério retrocesso nesta modalidade de mão-de-obra. Contudo, embora as primeiras grandes fábricas houvessem provocado o receio da substituição plena do homem pela máquina, sendo ainda antiquada a tecnologia das máquinas, o que se viu foi a absorção de grande contingente de trabalhadores pelas fábricas, reduzindo o papel dos trabalhadores ao de meros operadores de máquinas, o que não exigia grande especialização de mão-de-obra. Incluem-se aí os artesãos ou trabalhadores por conta própria, já sem campo de trabalho em suas atividades de origem e passando a servir ao capitalismo através do oferecimento de sua força de trabalho sob nova modalidade, diversa daquela para a qual durante toda a sua vida haviam sido formados, através do trabalho no campo, do trabalho em artesanatos ou em demais ofícios, como os de costureiro, de alfaiate, de oleiro etc.

O que sucedeu foi que a concentração dos trabalhadores no chão das fábricas, então pelo sistema fordista de produção, tornou sem sentido a feitura do trabalho fora do ambiente empresarial. Esse fato, aliado à produção em massa, provocou o grave recuo da modalidade de trabalho em domicílio já no século XIX, tanto no que se refere ao trabalho assalariado, quanto no que se refere ao trabalho autônomo, executado pelo artesão, pelo pequeno empresário, pelo empreiteiro ou artífice. Ao final do século XX, porém, a produção em massa já não mais atendia às exigências do mercado, ensejando a mudança do sistema de produção, a reengenharia produtiva e o sistema taylorista. Nessa nova modalidade, o trabalho continuou a ser realizado no chão das fábricas. Todavia, já se verificava o aperfeiçoamento acelerado da tecnologia e o acesso à sua utilização, em face do barateamento dos equipamentos tecnológicos, colocados à disposição da indústria. Às empresas já não interessava a forma de trabalho verticalizada do começo do século, partindo, assim, para a terceirização e fragmentação do trabalho. Dessa forma, o trabalho deixou de ser executado quase que totalmente no chão das fábricas para se repartir em novas modalidades, fazendo ressurgir a modalidade do trabalho em domicílio, tanto sob forma autônoma quanto sob forma assalariada e subordinada. Até mesmo o produto artesanal voltou à moda.

Aprimoraram-se, do mesmo modo, os novos tipos de trabalho em domicílio, podendo, também, ser desenvolvidos de forma informatizada, adotando-se uma linha telefônica, um terminal de computador ou outro aparelho eletrônico. Apresentaram-se sempre mais freqüentes os casos de trabalho em domicílio desenvolvidos com a utilização da tecnologia eletrônica de transmissão à distância, situando-se, aí, o teletrabalho.

NATUREZA JURÍDICA

No Direito brasileiro a definição de empregado é encontrada na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 3º:

“Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (...) Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (...)”

A definição de empregador é encontrada na mesma CLT, no art. 2º. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (...)”.

Portanto, para a caracterização do vínculo empregatício, é necessário que a prestação de serviço seja feita com observância do princípio da continuidade, ou seja, o prestador de serviço não poderá ser substituído por outra pessoa. A contratação há de ser onerosa, não existindo a figura de empregado que trabalhe gratuitamente,

o que configuraria trabalho beneficente. Também o trabalho haverá de ser realizado por pessoa física, vez que, se realizado por pessoa jurídica, restará descaracterizada a relação de emprego. Outro requisito essencial para a existência do vínculo empregatício determina que os riscos da atividade devam sempre ser assumidos pelo empregador, por quem admite, ou seja, por quem contrata o empregado e dirige a prestação de serviço.

O fato de o empregador dirigir a prestação de serviço do empregado é que delimita o traço maior para a caracterização da relação de emprego, considerando-se que essa subordinação do empregado ao empregador deve ser jurídica e não necessariamente econômica. Por subordinação econômica entende-se a situação onerosa da contratação, vez que o fato de o empregado trabalhar mediante salário, induz à idéia de que depende economicamente do seu emprego, vez que dele aufera a remuneração necessária ao seu sustento e ao de sua família, sendo esse, aliás, o motivo maior que reduz a situação de penalidade à dispensa do empregado e ao desemprego, na medida em que retira do indivíduo a possibilidade de subsistir com dignidade, tirando de sua própria força de trabalho a recompensa econômica que lhe proporcionará a manutenção própria e familiar.

Em face da subordinação econômica é que se determina, muitas vezes, como fator de caracterização da relação empregatícia, a exclusividade do empregado em relação à prestação de serviço ao empregador. Entretanto, este requisito há de ser importante ou não, dependendo do tipo de contrato firmado entre as partes, empregado e empregador, podendo ou não a prestação de serviço efetuar-se com a exclusividade do empregado, sendo comum que seja exigida em relação àquelas atividades mais afetadas pela concorrência. Sempre que um trabalhador em domicílio trabalha para um empregador, do qual dependa econômica e hierarquicamente, receba ordens e instruções e seja obrigado a cumprir metas de trabalho por ele determinadas, trata-se de um empregado como qualquer outro que trabalhe no âmbito interno da empresa.

O trabalho em domicílio é aquele realizado fora do ambiente empresarial, na residência do empregado, ou em qualquer outra localidade escolhida por esse. Portanto, não é o local da prestação de serviço que vai modificar a natureza intrínseca da relação de emprego, mas a existência ou não dos demais requisitos previstos nos arts. 2º e 3º celetizados que o caracterizam. O simples fato de o empregado trabalhar longe da vista do empregador, o que torna peculiar a forma de direção de seu trabalho, não induz, necessariamente, à inexistência da subordinação e tampouco descaracteriza a natureza de continuidade do contrato de trabalho. O fato de o trabalhador depender economicamente da atividade que realiza, desde que tal atividade detenha elevado grau de importância para sua subsistência e de sua família, revela a dependência econômica, pela qual o trabalhador em domicílio inclui-se nitidamente na classe ampla do trabalhador assalariado. Note-se que, no trabalho em domicílio, é mais comum a prestação de serviços para várias pessoas. Todavia, a exclusividade não constitui requisito essencial para a caracterização de vínculo empregatício.

A subordinação, no trabalho em domicílio, constitui fator diluído dentro da contratação, em face de a prestação de serviço transcorrer longe da vista do empregador. Mas a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato, nele encontrando seu fundamento e seus limites. Entretanto, o conteúdo desse elemento caracterizador do contrato de trabalho não se pode assimilar pelo sentido predominante na Idade Média: o empregado não é “servo”, e o empregador não é “senhor”. Há que se partir do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador. A subordinação, própria do contrato de trabalho, não sujeita toda a pessoa do trabalhador, limitando-se ao âmbito da execução do trabalho contratado, haja vista tratar-se apenas de uma situação jurídica.

A situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Maranhão classifica como direitos do empregador:

“... a) de direção e de comando, cabendo-lhe determinar as condições para a utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato; b) de controle, que é o de verificar o exato cumprimento da prestação de trabalho; c) de aplicar penas disciplinares, em caso de inadimplência de obrigação contratual...”⁹

Os deveres do empregado consistem, em primeiro lugar, na prestação do trabalho, como também na obediência aos direitos do empregador e na diligência e fidelidade com relação ao cumprimento do contrato. Com relação ao trabalho em domicílio, com base no parágrafo único do citado art. 3º consolidado, não pode o mesmo ser excluído do manto da proteção do vínculo de emprego, o que vai garantir a este trabalhador os vários direitos trabalhistas que lhe são afeitos.

Portanto, desde que seja assalariado e que trabalhe mediante a contratação que implique a observância do princípio da continuidade, sob a subordinação do empregador, o trabalhador em domicílio é caracterizado como empregado, na acepção legal. Não obstante, o trabalhador autônomo também pode estar sujeito ao controle do tomador do serviço no que se refere aos mecanismos essenciais para a garantia de resultado satisfatório do serviço, conforme, por exemplo, se nota da Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, relativa aos representantes comerciais autônomos. O que deflui da subordinação afeita ao empregado é aquela em que o poder diretivo do empregador apresenta-se mais acentuado por força do contrato de trabalho estabelecido entre as partes, mediante o qual o empregado subordina-se por força deste mesmo contrato.

É nesse sentido que se expressa o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, muito embora seja ténue a subordinação do trabalhador domiciliar em relação ao seu empregador, vez que a execução do serviço se faz distanciada da vista desse. Moraes Filho, reportando-se à maioria dos autores italianos e citando Barassi e Fantini, afirma que o trabalhador em domicílio é um trabalhador juridicamente

9 Apud MARANHÃO, Délio. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; LIMA, Teixeira. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, v. 1, p. 248.

independente, mas economicamente dependente.¹⁰ Os italianos classificam o trabalhador em domicílio na categoria dos trabalhadores autônomos, mas afins quanto ao tratamento jurídico, ao operário subordinado.¹¹ Moraes Filho, entretanto, o proclama como um dependente econômico e afirma que, ainda que trabalhe para mais de uma empresa, tal fato não o faz perder sua qualidade de empregado, importando muito mais a existência dos outros requisitos inerentes ao contrato de emprego, acrescentando que:

“Socialmente, o trabalhador a domicílio típico é um proletário – já o vimos através da sua formação histórica – depende exclusivamente do seu salário para viver, é, na linguagem de um dos adversários da dependência econômica, um hipossuficiente. Precisa, assim, da ajuda e da tutela das leis do trabalho, como legítimo assalariado que é.”¹²

Daí a dificuldade de conceituar-se o trabalhador em domicílio como empregado, sob o enfoque do traço mais característico desse tipo de relação, que é a subordinação jurídica, dado o fato de ser a prestação de serviço realizada fora das dependências do empregador e longe da vista deste, o que, em tese, dificulta o exercício do poder diretivo.

Com efeito, ainda que exercido o trabalho ao direto alvedrio do trabalhador, muitas vezes, com emprego de alta tecnologia, como o uso do telefone ou do computador, há que se vislumbrar de todo modo a existência do contrato, o que faz presumir a presença da empresa. Entretanto, para esse trabalhador, perde-se a noção de estabelecimento, vez que do mesmo não se serve para a execução da sua prestação de serviço. Nesse passo, mostra-se sutil a verificação da subordinação jurídica, comumente aplicada para inferir-se sobre a existência da relação de emprego. Nesse caso, a maior distinção que se pode observar vai ater-se à exigência do empregador a respeito da produtividade. Enquanto no trabalho domiciliar autônomo o que caracteriza o índice da produtividade é o alvedrio do próprio trabalhador ao sabor das necessidades desse, no vínculo empregatício, o índice da produtividade do empregado é aferido de acordo com as necessidades do empregador e, segundo as exigências desse, sem consideração à vontade do empregado, observando os limites do poder diretivo daquele, dentro dos limites traçados pelo direito de resistência do empregado.

Aliás, a Consolidação das Leis do Trabalho até mesmo prevê a possibilidade da dispensa indireta para o caso de o empregador exacerbar-se no exercício dos seus direitos.¹³ Portanto, ao trabalho em domicílio devem ser aplicadas as mesmas

10 Apud MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit., p. 137.

11 Idem, p. 80-81.

12 MORAES FILHO, Evaristo de. Op. cit., p. 94.

13 CLT: “Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; (...); f) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários”.

regras aplicáveis ao trabalhador comum para aferição da existência do vínculo de emprego, à luz das definições constantes dos arts. 2º e 3º celetizados, valendo-se da particularidade inerente à subordinação com relação ao trabalho em domicílio que deve, por sua vez, ser inferida levando-se em conta se a produtividade ou a quantidade do trabalho executado faz parte da exigência do tomador do serviço, ou se permanece ao alvedrio do trabalhador, a segunda hipótese valendo como característica essencial do trabalho com autonomia. Assim, enquanto no trabalho autônomo o índice da produtividade é ditado pelo trabalhador sem que o tomador do serviço possa interferir com o intuito de dirigir a prestação de serviço, no trabalho subordinado a exigência quanto à quantidade do trabalho a ser apresentada pelo empregado deve ir ao encontro das necessidades do empregador, levando-se em conta, naturalmente, o exercício com razoabilidade do poder diretivo deste sujeito, obviamente, ao razoável exercício do direito de resistência do empregado.

Outra distinção importante é o fato de, diferentemente do trabalhador em domicílio sem vínculo empregatício, o empregado que trabalha em domicílio ter as garantias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, como salário, 13º salário, férias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), salário-família e indenização, em caso de ser dispensado sem motivo justo, como o aviso prévio e 40% sobre o valor depositado do FGTS etc.

REGULAMENTAÇÃO

A questão tem sido uma das preocupações da Organização Internacional do Trabalho, que considera as legislações dos Estados-membros, de modo geral, muito imprecisas no que diz respeito à condição jurídica dos trabalhadores em domicílio, reconhecendo a existência de um vazio jurídico.

Como uma das tentativas de atenuar o desemprego, a Organização Internacional do Trabalho regulamentou o trabalho em domicílio, em face da expansão significativa do teletrabalho, através da Convenção 177 e da Recomendação 184, ambas datadas de 1996.

A propósito, observa Barros, citando obra de Vega Ruiz, que:

“em face dos aspectos peculiares dessa relação laboral, que poderá se desenvolver por conta alheia, há países que consideram o trabalho a domicílio no âmbito do trabalho autônomo, arrolando-se entre esses países Bangladesh, Egito, Hong Kong, Índia, Panamá, Turquia, Singapura e África do Sul. Alguns países possuem legislação específica sobre o trabalho a domicílio (Alemanha, Argentina, Áustria, Cuba, Hungria, Índia, Itália, Japão, Marrocos, Noruega, Países Baixos, Peru, Polônia, Portugal, Rússia, San Marino, Suíça e Uruguai), outros regulam-no em um artigo do Código do Trabalho (Bolívia, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Espanha, França, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, República Dominicana, Checoslováquia e Venezuela), outros o incluem no âmbito da legislação geral

do trabalho (Brasil e Finlândia) e há os que o excluem de certos institutos jurídicos (Dinamarca, Malta e Suécia).¹⁴

Para a Organização Internacional do Trabalho, o Brasil classifica-se entre os países nos quais a lei trabalhista estende-se aos trabalhadores em domicílio, por considerar que esta atividade implica contrato de trabalho originado de uma relação de emprego.

De fato, conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 6º: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que seja caracterizada a relação de emprego”. Logo, estendem-se a essa modalidade de trabalho as normas previstas no direito social desde que compatíveis.

A portaria do Ministério do Trabalho¹⁵ criou comissão tripartite, integrada por representantes do Governo Federal e por representantes dos trabalhadores e dos empregadores, com a incumbência de analisar a Convenção nº 177 e a Recomendação sobre Trabalho em Domicílio nº 184.¹⁶

Essa providência ministerial harmoniza-se com as disposições da Convenção nº 144 da Organização Internacional do Trabalho, que tem por objeto o estabelecimento de mecanismos tripartites para promover a aplicação das normas internacionais de trabalho. Vê-se que o trabalho em domicílio vem despertando, nos últimos tempos, maior atenção por parte de governantes e de estudiosos da matéria, por tratar-se de atividade que tende a desenvolver-se de modo considerável.

Em nossa Consolidação das Leis do Trabalho existem tão-somente dois dispositivos referentes ao trabalho em domicílio. O citado art. 83 da Consolidação das Leis do Trabalho diz: “É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado esse como o executado na habitação do empregado ou em oficina da família, por conta do empregador que o remunerar”. Na prática, qualquer que seja a produção do empregado que trabalha em seu próprio domicílio, a tarifa atribuída por peça ou por outra unidade de produção deve possibilitar ao empregado médio ganhar o mínimo legal ou profissional. Entretanto, o parágrafo único do art. 372 da Consolidação das Leis do Trabalho excetua do trabalho subordinado aquele realizado em oficina “em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho”.

O art. 402 da Consolidação das Leis do Trabalho, parágrafo único, excetua, da mesma forma, o menor. Portanto, a lei brasileira, nestes dois dispositivos, através da Consolidação das Leis do Trabalho, faz menção ao trabalho domiciliar realizado em

14 BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. São Paulo: LTr, 2001, p. 175.

15 BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria nº 973 de 19.10.1997. Publicada no DOU, 20 out. 1997, p. 24475.

16 Recomendação adotada pela 83ª Conferência Internacional do Trabalho, de 22 de junho de 1996.

oficina de família, sem vínculo empregatício, o que é remarcado no presente trabalho, vez que, ao menos *en passant*, o mesmo refere-se ao trabalho em domicílio autônomo.

Não obstante, vale ser lembrado que, por iniciativa do Poder Executivo, se estuda a possibilidade de revogação de alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho por apresentarem-se retrógrados e em dissonância com a realidade atual; por certo, o art. 372 merecerá ser revogado, vez que já não se apresenta de acordo com a realidade da mulher no mercado de trabalho.

Embora a Portaria nº 973 do Ministério do Trabalho tenha criado a expectativa de que algo seria acrescentado à legislação a respeito do trabalho em domicílio, intocada desde 1943 quando foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio, o fato é que até hoje permanecem os mesmos dois artigos, o art. 6º e o art. 83, consolidados há mais de meio século.

Entretanto, a preocupação da providência ministerial cinge-se a não onerar o custo da produção, com a finalidade de propiciar condições para que o Brasil possa concorrer internacionalmente, com vistas ao fato de que a competição no mercado internacional, por mercê da globalização da economia, aguçava a concorrência, conforme observado por Saad.¹⁷

O TRABALHO EM DOMICÍLIO CONSIDERADO COMO ATIVIDADE TÍPICAMENTE FEMININA

Abreu e Sorj organizaram estudo sobre trabalhadores em domicílio no Brasil, cujos quatro primeiros capítulos tratam especificamente do trabalho industrial subcontratado, realizado no domicílio do trabalhador mediante remuneração e sob encomenda de um empregador ou de seu intermediário, seguidos de capítulo que aborda outra modalidade de trabalho domiciliar, que é aquele realizado por conta própria. Na mencionada obra, o destaque vai para o fato de a característica mais marcante do trabalho em domicílio contemporâneo é constituir-se como atividade essencialmente feminina em todas as partes do mundo, apontando que a feminilização do trabalho em domicílio varia de 90% a 95% na Alemanha, na Grécia, na Irlanda, na Itália e na Holanda, apresentando índices de 84% na França, de 75% na Espanha e de 70% na Grã-Bretanha. No Japão, segundo pesquisa realizada em 1988, 93,5% dos trabalhadores em domicílio eram mulheres e, na antiga URSS, onde o trabalho em domicílio é concentrado em indústrias locais, 86% do contingente desse tipo de trabalhadores apresenta-se integrado por representantes do antigo sexo frágil.¹⁸

17 Sobre o assunto cf. SAAD, Eduardo Gabriel. O trabalho a domicílio e o Ministério do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 153, p. 845-849, out. 1997.

18 LAVÍNIA, Lena; LINHARES, Sheila; JORGE, Ângela; SORJ, Bila. Subcontratação e trabalho a domicílio – a influência do gênero. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva; SORJ, Bila (orgs.). *O trabalho invisível: Trabalho a domicílio nas sociedades contemporâneas*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1993, p. 15. Nesta obra as autoras citam o “*Council of Europe. The Protection of Persons Working at Home*”. *Strasbourg Council of Europe*, 1989.

Destaca-se, ainda, o fato de que em muitos países industrializados do mundo contemporâneo o trabalho em domicílio concentra-se nas grandes cidades e envolve principalmente mulheres imigrantes ou pertencentes a minorias étnicas, devido às barreiras da língua, às situações muitas vezes ilegais, ao baixo nível de formação educacional, às práticas discriminatórias do mercado de trabalho, à solidariedade familiar como prática defensiva diante de uma sociedade estranha e, muitas vezes, hostil. Destaca-se também, segundo o estudo, que, através deste tipo de trabalho, investe-se na educação dos filhos a fim de obter-se ascensão social, vez que os filhos desenvolvem uma trajetória ocupacional diferente da dos pais, sendo esse o principal motivo pelo qual se percebe uma renovação do trabalho em domicílio a cada onda migratória das grandes cidades, como em Nova Iorque e Paris, onde judeus cedem espaço a japoneses e iugoslavos, que, por sua vez, o cedem a coreanos e chineses.

No entanto, ante a perspectiva de um novo olhar, o fenômeno da fragmentação do trabalho instalou-se, atingindo homens e mulheres, indiscriminadamente, e o que se chamou anteriormente de discriminação indireta contra a mulher, quando se passou a dar-lhes preferência de emprego devido à sua baixa remuneração, no começo do século XIX, já não mais se verifica, vez que o desemprego em massa e o avanço da tecnologia, que desloca o trabalho para o rol de novas modalidades de prestação de serviço, atinge tanto as mulheres quanto os homens. Assim, até pouco tempo atrás, quando se falava em trabalho em domicílio, reportava-se ao trabalho precário, mal remunerado, executado geralmente por pessoas sem qualificação profissional e sem qualquer proteção legal e previdenciária, mas o teletrabalho vem apontando a necessidade de revisão daquele conceito. Na verdade, até o fato de essa modalidade de prestação de serviço ser atribuída freqüentemente à mulher implica certo preconceito. É preciso ter em mente que a inserção da mulher no mercado de trabalho é uma realidade sobre a qual já não se apresentam maiores questionamentos, não cabendo, portanto, polemização sobre o tema, principalmente se o intuito é o de apontar discriminações contra o trabalho feminino. O fato de verificar-se ainda alguma concentração de mulheres em determinados setores, conforme se constata no serviço público, por exemplo, onde há maioria feminina e no setor político, onde as mulheres compõem a minoria, tal fato deve ser atribuído à preferência das próprias mulheres, em função de suas escolhas por determinados trabalhos que lhes sejam mais convenientes e/ou mais agradáveis, numa demonstração inequívoca de que as mulheres já têm o poder de escolher e de decidir o que querem ou o que não querem fazer. Aliás, De Masi já fala em hegemonia da mulher.¹⁹

O que se pode dizer agora, a meu ver, é que a discriminação contra a mulher, atualmente, nos países desenvolvidos e democráticos, se dá apenas nas relações pessoais e não no âmbito profissional, em face de sua efetiva inserção nas mais diversas e complexas atividades profissionais.

19 DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: GMT, 2000, p. 148. (Entrevista concedida a Maria Serena Palieri)

TRABALHO INFANTIL

Justifica-se a inserção deste tema no presente estudo em vista do fato de o trabalho domiciliar, tanto aquele realizado para um empregador como aquele realizado na denominada “oficina de família”, apresentar forte tendência à utilização de força de trabalho de menores.

Foi a partir do final do século XVIII que os menores, assim como também as mulheres, ingressaram de forma expressiva no mercado de trabalho para colaborarem com a melhoria do orçamento doméstico, agravado que fora pelas péssimas condições de trabalho decorrentes dos efeitos combinados da Revolução Industrial e da Revolução Francesa.

Paradoxalmente é em épocas de acentuada situação de desemprego que se nota o crescimento da utilização do trabalho infantil, o que denota a cultura da exploração do trabalho, verificando-se, em tais ocasiões, a falta de preocupação com a educação, em face dos poucos recursos orçamentários para o investimento nessa área, o que geralmente ocorre em países pobres, subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento. Nesses períodos, quando homens e mulheres encontram-se sem emprego e sem condições de prover o sustento de suas famílias, em vez de serem ofertados empregos aos adultos, muitas vezes, esses são ofertados às crianças, que são compelidas pelas famílias a trabalharem, auferindo ganhos infinitamente inferiores àqueles que poderiam ser auferidos pelos pais. Na atualidade, a partir de meados do século XX, a identificação da ocorrência desse fenômeno no Brasil e no mundo fez com que, em 1988, a Organização Internacional do Trabalho implementasse campanhas contrárias ao trabalho infantil, estabelecendo como prioridade de seus programas as seguintes medidas alusivas ao trabalho de menores ou a eles correlacionadas: proibição de trabalho de menores em condições abusivas e em ofícios e indústrias perigosas; proscrição de emprego de menores de baixa idade, em conformidade com a Convenção nº 138, de 1973; implementação de um sistema de aplicação da legislação de proteção ao trabalho do menor em nível nacional; desenvolvimento de ensino formal e informal, da seguridade social e ampla divulgação de seus direitos; incremento do emprego e dos rendimentos de trabalhadores adultos a fim de reduzir sua dependência frente ao trabalho dos menores; ingresso das organizações de empregadores e trabalhadores na campanha contra o trabalho infantil; coordenação de ação complementar de organismos governamentais e não-governamentais para proteção aos menores que trabalham.

Conforme registra Süsssekind, em relatório elaborado em 1996, a OIT assinalou que 26,3% de crianças na faixa etária de 10 a 14 anos trabalhavam na África, 13% na Ásia e 9,8% na América Latina. Mais de 45% dessa faixa etária trabalhavam no Mali, em Burkina, em Níger, em Uganda e no Quênia; mais de 30% no Senegal e em Bangladesh; mais de 25% na Nigéria e no Haiti; mais de 20%, na Turquia e na Costa do Marfim; 17,7% no Paquistão; 16,1% no Brasil; 14,4% na Índia; 11,6% na China e 11,2%, no Egito, concluindo que “Há um grande número de crianças escravas na agricultura, no serviço doméstico, nas chamadas indústrias do sexo, nas indústrias de tapetes e têxteis, nas pedreiras e na fabricação de ladrilhos”,

e revelando, ainda, a existência de um total de mais de 250 milhões de crianças trabalhando em setores diversos.²⁰

A Organização Internacional do Trabalho vem empreendendo notável campanha no combate à exploração do trabalho infantil, seja em função da idade, seja no que se refere a atividades nocivas aos menores. No Brasil, a idade mínima para o trabalho do menor, que era de doze anos, elevou-se para quatorze anos, pela Constituição Federal de 1988, com ressalva do trabalho aprendiz. Com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a idade mínima para o trabalho foi elevada para dezesseis anos, salvo na aprendizagem, que pode iniciar-se aos quatorze anos, o que pode ser considerado como um avanço em relação à idade mínima de quatorze anos, fixada em muitos países e pela própria Organização Internacional do Trabalho. Para os menores de dezoito anos é proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no intuito de estipular várias medidas de proteção ao menor, veda o trabalho penoso ao menor de dezoito anos, proibindo-o em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social. Ademais, tem sido bastante propagada, pela imprensa, a redução do trabalho infantil no Brasil. Entretanto, ainda é gravíssima sua exploração, merecendo ampla mobilização social e política este tema.

Traçadas estas linhas gerais sobre o trabalho do menor, note-se que no trabalho em domicílio, por ser realizado longe da vista do empregador, no âmbito residencial do prestador de serviço, e com o auxílio, muitas vezes, dos demais membros familiares, pode ser adotada, pelos próprios pais, a prática da exploração do trabalho infantil, no afã de produzir cada vez mais, para auferir ganhos maiores, principalmente em atividades de inexpressivo conteúdo intelectual, o que se agrava em face da dificuldade de acesso da fiscalização por órgãos governamentais competentes. Visando minorar tais situações, pode-se adotar a tática da conscientização coletiva, para que os próprios trabalhadores em domicílio se convençam da necessidade de estudo e recreação para as crianças e para que a sociedade, de modo geral, proceda à denúncia de práticas de exploração desse tipo de trabalho aos específicos setores competentes.

O TELETRABALHO

O teletrabalho é espécie do gênero trabalho à distância ou em domicílio. Alguns o tratam também como trabalho flexível.

Conforme Trindade, nem sempre trabalhar em casa equipada com pequeno computador ligado à Internet, dispondo de linha telefônica com fax e de celular fornecido pelo patrão, pode configurar o teletrabalho. Ao contrário, este tipo de trabalho é muito mais próximo da figura do trabalho em domicílio comum do que do teletrabalho.²¹ Di Martino e Wirth definem o teletrabalho como aquele efetuado

20 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 288-289.

21 TRINDADE, Washington Luiz da. Doutrina. Teletrabalho, trabalho à distância. Disponível em: <http://www.consulex.com.br>. Acesso em: 30 jun. 2000.

em um lugar distanciado das oficinas centrais de produção, no qual o trabalhador não mantém contato pessoal com seus colegas, mas dispõe de condições para comunicar-se com eles por meio de novas tecnologias.²² Dentro desta definição, o “teletrabalho” não se confunde com o trabalho executado por certos trabalhadores da área de informática, tais como os trabalhos executados por analistas, por programadores, por digitadores e por operadores, quando realizado dentro do ambiente empresarial de trabalho.

Essa definição encaixa-se, pois, na definição de trabalho em domicílio, ou, mais precisamente, na definição de teletrabalho em domicílio, haja vista no conceito clássico do trabalho em domicílio o teletrabalho sequer encaixa-se, e, na acepção de alguns autores, não se pode conceber o trabalho subordinado como teletrabalho. Contudo, outros, simplesmente, entendem que pode ser concebido o trabalho em domicílio como sinônimo de teletrabalho, hipótese que afastaria o conceito clássico do trabalho em domicílio.

Já conceituamos o trabalho em domicílio como todo trabalho realizado fora do âmbito empresarial, fora da vista do empregador, ou do tomador do serviço. Dissemos que a produtividade e a qualidade são mensuráveis, sem cogitar, contudo, a fiscalização direta. Falamos da subordinação jurídica do empregado com relação a seu empregador e que a remuneração, neste caso, é auferida levando-se em conta a quantidade produzida, tendo no fator produção o seu principal enfoque, para mensuração da quantidade e qualidade do serviço prestado. No teletrabalho estão presentes todas essas características, com a peculiaridade do uso de instrumentos tecnológicos para o trabalho realizado.

É difícil situar a época na qual começou a ser realizado o teletrabalho de um modo generalizado, vez não ter esse surgido em todos os países nas mesmas épocas e com a mesma intensidade. Gallardo Moya destaca seu início na década de 70, nos Estados Unidos, coincidindo com a crise energética e com a recessão econômica. Segundo Moya, sua extensão a outros países, especialmente aos países europeus, deveu-se a fatores econômicos e técnicos, e a recessão econômica, por induzir as empresas a um novo planejamento em sua organização, com a finalidade de adaptar a força de trabalho às novas exigências do mercado, de forma a lutar contra a inflação, tornou necessária a melhoria da concorrência, através da redução de gastos, sobretudo em relação ao preço do trabalho.²³ Como uma das formas de redução do custo do trabalho, o avanço tecnológico permite que certas tarefas, principalmente as técnicas e administrativas, se realizem fora dos centros habituais de trabalho, o que redundou na descentralização produtiva e na acentuada redução de gastos, por intermédio da economia de tempo e de espaço. A redução de empregos no setor industrial, por sua

22 DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra: OIT, 109 (4), p. 471, 1990.

23 Cf. GALLARDO MOYA, Rosario. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*. Madrid: Nueva Imprenta, 1998.

vez, fez surgir novas modalidades de mão-de-obra no setor de serviços, o que também influi no aumento da quantidade de tarefas prestadas fora do âmbito empresarial, podendo ser citadas, como exemplo, as tarefas ligadas ao manejo de informações, como o serviço de telemensagens.

Também por razões políticas, como a preocupação com os efeitos da crise energética, e por razões econômicas, investe-se no desenvolvimento do teletrabalho visando, por exemplo, à redução do tráfego de veículos, com efeitos positivos na economia de combustíveis e na redução dos efeitos poluentes. O teletrabalho, além de significar novas opções de trabalho, veio mesmo para transformar o mundo do trabalho e interferir na forma de as pessoas viverem e se relacionarem. Assim como o taylorismo surgiu como uma forma de resposta organizativa ao processo técnico introduzido pelo fordismo, o teletrabalho é o contrapeso instigado pela informática e pelas telecomunicações. Este novo modelo de prestação de trabalho, através da informática e das telecomunicações, pode afetar positivamente relações e modos de vida, tornando o trabalho mais humano, mas também pode, por outro lado, contaminar a vida do lar.

São várias as modalidades de atividades ligadas ao teletrabalho, entre as quais destacamos os serviços de telemensagens, geralmente prestados por microempresários, mas também, muitas vezes, por verdadeiros empregados. Muito comum, atualmente, é o empregado que trabalha com vendas ou assemelhados, fazê-lo através de local de sua própria escolha, comunicando-se pelo telefone celular com seus clientes e fornecedores, sem a existência de escritório ou posto de trabalho, ao qual possa reportar-se. Às vezes, o escritório da empresa é localizado em outra cidade ou, muitas vezes, até mesmo em outro Estado da federação. No caso de serviços prestados através de computadores, presenciam-se, hoje, situações nas quais o empregado é contratado e presta serviço comunicando-se com a empresa contratante *on-line*, através do próprio computador, seu único instrumento de trabalho, ou situações nas quais a empresa contratante, às vezes radicada em outro país, também fiscaliza seu serviço através do computador. A informática e a telemática,²⁴ essa última depois da criação do contrato de licença em lei,

24 “TELEMÁTICA. De telecomunicações e informática. Ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de comunicação”. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1658. Ainda a este respeito cf. também: CHESNAIS, François. *A individualização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996, p. 28: “A teleinformática (às vezes chamada telemática) surgiu da convergência entre os novos sistemas de telecomunicações por satélite e a cabo, as tecnologias de informação e a microeletrônica. Ela abriu às grandes empresas e aos bancos, possibilidades maiores de controlar e a expansão de seus ativos em escala internacional e de reforçar o âmbito mundial de suas operações. A teleinformática permite a extensão das relações de terceirização, particularmente entre as empresas situadas a centenas de milhares de quilômetros umas das outras, bem como a deslocação de tarefas rotineiras nas indústrias que se valem grandemente da informática. Ela abre caminho para a fragmentação de processos de trabalho e para novas formas de trabalho em domicílio”.

possibilitaram até as contratações via computador, visando a um resultado recepcionado pelas empresas, sem traço pessoal de sua realização.

É Trindade quem diz: “Na verdade, na era da telemática, o trabalho reassume a feição primitiva de produto final, de mercadoria, que é recepcionado nas empresas sem a apropriação, pelo empresário, da força individual, à sua disposição e ordem”.²⁵ Adiante, explica que as partes podem ser pessoas indeterminadas ou mesmo indetermináveis. O trabalho é o esforço mental de uma pessoa, com o título de proprietária do “programa”, pelo que o contrato, anteriormente ato intervivos, poderá ser entabulado com uma máquina. É o que ocorre, por exemplo, quando surge em cena o *softwareman*, o autor de programas que detém direitos de obra intelectual e pode vendê-la, como qualquer outra mercadoria.

A Lei nº 9.609, de 19.02.1998, dispõe sobre o resguardo à propriedade intelectual de programa computadorizado, idêntico ao de uma obra literária, protegendo o autor de mutilações e plágios de seu programa. Nesse caso não existe o traço do trabalho subordinado, mas de contratação para consecução de um serviço encomendado. Trindade refere-se, ainda, à relação entre o usuário e a máquina, citando o exemplo do “Banco 24 horas” e os discos *worms* (*write once, read many*), nos quais a gravação substitui o ser humano. Outras modalidades de teletrabalho são aquelas em que este é realizado em centros de trabalho, que consistem em pequenos estabelecimentos separados da oficina central, porém dependentes dessa e em permanente comunicação eletrônica. Configuram-se, por conseguinte, como autênticos centros de trabalho, que têm como única especialidade a utilização de meios informáticos para o desenvolvimento da atividade, podendo ser destacado nessa modalidade de trabalho o *bip*, por meio do qual o usuário recebe o sinal e se comunica com a central para o recebimento da mensagem. Atualmente, todavia, a tendência é o desuso dessa modalidade de serviço, após a popularização do telefone celular. Aliás, o telefone celular desponta como a ferramenta mais poderosa do trabalho à distância, vez que o trabalhador pode comunicar-se com seu empregador, com clientes, com o tomador dos serviços, ou com qualquer pessoa, que esteja em qualquer lugar, podendo, até mesmo, estar em casa ou em outra cidade, em atividades de diversão e de recreação, sem que a outra pessoa perceba o que está realmente acontecendo.

A propósito, é interessante notar as interações e diferenças entre o trabalho, o lazer e o ócio. Estudiosos sobre o tema do ócio, mais precisamente sobre o ócio criativo e o lazer, referem-se à confusão entre o ócio criativo e o trabalho intelectual, no sentido de ser possível a uma pessoa divertir-se enquanto lê um livro técnico, ou enquanto executa uma tarefa que lhe proporcione intenso prazer. Com relação à grande concentração de serviços na área do lazer e do turismo, a idéia é sempre de diversão enquanto se trabalha, inclusive, instigando-se a idéia do trabalho prazeroso, alegre e feliz, diferentemente do caráter de fardo e de peso que envolvia o sentido do trabalho em épocas mais remotas. Paradoxalmente a essas fusões entre trabalho

25 TRINDADE, Washington Luiz da. Op. cit.

e lazer, trabalho e ócio, os trabalhadores concentrados em escritórios sofrem com a fiscalização eletrônica no trabalho, sendo comum a instalação de câmeras em setores de trabalho para monitoração das atitudes dos empregados, bem como monitoração de *e-mails* particulares com o intuito de se evitar excesso e inconveniência de alguns empregados, ou, às vezes, em face do rigorismo exacerbado de alguns empregadores. Instalam-se salas de trabalho cada vez mais abertas, cujo espaço é dividido entre dezenas de empregados, inclusive entre aqueles que exercem cargos de chefia, com o objetivo de uns fiscalizarem outros, e de se criar, no próprio ambiente, clima de fiscalização e inibição, no sentido de se evitar que qualquer excesso de algum trabalhador venha a prejudicar outro e ser por esse repellido.

Assim, enquanto o trabalhador interno é repellido ou até mesmo cerceado em sua liberdade, facilitado pela tecnologia, o telefone celular instalou-se no cotidiano das pessoas, permitindo ampla liberdade de comunicação e exercício de determinadas formas de trabalho em absoluta desvinculação com o espaço, ao menos por enquanto, vez que já se fala em popularização da instalação de câmeras nesses aparelhos portáteis. Aliás, para os trabalhadores *on-line*, dentro do próprio sistema e do próprio programa de computador, já se apresenta viável a monitoração das caixas eletrônicas particulares dos empregados. Gallardo Moya destaca ainda, com relação ao teletrabalho transnacional, a contratação de trabalhadores pelos Estados Unidos, de pessoas domiciliadas em Barbados, Coréia do Sul, Índia etc., para atuarem em tarefas administrativas e de tratamento de textos, servindo-se de cadeias eletrônicas.²⁶ Podemos citar, por observação natural, que, no Brasil, trabalhadores são contratados por empresas dos Estados Unidos e da Europa, *on-line*, para prestação de serviços ligados a programas próprios de computador. Em alguns casos, o empregado executa o trabalho em seu domicílio ou em outro lugar que lhe apraz, em um ou alguns dias da semana, dirigindo-se à empresa para a execução de tarefas outras, para as quais seja imprescindível seu comparecimento. Tal fato já ocorre com bastante freqüência e naturalidade na categoria de trabalhadores mais qualificados. Às vezes a própria empresa fornece os equipamentos necessários. Possivelmente essa forma de trabalho predominará no futuro, considerando-se as facilidades oferecidas pela Internet e pelo telefone celular. Essa modalidade pode ser classificada como teletrabalho a tempo parcial. Um fenômeno que se observa, nesse caso, é o da desestruturação do tempo e do espaço, categorias que estão a se transformar de modo radical. Se é verdade que a sociedade rural não tinha alternativa a não ser de estabelecer-se onde o terreno era apropriado à plantação, vinculando-se ao espaço, e explorando o cultivo apropriado a cada estação do ano, vinculando-se ao tempo, também a sociedade industrial permaneceu vinculada à idéia de tempo e de espaço. O trabalho concentrava-se nas grandes fábricas, onde os trabalhadores eram obrigados a permanecer pelo tempo para o qual eram contratados, fazendo com que toda as demais atividades rotineiras da sua vida girassem em torno do tempo que lhes sobrava para se dedicarem a elas. Já agora, graças ao fax, ao celular, à secretária eletrônica, ao correio eletrônico

26 GALLARDO MOYA, Rosario. Op. cit., p. 61.

e à Internet, pode-se tudo fazer a qualquer tempo e em qualquer lugar, separando-se a vida das pessoas da idéia de horário e lugar. Fala-se aqui do denominado “espaço virtual” e, a esse propósito, salienta Lévy que: “Quando uma pessoa, uma coletividade, um ato, uma informação se virtualizam, eles se tornam não-presentes, se desterritorializam”.²⁷

O trabalhador clássico tem sua mesa de trabalho, enquanto o participante de empresa virtual compartilha, com outros empregados, do mesmo programa de computador; o membro da empresa habitual transfere-se de seu espaço privado ou domiciliar para o espaço público do ambiente de trabalho, ao passo que com o teletrabalhador ocorre o inverso: ele transfere-se do espaço público para o seu espaço privado, vez que trabalha em seu próprio domicílio, ou seja, o limite deixa de ser estipulado: os lugares e tempos se fundem. Às vezes, sequer se sabe ao certo para quem se está trabalhando, como ocorre nos casos de contratações *on-line*, desempenhadas por empregados de nações diferentes daquelas dos empregadores, não existindo, sequer, uma sede a que se possa denominar de “real”, da empresa contratante, no país do empregado contratado. Obviamente, a situação jurídica desse empregado vai requerer soluções diversas das aplicáveis ao caso do empregado clássico. Existem situações, por exemplo, em que o empregado brasileiro, contratado dessa maneira, tem seu gozo de férias em período inferior ao que a legislação brasileira permite e que, em geral, supera as demais legislações. São casos estes, que podem vir a tornar-se objeto de disputa judicial. Nesses casos, por força do art. 651, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, é competente para dirimir o litígio, a Justiça do Trabalho brasileira.²⁸

Indaga-se, portanto: as novidades introduzidas no campo do trabalho, em face do avanço tecnológico, notadamente no campo do teletrabalho, que desencadeou essas novas modalidades de prestação de serviço, com as mudanças nas estruturas das relações de trabalho, justificam a flexibilização da legislação trabalhista brasileira?

Na verdade, a legislação trabalhista brasileira, que veio sendo criada por leis esparsas, atendendo às necessidades nacionais, foi condensada através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A partir de então, a CLT veio se modificando, sempre com o intuito de aprimorar-se e aperfeiçoar-se, atendendo sempre às necessidades concernentes ao

27 LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Trad. Paulo Neves. 4. ed. São Paulo: Editora 34, 2001.

28 “Art. 651. A competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro. (...) § 2º A competência das Varas do Trabalho, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispendo em contrário. § 3º Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.(...)”

Enunciado 207 do Colendo TST. CONFLITO INTERESPACIAL. A relação jurídica é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Direito do Trabalho. É certo que as tais leis trabalhistas surgiram para atender a uma modalidade de trabalho clássico, mas as modificações trazidas pelo teletrabalho, ainda que grandes, não chegaram a romper com aquelas formas. Por muito tempo ainda haverá espaço para as várias espécies de prestação de serviços, seja nos moldes do trabalho em domicílio antigo, seja sob a forma de teletrabalho, ou até mesmo do trabalho concentrado nas grandes fábricas. Claro é que as peculiaridades do teletrabalho devem ser levadas em conta na avaliação dos direitos concernentes àqueles que o executam. Contudo, tais necessidades podem vir a ser atendidas na medida em que forem surgindo, como ocorre naturalmente e como ocorreu com relação ao trabalho clássico. Com isso, a possibilidade de acertos será muito maior do que se for tudo mudado, sem que tal venha a constituir-se objeto de reflexão mais responsável. Ademais, a questão envolve todos os países do planeta, sendo, inclusive, objeto de interesse da Organização Internacional do Trabalho, cujas recomendações e convenções representam sempre fontes inspiradoras para a criação legislativa.

PERSPECTIVAS

Kuhn, que teve sua obra *La Structure des Révolutions Scientifiques* traduzida em vinte idiomas, introduziu a noção, hoje corrente, do “paradigma como um conjunto de princípios que determinam a visão do mundo”.²⁹ No entender de Kuhn, para se proceder a uma mudança de paradigma faz-se necessário o descarte de velhas noções sobre a verdade, para trocá-las por outras. Para ele, as idéias ultrapassadas pela ciência contemporânea não o foram porque errôneas, mas porque já não mais satisfaziam aos novos questionamentos da ciência. Em relação ao trabalho em domicílio, é possível constatar-se que a introdução de novas tecnologias, responsáveis pelo surgimento de novas formas de trabalho, foram também responsáveis por mudança em seu conceito clássico. O trabalho resultante do emprego dessas novas tecnologias, notadamente no que se refere à utilização do computador e do telefone celular, o denominado teletrabalho, também conceituado por alguns estudiosos como o “novo trabalho em domicílio”, caracteriza-se por ser realizado por uma categoria de trabalhadores cujas atividades já não mais podem ser consideradas tipicamente como trabalho manual e vem sendo realizado preferencialmente por mulheres que têm por objetivo a permanência no lar. Neste novo tipo de trabalho empregam-se profissionais cujas atividades são de várias modalidades, desde o vendedor externo, cuja presença na empresa torna-se ainda mais dispensável, em face das facilidades oferecidas pela tecnologia, até o trabalhador mais intelectualizado e especializado.

Notadamente em relação aos profissionais que trabalham com programas computacionais, cuja contratação pode ser feita através do próprio computador, muitas vezes por empresas estrangeiras, o uso da informática vem, progressivamente, possibilitando a realização do trabalho à distância, longe da vista do empregador,

29 KUHN, Thomas S. *La structure des révolutions scientifiques*. France: Flammarion, 1983.

cuja comunicação entre as partes contratantes é processada *on-line*. Atualmente, é comum as pessoas relacionarem-se profissionalmente, sem sequer se conhecerem pessoalmente, sempre por intermédio de máquinas. Todavia, tal fato não torna esse trabalhador um mero operador de máquinas. Ao contrário, exige cada vez mais sua qualificação, sua intelectualização, sua capacidade de execução de trabalho criativo. Embora essa novidade de trabalho em domicílio deva ser encarada como uma nova modalidade de prestação de serviço, o fato é que se trata apenas de mais uma recente modalidade, não significando que as outras formas de trabalho, até mesmo aquelas relativas ao trabalho mais clássico, não subsistam futuramente.

A grande tendência que se constata hoje, em relação ao trabalho em domicílio, é que o avanço da tecnologia o torna cada vez mais amplo, propiciando uma nova mentalidade, permitindo o trabalho parcialmente domiciliar, no qual, graças à utilização de equipamentos de informática e de teleinformática, profissionais podem intercalar o trabalho em casa com aquele realizado nas dependências internas da empresa, beneficiando-se, ainda que de forma parcial, das vantagens advindas do trabalho em domicílio, sem se sujeitarem às suas desvantagens. Atualmente, até mesmo as relações pessoais muitas vezes vêm se estabelecendo de forma conectada, fato que, na época em que o trabalho concentrava-se, essencialmente, nas grandes fábricas, seria impossível de ser concebido. É, portanto, facilmente verificável a interferência direta que esta mudança vem promovendo no comportamento e na mentalidade das pessoas. Contudo, a prática do trabalho em domicílio vem sendo bastante disseminada também em função do fenômeno do desemprego, vez que as pessoas, buscando a sobrevivência, estabelecem-se em seus domicílios para prestar várias modalidades de serviços. O próprio teletrabalho constitui fator gerador de tal mudança de mentalidade, haja vista o crescente contingente que elege e, com naturalidade, vem desempenhando tarefas inerentes ao trabalho em domicílio. Assim, nem sempre se contrata um trabalhador em domicílio com a intenção subcontratá-lo, ou com o intuito de redução de custos, mas sim por tratar-se de uma nova modalidade de prestação de serviço, conectada a uma nova tecnologia e às necessidades próprias da época. É claro que obter lucros continua a ser a tônica do empresário e do capital. No entanto, não obstante se queira economizar espaço, despesas com móveis, objetos, combustíveis, também se busca qualidade de vida e do ambiente no qual se processa o trabalho. Em suma: não se busca, tão-somente, economia através de redução dos direitos do empregado. É verdade também que se pretende economizar mão-de-obra humana, vez que o trabalho distanciado da vista do empregador poupa-lhe a utilização de mecanismos de fiscalização, com relação a horários, disciplina, profissionais de limpeza, de segurança, de vigilância etc. Todavia, até mesmo o desemprego que tal economia possa vir a causar conduz o desempregado à busca de um trabalho por conta própria, realizado também em domicílio, o que contribui, cada vez mais, para a disseminação dessa nova modalidade de prestação de serviços. Naturalmente, quanto mais ampliado apresentar-se o quadro relativo ao desempenho desse tipo de trabalho, mais merecedor será da preocupação de toda a sociedade e do legislador.

D O U T R I N A

A convenção e a recomendação da Organização Internacional do Trabalho sobre o trabalho em domicílio, de 1996, deram um passo nesse sentido. Com isso, pretende-se a globalização da proteção aos trabalhadores em domicílio, incluindo-se o “clássico” e o “moderno”, para que se estabeleçam formas específicas de proteção, levando-se em conta suas particularidades.

A Convenção Internacional nº 177 sobre o trabalho em domicílio, que entrou em vigor em 22.04.2000, foi adotada em 20.06.1996, através da 83ª Conferência Internacional, realizada em Genebra, na Suíça. Primeiramente, definiu o trabalho em domicílio como aquele que se realiza no domicílio do trabalhador ou em outros locais de sua escolha, distintos dos locais de trabalho do empregador. Além disso, o trabalho deveria ser remunerado e referir-se à elaboração de um produto ou prestação de serviço, de acordo com a designação do empregador, sem levar em conta quem o executasse, se uma equipe (composta por familiares), ou materiais e equipamentos utilizados pelo empregado. Qualificou o empregador como “a pessoa física ou jurídica que, de modo direto ou através de um intermediário, dê trabalho para ser realizado no domicílio do contratado, por conta da sua empresa”.³⁰ Estabeleceu, ainda, o dever de promover a igualdade de tratamento entre os trabalhadores em domicílio e os trabalhadores internos, com relação a emprego, seguridade e saúde no trabalho, remuneração, proteção legal, seguridade social, formação profissional, proteção à maternidade, idade mínima para admissão ao emprego e respeito ao direito de esses trabalhadores constituírem organizações sindicais e filiarem-se às de sua eleição, assim como o direito de participação em suas atividades internas e externas.

Já a Recomendação nº 184, por sua vez, contém propostas mais detalhadas e interessantes. A medida mais importante diz respeito ao controle deste tipo de trabalho, através da criação de um registro por parte da autoridade nacional ou regional, local ou setorial, conforme o caso, no qual os empregadores e intermediários sejam obrigados a inscrever-se. Também prevê um registro em cada empresa, que tenha empregados em domicílio, contendo disposições como a quantidade do trabalho contratado, a remuneração, os custos por trabalhador, a redução de encargos e a folha de pagamento. Prevê ainda a mencionada recomendação a fiscalização por autoridade competente, com sanção ao empregador ou intermediário em caso de violação grave ou reiterada das obrigações legais.

Entre as sanções previstas está a de proibir o empregador de contratar mediante trabalho em domicílio. E mais, prevê a solidariedade entre o intermediário e o empregador e a compensação ao empregado pelos gastos com o trabalho, vez que o empregado vai utilizar-se de energia e de materiais particulares, enquanto trabalha em seu próprio domicílio.

Em 29.10.1997, no Brasil, o Ministro do Trabalho, através da Portaria nº 973,³¹ criou comissão tripartite, integrada por representantes do Governo Federal, dos

30 Conforme a Convenção Internacional nº 177 sobre o trabalho em domicílio.

31 Portaria nº 973. Publicada no Diário Oficial da União em 30 de outubro de 1997, p. 24475.

trabalhadores e dos empregadores, com a incumbência de analisar a Convenção nº 177, bem como a Recomendação sobre Trabalho em Domicílio nº 184. Essa providência ministerial está em harmonia com as disposições da Convenção nº 144 da Organização Internacional do Trabalho que tem por objeto o estabelecimento de mecanismos tripartites para promover a aplicação das normas internacionais de trabalho.

Dado o elevado número de pessoas que executam tarefas em suas próprias residências, de interesse da indústria e do comércio, o trabalho em domicílio vem despertando o interesse dos estudiosos e dos governantes, induzindo as nações a legislarem com maior cuidado no âmbito dessas relações de trabalho.

Na legislação brasileira ainda persistem apenas os arts. 6º e 83º da CLT, únicos que tratam sobre a modalidade de trabalho em domicílio. Muitos autores acham insuficientes. Todavia, em face de esses trabalhadores serem considerados iguais aos trabalhadores do âmbito interno da empresa, em sendo minuciosa a legislação brasileira com relação ao Direito do Trabalho, estando entre as mais completas do mundo, esses trabalhadores ficam assegurados assim como o trabalhador comum. Nada obsta os percalços pelos quais atravessa o sindicalismo. A maioria dos estudiosos entende que o melhor caminho para a defesa dos direitos desses trabalhadores é a negociação coletiva. Tratando-se o trabalho em domicílio de contrato especial de trabalho, uma vez que foge do âmbito do contrato relativo ao trabalhador comum, que presta seus serviços dentro do ambiente interno da empresa, com a ampliação de tal modalidade de contratação, surgirão novas necessidades, daí a preocupação da Organização Internacional do Trabalho, que redundou na iniciativa da realização da 83ª Conferência para adoção da convenção e recomendação específicas sobre o trabalho em domicílio.³²

Entre nós, como observamos, apenas dois artigos da Consolidação das Leis do Trabalho tratam da matéria. O art. 6º assegura a igualdade entre o trabalhador em domicílio e o trabalhador no âmbito interno da empresa. Já o art. 83 lhe garante o salário mínimo e define seu trabalho como “o executado na habitação do empregado, ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”.

Com relação aos demais direitos a que se referem a Convenção Internacional nº 177 e a Recomendação nº 184 da Organização Internacional do Trabalho, adotadas pela 83ª Conferência Internacional do Trabalho, de 22 de junho de 1996, a legislação brasileira garante proteção ao empregado. É que, como se viu, nosso país estabelece igualdade de tratamento entre o trabalhador em domicílio e o trabalhador interno. Quanto à solidariedade entre o intermediário e o empregador, o fenômeno da terceirização revela a prática da contratação intermediária de empregados. A jurisprudência dos tribunais brasileiros, reiteradamente, vem determinando a responsabilização subsidiária dos tomadores de serviço. Vale dizer que a responsabilidade subsidiária nada mais é que a responsabilidade em segundo plano, sendo que, em primeiro lugar, se acha a responsabilidade do contratante. Tal entendimento pode ser utilizado para o trabalho em domicílio, em caso de terceirização.

32 Conferência Internacional realizada em 20 de junho de 1996, em Genebra na Suíça.

Quanto à restituição ao empregado das despesas efetuadas com o trabalho realizado em seu domicílio, a prática vem revelando o fornecimento pela empresa de telefones celulares e demais equipamentos necessários à realização do trabalho, bastando à legislação estipular a obrigatoriedade dessa prática e quantia acrescida à remuneração, visando compensar os gastos com energia e demais objetos utilizados pelo trabalhador.

A fiscalização com relação à observância da legislação com relação ao trabalhador em domicílio é encargo do Ministério do Trabalho. Embora o trabalho restrito ao domicílio do empregado possa dificultar o acesso da autoridade fiscalizadora em face do que preceitua a Constituição Federal, art. 5º, inciso XI,³³ tal dificuldade pode ser minorada, tratando-se de interesse do empregado. Por fim, dada a tendência atual de contratar-se para prestação de trabalho em domicílio, a proibição de tal contratação para aqueles que não cumprirem com as obrigações trabalhistas atinentes aos direitos desses trabalhadores é significativa como sanção recomendada pela Organização Internacional do Trabalho.

Em complementação a eventuais lacunas da legislação, dadas as novas características que têm revestido a forma de trabalho em domicílio, o instrumento mais eficaz, sem dúvida, é o da negociação coletiva, não obstante a dispersão desses trabalhadores, dada sua condição de trabalharem fora do ambiente interno da empresa e longe dos colegas do trabalho. Como já observamos, o que define o enquadramento sindical em nossa lei é a atividade econômica da empresa, o que significa que o trabalhador em domicílio faz parte do mesmo sindicato dos demais trabalhadores da empresa. Isso permite o seu acesso à negociação coletiva, para o fim de conquistar os benefícios que atendam as necessidades inerentes ao seu trabalho. À medida que forem implementando as negociações, de acordo com as necessidades surgidas para essa nova categoria de trabalhadores, certamente surgirão novos meios de se solucionar ou de minimizar as apontadas desvantagens que o trabalho acarreta. Para os trabalhadores em domicílio não empregados, resta a iniciativa de se associarem para a conquista do direito ao reconhecimento profissional e para o conseqüente aprimoramento de suas condições de trabalho. Afinal, conforme Saramago: “O tempo é um mestre-de-cerimônias que sempre acaba por nos pôr no lugar que nos compete. Vamos avançando, parando e recuando às ordens dele”.³⁴

CONCLUSÃO

Podemos definir o trabalho em domicílio como o trabalho prestado fora do ambiente empresarial, no domicílio do prestador de serviço ou em qualquer outra localidade da escolha desse.

33 BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, XI: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

34 SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

O trabalho em domicílio clássico envolve várias formas de produção: a indústria doméstica, o artesanato, a indústria a domicílio, a manufatura e a fábrica. Já o trabalho em domicílio moderno, que se encontra diretamente ligado ao avanço da tecnologia e compreende as várias formas de prestação de serviço com a utilização de equipamentos tecnológicos, relaciona-se com uma nova mentalidade, também gerada, em boa parte, a partir da utilização de equipamentos tecnológicos modernos.

Essa mentalidade revoluciona as relações pessoais, fazendo voltar a ser natural a realização do trabalho fora do ambiente empresarial e longe da vista do empregador. Diante da tendência de o exercício da atividade econômica distanciar-se cada vez mais do modelo de concentração em grandes fábricas, a aglutinação de trabalhadores no mesmo local de trabalho vem constituindo fato cada vez menos freqüente, o que faz aumentar o interesse sobre a situação do trabalho em domicílio, tanto no Brasil quanto no resto do mundo.

Ao trabalhador em domicílio, no Brasil, conforme o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, é aplicável a legislação do trabalhador comum, sendo-lhe conferidos todos os direitos inerentes aos trabalhadores em geral, desde que presentes na relação os requisitos referidos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Naturalmente o trabalhador em domicílio também pode ser autônomo. Esta é uma realidade também presente em nossos dias, vez que o desemprego tem jogado grande massa de trabalhadores no trabalho informal realizado em casa.

A subordinação jurídica do trabalhador em domicílio é, em geral, pouco delineada dada a circunstância de ser esse tipo de trabalho realizado longe da vista do empregador, sugerindo a fiscalização pelo próprio empregado prestador do trabalho.

A nosso ver, esse foi o maior objetivo desse estudo. Devemos lançar um novo olhar ao trabalho em domicílio, desvinculando-o da idéia que o reduzia à subcontratação e o considerava como atividade tipicamente feminina.

Ao mesmo tempo, alertamos para os riscos inerentes à possibilidade de utilização de mão-de-obra infantil, especialmente, em vista do problema da exploração desses menores trabalhadores e da condição peculiar de ser esse um tipo de trabalho concentrado no âmbito familiar. Não obstante ser o trabalho em domicílio realizado longe da vista do empregador e fiscalizado pelo próprio prestador do serviço, não se pode olvidar da responsabilidade do empregador com relação à saúde e à segurança no trabalho.

A nova tecnologia foge da linha clássica, que evocava imagens de siderurgias poluentes ou de máquinas barulhentas. Em compasso com a ciência, a moderna tecnologia faz surgir novas modalidades de trabalho e o aprimoramento das atividades laborais, com ampliação do trabalho especializado, do trabalho técnico e do trabalho intelectual.

O teletrabalho é considerado atividade afeita ao trabalho em domicílio, vez que o uso de equipamentos modernos favorece o trabalho à distância, cuja conexão é muitas vezes feita exclusivamente através do computador, *on-line*, encurtando

D O U T R I N A

distâncias, modificando noções clássicas de espaço e unindo nacionalidades. Não obstante a fase de dificuldades pela qual atravessa o sindicalismo, de forma global, é possível aos trabalhadores em domicílio unirem-se com o objetivo de defesa de seus interesses, ainda que sem vínculo empregatício, visando, inclusive, à obtenção do reconhecimento profissional referente a cada atividade exercida.

A ênfase que se procura dar ao trabalho em domicílio não implica olhar com menos interesse para outras modalidades de trabalho. Todas elas, tanto as já existentes como as que estão por surgir, estarão sempre presentes em nossas preocupações, merecendo o justo reconhecimento da sociedade e a permanente atenção do legislador.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Alice Rangel de Paiva; SORJ, Bila (orgs.). *O trabalho invisível: trabalho a domicílio nas sociedades contemporâneas*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1993.
- ANDRÉ, Hildebrando A. de. *Gramática ilustrada*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 1992.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Boitempo, 2001.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. Trabalho em domicílio. *Revista LTr*, São Paulo, n. 7, jul. 1996.
- BRIDGES, William. *Um mundo sem empregos: os desafios da sociedade pós-industrial*. Trad. José Carlos Barbosa dos Santos. São Paulo: Makron Books, 1995.
- BURKE, James; ORNSTEIN, Robert. *O presente do fazedor de machados (Os dois gumes da história da cultura humana)*. Trad. Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CHESNAIS, François. *A individualização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.
- DAMASCENO, Fernando Antônio Veiga. Trabalho fora do âmbito empresarial. *Revista LTr*, São Paulo, maio 2002.
- DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: GMT, 2000. (Entrevista concedida a Maria Serena Palieri)
- DESJARDINS, Bernadette. *Le nouveau Code du Travail annoté*. 14^{ème}. éd. Paris: La Villeguérin Éditions, 1994.
- DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida. *Revista Internacional del Trabajo*, Genebra: OIT, 109 (4), 1990.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GALLARDO MOYA, Rosario. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*. Madrid: Nueva Imprenta, 1998.

DOCTRINA

GARCÍAPIQUERAS, Manuel. *En las fronteras del derecho del trabajo*. Granada: Comares, 1999.

GIDE, Charles. *História das doutrinas econômicas*. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1941.

KUHN, Thomas S. *La structure des révolutions scientifiques*. France: Flammarion, 1983.

LANDES, David S. *Riqueza e a pobreza das nações*. Trad. Álvaro Cabral. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

LAVÍNIA, Lena; LINHARES, Sheila; JORGE, Ângela; SORJ, Bila. Subcontratação e trabalho a domicílio – a influência do gênero. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva; SORJ, Bila (orgs.). *O trabalho invisível: trabalho a domicílio nas sociedades contemporâneas*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1993.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Trad. Paulo Neves. 4. ed. São Paulo: Editora 34, 2001.

LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Contrato de trabajo y figuras afines*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho em domicílio e contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

NEVES, Magda B. de Almeida. *Trabalho, exclusão social e direitos*. In: _____. *Globalização, trabalho e desemprego*. [S.l.]: C/Arte, 1999.

PITAS, José. Trabalho em domicílio. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, Caderno 2, n. 2, 2ª quinz., jan. 2002.

PRADO E SILVA, Adalberto (org.). *Novo dicionário brasileiro ilustrado*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, v. II, 1964.

REBOUD, P. *Précis d'économie politique*. 7ème. éd. Paris: [s.n.], v. II, 1936.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: Afiliada, 1995.

_____. *A era do acesso*. São Paulo: Makron Books, 2001.

SAAD, Eduardo Gabriel. O trabalho a domicílio e o Ministério do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 153, p. 845-849, out. 1997.

SALVIANO, Maurício de Carvalho. O domicílio sob a recente definição do novo Código Civil diante da Consolidação das Leis do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 155, abr. 2002.

SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1987.

SOMBART, W. *O capitalismo moderno*. Trad. G. Luzzatto. [S.l.]: Firenze, 1925.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; LIMA, Teixeira. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, v. I, 2000.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOFFLER, Alvin. *O choque do futuro*. Trad. Eduardo Francisco Alves. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TRINDADE, Washington Luiz da. Doutrina. Teletrabalho, trabalho à distância. Disponível em: <http://www.consulex.com.br>. Acesso em: 30 jun. 2000.

A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO MEIO EFICAZ DE ATINGIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Elaine Machado Vasconcelos*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A discriminação. Uma visão histórica e principiológica; 2 A discriminação e os princípios constitucionais relevantes; 3 A discriminação nas relações de trabalho; 4 O tratamento da distribuição do ônus probatório no processo do trabalho; 5 A inversão do ônus probatório no processo do trabalho; 6 Dimensão da abordagem judicial; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As várias acepções das questões discriminatórias constituem assunto incluso na pauta do dia. Observa-se no cenário nacional uma grande movimentação em torno do tema, não só nas academias como também nos palcos do Legislativo e do Judiciário. A mídia, entendida por muitos como quarto poder da República, tem o cuidado de propagar a discussão da sociedade em torno da problemática, trazendo a lume procedimentos e práticas reveladoras de uma nação que sofre com a discriminação e clama por posturas endereçadas ao afastamento deste mal, que nasceu com a história do povo brasileiro, sem grandes progressos no atual patamar temporal.

A par disso, encontramos a definição de discriminação, valendo registrar a precisa lição de Souza Cruz:

“... entendemos a discriminação como toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como a raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.”¹

* Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

1 Souza Cruz, 2003, p. 21.

A discriminação não escolhe lugar ou hora; está presente nas ruas, nas relações sociais, familiares, conjugais. A mulher, o menor, o negro, o asiático, o homossexual, o feio, o bonito, o alto, o baixo, o gordo, o magro, o operário, o patrão: todos discriminamos e somos discriminados. Inclusive o juiz é agente passivo e ativo desse processo; mesmo quando tenta desvincular-se de todas modalidades de preconceito e assumir a ideal postura da equidistância, ainda assim está comprometido com o seu inconsciente, ao qual muito raramente tem acesso. Como bem salientado por um atento membro do ministério Público do Trabalho, que se dedica ao estudo do tema: “A discriminação é a materialização do preconceito, um sentimento irracional e ilógico, que costuma estar tão arraigado em nossos próprios valores culturais que não temos sequer consciência dele”.²

Durante os últimos dois anos, esta magistrada tem-se dedicado ao estudo do tema *discriminação*, com reflexões supedaneadas na multidisciplinaridade que o envolve, mais retidamente sob o questionamento jurídico-constitucional. Para tanto, imperioso o trabalho de pesquisa acerca da jurisprudência trabalhista brasileira (sentenças, acórdãos regionais e do Tribunal Superior do Trabalho), defluentes de questionamentos de práticas discriminatórias nas relações laborais.³ O interesse pela temática ensejou a elaboração da monografia final no Curso de Especialização em Direito Constitucional – convênio TR-10⁸ Região e Universidade de Brasília (UnB), sob o título: *A Discriminação nas Relações de Trabalho – Uma Leitura da Jurisprudência Trabalhista Brasileira à luz do Liberalismo de Ronald Dworkin e do Comunitarismo de Charles Taylor*.

No transcurso da análise dessa jurisprudência, restou observada questão de relevância de natureza processual, com desdobramentos constitucionais. Trata-se da adstrição dos julgadores ao exame e valoração da prova, freqüentemente sob a influência de regras do processo civil, como forma última de buscar soluções e respostas para a entrega da prestação jurisdicional, nas hipóteses em que é discutida a discriminação nas relações de emprego (e trabalho, segundo a competência estabelecida no art. 114 da Constituição Federal).

Explicando melhor, a pesquisa constatou na jurisprudência a busca da solução das lides de uma forma arraigada ao princípio da distribuição da prova, conforme delineado no Código de Processo Civil, fonte subsidiária do Processo do Trabalho, porém sem maiores preocupações acerca da relevância do tema sob o prisma filosófico, social e jurídico-principiológico. Os juízes trabalhistas, de uma forma geral, tratam o tema como muitos outros que se tornaram domésticos na labuta

2 Mello, 2000, p. 62.

3 Foram pesquisados dentre outros os seguintes processos: Proc. TRT10, RO 0684/2002, Ac. 1ª T., 01166.2001.001.10.00.4, DJU 06.12.2002; Proc. TST-RR 381531/97, Ac. 1ª T., DJU 15.02.2002; Proc. TST ROMS 110056/94, Ac. SDI, DJU 31.03.1995; Proc. TRT12, RO-V 10186/2000, Ac. 1ª T., n. 04475, DJU 10.05.2001; Proc. TRT3, RO 5207/99, Ac. 1ª T., DJU 19.05.2000; Proc. TRT3, RO-9371; Proc. TST-RR 48478/92, Ac. 5ª T., DJU 19.08.1994; Proc. TRT3, RO 3790, Ac. 3ª T., DJMG 20.07.1999; Proc. TRT12, RO 10186/2000, Ac. 1ª T., n. 4475, DJ 10.05.2001.

forense – a exemplo do labor extraordinário –, equalizando questões de relevante indagação sob o enfoque simplório da efetivação da prova.⁴ E mais: muitas vezes as provas (especialmente depoimentos) colhidas poderiam perfeitamente levar a conclusão diversa daquela alcançada pelos tribunais, caso houvesse uma visão menos atrelada aos rigores do processo civil, focalizando o indício de prova, conjugado com as peculiaridades do caso, a satisfazer a caracterização da discriminação, como sói acontecer nas diversas situações de fraude, porque esta e aquela são normalmente perpetradas com indícios de burla de difícil detecção.

1 A DISCRIMINAÇÃO. UMA VISÃO HISTÓRICA E PRINCIPIOLÓGICA

Sempre que nos referimos ao tema discriminação, vem a lume o ideário igualitarista advindo da Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU – 1948: a) Princípio da Igualdade – “Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”; b) Princípio da Não-Discriminação – “Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou qualquer outra situação (...)”. “Art. 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Impende mencionar também a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho de maior relevância – 1998: a) a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; d) *a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*. (grifo nosso).

Por outro lado, a Constituição brasileira de 1988 estabelece, em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Além disso, nos 77 incisos do mesmo artigo, a Carta elenca os direitos individuais e coletivos a serem preservados sob tal temática.

O legislador constituinte, em outros dispositivos,⁵ cuidou também do conceito de diversidade, quando enfatiza que, dentro do referencial de igualdade, homem e mulher são diferentes; os afro-descendentes, sob o enfoque da descendência e tradição, diferem das raças européia, asiática e indígena; a orientação sexual dos homossexuais é diversa dos heterossexuais, mormente do ponto de vista da aceitação

4 Para uma discussão geral, ver Mallet, 2000.

5 Por exemplo, art. 215, § 1º; art. 216, § 5º; art. 231; art. 232.

familiar e social; o portador de necessidades especiais difere daquele que desfruta da plenitude de suas capacidades físicas; o pobre é diferente do rico, tendo em vista a questão relativa ao acesso a bens e serviços, merecendo referência a progressividade do imposto de renda; o católico é diferente do evangélico, do budista, do taoísta, do gnóstico ou do ateu. Este conceito de diversidade tornou-se referencial jurídico-normativo como ponto de partida para se viver numa sociedade plural e democrática.

Malgrado o legado universal histórico e teórico, bem como a elevação da igualdade à condição de princípio constitucional pelo povo brasileiro, através de seus representantes que elaboraram a Carta Maior, observamos a presença de atitudes discriminatórias diretas e indiretas na dinâmica de nossa sociedade. A primeira (direta), cada vez menos manifestada, opera-se na adoção de disposições estabelecedoras de distinções fundamentais em critérios proibidos, a exemplo do que aconteceu com o Clube Fluminense no Rio de Janeiro nos idos de 1970, que proibia a presença de sócio de cor negra. A segunda (indireta) relaciona-se com situações, revelações ou práticas aparentemente íntegras, mas que, na realidade, estabelecem a possibilidade de tratamento desigual em relação a pessoas com as mesmas características.⁶

2 A DISCRIMINAÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

No trato da discriminação, encontramos autores que sustentam suas argumentações basicamente em determinados princípios fundamentais: igualdade, liberdade, dignidade humana e razoabilidade.⁷

O princípio da isonomia encontra-se enunciado desde o axioma aristotélico. Contudo, naquele patamar histórico, a idéia de igualdade limita-se à concepção formal, ou seja, uma vez compreendido “que não seria justo tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia se se tratassem senhores entre si, ou escravos entre si, desigualmente”.⁸

A concepção embrionária do Estado Liberal relativa à isonomia esteve adstrita ao aspecto formal, traduzido na idéia de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, esse enfoque tornou-se insuficiente diante das desigualdades socioeconômicas derivadas do próprio liberalismo.

Repassando o caminho do constitucionalismo no Brasil, observamos que o princípio da igualdade esteve presente desde os primeiros textos – Constituição Imperial de 1824 e Republicana de 1891 – até a Emenda Constitucional de 1969. Contudo, foi a Constituição de 1988 que tratou da igualdade não somente do ponto de vista formal, mas também material, pois enuncia igualdade de tratamento,

6 Gugel, 2000, p. 25.

7 Ver, por exemplo: Marques, 2002; Raupp, 2001; Correia de Mello, 2000; Barroso, 2000; e Souza Cruz, 2003.

8 Afonso da Silva, 2002, p. 27.

superando a mera consideração da igualdade de todos perante a lei – concepção formal obtusa.⁹

Neste sentido, José Afonso da Silva acentua: “Nossas Constituições, desde a do Império, inscreveram o princípio da igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação trata a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”.¹⁰

Já a referida *isonomia material*, observada na ordem constitucional brasileira vigente, não cuida somente da chamada igualdade perante a lei. Para além disso, o art. 5º da Carta de 1988 deve ser congregado com outras normas constitucionais, que trazem em seu bojo o resultado da preocupação do legislador constituinte com as perquirições da justiça social, o que se tornou relevante para a tarefa do intérprete. Assim é que o referido dispositivo, conforme consignado alhures, preceitua que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso, XLI), fulcrando-se em razões impeditivas da concretização do preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). No mesmo sentido, encontramos no art. 7º, incisos XXX e XXXI, concepções pontuais relativas à isonomia material, a saber, vedação à “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” e “qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência”; e, ainda, o inciso XXXIV, do mesmo artigo, trata da “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”.¹¹

Desta feita, é certo afirmar a inconstitucionalidade das formas de discriminação não autorizadas pelo texto da Carta Maior, ou seja: são vedadas as práticas de discriminação negativa, sendo entendidas como positivas as discriminações de pessoas, coisas, fatos e situações na medida em que são admitidas as diversidades de traços entre eles. Conforme salienta Gugel, “a correlação lógica entre o *descripen* e a equiparação pretendida justifica a discriminação positiva em favor das minorias, posto que estão contidas na própria ordem constitucional do Estado brasileiro”.¹²

A doutrina tem atrelado o princípio da igualdade ao *princípio da razoabilidade* (ou *princípio da proporcionalidade*), entendido como um controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Conforme bem preceitua Barroso, ao discorrer sobre o tema, esse princípio oferece um “parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.¹³ Contudo, dada a abrangência dessa noção, segundo o mesmo autor, “[é]

9 Cf. Lima, 1993, p. 16.

10 Afonso da Silva, 2002, p. 27.

11 Idem, *ibidem*.

12 Gugel, 2000, p. 24.

13 Barroso, 2000, p. 29.

preciso buscar terreno mais sólido e elementos mais objetivos para a caracterização da razoabilidade dos atos do poder público, dando ao tema densidade jurídica, tal que lhe permita ser adequadamente utilizado por juízes e tribunais”.¹⁴ Assim, esclarece que o princípio constitui base para invalidação de atos legislativos e administrativos nas hipóteses (a) de falta de adequação entre os fins colimados e os meios empregados para obtenção de tais fins; (b) houver caminho alternativo, menos gravoso, para obtenção dos fins em questão; ou (c) ausência de razoabilidade em sentido estrito, a saber, as desvantagens decorrentes da medida impugnada sobejam as vantagens por ela visadas.¹⁵

Falar em discriminação significa dar relevo, também, ao *princípio da dignidade humana*. A realização deste princípio encontra espaço no art. 3º, IV, da Constituição de 1988, o qual tem por finalidade promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Assim, exige-se não só do Estado, como também da sociedade, a proteção de todos os “outros”, diferentes de nós, pelas suas particularidades individuais e coletivas consubstanciadas na origem, sexo, opção sexual, raça, idade, sanidade.¹⁶

O juslaborista mexicano De La Cueva pontua a elevada importância deste princípio nas relações laborais. Em suas palavras: “... o trabalhador tem o indiscutível direito de ser tratado com a mesma consideração que pretende o empresário para si. Sem dúvida, as duas pessoas têm posições distintas no processo de produção, mas sua natureza como seres humanos é idêntica nos dois e seus atributos são também os mesmos”.¹⁷

Por derradeiro, impende assinalar, também por sua relevância para o tema da discriminação, o *princípio da liberdade*, consagrado no art. 5º, XV, da Constituição de 1988.

A liberdade da pessoa física, segundo José Afonso da Silva, “consiste na possibilidade jurídica, que se reconhece a todas as pessoas, de atuar segundo tal vontade e de locomover-se desembaraçadamente dentro do território nacional, compreendida a possibilidade de sair e de entrar no território nacional”.¹⁸

Observamos que o legislador constituinte ocupou-se de assegurar a “liberdade de ação profissional”, quando estabeleceu no art. 5º, XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Desta feita, congregado o princípio enunciado com os demais anteriormente mencionados, toda pessoa é livre para escolher seu trabalho, seu ofício ou profissão, bem como de exercê-lo, sem qualquer interferência, inclusive do poder público, sendo vedada qualquer atitude discriminatória relativa a esta opção.

14 Idem.

15 Idem, p. 35.

16 Cf. Souza Cruz, 2003, p. 17.

17 De La Cueva, apud Marques, 2002, p. 142.

18 Silva, 2002, p. 31.

3 A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Feitas tais digressões, observa-se que também o Direito do Trabalho tem absorvido a noção do necessário combate à discriminação, considerando-se que a sociedade democrática moderna distingue-se pela preocupação em estabelecer processos de inclusão social.

O trato da discriminação no Direito do Trabalho brasileiro, muito embora venha adquirindo maior espaço para debates e produções – textos, atos, manifestos, legislação, decisões judiciais etc. –, caminhou lentamente até a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

Volto a ressaltar que os textos constitucionais brasileiros, a partir de 1946, consignaram a valorização do trabalho como condição da dignidade humana. Contudo, somente a Carta de 1988, trazendo a lume o tratamento da isonomia na sua acepção *material*, com preocupação em estabelecer a possibilidade de *discriminação positiva* (tratamento desigual para pessoas em situações comparáveis), consolidou a inconstitucionalidade do que passou a poder ser entendido como *discriminação negativa* (a que fere princípios constitucionais atinentes ao tema).¹⁹

Congruente com a argumentação do constitucionalista retrocitado, Gugel assinala que, referendando o princípio da igualdade inscrito na Carta de 1988, “estão os direitos sociais dos trabalhadores fundados na igualdade de oportunidades: a proibição da diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX)”.²⁰

Desta feita, urge a necessária sensibilização de juízes, assessores, advogados, membros do Ministério Público, sindicatos, enfim, agentes importantes na jurisdição trabalhista para o trato da discriminação no contexto das relações laborais.

De efeito, observa-se a elevação do princípio da isonomia à uma concepção mais ampla – *material* –, não mais limitada à obtusa acepção formal, vigorante nas cartas anteriores à carta de 1988 –, como também a preocupação do novo texto constitucional em proteger e garantir expressamente a igualdade de tratamento e a oportunidade de acesso dos indivíduos aos postos laborais. Contudo, práticas discriminatórias persistem em muitas circunstâncias na vida dos trabalhadores brasileiros. Poder-se-iam enumerar infindáveis condutas discriminatórias na atividade laborativa brasileira, entre as quais, podem-se citar as seguintes situações:

- a) Os negros, homossexuais de portadores do vírus HIV, têm acesso dificultado e muitas vezes negado nas seleções para vagas de determinados empregos;
- b) Os negros, as mulheres e os homossexuais são preteridos nas ascensões funcionais;
- c) As mulheres sofrem assédio sexual como instrumento de pressão no trabalho;

19 Cf. Silva, 2002, p. 29.

20 Gugel, 2000, p. 29.

D O U T R I N A

- d) Sob a alegada “responsabilidade familiar” especial da mulher, esta sofre discriminação no acesso a postos de trabalho;
- e) Mulheres são demitidas ou não admitidas por motivos de gravidez;
- f) O pretexto da “boa aparência” tem permeado a seleção de trabalhadores “bonitos”, para determinados cargos, configurando a discriminação estética no trabalho;
- g) A “boa aparência” também tem servido de pretexto para a exclusão de obesos, pessoas de baixa estatura, pessoas tatuadas, adornadas por *piercing*, pessoas com cicatrizes, quelóides, queimaduras, feridas ou manchas, homens que usam cabelos e barbas longos, caracterizando também casos de discriminação estética;
- h) Os portadores de deficiência física ou mental, ou ainda os portadores de certas doenças (como o diabetes) não têm o tratamento especial que lhes assegure o ingresso no mercado de trabalho;
- i) A utilização do direito de ação por trabalhadores, mediante o ajuizamento de reclamações trabalhistas contra seus ex-empregadores, tem significado óbice à obtenção de novas colocações no mercado laboral;²¹
- j) Os idosos são praticamente excluídos do mercado de trabalho e compelidos, conseqüentemente, a destinarem-se ao mercado informal de trabalho;
- k) Certas enfermidades, mesmo assim consideradas pela medicina, não são aceitas como tais por muitos empregadores, que insistem em classificá-las como “desvio de caráter”, a exemplo do alcoolismo, ensejando a demissão motivada em preterição das recomendações de suspensão do contrato de trabalho para tratamento de saúde do empregado.

Ao lado do elenco das práticas derivadas de discriminação direta por parte de empregadores, é preciso lembrar ainda a discriminação de empregados em relação a colegas, no que se refere a aspectos concernentes à opção sexual, raça, gênero etc., que importam na responsabilização concorrente do empregador. Exsurge nestas hipóteses a discriminação indireta do empregador, quando o seu dever é de zelar para que o ambiente de trabalho seja seguro e disciplinado.

Além disso, imperioso ressaltar neste trabalho a ocorrência de discriminação, também, do Poder Público. Por exemplo, o acesso a determinadas funções públicas administrativamente dificultado a mulheres, negros, homossexuais, como ocorre nas Forças Armadas.²²

21 O Tribunal Superior do Trabalho proibiu a disponibilização de dados via Internet, através da pesquisa pelo nome das partes (principalmente o nome do reclamante), mediante resolução do então presidente dessa Corte, Min. Francisco Fausto, denotando a preocupação com a formação de “listas negras” discriminatórias de candidatos a postos de trabalho.

22 Ver, por exemplo, matéria jornalística intitulada: “MP Vai Investigar Racismo no Exército”, publicada no Jornal do Brasil em 21.03.2002. A matéria destaca: “O Ministério Público Federal no Rio de Janeiro instaurou inquérito para apurar as denúncias de racismo no Exército, mostradas pelo Jornal

DOCTRINA

Ressalte-se, ainda, que, curiosamente, a própria Constituição de 1988 não conferiu à empregada doméstica os mesmos direitos dos demais trabalhadores brasileiros (ver art. 7º, XXXIV, parágrafo único).

Por derradeiro, cumpre reconhecer a discriminação às vezes promovida pela própria Justiça do Trabalho, não obstante ser ela mesma depositária das esperanças do jurisdicionado na correção da discriminação praticada no seio da sociedade. Neste sentido, com propriedade destaca o sempre mencionado Márcio Túlio Viana: “a Justiça discrimina, do mesmo modo que a lei discrimina, o processo discrimina, o Estado discrimina, a sociedade discrimina”. Prossegue o autor: “O próprio juiz, pessoalmente, discrimina, e o faz quase sempre sem saber, sem sentir e, por isso, sem querer”.²³

4 O TRATAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

Conforme consignado preambularmente, constatou-se a dificuldade do magistrado trabalhista em lidar satisfatoriamente com a questão da discriminação nas relações laborais, diante de sua adstrição à dogmática ditada pela distribuição do ônus probatório, com esteio nos parâmetros do processo civil.

Acrescento, ainda, a ocorrência de visões distorcidas, acerca da interpretação do art. 818 da CLT, que foi elaborado como tal, justamente para não necessitar da utilização estreita do Código de Processo Civil. Como bem enunciado pelo legislador, o art. 769 da CLT somente autoriza a aplicação subsidiária do CPC nos casos omissos e naquilo em que for compatível com as normas daquele diploma. Ou seja, o dispositivo consolidado estabeleceu uma interpretação muito mais ampla, possibilitando a efetividade da busca de justiça social no Processo do Trabalho, pois este é de cunho essencialmente protetivo. Assim, poderá o julgador distribuir o ônus da prova de acordo com as peculiaridades de cada caso, sem estar jungido aos critérios formais do processo civil, sendo, inclusive, autorizado a perpetrar sua inversão (do ônus da prova).

Importa reconhecer que, no direito, a atividade interpretativa não tem formato estanque, pois vem tratar de uma ciência no qual não existem verdades absolutas.

No constitucionalismo contemporâneo, encontramos espaço para pontuar que a atividade legislativa se ultima com a interpretação, pois esta se traduz em concretização. Assim, ganha significado de justeza o entendimento segundo o qual o conteúdo da norma só é finalizado quando o intérprete lhe atribui o significado no caso concreto.²⁴

Com muita propriedade e clareza, Reis de Paula leciona:

do Brasil, na última segunda-feira. O capitão Ailton Moraes Barros, que é negro, acusa oficiais da Força de discriminação racial”. Publicado na Internet, disponível em: <http://www.palmares.gov.br/ClippingEletronico/Clipping2002/mar02/120-marco-21-03-02.htm>. Acesso em: 6 out. 2003.

23 Viana, 2000, p. 271.

24 Ver Coelho, p. 158-159.

DOUTRINA

“A apreciação do art. 818 da CLT nos levou à conclusão que não há um conflito frontal da norma com o disposto no art. 333 do CPC. De outra sorte, o artigo da Consolidação geralmente é interpretado levando-se em conta a normatização do código processual civil. A generalidade do disposto no texto consolidado – prova quem alega – permite que o critério geral de distribuição do ônus da prova – a prova do fato constitutivo incumbe ao autor, ao passo que ao réu cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos – não seja seguido. É o que se denomina inversão do ônus da prova, que no processo trabalhista tem justificativas próprias, além de manifestações peculiares.”²⁵

No mesmo diapasão, Viana ressalta: “Um dos particularismos do processo do trabalho é a possibilidade de inverter-se o ônus da prova”. Prossegue o jurista aduzindo que, segundo o princípio traduzido na expressão *in dubio pro misero*, na dúvida, deve-se decidir a favor do empregado. Acrescentando a lição de Trindade, no referente à prova, consigna em seu artigo: “No Direito do Trabalho, a prova falha, insuficiente ou dividida autoriza a aplicação do princípio, visto que inteiramente consentâneo com as bases da lei do trabalho, de caráter tutelar”.

Viana refere-se, ainda, à conclusão do IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho: “O princípio *in dubio pro operatio* incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do julgador não exista uma convicção absoluta derivada da análise das provas produzidas”.

Congruente com o entendimento exposto caminha o magistério de Manoel Antônio Teixeira Filho:

“A grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto se tem empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador – cuja preocupação, aliás, tem unido pensadores de diversos países – consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vêm procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária.”²⁶

O tratamento principiológico das questões de direito ínsitas nas condutas discriminatórias abre a possibilidade de superação da postura estrita do positivismo na construção jurisprudencial. O direcionamento do ônus da prova para o acusado da prática de atitude discriminatória se afigura mais assente com o necessário equilíbrio entre o capital e o trabalho e, conseqüentemente, com o princípio da proteção, mormente diante das dificuldades encontradas pelo discriminado em realizar a prova de suas alegações, quando normalmente indisponíveis os meios

25 Reis de Paula, 2001, p. 131.

26 Teixeira Filho, 2003, p. 234.

probatórios para tanto. Esta foi a orientação que permeou a possibilidade de inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 6º, inciso VIII).

Vale ressaltar que o referido art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor), com fito na idéia da hipossuficiência e dificuldades de acesso aos meios probatórios, consagrou o princípio da inversão do ônus probatório, o que foi um avanço para o cidadão brasileiro.

Nesta esteira,

“a União Européia firmou acordo entre os Países-membros, aprovando a inversão do ônus da prova na hipótese do assédio sexual. Nessa mesma direção trilhou o legislador francês, na lei que coíbe o assédio moral no trabalho. Admite-se a inversão do ônus da prova, revertendo para o agressor o encargo de provar a inexistência do assédio, na medida em que o autor da ação já tenha apresentado elementos suficientes para permitir a presunção de veracidade dos fatos narrados.”²⁷

5 A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

Feitas tais considerações, com espeque no direito francês, e a exemplo do que estabelece o art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90, sustento a urgente necessidade de se dar uma postura judicante direcionada a uma interpretação criativa do art. 818 da CLT, para fins de tornar recomendável a inversão do ônus da prova, nos casos de práticas discriminatórias por parte do empregador ou seus prepostos, na relação de emprego. Assim, por meio de interpretação judicial, o encargo de provar a inexistência da conduta discriminatória ficaria com os acusados de praticarem a discriminação no âmbito do contrato de trabalho, quando o reclamante (empregado) tiver apresentado elementos de presunção acerca da veracidade dos fatos narrados na petição inicial.

Em outras palavras, concludo por uma proposta de uma postura judicante diferenciada nas hipóteses de alegação de prática discriminatória por parte do empregador (reclamado) ou seus prepostos, no âmbito do contrato de trabalho, em havendo indícios suficientes a autorizar a presunção em favor do empregado (reclamante). Assim, entendo que deverá o juiz aplicar o art. 818 da CLT conjugado com o princípio protetivo, como derivação do princípio constitucional da isonomia. Por conseguinte, determinará o julgador a inversão do *onus probandi*, revertendo ao empregador a obrigação processual de provar a inexistência da conduta discriminatória.

Assinalo a improcedência do contra-argumento à presente proposta, segundo o qual a possibilidade de inversão do ônus probatório nas hipóteses de questionamento de condutas discriminatórias no contrato de trabalho estaria partindo do pressuposto da culpabilidade, e não da inocência, o que feriria princípio basilar do

27 Guedes, 2003, p. 112.

direito. Aqui não se está presumindo a efetividade da conduta aleatoriamente; para além disso, propõe-se a atribuição de provar a inexistência do ato discriminatório quando o julgador identificar elementos condutores da presunção daquela prática. Justifico: o empregador e seus representantes podem tomar eficazes providências para coibir a prática discriminatória no âmbito do trabalho, como também de se precaver contra possíveis acusações desfundamentadas, pois é dele o poder diretivo.

6 DIMENSÃO DA ABORDAGEM JUDICIAL

Por derradeiro, e de uma forma bem simplória, gostaria de mencionar a expectativa do jurisdicionado que se sente discriminado e busca o “reconhecimento” do desvio de conduta perpetrada pelo empregador ou seus prepostos através de uma ação judicial. É o Judiciário depositário das energias, sonhos de justiça, concreção da restauração de um bem da vida aviltado, ou seja, a ele cumpre colocar os limites sobre as argumentações das partes para o equacionamento das causas.

Urge citar importante lição do Professor Luís R. Cardoso de Oliveira, quando discorre sobre as dimensões temáticas usualmente presentes nas causas judiciais relativas a processos que envolvem discriminação.

Para o eminente acadêmico, são três as dimensões:

“1) a dimensão dos direitos vigentes na sociedade ou comunidade em questão, por meio da qual é feita uma avaliação da correção normativa do comportamento das partes no processo em tela;

2) a dimensão dos interesses, por meio da qual o Judiciário faz uma avaliação dos danos materiais provocados pelo desrespeito a direitos e atribui um valor monetário como indenização à parte prejudicada, ou estabelece uma pena como forma de reparação; e,

3) a dimensão do reconhecimento, por meio da qual os litigantes querem ver seus direitos serem tratados com respeito e consideração, sancionados pelo estado, garantindo, assim, o resgate da integração moral de suas identidades.”²⁸

Pontuadas as dimensões observadas pelo pesquisador, tem-se que o processo relacionado com condutas discriminatórias envolve muito mais do que a inserção do tipo no modelo legal e a mensura pecuniária da indenização compatível. Impõe-se uma consideração muito mais ampla e sensível, aliciada a princípios morais, normalmente eleitos na Carta Constitucional.

Constantemente observamos nas decisões judiciais a consideração das duas primeiras dimensões acima abordadas, ao passo que a terceira ou aparece de forma tácita ou é totalmente excluída do processo judicial, o que denota uma ausência de sensibilidade ao ponto de vista das partes. Beviláqua,²⁹ quando escreve sobre os conflitos

28 Cardoso, 2004, p. 127.

29 Beviláqua, 2001, p. 326.

do consumidor, assinala que, em geral, a demanda não está adstrita ao conteúdo econômico pugnado como indenização, pois os atores nestes processos têm necessidade de expressar suas emoções e de obterem um pronunciamento sobre tal aspecto.

Nos processos cuja temática é a discriminação, na visão do pretense agredido, houve uma quebra ou negação da equivalência entre as partes. E, através do processo judicial, busca-se a restauração desse *status*. Em muitos exemplos citados por Beviláqua, o consumidor faz questão de obter do fornecedor um pedido formal de desculpas na fase conciliatória, mesmo após ter sua demanda de reparação material plenamente satisfeita.³⁰ A importância do reconhecimento ou reparação moral se faz muito mais presente nos processos de conduta discriminatória do empregador ou um de seus prepostos contra o empregado, pois este já se encontra em um estado de subjugação e fragilidade dentro da relação de emprego em um país de distâncias avassaladoras entre o capital e trabalho. Se tal situação é agravada por uma conduta discriminatória, possivelmente se instala um verdadeiro drama psicológico, dependendo da gravidade da situação.

Assim, a preocupação do juiz com os aspectos singulares dos processos com a temática epígrafada, tendo como pano de fundo os princípios norteadores do direito do trabalho, possibilitando a inversão do ônus probatório, quando verificada verossimilhança da acusação, conforme proposto alhures, denota um caminho mais próximo da busca da pacificação social, dando substância e verdadeiro sentido moral à atividade jurisdicional.

Encerro minhas reflexões registrando que o tema da discriminação liga-se umbilicalmente à proteção dos direitos humanos. A falha sistemática em assegurar a sua efetividade contribui para a propagação das condutas desviadas (discriminatórias), aniquiladoras da dignidade humana.

Hannah Arendt tece considerações a este respeito, ao tratar das condições inerentes ao totalitarismo. Referindo-se à existência de campos de concentração, assinala:

“A desvairada fabricação em massa de cadáveres é precedida pela preparação histórica e politicamente inteligível de cadáveres vivos. O incentivo e, o que é mais importante, o silencioso consentimento a tais condições sem precedentes resultam daqueles eventos, que, num período de desintegração política, súbita e desesperadamente, tornaram centenas de milhares de seres humanos apátridas, desterrados, proscritos e indesejados, enquanto o desemprego tornava milhões de outros economicamente *superfluos* e socialmente onerosos. Por sua vez, isso só pode acontecer porque os Direitos do Homem, apenas formulados, mas nunca filosoficamente estabelecidos, apenas proclamados, mas nunca politicamente garantidos, perderam em sua forma tradicional, toda a validade.”³¹ (grifo nosso)

30 Beviláqua, op. cit., p. 319.

31 Arendt, 2000, p. 498.

Que a labuta dos tribunais brasileiros, mediante a construção jurisprudencial calcada em princípios, mesmo avançando para além das sustentações teóricas, saiba evitar contribuir para o “silencioso consentimento” no qual, segundo Hannah Arendt, radica o totalitarismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Mácio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (orgs.). *Discriminação*, São Paulo: LTr, 2000.
- BEVILÁQUA, C. *Notas sobre a forma e a razão dos conflitos no mercado de consumo*. Sociedade e Estado, v. XVI, n. 1-2, 2001.
- CARDOSO, Luís Roberto. Honra, dignidade e reciprocidade. MARTINS, P.H.; NUNES, B. F. (orgs). In: *Série Antropológica*, n. 344, UnB, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de especialização em direito constitucional*. Brasília: 2001, mimeo [convênio da Universidade de Brasília com o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região].
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público Federal*, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, n. 19, 2000.
- MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Mácio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (orgs.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000 .
- MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002.
- MELLO. Discriminação, preconceito e consciência. *Revista do Ministério Público Federal*, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, n. 20, 2000.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *O Ministério Público do Trabalho na eliminação da discriminação*. Relatório de Atividades. Brasília: Procuradoria Geral da União, 2001/2002.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- RIOS, Roger Raup. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado – ESMAFE, 2001.
- RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Alexandre Vitorino da et al. *Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático do direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (orgs.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

PRIMEIROS E ANTERIORES DEBATES: AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ricardo Carvalho Fraga*

A competência da Justiça do Trabalho, no Brasil, antes de 1988, estava definida como aquela necessária para resolver controvérsias entre *empregados* e *empregadores*. A Constituição de 1988 substituiu a primeira dessas expressões, *empregados*, por *trabalhadores*.

A jurisprudência e mesmo a doutrina majoritária não perceberam a profundidade dessa alteração. Uma das poucas manifestações, já após a reforma do Poder Judiciário, é a de Paulo Luiz Schmidt, no sentido de que alguns dos direitos previstos no art. 7º poderiam/deveriam ser alcançados, por via legislativa, a todos os trabalhadores e não apenas aos empregados.¹

Alguns debates anteriores, sobre questão mais geral, merecem registro. Em 1996, na Associação dos Magistrados do Trabalho no Rio Grande do Sul, o jurista Tarso Genro apresentou certas idéias sobre inovações que ocorriam nas relações de trabalho. O texto que divulgou tinha o título de *Crise Terminal do Velho Direito do Trabalho*.

No central, com acerto, apontou que *novas formas de relações de trabalho* estavam por merecer a tutela do Estado. Registrou que as antigas formas estavam diminuindo em número e importância. Buscou convencer que as *resistências* do velho Direito do Trabalho, ainda que necessárias, passavam a ter menores conseqüências sociais do que as novas tutelas a serem construídas.²

Em Passo Fundo, no ano seguinte, em Congresso dos Juizes do Trabalho no Rio Grande do Sul, no mínimo três textos prosseguiram na mesma direção. Um deles chegou a propor a “unificação na Justiça do Trabalho das competências para dirimir todos os conflitos decorrentes das relações de trabalho, previdenciárias, sindicais e penal do trabalho”. Apenas a *matéria penal* suscitou maior inquietação na platéia, sendo igualmente aprovada, ainda que por pequena diferença numérica.³

* Juiz do Trabalho no TRT/RS.

1 Os direitos sociais do art. 7º da CF – uma nova interpretação no judiciário trabalhista, in: *Nova competência da justiça do trabalho*, coordenadores Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo: LTr, 2005, p. 306-308. O STF, sobre competência, chegou a manifestar-se, em março de 1989, quanto a não-extensão a servidores públicos, no Conflito de Jurisdição nº 6.829, Rel Octavio Gallotti, como noticiado e comentado no mesmo estudo, p. 307.

2 Alguns dos presentes, entre os quais o signatário, questionou o título da profunda análise. Efetivamente, o relevante estudo tornou-se mais conhecido pelo seu título do que pelo brilhante conteúdo.

3 Tese das Juízas Carmen González, Marica Motta e Maria Cristina Schaan Ferreira, sob o título “Por uma justiça social do trabalho”. Outras duas teses sobre o mesmo tema são de Francisco Rossal de

Em 1998, preocupações semelhantes foram expostas por Washington Luiz da Trindade, ex-Presidente do TRT/BA. Sua análise sobre *A Avulsividade e o Declínio do Salariado* parte de seu conhecimento como juiz e estudioso do trabalho nos portos. Tenta trazer alguns *conceitos deste trabalho portuário* para a elaboração, nova, de que “na linha invisível que separa o trabalho subordinado do trabalho autônomo, a expressa no contrato de atividade melhor se ajusta”.⁴

Ao final de 2004, com a *reforma do Poder Judiciário*, Emenda Constitucional nº 45, a competência da Justiça do Trabalho passou a ser definida, no art. 114, inciso I, como sendo aquela para *as ações oriundas da relação de trabalho*. Algumas situações estão detalhadas nos demais incisos, num total de nove.

O *novo cenário*, que está sendo construído, foi bem retratado por Hugo Cavalcanti Melo Filho, ex-Presidente da ANAMATRA.⁵ Comentou, entre outros, as principais discussões ocorridas no Congresso Nacional, ao longo de mais de uma década. Recordou inusitada tentativa da Deputada Zulaiê Cobra, de substituição da expressão *relação de trabalho* por *relação de emprego*, o que diminuiria a competência da Justiça do Trabalho, além de trazer incoerência ao conjunto do texto.⁶

Neste relato e rica análise, sob o sugestivo e indicativo título *Nova Competência da Justiça do Trabalho: contra a interpretação reacionária da Emenda 45/2.004*, lembrou Marx e Engels, quando notaram que “a burguesia não pode existir sem *revolucionar constantemente* os instrumentos de produção, portanto as relações de produção, e por conseguinte todas as relações sociais” (com grifo atual).

Vários congressos e encontros da Justiça do Trabalho já foram realizados, desde o início de 2005, em razão da inovação constitucional. Já no primeiro mês, Grupo de Estudos da Amatra/RS, em *matéria processual*, concluiu que “O procedimento previsto na CLT, em regra, aplica-se às ações da competência da Justiça do Trabalho”.⁷ Posteriormente, a mesma compreensão foi afirmada na Instrução Normativa nº 27 do TST, em 16 de fevereiro.⁸

Araújo, “O direito do trabalho e o ser humano”, e de José Felipe Ledur, esta última com análise bem mais abrangente. Estes estudos, assim como, o referido de Tarso Genro estão no livro *Continuando a história*, São Paulo: LTr, 1999.

4 Revista T. e D., n. 19, dez. 1998.

5 Incluído em segunda coletânea da ANAMATRA, “Justiça do Trabalho: competência ampliada”, coordenadores Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo: LTr, 2005, p. 170-186.

6 A tentativa de modificação de redação, restritiva, antes referida, foi notada exatamente por alguns representantes de AMATRAS, às vésperas da votação no Plenário, quando foi rejeitada. Na tramitação, anteriormente, por algum tempo, esteve proposta a extinção da Justiça do Trabalho, como registrou. Ademais, no momento bem inicial, havia a curiosa proposição de que os Tribunais do Trabalho tivessem seus integrantes recrutados fora da magistratura, o que se criticou em estudo do Juiz do Trabalho Luiz Alberto de Vargas e do signatário, sob o título “A Justiça do Trabalho, presente e futuro”, Revista do TRT/RS, n. 26, 1993, p. 29-34, especialmente a 33.

7 Notícia atualizada em 27.01.2005, disponível em: www.amatra4.org.br.

8 Esta IN 27, com sete artigos, disponível em: www.tst.gov.br Estranho, por espelhar incoerência anterior, restou seu art. 5º “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”.

Os Juízes do Trabalho da Bahia, por sua vez, em primeiro debate, concluíram que deve ser considerada a “diversidade de princípios aplicáveis”, com “aplicação extensiva às relações de trabalho, onde estiver presente a dependência econômica” e, por outro lado, “subtração ou mitigação de efeitos conforme a natureza da relação jurídica”. Atentamente, ainda, perceberam que a nova competência pode alcançar as “paraempresas – corpo de empresa e alma de pessoa física – e empresas unipessoais”.⁹

Ao final de fevereiro, em São Paulo, por iniciativa das associações estaduais de diversos profissionais, incluindo-se a Amatra/SP, ocorreu outro relevante Seminário. Naquele momento, vários palestrantes referiram que a estrutura da Justiça do Trabalho supera a da Justiça comum, em grande número de Estados da Federação. José Maria Trepat Cases, na condição de professor de Direito Romano, apontou a dificuldade e/ou impossibilidade de perceber as distinções entre as conceituações de *trabalho*, *serviço* e *consumo*.¹⁰

Nessa mesma linha, um pouco antes, ao início de fevereiro de 2005, os Juízes do Trabalho no Pará expressaram que “São da competência da Justiça do Trabalho todas as ações que tenha por fundamento relações de trabalho, sendo irrelevante a duração da prestação de serviços ou a aplicação dos direitos civil e do consumidor”.¹¹

Interessantes também poderão ser as indagações sobre certa observação de Seminário dos Juízes do Trabalho, em Alagoas, no sentido de que “Cabe à Justiça do Trabalho decidir quanto a litígios decorrentes de *atos anti-sindicais*, inclusive danos morais e materiais relacionados ao exercício do direito de greve”, com grifo atual.¹² Medite-se sobre quem seriam/serão os prováveis réus nestas lides. Somente os efetivos empregadores?

Igualmente instigante é a afirmativa do Procurador do Trabalho, André Spies, em Seminário organizado pelo TRT/RS, no sentido de que não mais persiste a

9 Essa Jornada ocorreu em 28 e 29 de janeiro de 2005, estando as Conclusões Preliminares disponíveis em: www.amatra5.org.br.

10 O lúcido professor também alertou para o risco de que a resistência às transformações leve alguns, sob pretexto de detalhamento do inciso IX do novo art. 114, na verdade, tentarem limitar a ampliação da competência.

11 Manoel Antonio Teixeira Filho, com cautela e cuidado, manifestou-se no sentido de que “... se uma pessoa física prestar *serviços* (fornecedor), em caráter pessoal e oneroso, a outra pessoa, física ou jurídica (consumidora), a solução da controvérsia daí emanada *tende* a ingressar na competência da Justiça do Trabalho, pois já se viu que uma relação de consumo pode conter, subjacente, uma relação de trabalho”, obra *Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, São Paulo: LTr, 2005, p. 144, estando o primeiro grifo no original e o segundo, “tende”, destacado aqui. A favor desta tendência a circunstância de que o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, para definir “consumo” utiliza-se, dentro desta definição, da própria expressão “salvo as decorrentes das relações trabalhistas”. Uma tentativa de subdividir as relações trabalhistas, com e sem consumo, foi apresentada pelo Juiz no Rio de Janeiro, Otávio Amaral Calvet, tentando distinguir as relações dentista-clínica e dentista-paciente, Revista LTr, janeiro de 2005, p. 56, metade da segunda coluna. Em painel de Seminário organizado pelo TRT/RS, referido em outra nota, a Professora Carmen Camino, apontou a dificuldade, inicial, de definir-se o que seja “destinatário final” do consumo de um serviço.

12 Este Seminário ocorreu nos dias 18 e 25 e fevereiro e 7 de março de 2005, havendo outras conclusões.

possibilidade de *ação de declaração de ilegalidade de greve*, acaso fosse possível antes.¹³

Um terço dos juízes do trabalho no País, ou seja, quase mil, estiveram presentes em São Paulo, em encontro organizado pela ANAMATRA, em março de 2005.¹⁴ No momento, apontou-se a extrema necessidade de aprimoramento da estrutura e do aumento do número de Juízes do Trabalho.¹⁵

Cláudio Armando Couce de Menezes, agora Presidente do TRT/ES, em mais de uma destas ocasiões, recordou *providências legislativas semelhantes de outros países*, expressando que “Assim, França, Alemanha, Países Baixos, Itália, Inglaterra e Portugal aplicam, total ou parcialmente, o Direito do Trabalho sob o critério da dependência econômica ou de conceitos assemelhados (“parassubordinação”, “quase assalariados”, “pessoas assimiladas a trabalhadores” etc., concluindo que “Dessa maneira, evitar-se-á que pessoas, cuja sobrevivência dependa do trabalho prestado em favor de outrem, fiquem ao largo do manto protetor das leis estatais e das vantagens porventura obtidas pelas entidades sindicais em negociação coletiva.”¹⁶

Relativamente a esses outros trabalhadores, já se tem percebido a necessidade de certo cuidado especial quanto ao rompimento dos contratos. Esse somente “será possível quando existam causas válidas que a justifiquem, por exemplo: não-cumprimento do contrato, concordata ou falência, violação de segredos, atuação negligente e, em geral, toda conduta incorreta, grave ou reiterada”, em atenta afirmativa de Juízes do Trabalho na Argentina, Carlos A. Toselli e Alicia G. Ulla.¹⁷

-
- 13 Este Seminário aconteceu nos dias 10 e 11 de março. Esta afirmativa do Procurador do Trabalho está acolhida em texto referido em outra nota, anterior: “Relações coletivas e sindicais – nova competência após a EC 45”, de Luiz Alberto de Vargas e do signatário.
- 14 Este Congresso e alguns estaduais estão noticiados e documentados no site www.anamatra.org.br valendo lembrar que o acesso aos sites das Amatras pode ser realizado na opção “Associação” e, após, “Amatras”.
- 15 No México, igualmente, ocorre debate sobre a necessidade de aperfeiçoamento da Justiça do Trabalho. Lá, em etapa anterior, busca-se que a primeira instância venha a integrar o Poder Judiciário, conforme relato e proposição do Juiz Sérgio Pallares y Lara, in: *Incorporación de los Tribunales Laborales al Poder Judicial*, Revista El Proyecto Feliz, México, spallaresl@scjn.gob.mx.
- 16 Revista LTr, maio de 2005, p. 556-564, e Revista do TST, vol. 71, n. 1, jan./abr. 2005, p. 84-102, entre outras publicações.
- 17 Esta observação consta de estudo bem detalhado, sob o título *Similitudes e diferenças entre os contratos comerciais e os contratos laborais*, in: *Avanços e possibilidades do Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, Coordenadores Luiz Alberto de Vargas e o signatário, no prelo. Acrescentam que “Pode suceder que, finalizado o prazo previsto, seja negada a renovação do contato, sem razões para tanto. Nos Estados Unidos da América, se há estabelecido, na hipótese de franquia, que o franqueador deve renovar o contrato uma vez finalizado o prazo inicial, salvo que existam razões válidas para não fazê-lo. Pelo contrário, a legislação europeia sustenta que a falta de renovação do contrato significa o exercício de um direito contratual do qual não resulta qualquer ressarcimento. Resulta interessante analisar uma sentença em que se reclama relação laboral invocando os autores uma suposta fraude laboral através da simulação de uma concessão. Sustenta-se que os reclamantes atuaram como comerciantes durante um tempo prolongado e se infere que somente intentaram a ação, em que reclamam como se fossem empregados, quando não foi renovada a concessão. Na verdade, pretende resistir à perda da concessão que, definitivamente, decorreu da conclusão de uma

A recente alteração da competência poderá contribuir em muito para que, também no Brasil, perceba-se certa imposição social, existente em todo mundo desenvolvido e civilizado. *Toda forma de trabalho*, ainda que não seja de emprego, terá suas controvérsias controladas pelo Estado e julgadas pelo Poder Judiciário, através da Justiça do Trabalho, se as partes não souberem ou não tiverem capacidade para resolvê-las.

Visível e bem nítida é a ampliação da competência da Justiça do Trabalho. Agora, outras relações de trabalho, mesmo que não sejam de emprego, terão suas controvérsias resolvidas nessa Justiça especial. São *inúmeras as novas ações* de autônomos, profissionais liberais e demais trabalhadores, as quais antes eram examinadas na Justiça comum ou mesmo não eram ajuizadas.

Existem, ainda, as *questões coletivas* sobre organização sindical, bem como sobre multas aplicadas pelas autoridades de fiscalização. Provavelmente, entre os entendimentos a serem revistos, esteja a aceitação da competência para cobrança de contribuições patronais. Nesse sentido, já decidi uma das Turmas do TRT/RS, superando entendimento de súmula do mesmo, fruto de debate anterior.¹⁸

Exatamente nas questões coletivas está uma das principais alterações de ampliação da competência. Inclusive, se disse que “a greve, mais do que nunca, deve ser encarada pelo Poder Judiciário como instrumento imprescindível da negociação coletiva e direito constitucionalmente assegurado aos trabalhadores”.¹⁹

relação comercial. Ressalta-se a especial importância da teoria dos atos próprios, assinalando que ‘não é lícito fazer valer um direito em *contradição com a conduta anteriormente assumida e que ninguém pode se por em contradição com seus próprios atos, exercendo uma conduta incompatível com uma anterior conduta deliberada, juridicamente relevante e plenamente eficaz*’ (CNAT, *Sala V Jara Norma Graciela c/ Manufacturera Algodonera Argentina S.A.*, 23.03.1987). Nos contratos comerciais, o período de aviso prévio deve ser adequado às características de cada contrato, tendo em conta a necessidade de minimizar o dano que tal decisão ocasionaria à outra parte. A análise da revogação arbitrária ou da não-renovação do contrato leva a outras questões: a) destino do estoque (a jurisprudência estrangeira não é uniforme: tem-se possibilitado a venda até acabar o estoque, não obstante a rescisão do vínculo. Em outras hipóteses, se tem considerado que o principal tem obrigação de recuperar a mercadoria. b) cláusulas de não-competência: tem-se considerado válidas, desde que sejam limitadas em tempo, espaço e setor de atividade. c) indenização por clientela: deve relembrar-se que a clientela é da marca”. Com grifos atuais.

18 “... Ressalva-se, de início, ter a Turma Julgadora alterado o seu posicionamento anterior, no sentido de ser incompetente a Justiça do Trabalho para processar e julgar controvérsia existente entre sindicato patronal e empregadora, no tocante ao recolhimento de contribuições assistenciais, ainda que prevista em convenção coletiva ... com a promulgação da Ementa Constitucional nº 45, de 08.12.2004, alterou-se tal posicionamento, pois foi alterado o art. 114 da CF/88, e acrescentando-se incisos, especificam o inciso III que dispõe o seguinte: ... III – As ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;...”. Ac 01172.2003.271.04.00.3, de 18 de maio de 2005, 6ª Turma, Rel. Juiz João Alfredo Borges Antunes de Miranda. A referida Súmula nº 33 diz “Contribuição assistencial. Lide entre sindicato patronal e integrante da respectiva categoria econômica. Ação de cumprimento. Incompetência da Justiça do Trabalho. Resolução Administrativa nº 07/04 – Publicada no DOE nos dias 2, 5 e 6 de julho de 2004”. O STJ já decidia estes conflitos de competência, afirmando ser da Justiça do Trabalho.

19 Sobre o tema, texto já mencionado, “Relações coletivas e sindicais – nova competência após a EC 45”, de Luiz Alberto de Vargas e do signatário, p. 331-344, estando ao final o parágrafo transcrito.

A competência para as ações de *indenização por dano moral*, resultante das relações de trabalho, já se encontra razoavelmente pacificada na jurisprudência, inclusive com súmula do TST: “Nos termos do art. 114 da CF/88, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho”.²⁰

Persistiu, no entanto, a controvérsia quando essas decorrem de acidente do trabalho. Lembrando o jurista Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena, já se julgou afirmando a competência da Justiça do Trabalho, em determinado caso bem específico e, ademais, tratando-se de pedido de dano moral, sem pedido de dano material.²¹ O STF, após provocação, “negativa”, do TST, terminou por afirmar a competência da Justiça do Trabalho, quando os danos, moral e material, sejam *decorrentes de acidente de trabalho*.²²

Amauri Mascaro Nascimento chegou a registrar que se afirmar a incompetência da Justiça do Trabalho para ações sobre indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho, seria o mesmo que dizer que a indenização por dano moral

20 Súmula nº 392 do TST. Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 327 da SDI-1) – Res. 129/05 – DJ 20.04.2005. “Nos termos do art. 114 da CF/88, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho” (ex-OJ 327, DJ 09.12.2003). Ainda que não conste da súmula, igualmente, quanto a danos *materiais* tem se firmado a jurisprudência.

21 Trata-se do Ac. 00948.2002.271.04.00.7, de 1º de março de 2004, sendo relator o signatário, no qual se disse:

“... A pretensão do autor versa sobre dano moral decorrente de acidente de trabalho, não se confundindo especificamente com a ação indenizatória da Justiça comum. Lembre-se que matéria estabelecida no Código Civil não é suficiente para afastar a competência da Justiça do Trabalho por força do art. 8º da CLT. A relevância encontra-se estabelecida na qualidade dos sujeitos da relação jurídica de direito material, no caso, empregado e empregador.”

Sobre o tema, recorde-se belo texto de Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena, escrito na Revista do TST, vol. 67, n. 2, abr./jun.2001, do qual transcreve-se trecho consentâneo com o entendimento esposado:

“A temática básica, em seus fundamentos, que partem da origem do fato ou, expletivamente, de sua fonte originária – a relação de trabalho – contém o vetor que localiza na Justiça do Trabalho a competência para se decidirem os litígios que assentam em tais fatos, sobretudo quando outras reparações venham a ser pleiteadas (v.g. danos morais ou danos materiais), em escorreita aplicação do art. 114, da Constituição Federal, como recentemente ratificou o Supremo Tribunal Federal: EMENTA: ‘Justiça do Trabalho. Competência para julgar ação de indenização por acidente de trabalho. Acórdão recorrido assenta em fundamento suficiente não impugnado no RE: precedente do STF. Incidência da Súmula 283. Regimental não provido’. (STF, 2ª Turma, AGRRE 269309/MGAG, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 23.02.2001)”

O mesmo autor refere a Apelação Cível 298.733-7, PASSOS, TAMG, 1ª Turma, Revisor: Juiz Nepomuceno Silva. J. 22.02.2000, no qual consta:

Aos que insistem que a decisão do STF é isolada (mas não é), não custa lembrar que também o STJ já definiu ...

22 Trata-se do Conflito de Competência nº 7.204, STF. Na sessão de julgamento, ocorrida em 29 de junho de 2005, teve relevância o voto do Ministro Ayres de Brito, entre outros. Vale registrar os estudos do Juiz do TRT/MG Sebastião Geraldo de Oliveira, sobre o tema. O Boletim ANAMATRA, n. 70, de 15 de junho de 2005, e o site www.anamatra.org.br já apontavam alguns argumentos sobre a matéria.

decorrente de calúnia não seria competência dessa Justiça especial, porque incompetente para o exame desse crime.²³ Na verdade, cuida-se de não limitar o alcance do inciso VI do novo art. 114 da Constituição.

Em todas essas ações sobre indenizações passou a ser exigido um exame mais aprofundado sobre a *prescrição*. Em caso bem peculiar, lembrando o jurista Georgenor de Souza Franco Filho, do Pará, buscou-se perceber, acima de tudo, o *momento inicial* da contagem desse prazo.²⁴

Nas ações específicas sobre acidentes de trabalho, propriamente ditas, viu-se certa resistência do STF expressa em dois ou três julgamentos, já no início de 2005, mantendo a competência da Justiça comum. Com tal entendimento, corre-se o risco de ser mantida a duplicidade de competência, tendo-se a Justiça comum para os acidentes de trabalho e Justiça do Trabalho para as demais questões, tais como indenizações por dano moral e *despedidas em períodos de garantia no emprego*, em razão desses mesmos acidentes de trabalho.

A situação não seria de todo nova nem mesmo nesses temas.²⁵ De qualquer modo, exige-se certa atenção. Em julgamento sobre o tema, e com algumas especificidades, entendeu-se não estar configurada a alegada coisa julgada, supostamente decorrente de decisão da Justiça comum.²⁶

23 A afirmativa ocorreu no Seminário estadual realizado em São Paulo, em março de 2005, mencionado em outra nota.

24 Ac. 01173.2003.351.04.00.1, sendo relator o signatário, no sentido de que:
 “Prescrição. ... Aqui, neste autos, é bem mais visível o acerto do estudo de Georgenor de Souza Franco Filho, Juiz do Trabalho no Pará, publicado na Revista LTr de abril de 2005, p. 402-407.
 ...Tendo por bial a prescrição, outra questão se enfrenta: a partir de quando temos o início da contagem do prazo? Da data da dispensa do obreiro? Da data em que se concretizou a lesão?...O art. 200 do atual Código Civil deve ser aplicado em face da omissão da CLT (art. 8º). Consigna a norma civil:

‘Art. 200. Quando a ação se originar em fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.’

‘A contagem do prazo prescricional estará suspensa. A admitir que essa contagem inicia-se imediatamente após a extinção do contrato de trabalho, se, nessa oportunidade, for ajuizada uma ação penal visando a provar a atitude delituosa do obreiro, não correrá a prescrição trabalhista até que se solucione a ação penal.’

...

e) em o dano sendo decorrente de prejuízo físico ou de qualquer outra natureza, o início da contagem será o do dia da ocorrência do evento ofensivo. (grifo atual)

Sendo assim, seja adotando-se a prescrição civil, seja adotando-se a prescrição trabalhista, contada da data da lesão, inexistiu prescrição ‘total’ a ser reconhecida.

Sentença mantida.”

25 Em outras matérias, como previdência de empresas públicas, existe ajuizamento nas duas esferas.

26 Trata-se do Ac. 00686.1997.511.04.00.3, de 26 de maio de 2004, sendo relator o signatário, no qual se disse:

“O art. 935 do novo Código Civil dispõe: ‘A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal’.

No momento inicial dessas definições jurisprudenciais, além da já mencionada controvérsia sobre acidentes de trabalho, existe a referente às lides dos *servidores públicos*. Logo após a publicação da EC 45, foi proferida a liminar do Ministro Nelson Jobim, na presidência do STF, em mandado de segurança ajuizado pela Associação dos Juizes Federais. Restou, provisoriamente, afastada a competência da Justiça do Trabalho para os servidores públicos.²⁷

As duas situações excepcionais e pontuais, antes mencionadas, acidentes de trabalho e servidores públicos, *bem como outras que possam surgir*, ainda que relevantes não ofuscam o quadro mais geral antes anunciado, de ampliação da competência da Justiça do Trabalho. Nem mesmo alteram o rumo, já tomado, também em nosso País.

Resumindo, com acerto e clareza, um dos objetivos de nossa evolução, foi assinalado que “o Estado e a Sociedade não estão comprometidos com qualquer trabalho, mas sim com o *trabalho digno*”.²⁸

De certo modo, repetiu-se, com nova redação, previsão do anterior art. 1.525 Sendo assim, a decisão proferida no juízo criminal não pode mais ser discutida no juízo cível, apenas quanto a existência e autoria, quanto ao restante, pode. O contrário, ou seja, efeitos da decisão cível no crime, inexistem, a princípio.

Recorde-se que o juiz criminal tem como pressuposto a inocência do réu. O juiz cível, por seu lado, tem como pressuposto a necessidade de indenização à vítima. São esferas distintas, inclusive em suas finalidades. Aqui, a decisão trabalhista tem ainda outra motivação.

No específico do tema dos autos, examina-se o princípio da ‘continuidade’ da relação de emprego. Recorde-se que o juiz cível ao afastar o nexu, disse apenas da desnecessidade de indenização à vítima. Por óbvio, nada disse sobre o princípio da ‘continuidade’ da relação de emprego.

No máximo, poder-se-ia entender pela existência de coisa julgada se houvesse afirmativa sobre inexistência, mesmo, de qualquer doença. Ainda, nesta hipótese, haveria maior relevância se a decisão fosse do juízo criminal. Sendo assim, impõe-se o exame, aqui, sobre o controvertido nexu entre doença e trabalho, o que se fará em item adiante.

Na verdade, a alegação de coisa julgada termina por aproximar-se, na especificidade dos autos, à alegação de incompetência. Incompetência esta que foi bem afastada pelo Julgador de origem, inexistindo recurso neste aspecto.

Sob tais argumentos, rejeita-se a prefacial.”

- 27 A situação curiosa e inusitada resultou da promulgação “por partes” do texto aprovado na Câmara e no Senado. Ocorre que a Câmara aprovou o texto integral do novo art. 114, com a competência para a Justiça do Trabalho. O Senado aprovou o acréscimo, que, na verdade, é supressivo (“...*salvo... servidores...*”). O julgamento do mérito do mandado de segurança tem como relator o Ministro Cesar Peluso. Recorde-se que foi mais acirrado o debate, ao tempo do art. 240 da Lei nº 8.112, Regime dos Servidores Públicos. Houve derrubada do veto presidencial pelo Congresso Nacional, julgamento de ADIn pelo STF e posterior Lei. Cuidava-se de os servidores públicos terem a possibilidade de ajuizamento de dissídios individuais e, acima de tudo, coletivos, na Justiça do Trabalho.
- 28 A observação é do Juiz do Trabalho Joe Ernando Deszuta, Revista HS Editora, Porto Alegre, n. 255, de março de 2005, p. 39-90, especialmente, p. 85, conclusão 4.

“CONDOMÍNIO DE FATO” E RELAÇÃO DE EMPREGO

José Geraldo da Fonseca*

INTRODUÇÃO

A solução de qualquer lide trabalhista deduzida em face de um condomínio edilício *formal*,¹ mesmo aquela em que se pede o reconhecimento jurídico da própria relação de emprego, não oferece empecilhos porque os pólos ativo e passivo dessa relação processual estão de antemão bem delineados. A dificuldade reside naqueles casos em que há um *condomínio de fato*, isto é, um punhado de casas edificadas em vila ou em ruas sem saída, sem que haja, necessariamente, divisão entre propriedades autônomas e áreas de uso comum, em face do qual se pretende o reconhecimento de relação de emprego – quase sempre de vigia ou vigilante – e a responsabilização pecuniária pela execução ou inexecução do contrato de trabalho.

De costume, esses vigias prestam serviços agenciados por um terceiro, que os moradores sequer conhecem, e que estipula valores a título de salário e lhes fornece equipamentos toscos, como um colete, apito, uniforme, às vezes rádio e, talvez, armas. Ou, por outras, são os próprios comunheiros que se organizam e decidem contratar o prestador do serviço para lhes prestar segurança ostensiva, mediante certa quantia em dinheiro estabelecida em comum e rateada entre os moradores. Pergunta-se: – Nesses casos, há vínculo de emprego? De que tipo? Quem é o efetivo empregador? Como citar os sedizentes réus? É exigível a citação pessoal? E a editalícia? Quem deve ser responsabilizado pela indenização dos direitos do trabalhador? Qual a responsabilidade daqueles que não concordam com a contratação e não participam do rateio? O que fazer em caso de revelia de um ou de vários moradores? Quem representa a massa condominial? Os condôminos podem ser testemunhas?

Essas questões tiram o sossego do juiz do trabalho, e as decisões, como mostram os repertórios de jurisprudência, não têm qualquer uniformidade.

* *Juiz do Trabalho (7ª Turma do TRT/RJ). Autor dos livros “Como redigir a petição inicial da Ação Trabalhista de rito sumaríssimo” (Forense) e “Vá procurar seus direitos! – Tudo sobre empregados domésticos” (Forense – Gryphus).*

1 Na *Exposição de Motivos* do novo Código Civil que fez em 16 de janeiro de 1975 ao então Ministro da Justiça Armando Falcão, o Prof. Miguel Reale, supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, fez questão de remarcar que o *condomínio horizontal* ou *especial* ou *em edifícios* fora tratado no Código pelo *nomen juris* com que devia ser chamado segundo a sua mais pura fonte latina – *condomínio edilício* –, porque se tratava de um condomínio *que se constitui, objetivamente, como resultado do ato de edificação, sendo, por tais motivos, denominado “edilício”*. Teve o cuidado de explicar que “edilício” provinha de *aedilici* (um), que não se referia apenas ao edil, mas igualmente às suas atribuições, dentre as quais a de fiscalizar as construções públicas e particulares.

É dessas inquietações tão comuns no dia-a-dia do foro de que aqui se ocupa.

CONCEITO DE CONDOMÍNIO

Condomínio – de *cum* (com, em companhia de, ao mesmo tempo que) + *dominium,ii* (propriedade, direito de propriedade), derivado de *dominus* (senhor de, proprietário, possuidor) – significa “*domínio de vários*”.² O condomínio é uma pessoa formal, isto é, não é pessoa física nem a lei lhe confere personalidade jurídica. Condomínio, ou compropriedade, é a propriedade de mais de uma pessoa sobre a mesma coisa,³ cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes.⁴ Pode haver condomínio sobre qualquer coisa móvel, imóvel ou semovente. A idéia de um poder jurídico direto, sobre a propriedade exclusiva (*propriedade individual*), e indireto, sobre as áreas comuns (*propriedade coletiva*), é indissociável da idéia de condomínio, daí porque o termo “condomínio” traz implícita a noção de “comunhão permanente e perpétua, pois não será possível a conservação útil do complexo jurídico nem concebível a fruição da parte exclusiva de cada condômino sem a permanência do estado de comunhão. Em consequência, essa é obrigatoriamente duradoura, em contraposição à comunhão clássica, que a lei quer transitória”.⁵ É o permanente estado de comunhão da coisa que legitima os consócios ao exercício do direito sobre a propriedade coletiva. A compropriedade constitui-se de uma pluralidade de sujeitos ligados por necessidades e fins comuns, sob um mesmo regramento jurídico. No condomínio, a idéia principal “está no exercício conjunto das faculdades inerentes ao domínio pela pluralidade de sujeitos, por tal arte que cada um deles tenha poder jurídico sobre a coisa inteira, em projeção de sua quota-ideal, sem excluir idêntico poder nos consócios ou co-proprietários”.⁶

CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Conquanto a justaposição de casas a que hoje se chama condomínio edilício ou horizontal fosse conhecida e praticada em Roma,⁷ o direito antigo repudiava a divisão da casa por planos horizontais porque a idéia de dois ou mais proprietários

2 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 77-78.

3 J. Nascimento Franco; GONDO, Nisske. *Condomínio em edifícios*. 4. ed. São Paulo: RT, 1987, p. 13.

4 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições*. V. 4, p. 160, citado por DINIZ, Maria Helena, *Código civil anotado*, Saraiva, 2003, p. 861.

5 MARIO, Caio, op. cit., p. 78.

6 MARIO, Caio, op. cit., p. 76.

7 A doutrina registra que, no Baixo-Império romano, a concentração urbana estimulou o reconhecimento de direitos à propriedade superposta quando permitiu que o proprietário de estreita faixa de terra lançasse sobre a casa alheia (*crypta*) uma pequena edificação (*insula*), que lhe servia de servidão de passagem. Essa nova relação jurídica não era concebida como condominial, mas como mera servidão (cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*, n. 75-A, Caio Mario. Op. cit., p. 61.)

de um mesmo pedaço de chão era contrária aos princípios reinantes. Para os romanos, a propriedade imobiliária se projetava do solo para o alto, e até os céus – *usque ad coelum* –, e do solo para baixo, até os infernos – *usque ad inferos*.⁸ Pertencia ao dono do solo tudo o que estivesse acima ou abaixo dele (“*aedificium solo cedit et ius soli sequitur*”). Como dito, o condomínio de casas, apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos em edifícios-garagem é tratado no Código Civil como edilício,⁹ conquanto seja comumente conhecido como condomínio horizontal.¹⁰ É uma forma atípica de domínio,¹¹ um complexo que alberga dois tipos de direito patrimonial: a propriedade plena e exclusiva, representada pela fração ideal do terreno e exercida sobre a unidade autônoma, e o condomínio permanente e indivisível, que recai sobre as áreas de uso forçosamente comum, e o terreno no qual se edifica a propriedade. Como todo direito de propriedade, o condomínio é um direito real. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis.¹² É obrigatória a subscrição da convenção do condomínio pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais do terreno. A convenção é ato-regra da vida condominial e sua subscrição a torna obrigatória para todos os titulares de direito sobre as unidades autônomas, ou para quem sobre elas tiver posse ou detenção.¹³ Para valer contra terceiros, a convenção tem de ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.¹⁴

8 Em Caio Mario (op. cit., p. 61), lê-se, *verbis*: “Mas não tolerava o direito romano a divisão da casa por planos horizontais, por lhe parecer contrária aos princípios dominantes. Se a propriedade do solo projeta-se para o alto e vai *ad astra*, e se aprofunda o chão adentro até o inferno – *ad inferos* –, faltava justificativa ali para a separação e autonomização dos direitos de quem acaso vivesse acima do proprietário do solo, incompatibilidade tanto mais flagrante quanto mais arraigada a convicção de que se subordina ao proprietário do solo qualquer edificação sobre ele levantada: *aedificium solo cedit et ius soli sequitur*.”

9 Código Civil, art. 1.332.

10 Caio Mario (op. cit., p. 67) diz, com propriedade, que “Esta denominação, aliás – *propriedade horizontal* –, que não encontra justificativa histórica, pois que as fontes se lhe não referem, prende-se a uma idéia de simetria racional. Pelo fato de não ser usada pelos romanos a divisão do imóvel, e especialmente do edifício, senão por planos *verticais*, que permitiam a projeção espacial do domínio para o alto, *usque ad coelum*, e para baixo, *usque ad inferos*, e de se não ter vulgarizado, senão recentemente, a divisão por planos horizontais, alguns escritores começaram a ver aí uma propriedade *horizontalmente dividida*, ou, por condensação de linguagem, uma *propriedade horizontal*”. O condomínio edilício é também chamado “especial”, “relativo” (Carlos Maximiliano), “de edifícios com apartamentos autônomos” (Espínola), “por andares ou apartamentos” (Campos Batalha), “propriedade em planos horizontais” (Serpa Lopes) e “condomínio e incorporações” (Zola Florenzano). Na doutrina estrangeira, Domenico Simoncelli fala em “propriedade superficiária”, Hébraud em “copropriété par appartements”, Racciatti, em “propriedad por pisos o por departamentos” e Hanry Solus em “maison divisée par étages”.

11 Porque resume numa única *figura juris* dois direitos: o exclusivo e direto, sobre a unidade autônoma, e o coletivo e dividido, sobre as coisas comuns.

12 Código Civil, art. 1.332 e Lei nº 4.591/64, arts. 28; 29; 32, § 2º; e 35 c/c a Lei nº 6.015/73.

13 Código Civil, art. 1.333.

14 Código Civil, art. 1.333, parágrafo único.

BLOCOS

Nos grandes condomínios urbanos, é comum a divisão das casas ou apartamentos, por blocos, com eleição de subsíndicos e administração descentralizada. Tais divisões facilitam a administração da vida condominial, mas têm apenas utilidade doméstica porque o art. 3º da Lei nº 4.591/64 não reconhece a divisão do condomínio. Nos condomínios compostos por dois ou mais blocos de apartamentos ou casas, ainda que a convenção ou o regimento interno permitam a contratação de empregados por blocos, a responsabilidade pelos contratos de trabalho é do condomínio como um todo, e não deste ou daquele bloco. É desarrazoado supor que se possa demandar em face de um ou de outro bloco e não do condomínio em si.¹⁵ A compropriedade é, como dito, uma unidade jurídica,¹⁶ isto é, um direito complexo que constitui “uma só relação jurídica, da qual é sujeito ativo o dono do apartamento; são sujeitos passivos todas as pessoas; objeto de uma complexidade de bens e direitos, em que se inscreve o apartamento como parte subordinada a um princípio de sujeição individual e o solo e partes comuns de sujeição coletiva”,¹⁷ onde “há empregados de um patrão coletivo que são os próprios condôminos em conjunto”.

“CONDOMÍNIO DE FATO”

A Lei nº 4.591/64 (art. 1º) entende por condomínio “as edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais”, e vincula a unidade habitacional ou comercial, como propriedade autônoma, a uma “parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns” (art. 1º, § 2º). Não basta, pois, para a configuração do condomínio edilício, “que num mesmo terreno duas ou mais pessoas construam unidades autônomas. É requisito fundamental de sua construção, tal como resultante da lei e assentado em doutrina, que tais unidades se encontrem reunidas em *edifício* ou conjunto de edificações, em que se associem as unidades autônomas e partes comuns, indissociáveis”.¹⁸ Para que haja condomínio edilício formal, é preciso que os proprietários, promitentes-compradores, cessionários ou promitentes-cessionários dos direitos relativos à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborem, por escrito, *convenção de condomínio*, que deve ser aprovada pelo mínimo de 2/3 dos moradores (art. 9º, § 3º) e, também por contrato ou deliberação, em assembléia, aprovem o regimento interno da edificação ou do conjunto de edificações “(art. 9º), promovendo o subsequente registro no Registro de Imóveis. Por fim, o art. 3º diz que o “terreno em que se levantam a edificação ou conjunto de edificações e suas

15 MARIO, Caio, op. cit., p. 78.

16 MARIO, Caio, op. cit., p. 95.

17 MARIO, Caio, op. cit., p. 95.

18 MARIO, Caio, op. cit., p. 95.

instalações, bem como as fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades ou ocupantes, constituirão condomínio de todos, e serão insuscetíveis de divisão, ou de alienação destacada da respectiva unidade”. Isso faz do patrimônio condominial, especialmente o de fato, uma *universalidade mista* nem *universitatis rerum* (universalidade de coisas) nem *universitatis juris* (universalidade de direito), pois não tem personalidade jurídica distinta da de seu titular nem existe uma pessoa jurídica titular do patrimônio que resulta da conjunção das unidades autônomas e áreas comuns.¹⁹

A expressão *condomínio de fato* é um neologismo que embute uma aparente antinomia, mas essa deliberada contradição conceitual é, por minguia de outra, a que mais se aproxima daquela situação de fato envolvendo pessoas e contrato de trabalho, e que interessa ao direito, notadamente ao direito do trabalho. A locução “condomínio” evoca imediatamente no leitor o conceito jurídico de grupamento organizado segundo a lei, “complexo de direitos, faculdades e deveres ligados ao edifício de apartamentos”,²⁰ e edifício representa uma “unidade jurídica”²¹ composta de direitos individuais e coletivos. Apenas por abstração do espírito é possível conceber o condomínio como propriedade individual e exclusiva relativa às unidades autônomas de habitação apartada da propriedade plural e comum, correspondente às áreas de uso coletivo, e que pertencem a todos e a ninguém, especificamente. Por isso mesmo, a expressão “condomínio de fato” tem o inconveniente de ajuntar uma noção de organização jurídica (*condomínio*) a outra (*de fato*), que identifica o não-

19 O art. 90 do Código Civil diz constituir *universalidade de fato* a pluralidade de bens singulares relativos à mesma pessoa e que tenham destinação unitária. Já o art. 91, do mesmo álbum, diz constituir *universalidade de direito* o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Para o direito, as coisas dividem-se em *simples*, *compostas*, *singulares* e *coletivas*. As *simples* constituem um todo homogêneo, orgânico ou artificial (ex.: um animal, uma árvore, um armário). As *compostas* têm um nome coletivo e reúnem um punhado de coisas distintas e separadas, que, com a união, formam um todo (ex.: um automóvel, uma casa). *Singulares*, são as coisas que se podem considerar em si mesmas, isto é, na sua individualidade. *Coletivas*, são as coisas compostas de várias coisas singulares, e que, se tomadas em conjunto, formam um todo econômico e se designam por um nome genérico. O condomínio, como dito, é uma *pessoa formal*: nem física nem jurídica. Para explicar a origem e as conseqüências das relações jurídicas surgidas no condomínio, a doutrina às vezes costuma dizer, por simples analogia, que o patrimônio do condomínio é uma universalidade de fato ou que é universalidade de direito. Em verdade, o condomínio, especialmente o de fato, não é uma coisa nem outra. *Universalidade de fato*, ou de coisas (*universitatis rerum*) “é um conjunto de coisas corpóreas, com aspecto real, que existem *in natura*, e em tal forma aparecem exteriormente, como, por exemplo: a biblioteca, o rebanho. A universalidade de direito consiste em unidades abstratas de coisas e direitos, como o patrimônio, a herança” (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 13. ed. Livraria Freitas Bastos, v. 2, p. 50-53). Ora, todo condomínio, especialmente o de fato, é, ao mesmo tempo, um conjunto de coisas corpóreas (*universitatis rerum*) e um conjunto abstrato de coisas e direitos, como o direito de propriedade, o de ir e vir, o de usar e fruir das coisas comuns, o de votar e ser votado, o de ter voz em assembléias etc. (*universitatis juris*).

20 MARIO, Caio, op. cit., p. 68.

21 MARIO, Caio, op. cit., p. 95.

jurídico, e desdiz exatamente tudo o que a outra induzia a crer. Em direito – *como de resto, em tudo o mais* –, uma coisa não pode ser e não ser, ao mesmo tempo. Ou seja: um conjunto espontâneo de casas ou de apartamentos fincado numa viela não pode ser um “condomínio” (que pressupõe organização *ex lege*) e, ao mesmo tempo, ser “de fato”, porque a expressão “de fato” retira à locução “condomínio” tudo o que ela possa ter de conteúdo jurídico como sinônimo de organização.

Para os fins deste estudo, entretanto, “condomínio de fato” é todo grupamento espontâneo de casas ou de apartamentos não constituído segundo a forma estabelecida no art. 7º da Lei nº 4.591/64²² e nos arts. 1.332 e seguintes do Código Civil.²³ Não é ato de vontade deliberada dos consócios nem instituição por testamento. Os condomínios de fato formam-se, em regra, espontaneamente, por aglomerados de propriedades em forma de vilas de casas ou em ruas sem saída, onde se bota uma cancela, uma guarita, quase sempre à revelia do Poder Público e, por comodidade, os moradores decidem contratar *em caráter contínuo* jardineiros, pedreiros de manutenção, eletricitistas, guardião de piscina e, por razões de segurança – *e como acontece com mais freqüência* –, vigias de rua, com ou sem armas, para fazer uma espécie de policiamento preventivo e ostensivo.

Ao contrário do que se dá no condomínio edilício formado de acordo com a Lei nº 4.591/64 e art. 1.332 do Código Civil, no condomínio de fato, a pluralidade de sujeitos (comunheiros de fato, inquilinos ou proprietários dos imóveis) apenas ocasionalmente se coliga por necessidades e fins comuns e, também apenas por ficção, pode dizer-se que isso se dê por força de um “regramento jurídico”, em rigor inexistente, já que a vida condominial se autodisciplina pelas regras mínimas de respeito mútuo, urbanidade, convivência e vizinhança. No condomínio de fato, os comunheiros *se ajuntam por uma circunstância de fato* (a aquisição das fatias do terreno previamente dividido e sem nenhuma vinculação necessária entre si) e somente há propriedade plena sobre a unidade autônoma e o correspondente terreno onde se assenta a construção, mas não há, necessariamente, “condomínio permanente e indivisível sobre as áreas de uso comum”, especialmente tratando-se de um punhado de casas edificadas em ruas e logradouros públicos. Enquanto a comunhão de fato não se regulariza – *nos casos em que isso é possível* –, o condomínio existe como pessoa formal, sujeito de direitos e deveres, e autêntico empregador, “para os efeitos da relação de emprego” (CLT, art. 2º, § 2º, parte final, *analogicamente*).

-
- 22 Lei nº 4.591/64, art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóveis, dele constando: a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.
- 23 Código Civil, art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial: I – a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; II – a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; III – o fim a que as unidades se destinam.

AÇÃO DE PRESENÇA

Se a prestação do trabalho do vigia de condomínio de fato se fizer na forma dos arts. 3º da CLT (com pessoalidade, habitualidade, continuidade, subordinação jurídica e onerosidade) e 1º da Lei nº 5.859/72²⁴ (para a pessoa ou para a família), a *ação de presença* do vigia é suficiente para coobrigar a todos os que dela se beneficiarem. Por “ação de presença”, deve entender-se que a simples presença do prestador dos serviços de vigilância em local razoavelmente próximo às residências, uniformizado ou não, armado ou não, pode ser ostensivamente sentida e interpretada pelos moradores e transeuntes como decorrente de um liame entre o vigia e os condôminos, numa autêntica relação de subordinação, de tal maneira que não seja irrazoável supor que o vigia ali está a serviço daquela comunidade de pessoas, com o objetivo específico de zelar pelo seu sossego, segurança e incolumidade física, e pela inviolabilidade do seu patrimônio. Esse elemento (ação de presença), somado aos outros (pessoalidade, habitualidade, continuidade, subordinação jurídica e onerosidade), basta para configurar relação de emprego doméstico porque o vigia terá prestado seus serviços à pessoa ou à família, desde que esteja ausente, por óbvio, a finalidade lucrativa de qualquer dos tomadores do serviço (moradores).

VÍNCULO DE EMPREGO

O vínculo de emprego, nas lides em que são réus os condomínios de fato, não se forma com este ou aquele morador, individualmente considerado, mas com todos os condôminos que se beneficiaram potencialmente da *ação de presença* do vigilante, ainda que não o tenham contratado diretamente ou sequer contribuído para o rateio dos seus salários. Carece de fundamento jurídico a alegação, tantas vezes lida, de que não há onerosidade no pretendido contrato de trabalho de vigia em relação a este ou àquele morador, pelo só-fato de que esse condômino nunca participou do rateio das despesas com salário. A sonegação da contribuição de um é compensada pela contribuição voluntária dos outros, e a relação de emprego, como dito, é aferida em face do condomínio de fato, e não deste ou daquele comunheiro. Da mesma forma, não tem relevância jurídica o fato de um morador se responsabilizar pela arrecadação dos valores a serem entregues ao vigia. Isso somente terá alguma importância como critério de afetação de responsabilidade na formalização do contrato na carteira de trabalho do empregado, porque o juiz do trabalho, à falta de outro critério mais seguro, poderá sentenciar determinando que o condômino diretamente responsável pela contratação do vigia, ou habitualmente encarregado da arrecadação do dinheiro necessário ao pagamento dos seus salários, anote o contrato de trabalho, conquanto a responsabilidade pelos pagamentos das indenizações laborais, das obrigações sociais, previdenciárias e fiscais continue sendo

24 Lei nº 5.859, de 11.12.1972, art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nessa lei.

de todos os moradores. Por analogia, serve à disciplina dessa situação jurídica o disposto nos arts. 1.317 e 1.318 do Código Civil, isto é, se a dívida trabalhista para com o empregado, que resulta da relação de emprego, houver sido contraída por todos os condôminos, cada um responde por ela na proporção do seu quinhão na coisa comum (CC, art. 1.317). Por outro lado, se a dívida trabalhista foi contraída por um condômino, em nome de todos, o contratante responde por ela frente ao credor trabalhista, mas tem ação regressiva contra os demais (CC, art. 1.318).

A relação de emprego também não se modifica se o próprio vigia fixa o valor do salário que quer receber, segundo a praxe na redondeza. A natureza bilateral do contrato de trabalho permite essa estipulação.

QUEBRA DA PESSOALIDADE

Não haverá vínculo de emprego se o empregado puder se fazer substituir por outro no exercício de sua função, isto é, se puder mandar em seu lugar um outro colega, com ou sem consentimento dos moradores, pois se isso ocorrer faltará à tipificação do vínculo de emprego um dos seus pressupostos fundamentais: o caráter pessoal da prestação do trabalho (caráter *intuitu personae*).

ATIVIDADE ECONÔMICA

Por outra, se entre as casas vigiadas houver uma ou várias que explorem atividade econômica (como clínicas, academias de ginástica, imobiliárias, escritórios de advocacia etc.), o vínculo já não será doméstico, mas comerciário (vigia ou vigilante). Nesse caso, embora todos os condôminos respondam solidariamente pelas obrigações trabalhistas de ordem pecuniária, o vínculo de emprego se formará com essa atividade econômica, que responderá pela anotação do contrato de trabalho.²⁵

CONTRATO TÁCITO

Forma-se um contrato de trabalho pelo modo expresso (verbal ou escrito), ou tácito.²⁶ No expresso, as partes efetivamente desejam entabular a relação de subordinação e combinam os detalhes, verbalmente ou por escrito. Neste caso, a

25 Sergio Pinto Martins (*Manual do trabalho doméstico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 46), referindo-se, especificamente, ao trabalho doméstico onde há parte da casa explorando atividade econômica entende que, para se saber se o empregado é ou não doméstico, se deve investigar qual a atividade preponderante, se o trabalho doméstico e não-lucrativo ou a atividade econômica exercida na casa. Julgados isolados também sustentam essa tese para o caso dos condomínios de fato e propugnam que se deve investigar se a vigilância era prestada mais às casas ou mais às empresas. Esse critério é extremamente subjetivo, de difícil aplicação prática e sem nenhum fundamento jurídico. Nas lides envolvendo condomínios de fato, a vigilância é prestada a todos os condôminos, indistintamente. Não é possível afirmar, juridicamente, que a residência tal foi mais ou menos protegida que essa ou aquela empresa.

26 CLT, art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

subordinação jurídica, que é subjacente ao contrato de trabalho, põe o prestador do serviço na condição jurídica de ter de observar as ordens dadas pelo tomador, e o tomador, na situação jurídica de poder dar as ordens de serviço e disciplina e de esperar do prestador que as aceite e cumpra. No tácito, nenhum dos dois deseja pactuar uma relação de subordinação jurídica, mas ambos se conduzem de tal modo no trato do seu negócio que o sistema diz, *a priori*, que aquele comportamento tipifica relação de emprego.

No condomínio de fato, foi dito, basta a ação de presença do prestador dos serviços de vigilância para coobrigar a todos os condôminos, porque se a simples presença do vigia nas imediações das residências é elemento suficiente para dar ao terceiro a impressão de que ali está a serviço daquelas casas, e com um fim específico, então não será possível negar que as residências se beneficiam potencialmente da ação de presença daquele trabalhador. Se os moradores concordam com a prestação dos serviços de vigia, ou mesmo tomam a iniciativa de contratá-lo, firmam contrato expresso, que tanto pode ser verbal como escrito. Em relação àqueles moradores que não concordaram com a contratação do vigia, ou não contribuíram com o rateio dos salários, mas aceitaram a vigília em potencial, que decorre da simples ação de presença, há um contrato tácito de trabalho, que os coobriga em relação ao prestador dos serviços da mesma forma que coobriga aos que efetivamente desejaram a contratação e participaram das despesas, como os coobrigaria de igual modo se apenas um deles tivesse tido a iniciativa de contratar o vigia em benefício de todos os comunheiros, e até mesmo formalizado em seu próprio nome o contrato de trabalho na carteira profissional desse trabalhador. É que, segundo o art. 1.318 do Código Civil, as dívidas contraídas por um dos condôminos, em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante, mas terá este ação regressiva contra os demais. Neste caso, o empregado pode demandar aquele que o contratou em nome dos comunheiros e dele pretender a satisfação de todos os seus haveres resilitórios. O demandado é que terá, no foro comum, de demandar os consócios para deles reaver o que pagou por eles. Está na lei, ainda,²⁷ que se a dívida tiver sido contraída por todos os condôminos, sem discriminação da parte que toca a cada um, nem estipular solidariedade, cada um se obriga na proporção de sua participação na coisa comum. Neste caso, se todos, ou quase todos os condôminos concordaram com a contratação do vigia, todos, inclusive os que com ela não concordaram, ou não contribuíram para o rateio das despesas respondem pelos créditos do empregado. Por evidente, o fracionamento da obrigação do condômino de que trata este artigo não se aplica ao empregado, já que cada condômino é devedor do empregado pela dívida toda. É descabido pensar que o empregado, detendo, por sentença, um crédito em relação a um condomínio de fato composto por dez unidades residenciais, por exemplo, deva fatiar os seus haveres em dez para cobrar dez por cento do crédito de cada casa.

27 Código Civil, art. 1.317. Quando a dívida houver sido contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão na coisa comum.

Como se trata de dívida da comunhão, cada co-proprietário responde pela sua parte em relação à massa condominial, mas pela dívida inteira em relação ao empregado. Aplica-se, em regra, a mesma disposição do art. 1.318 do Código Civil: o credor trabalhista pode eleger entre os réus o que tiver maior saúde patrimonial ou financeira e dele exigir o seu crédito por inteiro. O devedor é que pode reaver o que pagou pelos outros comunheiros por meio de ação regressiva, no foro próprio.

VIGIA DE RUA É DOMÉSTICO

Não há lei regulamentando a profissão de *segurança particular*. O sujeito é vigia ou vigilante.²⁸ O vigilante faz segurança privada, assim entendida a vigilância patrimonial de instituições financeiras e outros estabelecimentos, públicos ou privados, segurança de pessoas físicas, transporte de valores ou garantia de transporte de outras cargas.²⁹ Empresas especializadas em serviços de segurança, vigilância e transporte de valores também podem prestar serviços de segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, entidades sem fins lucrativos, empresas públicas, de prestação de serviços e residências.³⁰ Vigia não tem lei própria. É empregado regido exclusivamente pela CLT. No caso de vigias de condomínios de fato, pela CLT e pela Lei nº 5.859/72. Sua função consiste na observação e fiscalização de residências, empresas, escolas, sem os requisitos do vigilante.

Vigia de condomínio de fato onde não há exploração econômica é empregado doméstico. O condomínio (edifício ou de fato) é pessoa formal e não empresa (entendido, o termo, como atividade do empresário). Para os efeitos da relação de emprego, é tão empregador quanto qualquer outro. Como essa comunhão espontânea não tem atividade comercial (não explora atividade econômica), e o empregado presta serviços de vigilância de natureza contínua e de finalidade não-lucrativa à pessoa ou à família, a relação de emprego se rege pela Lei nº 5.859, de 11.12.1972.

A configuração do vínculo do vigia de rua como doméstico não é pacífica. A Prof^a Mônica Gusmão³¹ sustenta que a aplicação do direito do trabalho jamais se pode dar em prejuízo do prestador do serviço, parte débil de qualquer relação de emprego e destinatário natural da lei trabalhista. Para ela, o enquadramento do vigia de rua como empregado doméstico é um arranjo equívoco que, a pretexto de corrigir uma situação de fato, posta à margem do direito, faz mais mal do que bem. Segundo ensina, o enquadramento do vigia de rua como doméstico resolve apenas uma ponta da questão, que é a de identificar quem toma a mão de obra do empregado. Nesse caso, como o conjunto de casas não explora atividade econômica, faz-se um paralelo entre a situação jurídica dessa propriedade e o empregador doméstico, que igual-

28 Lei nº 7.102/83, com a redação da Lei nº 8.863/94 e Decreto nº 89.056/83.

29 Lei nº 7.102/83, art. 10, I e II.

30 Lei nº 7.102/83, art. 10, § 2º.

31 Professora de Direito Empresarial da AMPERJ, EMERJ e EMATRA e autora de vários livros nessa disciplina.

mente não pode ter atividade econômica. Mas – *adverte com a autoridade da cátedra* –, já que o condomínio de fato é empregador, para todos os efeitos de direito, o correto é atribuir-lhe a mesma personalidade formal que a lei empresta ao condomínio edilício, e deferir àquele, a quem se reconhece o vínculo de emprego com um condomínio de fato, os mesmos direitos do empregado de um condomínio regularizado na forma da Lei nº 4.591/64 e dos arts. 1.332 e seguintes do CPC.

A objeção é compreensível. É que a locução *doméstico* provém de *domus*, expressão latina que significa “a parte da casa onde se acende o fogo” daí a associação corriqueira do termo “doméstico” apenas àquelas funções relacionadas ao preparo das refeições, às funções restritas à cozinha da casa. Despreza-se a evidência de que também são domésticas outras funções realizadas na casa, ou fora dela, e que não guardam qualquer relação com as realizadas na cozinha, ou que com ela sejam correlatas. Empregado doméstico é toda pessoa física que presta serviços *contínuos* e sem finalidade lucrativa³² à pessoa ou à família, no âmbito da residência. Todo aquele que trabalha na residência (casa) da pessoa ou da família é doméstico, mas nem todos são *empregados domésticos*. *Família*, é qualquer grupamento estável de pessoas ligado por laço de sangue ou de mera coabitação. O termo “família” tanto indica a “família legítima”³³ como a “união estável”³⁴ e a “comunidade familiar”³⁵ ou qualquer grupamento de parentes e não-parentes, coabitando a casa. Também o é a união homoafetiva³⁶ (união de homossexuais).³⁷ A *residência* pode ser definitiva (*domicílio*) ou *provisória* (casa de campo, de

32 A finalidade de lucro é aferida em função da família e não do empregado doméstico. Para o empregado, o emprego doméstico tem, obviamente, finalidade lucrativa, mas a família não pode explorar atividade econômica. Se o fizer, o empregado que ali trabalhar não será doméstico.

33 Novo Código Civil, art. 1.514.

34 Entidade familiar formada entre o homem e a mulher (CF/88, art. 226, § 3º).

35 Grupamento familiar formado por qualquer dos pais e seus descendentes (CF/88, art. 226, § 4º).

36 A expressão “união homoafetiva” foi cunhada pela Desª Maria Berenice Dias em *União homossexual: o preconceito e a justiça* e identifica a união homossexual de gays ou lésbicas em que duas pessoas do mesmo sexo se unem numa vida em comum por amor ou afetividade. Considera-se *união homoafetiva* qualquer entidade que preencha os requisitos de *afetividade, estabilidade e ostensividade* (DIAS, Maria Berenice. *Filiação Homoafetiva*. Revista *In Verbis*, publicação do Instituto dos Magistrados do Brasil, n. 27, p. 12-13, 2003).

37 CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre – À luz da Lei nº 8.971/94 e da Lei nº 9.278/96*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1996, citado por BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. LTr, 2000, p. 35, diz: “A caracterização da união homossexual, como uma forma de casamento, é erro resultante de uma visão excessivamente contratualista do matrimônio, e que despreza, também, elementos essenciais da noção de família. Não há dúvida que o casamento é compreendido atualmente como sendo, predominantemente, um contrato; mas há também uma carga institucional que se reflete no interesse do Estado na organização da família. O surgimento da família, modernamente, justifica-se de modo primordial na realização afetiva, psicológica e sexual do homem e da mulher, mas jamais pode desvincular-se completamente da idéia de procriação humana, pelo menos potencial. Entendido o casamento só como um contrato, puro e simples, a única objeção contra as uniões homossexuais seria de ordem moral, seria em nome dos bons costumes, o que é um argumento ambíguo e subjetivo”.

praia, de fim de semana).³⁸ Nos casos em que nenhuma das residências explora atividade econômica, é mais razoável firmar o vínculo doméstico porque o vigia estará prestando serviços de natureza contínua à pessoa ou à família.

Argumenta-se, também, que, embora o empregado preste serviços de vigilância à pessoa ou à família, não o faz “no âmbito residencial dessas”, como está no art. 1º da Lei nº 5.859/72. A ilação não se sustenta. Por “âmbito residencial”³⁹ não se deve entender apenas a área física interna da moradia, mas também o seu quintal, as cercas e os muros e as áreas limítrofes.

A DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR

É encontradiço nas defesas em ações em que se pede o reconhecimento do vínculo de vigia que nem mesmo o liame doméstico pode ser admitido porque, como é curial, nos casos de vigilância ostensiva de vilas ou punhados de casas enfileiradas em rua, o “serviço doméstico” estaria sendo prestado a uma pluralidade de supostos empregadores, que o sedizente empregado sequer conhece, o que contrariaria o espírito da CLT e a essência do contrato de trabalho. Exceto onde a lei o disser, exclusividade não é pressuposto de contrato de trabalho. Assim como ocorre na relação doméstica autêntica, é de somenos o fato de o empregado trabalhar em várias casas ao mesmo tempo. Haverá tantos contratos de trabalho quantas forem as relações de emprego.

CITAÇÃO

Conquanto no processo do trabalho não se exija citação *in faciem* (pessoal), bastando que a notificação tenha sido corretamente encaminhada ao endereço do réu para que se presuma a citação válida, é desejável que em lides em face desses aglomerados residenciais espontâneos o juiz tenha o cuidado de mandar citar os moradores, um por um, sempre por registrado postal (CLT, art. 843, § 1º) ou por meio de oficial de justiça. É fato que a CLT não prevê citação por oficial de justiça e sim por registro postal com franquia e, caso o réu crie embaraços ao seu recebimento, ou não seja encontrado, por editais (CLT, art. 841, § 1º), mas nada obsta que o juiz determine esse tipo de providência (CLT, art. 765), para maior efetividade da jurisdição.

REPRESENTAÇÃO DO CONDOMÍNIO DE FATO EM JUÍZO

A representação em juízo do condomínio edilício *formal* se faz na pessoa do síndico ou do administrador.⁴⁰ Ainda que o comparecimento das partes à audiência

38 Para efeito de aplicação da Lei nº 8.009/01 (*bem de família*), entendo como *residência* apenas a casa que serve de morada, de ocupação habitual da pessoa, da família ou da entidade familiar, e não a casa de praia, de campo ou qualquer outro imóvel usado para veraneio.

39 Lei nº 5.859/72, art. 1º.

40 CPC, art. 12, IX, c/c a Lei nº 4.591/64, art. 22, § 1º, *a*, e Código Civil, art. 47.

seja obrigatório, a presença física do síndico ou do administrador não é exigida. Não há qualquer nulidade na representação do condomínio por outra pessoa que não o síndico ou administrador. Quando se diz que o síndico representa legalmente o condomínio, em juízo ou fora dele, está-se afetando a uma pessoa natural um feixe de responsabilidades relativas ao consórcio condominial que é, por natureza, despersonalizado.⁴¹ Representação legal não se confunde com representação judicial. Aquela, compete ao síndico ou ao administrador, exclusivamente. Decorre de lei. Essa, ao síndico, ao administrador ou a qualquer preposto de um ou de outro, concorrentemente. Se o síndico, na condição de representante legal do condomínio, e nos limites do seu poder de administração, nomeia preposto, e esse, por definição legal, obriga o condomínio com as declarações que fizer (CLT, art. 843, § 1º), o condomínio deve suportar o risco de sua culpa *in eligendo* se credenciar preposto inapto ou desinformado. Se o preposto do condomínio for o próprio síndico, basta que apresente o livro de atas onde conste o registro da ata da assembléia em que foi eleito e requeira a transcrição sumária nos autos do processo de que fez prova dessa qualidade (CC, art. 47 c/c CPC, art. 12, IX c/c Lei nº 4.591/64, art. 22, § 1º), ou junte cópia autêntica desse documento (CLT, art. 830), com a defesa (CLT, arts. 843, § 1º e 845) ou no prazo que o juiz assinar. Se a representação se faz por outro preposto, basta a exibição da carteira profissional onde conste a formalização do contrato de emprego ou de outro documento qualquer que comprove a condição de empregado do condomínio ou do administrador. Tratando-se de preposição por administrador, basta o contrato de administração. O reconhecimento da pessoa do preposto, pelo autor ou pelas testemunhas, em audiência, basta para a formalização da representação. O juiz fará constar em ata um sumário desses fatos, regularizando a representação.

A representação do condomínio de fato pode dar-se por meio de qualquer condômino. Tratando-se de citação por registrado postal, o ônus de provar o seu não-recebimento é da parte, e não do juízo. A revelia de um ou outro condômino não é relevante porque parte é a massa comunheira e não cada condômino *de per se*. No condomínio de fato, em rigor não há síndico, mas, eventualmente, um ou outro morador mais zeloso que toma a frente dos trabalhos, da organização e dos cuidados com a administração da vida comunheira. Nessas hipóteses, é ele quem cuida da negociação dos valores pagos ao vigia a título de salário, ocupa-se da arrecadação e do rateio das despesas, serve de ligação entre a coletividade de vizinhos e os responsáveis pela vigilância e é a ele que se reportam os prestadores dos serviços, sempre que necessário. É razoável que, *preferentemente*, mas não exclusivamente, a representação dos comunheiros se faça por meio dele, até mesmo por uma questão prática, se nisso estiverem todos (inclusive o juiz) de acordo, e isso é o que usualmente

41 A impropriedade da argumentação de que apenas o síndico possa *representar* pessoalmente o condomínio fica evidente se se conceber a hipótese de duas ações trabalhistas distribuídas perante Varas distintas, em comarcas distantes uma da outra, cujas audiências se realizassem no mesmo dia e no mesmo horário, ou em horários tais que tornem impossível ao síndico estar presente a ambas, e não fosse viável, por qualquer motivo, adiar uma ou outra. Ou, por outra, naquelas hipóteses, não incomuns, em que nem há síndico, e o único empregado do condomínio é justamente o autor da ação.

ocorre, mas a citação, remarque-se, deve ser sempre nominal. A representação em juízo, repito, pode fazer-se por meio de qualquer morador.

CONDÔMINO PODE SER TESTEMUNHA?

Pode. A lei não o impede. Prova é a soma dos meios produtores de certeza.⁴² A prova testemunhal é sempre possível, salvo se a lei dispuser de modo diverso (CPC, art. 400). Todos podem depor como testemunhas, exceto os incapazes, os impedidos e os suspeitos (CPC, art. 405).⁴³ Em tese, o condômino seria *impedido* porque parte na causa (CPC, art. 405, § 2º, II), ou *suspeito*, porque interessado no desfecho do litígio (CPC, art. 405, § 3º, IV). Parte, contudo, é a massa condominial e não os condôminos, individualmente considerados. O juiz arguto deve aferir com dobrado cuidado o teor desse depoimento (CPC, art. 131 c/c o art. 405, § 4º), mas nada o impede de colhê-lo.

BEM DE FAMÍLIA

Uma vez declarado, por sentença passada em julgado, o vínculo de emprego doméstico do vigia de condomínio de fato, todos os bens presentes e futuros dos moradores respondem na execução,⁴⁴ observada a gradação do art. 655 do CPC.⁴⁵

42 MITTEMAIER. *Traité des Preuves*. Paris: Dalloz.

43 São *incapazes* o interdito por demência, o menor de 16 anos, o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam e aquele que, ao tempo dos fatos, foi acometido por enfermidade ou debilidade mental que impeça o discernimento, ou o que, ao tempo do depoimento, não esteja habilitado a transmitir as percepções. São *impedidos* o cônjuge, o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral até terceiro grau de qualquer das partes, quem é parte na causa e o que intervém em nome de uma parte, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes. São *suspeitos* os condenados por crime de falso testemunho, o que, por seus costumes, seja indigno de fé, o inimigo capital da parte ou o seu amigo íntimo e o que tiver interesse no litígio.

44 CPC, art. 591. O devedor responde, para cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

45 CPC, art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:

I – dinheiro;

II – pedras e metais preciosos;

III – títulos da dívida pública da União ou dos Estados;

IV – títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;

V – móveis;

VI – veículos;

VII – semoventes;

VIII – imóveis;

IX – navios e aeronaves;

X – direitos e ações.

D O U T R I N A

Nessas lides executórias não se aplica a Lei nº 8.009/90. Essa lei instituiu a “casa de moradia e outros bens de família”, tornando-os impenhoráveis. O art. 1º diz que “o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”. Casal, para efeito dessa lei, é a união estável entre um homem e uma mulher, que mantêm vida em comum e reúnem seus esforços para a satisfação do bem-estar de ambos, sejam casados entre si ou não. Entidade familiar é qualquer reunião de pessoas sob um mesmo teto, como, por exemplo, pai e mãe com seus filhos, enteados etc. Qualquer pessoa da família ou da entidade familiar tem legitimação para embargar a execução visando desconstituir penhora sobre o bem de família.

PENHORA

O art. 3º da lei diz que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, *trabalhista* ou de outra natureza, salvo se movido (I) em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias, (II) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato, (III) pelo credor de pensão alimentícia, (IV) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar, (V) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, (VI) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens ou (VII) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Parte da doutrina⁴⁶ entende que qualquer prestador de serviço à família, mesmo sem vínculo de emprego (pedreiro, carpinteiro, bombeiro, eletricitista, marceneiro etc.) pode penhorar o imóvel residencial para garantia de seus créditos, não se aplicando, nesse caso, a impenhorabilidade, apenas aos trabalhadores da residência, como cozinheira, copeira, motorista, faxineira, arrumadeira, jardineiro, vigia etc. De qualquer sorte, admitindo-se ou não interpretação ampla do disposto na Lei nº 8.009/90, caso se reconheça ao vigia o vínculo doméstico, a impenhorabilidade da residência e de tudo o que a garante não poderá ser invocada para a salvaguarda de qualquer bem patrimonial dos tomadores potenciais desses serviços de guarda ostensiva.

46 GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do bem de família*. Porto Alegre: Síntese, 1992, p. 27.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E AS RESPONSABILIDADES DO FORNECEDOR E DO TOMADOR DOS SERVIÇOS: UM ENFOQUE MULTIDISCIPLINAR

Henrique Macedo Hinz*

INTRODUÇÃO

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”. Esse aforismo de *Henri de Page* é bastante oportuno quando se trata de analisar qualquer instituto de direito do trabalho. Esse ramo do direito, ao tratar do trabalho nos moldes previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, não deve se restringir apenas aos seus aspectos formais, mas principalmente ter em vista a *realidade* que visa regular.

Da mesma forma como o bom profissional do direito tributário é necessariamente um bom conhecedor de contabilidade, o bom profissional do direito do trabalho precisa ter bons conhecimentos sobre o *locus* onde o trabalho é prestado e comprado. Se assim não fizer, os raciocínios lógicos que fará partirão, provavelmente, de premissas falsas, levando fatalmente a conclusões igualmente incorretas, se não injustas.

Embora muito já se tenha dito e escrito a respeito da terceirização trabalhista, é possível se verificar nas petições processuais, nos despachos e decisões judiciais, nos trabalhos acadêmicos e mesmo na imprensa alguns pontos divergentes sobre o assunto.

Mesmo nas sentenças prolatadas em autos de reclamações trabalhistas, é muito comum assistirmos a esforços hercúleos dos juizes prolotores para lidar com este mecanismo e, no mais das vezes, face à ausência de uma legislação específica, elaborarem por meio de raciocínios analógicos, formas de responsabilização do tomador da mão-de-obra face à falência ou simplesmente desaparecimento do fornecedor da mesma.¹

* *Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Doutorando em Economia Aplicada – UNICAMP. Professor Doutor concursado do Departamento de Teoria Econômica do Instituto de Economia da UNICAMP e da Faculdade de Direito da PUCAMP.*

1 Nesse ponto, chamamos a atenção para o problema de muitos discursos em defesa do papel político a ser exercido pelo juiz quando da prolação da sentença, visto que, no mais das vezes, essa atividade é mais restrita do que se pretende. Afinal, a divisão de poderes ainda se encontra vigente na Constituição Federal. Mais que isso, a formação e a forma de recrutamento desses agentes estatais

A utilização desse instrumento de administração só tende a aumentar no meio empresarial, face à realidade ali vivida, com imediatos reflexos na ordem jurídica, visto que os conflitos de interesses neste campo são usuais. Nos arriscaremos aqui a abordar o tema de forma mais pragmática, numa visão interdisciplinar – tanto no âmbito jurídico quanto no econômico – para assim lançar novos pontos de vista e levantar novos questionamentos.

Como a seguir se verá neste ensaio, a terceirização é uma realidade presente, e tende a se generalizar cada vez mais, gostem os operadores do direito – em especial os do direito do trabalho – ou não. Assim, há de se conhecer as origens, os propósitos e as responsabilidades desse modo de organização das empresas e de seus trabalhadores.

O TRABALHO HUMANO E O LOCAL DE SEU EXERCÍCIO

É oportuno fazer, inicialmente, uma pequena digressão a respeito do local onde o trabalho é prestado pelo trabalhador a quem dele necessita, pois que relevante ao objeto do presente estudo.

Na passagem do feudalismo para o capitalismo o trabalho era prestado a domicílio, não só pelo trabalhador, mas provavelmente por todos da família que tivessem condições de o auxiliar. O produtor contratava as peças que já esperava vender, enquanto que as pessoas trabalhavam com o fito de garantir seu sustento. Não havia aí se instalado a noção do “quanto mais melhor”, mas prevalecia a do “isso me basta”.

Quando a produção em massa se instala,² e se desenvolve o sistema de produção com a utilização de máquinas, surge a necessidade de se trazer todos os trabalhadores para dentro de um mesmo local – a fábrica – vez que ali a qualidade e o ritmo de seu trabalho serão de forma bastante rígida controlados pelo empregador.³

Esse modelo de organização do trabalho acaba por se tornar hegemônico no regime capitalista até início dos anos 80, quando surge o modelo de produção em rede, onde a produção dos vários itens componentes de um determinado produto é realizada por empresas diferentes. E, nesses tempos de globalização, essa mesma produção pode ser realizada em qualquer país no mundo.

não lhes possibilitam, ou mesmo permitem, que se arvoreem na atividade de legisladores por analogia, criando direitos ou responsabilidades não previstas em lei, mormente em se considerando o constitucional princípio da *legalidade*. É o que ocorre com muitas teses que pretendem fazer a aplicação analógica da Lei nº 6.019/74 aos casos de terceirização lícita, com vistas à responsabilização solidária entre fornecedor e tomador de mão-de-obra em face dos créditos do trabalhador.

2 Essa passagem é magistralmente apresentada por Max Weber em seu “Ética Protestante e Espírito do Capitalismo”.

3 Em seu filme “Tempos Modernos”, Charles Chaplin demonstra como a linha de produção, com máquinas movidas à eletricidade, retira do trabalhador a possibilidade de controlar seu ritmo de trabalho, agora deixado nas mãos do empregador.

Ocorre que com o desenvolvimento do contrato como instrumento jurídico de responsabilização dos contratantes e da informática como elemento que possibilita o controle das atividades em qualquer lugar do planeta, os capitalistas descobriram que poderiam obter de terceiros produtos e serviços tão bons, ou mesmo melhores, que aqueles que seriam produzidos por seus próprios empregados.

Assim, liberando os empregados de trabalhar para o empregador, esse deixa de assumir custos com o próprio *local de trabalho*, que envolve crescentes valores decorrentes da valorização dos imóveis. E o contrato celebrado com o fornecedor terceirizado garante a qualidade e tempestividade da entrega do objeto do contrato. Dito de outro modo, o contrato jurídico e a informática permitem ao capitalista dispensar o trabalho que até então era realizado sob sua visão e controle, sendo que doravante este poderá ser realizado em qualquer local do planeta.

Mais que importante alteração com relação ao *local* onde o trabalho é realizado, nos dias atuais, cada vez menos se contrata o trabalho humano, e mais se busca tão-somente o seu resultado.

CAUSAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Uma análise rápida das origens do direito do trabalho nos mostra que o mesmo surge no início do século XX de forma mais ampla, sendo que os direitos trabalhistas mais se desenvolveram no período compreendido entre o pós-II Guerra e o fim dos anos 70. Foi aí que, no mundo ocidental capitalista, a economia viveu seus “30 Anos Gloriosos”, num círculo virtuoso que aliava o crescimento econômico com o incremento do Estado do Bem-Estar Social, não só nos países centrais quanto nos da periferia. Aliás, não são poucos os autores que defendem a idéia de que os direitos dos trabalhadores só se desenvolveram no pós-guerra para fazer frente às promessas do comunismo, já instalado na extinta União Soviética desde 1917; desaparecendo a utopia do socialismo, desapareceu a necessidade de se “mimar” os trabalhadores, começando o ataque desenfreado às suas conquistas quase que simultaneamente com a paradigmática queda do Muro de Berlim.

De qualquer forma, nesse cenário econômico caracterizado por forte crescimento econômico (os citados 30 Anos Gloriosos), e dentro de uma visão microeconômica, as empresas não têm tanta preocupação com relação aos seus custos, visto que estão mais interessadas em ampliar seus mercados, dentro e fora do país. Os lucros gerados por esse aumento nas vendas compensam eventuais perdas com custos desnecessários. A organização do trabalho, nessa época, se fundava no padrão *fordista*, verticalizado, onde a maioria das atividades necessárias é realizada dentro da própria empresa (incluídas aí suas filiais ou empresas coligadas).

Quando na década de 70 ocorre a crise do petróleo (embora a crise econômica mundial não tenha sido causada apenas pela subida dos preços desta *commodity* pelos países produtores), a oportunidade de ganho pela ampliação de mercados desaparece, e as empresas passam a ter de alterar seu modo de administração, tendo agora uma grande preocupação com seus custos de fabricação e de funcionamento.

Essa nova realidade administrativa fez com que as empresas alterassem o modo de organização do trabalho,⁴ pelo que adotaram o método *toyotista* de produção, segundo o qual a verticalização da produção passou a ser substituída pela horizontalização da mesma, criando uma rede de produtores e fornecedores.

Com esse sistema, as empresas não mais precisariam se preocupar tanto com os detalhes de produção de suas matérias-primas ou itens utilizados nas suas linhas de produção, pois que essa preocupação seria transferida ao seu fornecedor. Assim, por exemplo, a administração de uma indústria não precisaria se preocupar com as variações de seus estoques, pois que poderia comprar de seu fornecedor apenas aquilo que ela necessitasse para o atendimento de seus pedidos em carteira. Ou seja, deixam de se preocupar com as *oscilações da* demanda. A redução – ou mesmo eliminação – de estoques reduz os custos com capital imobilizado.

Deve-se atentar para o fato de que a aquisição de insumos junto a terceiros sempre existiu, mesmo à época do *fordismo*, afinal, não era comum que uma indústria automobilística, por exemplo, produzisse os pneus e os vidros utilizados em seus carros. O que se alterou foi que, dentro da nova técnica de administração das empresas, a delegação a terceiros da responsabilidade pela produção de um ou mais itens necessários ao seu funcionamento se tornou hegemônica, comum.

Nesse sentido, estudiosos do setor automotivo demonstram que, nas indústrias mais avançadas, a quase totalidade da produção, atualmente, está delegada a terceiros, para não dizer a própria montagem, cabendo à montadora propriamente dita apenas os setores de *marketing*, projetos e financeiro.

Mas, diferentemente do que entendem muitos, a terceirização não visa a especialização ou qualificação dos bens ou produtos oferecidos – isso já é exigível em face do contrato celebrado entre comprador e fornecedor. A vantagem da terceirização é que as *oscilações* na demanda por produtos ou serviços não será mais arcada pelo tomador, mas sim por quem fornece, de forma terceirizada, os bens ou serviços.

O desenvolvimento de produtos é muito custoso, só sendo viável às grandes empresas, o que leva muitas a simplesmente *copiar* o que já se desenvolveu. Para fugir dessa concorrência desleal, as empresas líderes estão sempre *sucateando* seus produtos, colocando outros novos no mercado, mais “sofisticados”, tendo a propaganda comercial o papel de induzir ao consumo desses mesmos bens.

Ou seja, a rapidez exigida para a colocação de um produto no mercado e a curta vida útil do mesmo demanda dos produtores uma *flexibilidade* ímpar que o modelo anterior de organização do trabalho jamais poderia garantir. Assim, o capitalista pode agora, quando necessitar, comprar o que e quanto quiser, enquanto isso lhe for interessante.

Resumindo, mais importante que a especialização (com conseqüente aumento de qualidade do produto) decorrente da produção em rede, ou horizontalizada, está

4 Entendida aqui não como aquele prestado por um trabalhador a um capitalista, mas sim como forma de organizar as suas atividades.

o benefício para quem desse método se utiliza de alcançar uma flexibilidade de fornecimento, redução ou mesmo a supressão de estoques e eliminação de gastos com o local de trabalho. A vantagem daí decorrente está em que os valores que seriam imobilizados em estoques e imóveis poderem ser usados no desenvolvimento de outros produtos, repasse de dividendos aos acionistas ou, principalmente, sua aplicação no mercado de capitais.

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Todo o raciocínio que até aqui se apresentou com relação à terceirização na *produção* pode ser usado para a terceirização de *serviços*.

Dentro do propósito de apenas adquirir aquilo que em dado momento seja necessário, as empresas passaram a terceirizar, também, os serviços por elas utilizados em suas atividades. Exemplo mais clássico dessa tendência é a contratação de empresas de fornecimento de alimentação, de prestação de serviços de segurança e mesmo de assessoria jurídica. Nesses casos não foram raras as contratações dos próprios ex-empregados, agora na qualidade de empresários da área de serviços.

Se, para os *tomadores* dos serviços terceirizados, a vantagem desse mecanismo está em livrarem eles da responsabilidade da administração dos mesmos (já se fala há algum tempo em *quarteirização* – empresas que administram as empresas terceirizadas), para os *fornecedores* desses mesmos serviços a liberdade de escolha pode não ser tão ampla assim. Dito de outra forma, se para os que contratam os serviços terceirizados há uma vantagem financeira (caso contrário não o fariam), a opção pelo *fornecimento* desses mesmos serviços pode não se fundar nessa mesma racionalidade, mas sim na pura e simples necessidade, por absoluta falta de alternativa.

Muitos estudiosos do direito se detêm nessa realidade para combater a terceirização, sem notar se tratar de uma nova e irrecusável realidade econômica. Pretender que todo o trabalho seja realizado dentro e sob a responsabilidade e risco do tomador dos serviços é pretender fazer girar ao contrário a roda da história. Nem se pode pretender que o retorno ao cenário econômico vigente entre 1945 e 1970 faria desaparecer essa tendência, vez que, certamente, os ganhos decorrentes do aumento da produção seriam canalizados para o mercado financeiro, jamais para arcar com os custos da *internalização* de todo o espectro produtivo.

Já estamos, assim, há mais de 20 anos, dentro de um processo de mudança de paradigmas, que traz em si todas as dores sociais dele decorrentes. Os livros de história, aliás, nos mostram que as mesmas dificuldades ocorreram com a substituição do sistema feudal pelo capitalista, e dentro desse com o desaparecimento dos artesãos para a hegemonia do trabalho assalariado.

Dentro dessa condição *ideal*, a terceirização nada tem de ilícito. Muito ao contrário, encontra ela seu fundamento legal no arts. 170, parágrafo único, da Constituição Federal e 594 do Código Civil.

Mas, lamentavelmente, sobretudo em nosso País, a terceirização de serviços tem sido instrumento para se burlar direitos dos trabalhadores, o que gera a imperiosa necessidade de se diferenciar a terceirização *lícita* da *ilícita*, bem como as hipóteses de responsabilização, ou não, do tomador dos serviços terceirizados.

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

A doutrina mais autorizada costuma classificar a terceirização como sendo *lícita* ou *ilícita*, sendo que, na primeira, a terceirização se daria nas atividades-*meio*, gerando a responsabilidade subsidiária do tomador por eventuais créditos do trabalhador não saldados pelo fornecedor dos serviços, e na segunda, a terceirização ilícita, realizada nas atividades-*fim*, tornaria nulo o liame jurídico entre o trabalhador e o fornecedor de seus serviços, gerando o vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador e o tomador de seus serviços. É esse o entendimento jurisprudencial cristalizado no Enunciado 331 do c. TST.

Ocorre, porém, que na prática é muito difícil se diferenciar a atividade-*meio* da atividade-*fim* de uma empresa, a começar que o exercício de uma atividade econômica traz em si tantas atividades acessórias que, face à sua relevância, podem se confundir com a atividade principal. Há ainda a questão de que, tendo o contrato social a função de fixar o *objeto* da pessoa jurídica, nem sempre será ele claro nesse sentido.

Na maioria dos casos, essa classificação chega a ser impossível. Para exemplificar, podemos pensar na movimentação de cargas dentro de uma fábrica de pneus: será a atividade do emplilhadeirista uma atividade-*meio* (mas os pneus – ou qualquer outra mercadoria – não circulam sozinhos dentro da empresa) ou *fim* (mas se trata de uma indústria de pneus, e não de uma empresa de prestação de serviços de movimentação de carga)?

Dada a impossibilidade de se limitar à terceirização de serviços dentro de uma atividade econômica – o seu uso tende ao infinito – tem-se que o enquadramento de uma atividade como sendo *meio* ou *fim* é impossível, e ainda que não o fosse, seria insuficiente para caracterizá-la como *lícita* ou *ilícita*, com as conseqüências jurídicas antes citadas e de todos já conhecidas.

Aliás, chama a atenção o fato de que o poder amplo que se dá ao intérprete da norma para classificar uma terceirização como lícita ou ilícita, sem que o mesmo tenha a mais simples noção fática do que se trata, tem levado a situações de extrema injustiça, eis que a terceirização de uma atividade-*meio* pode ser fraudulenta, e uma realizada na atividade-*fim* não o ser, partindo-se sempre do princípio (inviável) de que essa classificação seria possível.

Não se pode presumir que toda e qualquer terceirização seja ilícita. Trata-se de negócio jurídico e, desde que atendidos os requisitos legais de validade do contrato celebrado, válida ela será, mormente em face do disposto no art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, que garante o ato jurídico perfeito e os retrocitados arts. 170, parágrafo único, da mesma Carta Maior e 594 do CCB.

Dentro do setor secundário da economia – atividade industrial – não se tem notícia de fraudes aos trabalhadores em face de terceirização realizada pelos capitalistas.⁵ A questão está, justamente, na terceirização realizada no setor terciário (prestação de serviços) da economia, posto que envolve a contratação de trabalho humano e não de produtos, como é o caso da terceirização no setor secundário. Doravante será considerado no presente trabalho a terceirização na prestação de serviços.

De forma bastante sintética, pode-se dizer que a terceirização ilícita ocorrerá quando o tomador, pretendendo reduzir custos e responsabilidades, contratar trabalhadores por empresa interposta (*a marchandage* do direito francês).

Aqui duas observações são oportunas. Primeira, o fato de pretender reduzir custos não traz em si qualquer ilegalidade, pelo contrário, faz parte do mecanismo de funcionamento do mercado dentro de um regime capitalista de produção. Muitos doutrinadores, ao que parece, preocupados em dar uma aparência menos materialista a esse mecanismo de administração, o justificam como sendo em busca de um aperfeiçoamento nos serviços a serem prestados. Salvo melhor juízo, não há como dizer que o serviço de vigilância, limpeza etc. possa ser melhor realizado por uma empresa terceirizada do que por funcionários da própria tomadora. Muito ao contrário! Segundo, não se pode crer que alguém, deliberadamente, vise apenas e tão-somente prejudicar seus empregados, sem se importar com os ganhos financeiros daí advindos. O contrário é o que se dá: em busca de ganhos financeiros desconsidera-se os direitos dos trabalhadores.

Ocorre, porém, e em se pensando em atividades específicas, como serviços jurídicos, assessorias econômicas, serviços e projetos de engenharia etc., esta especialização efetivamente se faça presente. Mas aí ter-se-á o trato com *profissionais liberais* que dificilmente pretendiam ser empregados da tomadora. Inobstante a inexistência de estatísticas a respeito, é fato que o grosso dos processos de terceirização – e onde mais ocorrem violações aos direitos dos trabalhadores – se dá nas terceirizações de pouca especialização profissional dos trabalhadores.

Feitas essas considerações, e retornando já para a questão da terceirização ilícita, decorrente da intermediação de mão-de-obra, a doutrina e a jurisprudência já solucionaram a questão, havendo, para tanto, previsão legal específica: para a caracterização do vínculo empregatício diretamente com o tomador, basta, na relação fática existente, o preenchimento dos cinco requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam: ser o trabalhador pessoa física,⁶ exercendo seus serviços com

5 Para repetir o exemplo já dado anteriormente, seria aqui a hipótese de uma montadora de automóveis terceirizar o fornecimento de pneus, vidros ou mesmo o sistema de transmissão dos veículos por ela produzidos.

6 O simples fato de o trabalhador prestar serviços através de uma pessoa jurídica, ainda que seja ele próprio o titular da mesma, não descaracterizará o vínculo empregatício, desde que se verifique a *fraude* no uso da mesma, aliada à presença dos demais requisitos.

D O U T R I N A

personalidade, subordinação, de forma não-eventual e mediante remuneração; presentes esses requisitos em sua totalidade, o disposto no art. 9º da CLT será o fundamento jurídico para a declaração de nulidade do contrato formal de prestação de serviços e declaração do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador.

Os casos de terceirização ilícita ocorrem com grande frequência com as pseudocooperativas de prestação de serviços, serviços de segurança e vigilância, sendo que os tribunais trabalhistas têm sido bastante rígidos na responsabilização dos envolvidos, não raras vezes atingindo aspectos criminais.

A RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A terceirização de serviços, como espécie de ato jurídico que é, gera aos contratantes direitos e obrigações. Em especial aos tomadores dos serviços gera, também, responsabilidades.

Na terceirização lícita, verifica-se uma relação jurídica entre o trabalhador e a empresa que o contrata – a *fornecedora* dos serviços –, relação essa, normalmente de natureza trabalhista. Há, ainda, a relação entre essa empresa fornecedora dos serviços e aquela que a contrata – a tomadora dos serviços –, relação essa, de natureza comercial.

Na relação entre o trabalhador e a empresa fornecedora de seus serviços, aplicam-se as normas heterônomas e autônomas que regem as relações empregatícias. Ou seja, enquanto empregadora, essa empresa deve se responsabilizar pelo cumprimento de todas as suas obrigações decorrentes da relação empregatícia havida com o trabalhador.

No que se refere à relação entre a fornecedora e a tomadora dos serviços, os direitos e as obrigações das partes contratantes decorrerão das disposições contratuais e das disposições legais aplicáveis a essa mesma relação contratual.

Mas haverá alguma responsabilidade do tomador dos serviços para com o trabalhador, vez que entre eles não há uma relação contratual direta, mas intermediada pela fornecedora dos serviços?

É sabido que, no direito pátrio, não há regulamentação jurídica específica sobre a terceirização. O que há, em verdade, são construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, vigendo, na atualidade, o Enunciado nº 331 do col. TST, que, em seu item IV, dispõe, *verbis*:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.”

Dado que, em face do disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal, tal enunciado não gera qualquer obrigação direta, mas sinaliza o entendimento

jurisprudencial dominante,⁷ é de se indagar qual seria o fundamento jurídico para a responsabilização *subsidiária* do tomador dos serviços em face de eventuais créditos do empregado não saldados pelo fornecedor dos serviços. E a resposta se encontra no art. 186 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E do ato ilícito surge a obrigação de indenizar o ofendido, conforme disposição do art. 927 do mesmo Código Civil.

Mas aqui se deve retornar à questão inicialmente posta: de onde surge a responsabilidade do tomador? Praticamente ele ato *ilícito* ao celebrar um contrato de natureza comercial com a empresa fornecedora de serviços?

Mais ainda, a doutrina e a jurisprudência costumam fundar a responsabilidade nas culpas *in eligendo* e *in vigilando* do tomador dos serviços, partindo-se do pressuposto que agiu ele com culpa ao contratar a empresa fornecedora dos serviços que violou os direitos dos trabalhadores (culpa *in eligendo*) e por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas daquela para com esses (culpa *in vigilando*). Contra esses argumentos, e mais especificamente contra a alegada culpa *in eligendo*, poderia ser considerado que, dentro de um regime capitalista, é *óbvio* que a tomadora irá contratar os serviços da empresa que oferecer melhores preços e condições, afinal, é essa a finalidade maior da terceirização, como anteriormente já analisado. Nada há de ilegal na contratação de quem ofereça um determinado bem ou serviço nas melhores condições, dentro de um regime de concorrência, fato aliás comum em nosso dia-a-dia enquanto consumidores!

Contra a culpa *in vigilando*, caberia o argumento segundo o qual a tomadora dos serviços não tem competência fiscalizatória, não pode exigir da fornecedora, a qualquer tempo, a exibição de seus livros e registros fiscais, pois que tal competência só é dada às autoridades estatais. E se essas não constataram, em tempo, o descumprimento das obrigações da fornecedora para com o trabalhador, como exigí-lo da tomadora? Como então fundar a responsabilidade da tomadora em elementos dos quais ela não pode se utilizar? Não seria, então, o Estado o efetivo responsável pelos atos da fornecedora?

Tais contradições são apenas aparentes e não se sustentam a uma análise mais cuidadosa das relações havidas entre as partes.

Em primeiro lugar, há de se considerar o aspecto *teleológico* do direito do trabalho, que tem em vista, sempre, a melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores (Constituição Federal, 7º, *in fine*).

Mas importa, especialmente à questão ora posta, o disposto no art. 421 do Código Civil, segundo o qual: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato” (grifo nosso).

7 Não se pretende minimizar o papel de fonte de direito das súmulas de jurisprudência, mas apenas considerar a necessidade de fundamentação jurídica específica da responsabilidade subsidiária nos casos de terceirização em vista do Princípio da Legalidade previsto no citado art. 5º, II, da Constituição Federal.

D O U T R I N A

Quer dizer, se dentro do aspecto *organizacional* de sua empresa pode o tomador de serviços decidir, ou não, pela contratação de empresas de prestação de serviços para o desempenho de atividades que, de outra forma, seriam de sua própria responsabilidade, deverá ele ter em mente não só o aspecto econômico aí envolvido, mas também os aspectos sociais relacionados a essa operação.

Nesse sentido, é necessário se abordar novamente os elementos que a doutrina e a jurisprudência utilizam para a responsabilização do tomador pelos créditos trabalhistas do trabalhador não saldados pela fornecedora de seus serviços, quais sejam, as culpas *in eligendo* e *in vigilando*.

No que se refere à primeira delas – culpa *in eligendo* –, é interessante se retomar às considerações de ordem microeconômicas, mais precisamente à questão do acesso às *informações*. A capacidade e a facilidade do capitalista às informações necessárias ao desenvolvimento de suas atividades (custos, encargos fiscais, preços praticados pela concorrência etc.) são consideradas como instrumentos de sua atuação. Quanto maior o acesso às informações relativas ao seu negócio, maior a possibilidade de o empresário ser bem sucedido em relação aos concorrentes que não tenham acesso às mesmas.

E se, para contratarem, o tomador e o fornecedor podem e devem lançar mão da busca do maior número de informações acerca de seu futuro parceiro contratual, em relação aos trabalhadores, tal não se dá. Na terceirização de serviços, sobretudo naquelas em que ocorrem os maiores casos de violação a direitos trabalhistas, os empregados costumam ser de baixa qualificação e pouca instrução, o que, aliado ao seu grau de necessidade de obterem uma fonte de renda, torna inviável se esperar dos mesmos qualquer consideração dessa natureza a respeito de quem os contrata. Mais que isso, não se pode esperar dos trabalhadores uma preocupação quanto à higidez financeira de quem os pretende contratar, quando se sabe do grave quadro de desemprego que assola nosso País.

Pois bem, no que se refere à capacidade de obtenção de informações, é indiscutível que o tomador de serviços terceirizados pode, e deveria, ser extremamente criterioso ao contratar uma empresa fornecedora de serviços terceirizados. Não se trata apenas de pesquisar perante as juntas comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de considerações de ordem matemática-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acrescido dos encargos sociais e lucro dessa.

Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se essa terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre o mesmo incidentes, os encargos tributários decorrentes do exercício da atividade da fornecedora, bem como sua eventual margem de lucro. Com essas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador

se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e o Fisco, ou não.

Como se diz popularmente, *ninguém faz milagre*, ou *quando a esmola é muita, o santo deve desconfiar*. Dessa forma, se as contas não fecharem, deverá o tomador evitar a contratação, pois que ali se tem fortes indícios de violações a direitos de terceiros perpretados pela fornecedora, com os quais a tomadora não pode compactuar.

Assim, reside aí a eventual culpa *in eligendo* do tomador dos serviços terceirizados.

Por sua vez, e no que se refere à culpa *in vigilando* da tomadora, é de se ver que, em âmbito contratual, poderá ela verificar se os cálculos aproximados procedidos para a isenção de sua culpa *in eligendo* estão se realizando na prática. Para tanto, é interessante que faça constar no contrato a ser celebrado com a fornecedora de serviços a obrigatoriedade de essa fornecer mensalmente, sob condição de não-pagamento do preço acordado, a relação dos empregados que lhe tenham prestado serviços, os cartões de ponto e recibos de pagamento de salários dos mesmos, além das guias de recolhimento de FGTS, INSS e demais encargos e obrigações trabalhistas exigíveis daquela.

É importante neste ponto recordar que, na maior parte das vezes, as condenações atribuídas às tomadoras de serviços terceirizados é grande porque em audiência se deu a revelia da fornecedora dos serviços, e não tem a tomadora a possibilidade de comprovação de cumprimento de parte das obrigações por parte daquela.

Se a tomadora condiciona o pagamento pelos serviços prestados à entrega em cópia simples desses documentos, e, efetivamente, tal ocorrendo, não se poderá atribuir à mesma a culpa *in vigilando* decorrente da relação contratual havida com a empresa de serviços terceirizados, sem, com isso, caracterizar-se exercício de funções estatais.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A RELAÇÃO PROCESSUAL

Se tudo o que se expôs até aqui tem natureza de direito material, é de se analisar, também, quando, nas situações de terceirização, ocorrem conflitos de interesses que sejam submetidos ao Judiciário Trabalhista.

Nesse aspecto, será necessário, antes de mais nada, verificar se trata-se de terceirização lícita ou ilícita, ou seja, se será discutida a responsabilidade subsidiária do tomador ou, no caso da terceirização ilícita, o vínculo empregatício direto entre esse e o trabalhador.

Assim, quando se constatar que, em verdade, o trabalhador era empregado do tomador de seus serviços, eis que presentes os requisitos para a caracterização desse vínculo (subordinação, onerosidade, não-eventualidade e principalmente a pessoalidade), dever-se-á postular a *nulidade* do contrato de trabalho entre o

trabalhador e a empresa fornecedora de mão de obra, ante o disposto no art. 9º da CLT, e a declaração do vínculo empregatício entre o agora reclamante e a reclamada-tomadora dos serviços. Poderá a fornecedora de mão-de-obra (formal empregadora do trabalhador) constar também do pólo passivo do feito para que não se alegue, posteriormente, cerceamento de defesa, embora a discussão principal seja, efetivamente, entre o trabalhador e a tomadora, bem como para que não surjam incidentes frente a eventual pedido de intervenção de terceiros a ser solicitado pela tomadora. O melhor, todavia, é que se apresentem pedidos *sucessivos*, o primeiro, postulado o vínculo empregatício diretamente com a tomadora; caso o mesmo seja julgado improcedente, postulam-se a condenação da prestadora de serviços e a responsabilidade subsidiária da tomadora.

Por sua vez, se não caracterizado o vínculo empregatício entre a tomadora e o trabalhador, eis que a terceirização foi lícita, deverão ambas as empresas figurar no pólo passivo do feito, a fornecedora de mão-de-obra como devedora principal e a tomadora como subsidiária. E como há a possibilidade de o trabalhador prestar serviços para vários tomadores, deverá se atentar para o arrolamento de todos os tomadores, especificando cuidadosamente o período trabalhado para cada um deles, vez que a eventual responsabilidade subsidiária será restringida ao período em que o reclamante para cada uma trabalhou.

Expostos os fatos, deverá se postular, no rol de pedidos, a condenação da reclamada fornecedora no pagamento das verbas postuladas e a responsabilidade subsidiária da tomadora caso aquela se mostre inadimplente quanto aos direitos do reclamante.

Caso uma ou mais tomadoras negue o trabalho do reclamante no período citado na exordial, caberá a esse provar ter laborado para a mesma, caso contrário, será da reclamada o ônus de provar que todos os direitos do reclamante foram quitados à época em que o mesmo para ela trabalhou – daí a importância do quanto se disse a respeito da exigência contratual de fornecimento pela fornecedora à tomadora dos documentos comprobatórios.

É de se notar que, ante eventual alegação da tomadora de total quitação dos direitos do reclamante – o que transmitiria a esse o ônus probatório –, pode o juiz devolver o ônus probatório à reclamada ante o disposto no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho ante a previsão do art. 769 da CLT.

Por sua vez, comprovado que o reclamante trabalhou para a tomadora no período declinado na petição inicial, a responsabilidade subsidiária se restringe a esse período, não se podendo responsabilizá-la pelo que venha a ocorrer na relação fornecedora-trabalhador após a rescisão contratual entre aquela e a tomadora. Dito de outra forma, a responsabilidade *subsidiária* da tomadora da mão de obra se restringe ao período em que manteve relação contratual com a fornecedora. Se algum empregado dessa vier a ser dispensado nesse período, só haverá responsabilidade daquela se o trabalhador tiver para ela trabalhado. Por sua vez, se, após rescindido o contrato entre as empresas, vier a fornecedora algum tempo depois a falir, não

poderá a tomadora ser responsabilizada pelas *verbas rescisórias* dos trabalhadores, ainda que tenham trabalhado para a tomadora, vez que nesse momento não tem ela qualquer responsabilidade para com a fornecedora ou com o trabalhador.

Com relação à falência da fornecedora de serviços terceirizados (terceirização lícita), tem-se que a responsabilização da tomadora, de natureza subsidiária, dependerá da extinção do processo falimentar sem a quitação dos direitos do trabalhador, salvo se se tratar de fornecimento de trabalho temporário, regulado pela Lei nº 6.019/74, quando a responsabilidade da tomadora será solidária com a fornecedora, ante o disposto no art. 16 da mesma. Discordamos, assim, dos que fazem aplicação *analogica* do referido artigo para os casos em que a prestação de serviços não tem caráter temporário, mas por tempo indeterminado, por falta de previsão legal específica.

No que diz respeito à contestação das rés, há de se atentar para a natureza do pedido formulado na inicial. Assim, se o autor considera que a terceirização foi ilícita e postula o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a tomadora, deverá essa, a par de eventuais questões preliminares, de natureza processual, discutir o mérito do feito, ou seja, a inexistência do vínculo empregatício pretendido, demonstrando que não se encontram presentes um ou mais dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT.

Mas, se o autor entende lícita a terceirização, fazendo figurar no pólo passivo do feito ambas as empresas envolvidas – fornecedora e tomadora da mão de obra –, deverá a primeira discutir o mérito dos pedidos, impugnando-os, se for o caso, ao passo que à segunda caberá discutir a sua responsabilidade, principalmente com relação ao período em que o reclamante eventualmente tenha de forma efetiva trabalhado para ela.

Em audiência, deverá a tomadora, quando demandada na qualidade de subsidiariamente responsável, fazer provas quanto ao trabalho prestado pelo trabalhador a ela, ainda que tenha havido a revelia da primeira reclamada/fornecedora de serviços. Afinal, a confissão ficta abrange tão-somente a empresa revel, e não aquela que, se fizer presente e apresentar sua defesa. Note-se, neste ponto, que em possuindo a tomadora os documentos relativos à relação entre fornecedora e trabalhador/reclamante, poderá fazer prova da quitação de verbas eventualmente pagas, bem como fazer instrução acerca das matérias fáticas cabíveis, dado que seu interesse processual repousa na possibilidade de se ver condenada por conta da revelia da fornecedora.

Por fim, a execução da empresa tomadora que, na sentença trânsita, teve a sua responsabilidade subsidiária declarada só poderá ocorrer após a certidão de inexistência de bens executáveis da fornecedora dos serviços, pois que só aí inicia a sua responsabilidade.

CONCLUSÃO

Muitas das dificuldades encontradas atualmente pelos operadores do direito do trabalho se fundam na incapacidade dos mesmos de compreenderem a nova

realidade que esse ramo jurídico visa a regular. Buscam o uso de tipos jurídicos aos quais os fatos já não mais se subsumem.

A terceirização, enquanto modelo de organização do trabalho num regime capitalista de produção, é fenômeno atual e irreversível, e sua utilização, que já é grande, tende certamente a aumentar, no Brasil e no mundo. Aliás, muito do que se diz acerca da globalização tem a ver, em parte, com o fenômeno de se delegar a terceiros a realização de atividades que outrora eram realizadas pela própria empresa “terceirizante”.

Se, de um lado, a demanda por serviços terceirizados é promovida por empresas médias e grandes que optam por dispensar seus empregados para delegar a terceiros (quando não estes mesmos empregados, agora na qualidade de empresários) a realização de suas atividades, a oferta por serviços terceirizados, muitas vezes, é garantida pelo enorme número de trabalhadores dispensados, criando um círculo nem sempre virtuoso.

Levados os conflitos de interesses à arbitragem estatal, deverão os operadores jurídicos bem tipificarem a relação fática havida: verdadeira relação de emprego maquiada de terceirização, que levará a caracterização do vínculo empregatício entre o tomador e o trabalhador, ou típica situação de terceirização de mão-de-obra, quando surgirá para o tomador a responsabilidade subsidiária pelos créditos devidos àquele que lhe prestou serviços, não saldados pela fornecedora desses mesmos serviços.

Na relação processual, dever-se-á atentar para o tipo de tutela pretendida – declaração do vínculo empregatício diretamente entre tomador e trabalhador ou condenação da fornecedora de mão-de-obra pelos créditos de seu empregado, com responsabilidade *subsidiária* da tomadora, a qual se restringirá ao período em que houve relação jurídica entre elas, e desde que o empregado tenha prestado serviços para essa tomadora.

Há de se ter em mente que a terceirização não é, *per si*, ilegal, como não se pode pretender que o tomador ou fornecedor da mão-de-obra terceirizada estará sempre visando a prejudicar os trabalhadores. Trata-se de nova forma de organização empresarial, sendo que, no mais das vezes, o fornecedor da mão-de-obra é um empregado que, dispensado, nada mais tinha a oferecer ao mercado que seu trabalho, agora organizado numa empresa de trabalho terceirizado.

Verifica-se, assim, que é muito grande a responsabilidade do operador do direito no trato dessa matéria, pois que o descuido na análise da situação fática que lhe for eventualmente apresentada poderá, com grande facilidade, criar grandes injustiças ou mesmo inviabilizar o sustento de inúmeras famílias, num mundo onde o trabalho tende a ser cada vez menos necessário.

Por seu lado, os que tomam serviços de mão-de-obra terceirizada devem ter em mente que o contrato a ser celebrado não envolve apenas seus interesses e da empresa fornecedora, mas também traz consigo o sustento de muitas pessoas, daí a noção que se deve ter de caráter social do contrato. Se é lícito que busque sempre o

D O U T R I N A

incremento de seus ganhos, deverá atentar para que, para obtê-lo, outros não sejam prejudicados. E, para tanto, poderá lançar mão de instrumentos já hoje plenamente acessíveis, sob pena de responder por eventual inadimplência dos fornecedores de serviços.

E, para concluir, deverão os operadores do direito do trabalho buscar compreender cada vez mais a realidade fática na qual o trabalho se desenvolve, deixando de lado seus conceitos prévios, suas convicções e suas ideologias para entender o *modus operandi* vigente, para só então tipificá-lo como lícito ou ilícito, buscando a responsabilização no segundo caso, tudo para que, mais que a mera aplicação do direito, se faça a verdadeira *Justiça*.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOS TRABALHADORES EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO

Carlos Henrique Bezerra Leite*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria restritiva; 2 Teoria eclética; 3 Teoria ampliativa; 4 A nossa posição; 5 A teoria ampliativa e a função social do processo do trabalho; 6 A posição do STF; 7 Os direitos trabalhistas são direitos humanos de segunda dimensão; 8 A ACP e o trabalho escravo; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Segundo Norberto Bobbio,¹ toda teoria jurídica pode ser considerada desde o ponto de vista do seu significado ideológico ou a partir do ponto de vista do seu valor científico. Quanto ao valor científico, a teoria jurídica tem por fim compreender certa realidade e explicá-la. No respeitante à teoria considerada do ponto de vista ideológico, ela tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações.

Não obstante a literalidade do art. 129, III, da CF, ainda existem barreiras técnicas e ideológicas² que dificultam a atuação do Ministério Público do Trabalho em defesa dos interesses difusos (e até mesmo coletivos).

Os obstáculos tornam-se ainda mais complexos quando se trata da questão da legitimação do *Parquet* Laboral para promover a ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos.

Realmente, os direitos ou interesses individuais homogêneos, além de não estarem expressamente mencionados no art. 129, III, da CF, também não constam literalmente do art. 83, inciso III, da LOMPU.

Daí a existência de três teorias que procuram, ora com base na ideologia, ora nos métodos da ciência do direito, responder às seguintes perguntas: o Ministério

* Procurador Regional do Trabalho (PRT/17ª Região/ES). Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (PUCSP). Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direitos Humanos da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

1 BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*, p. 10-11.

2 Para se ter uma idéia dessas barreiras, Dárcio Guimarães de Andrade (*A ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho*, p. 1329) chega a afirmar solenemente: “Não tenho, como Mestre e Magistrado, a menor simpatia pela Ação Civil Pública, reputando-a mais lesiva do que benéfica”.

Público possui legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos? E o Ministério Público do Trabalho?

A resposta a tais perguntas ganha principal relevo quando se está diante de uma das mais graves situações de desrespeito à dignidade da pessoa humana: o trabalho em condições de escravidão.

1 TEORIA RESTRITIVA

Como o próprio nome indica, a teoria restritiva reduz a legitimação do MP à defesa exclusiva dos interesses difusos e coletivos, sendo certo que, nos domínios do direito processual do trabalho, há, ainda, alguns autores que restringem ainda mais tal legitimação aos interesses coletivos *stricto sensu*, assim mesmo, somente quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente assegurados aos trabalhadores.

Dito de outro modo, a teoria restritiva não admite, em nenhuma hipótese, que os direitos ou interesses individuais, ainda que homogêneos, possam ser objeto de defesa em sede de ação civil pública (ou ação coletiva) promovida pelo Ministério Público.

Os adeptos dessa corrente, portanto, utilizam exclusivamente a interpretação literal e restritiva do art. 129, inciso III, da CF, e do art. 1º, inciso IV, no âmbito do processo civil, ou do art. 83, inciso III, da LOMPU, nos domínios do processo do trabalho.

Expõe a teoria restritiva, em linhas gerais, que o MP não tem legitimação para promover a ACP na defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, porque:

- a) são inconstitucionais as normas legais que alargam a legitimação ministerial na ACP para além dos interesses difusos e coletivos;
- b) os interesses individuais homogêneos, por serem disponíveis, estão excluídos das funções institucionais do MP;
- c) as relações trabalhistas não são relações de consumo, pelo que inaplicável o CDC na ação civil pública promovida pelo MPT;
- d) o art. 83, III, da LOMPU só permite a legitimação do MPT para a defesa dos interesses coletivos, e não dos individuais homogêneos e difusos.

Há algumas considerações, não mencionadas pelos defensores da teoria em estudo, que julgamos imprescindíveis à adequada compreensão do problema, especialmente em se tratando de ação civil pública promovida pelo MPT.

A primeira delas é a de que, quando da promulgação da CF, em 5 de outubro de 1988, não estava positivada em nosso ordenamento jurídico a expressão “interesses individuais homogêneos”, o que somente se deu com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o CDC (art. 81, III). Dessa forma, não se poderia esperar que o legislador constituinte tivesse empregado um termo, à época cogitado apenas timidamente por alguns estudiosos da *class action for damages* do direito estadunidense, que somente veio a ingressar no nosso sistema cerca de dois anos mais tarde.³

3 É bem verdade que a Lei nº 7.913/89 já consagrava a defesa dos interesses individuais homogêneos (disponíveis, ressaltamos), embora sem mencioná-los expressamente, dos investidores do mercado ou titulares de valores mobiliários, constituindo, assim, a primeira *class action for damages* do direito brasileiro.

Eis aí a razão ontológica que pode ser extraída da *mens legis* contida na norma de encerramento do art. 129, III, da CF, que serve de fio condutor à inteligência da expressão “e de outros interesses difusos e coletivos”.

Desse modo, a norma constitucional comporta interpretação extensiva:⁴

- a) no *plano subjetivo*, a fim de que outras espécies de interesses ou direitos metaindividuais, além dos explicitamente proclamados, possam ser tutelados pelo MP, como, por exemplo, os interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, dos consumidores, das minorias sociais, dos excluídos, dos portadores de deficiência, das crianças e dos adolescentes, dos idosos etc.;
- b) no *plano objetivo*, para permitir a criação, pelo legislador infraconstitucional, de novas espécies de interesses metaindividuais, como, por exemplo, os interesses individuais homogêneos.

A segunda decorre do fato de que uma das funções institucionais do MP repousa na defesa dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*, tal como desenhado no art. 127 da CF.

Ora, a interpretação sistemática dos arts. 129, III, e 127 da CF, segundo nos parece, permite que a legitimação do Ministério Público na ação civil pública seja estendida à defesa não apenas dos *interesses sociais*, mas, igualmente, dos *interesses individuais indisponíveis* que tenham características metaindividuais ou “acidentalmente coletivos”,⁵ como é caso dos interesses ou direitos *individuais homogêneos indisponíveis*.

Outra observação importante é a de que o art. 129, III, da CF reafirma que uma das funções institucionais do MP é a defesa do *patrimônio social*, abrindo aqui espaço para a construção teórica de que este conceito abriga tanto os *interesses sociais* quanto os *individuais homogêneos indisponíveis*.⁶

Por outro lado, o inciso IX do art. 129 da CF vaticina que o MP poderá exercer *outras funções* que lhe forem conferidas (por lei, acrescentamos), desde que *compatíveis com sua finalidade*.

Nesse passo, prescreve o art. 21 da LACP, com a nova redação dada pelo art. 117 do CDC, que são aplicáveis à *defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível*, os dispositivos do Título III do CDC, entre os quais se destaca o

4 Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 675.

5 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 188-189.

6 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação civil pública – A defesa dos interesses difusos e coletivos – Posição do Ministério Público*, p. 161-162. Segundo essa autora, “na defesa de direitos individuais, ainda que homogêneos, tem o Ministério Público legitimidade ativa, quando se tratar de direitos, de tal ordem, de tal relevância, que integram o patrimônio social. Assim, esses direitos serão, na verdade, também indisponíveis”.

art. 92, que prevê, literalmente, a legitimação do MP para propor *ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos*.⁷

No que concerne à afirmação genérica de que os interesses individuais homogêneos são sempre disponíveis, afigura-se-nos residir aqui um grande equívoco, *data maxima venia*.

É que, a rigor, existem duas subespécies de direitos ou interesses individuais homogêneos: os indisponíveis e os disponíveis. Tal constatação, segundo nos parece, é condição suficiente para demonstrar a inconsistência científica dessa teoria, no particular.

No que tange especificamente à legitimação do MPT na ACP trabalhista, parece-nos igualmente frágil a alegação de que os direitos ou interesses individuais homogêneos trabalhistas nela veiculados, por não derivarem das relações de consumo, não poderiam ser objeto de regulação pelo CDC, com o que não poderia o *Parquet* Laboral utilizar as disposições desse Código nas ações civis públicas por ele propostas no âmbito da Justiça do Trabalho. Nesse ponto, os defensores da teoria restritiva confundem normas de direito material com as de direito processual. A par disso, ignoram o que dispõe textualmente o art. 21 da LACP.

Ora, as relações materiais de consumo são reguladas pelo CDC, e as relações materiais trabalhistas pela CLT e legislação especial que lhe complementa.

Todavia, a parte processual do CDC (Título III) e a LACP (art. 21) formam, com base nos princípios constitucionais da indeclinabilidade da jurisdição e do *due process of law*, um sistema integrado, por nós denominado de *jurisdição trabalhista metaindividual*,⁸ que é, *de lege lata*, a única capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela judicial dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) decorrentes das relações de emprego e, na forma da lei, de outras relações de trabalho, desde que submetidos à competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 114).

Um outro óbice invocado pela teoria restritiva reside na literalidade do art. 83, III, da LOMPU que, de fato, só faz referência aos interesses coletivos, silenciando-se não apenas quanto aos individuais homogêneos, mas, igualmente, quanto aos difusos.

No que respeita aos interesses difusos, o dispositivo ora focalizado deve ser interpretado conforme a Constituição (art. 129, III), que prevê a legitimação ministerial (seja no âmbito da União, seja no âmbito dos Estados) para proteger quaisquer espécies de interesses difusos.

Além disso, a interpretação isolada do art. 83, III, da LOMPU levaria a uma inexplicável *capitis diminutio* do MPT em relação aos demais órgãos que compõem

7 Importa observar que o art. 92 do CDC não faz qualquer ressalva quanto à disponibilidade ou indisponibilidade dessa espécie de interesse metaindividual.

8 Cf. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Ação civil pública*, p. 78-87.

a instituição ministerial como um todo, em detrimento, aliás, dos princípios da unidade e indivisibilidade (CF, art. 127, § 1º), uma vez que tanto a CF (arts. 127; 128; 129, III e IX) quanto a LOMPU (art. 6º, VII, *d*) e a LONMP (art. 25, IV, *a*) não fazem qualquer distinção a tal respeito.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a norma de encerramento contida na parte final do art. 129, III, da CF confere ao MP, sem distinção entre os seus órgãos, a legitimação para a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”.

Sabe-se que a Constituição “resulta do poder constituinte originário, tido como *poder político fundamental*”,⁹ mas, não obstante esse seu caráter político, “materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico”,¹⁰ o que implica dizer que ela também deve ser interpretada como genuína norma jurídica.¹¹ Disso resulta que é possível a interpretação extensiva ou ampliativa da norma constitucional em causa, na medida em que os interesses individuais homogêneos – disponíveis ou indisponíveis – são acidentalmente coletivos,¹² o que, por certo, já seria condição suficiente para validar a legitimação do MP quando promove a ACP em defesa dos mesmos.

É insubsistente, de igual modo, a alegação de que o que a Constituição não permite, expressamente proibido está. Tal critério, como já foi visto, é fruto de uma concepção individualista, calcada no formalismo jurídico preconizado pelo Estado Liberal, que só admitia a existência dicotômica direito público-direito privado.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 104-105.

10 *Ibid.*, p. 98.

11 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 260. No mesmo sentido, Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, p. 513-514) leciona: “... não vejo fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em princípio, os princípios interpretativos gerais também à interpretação da Constituição, pois que a Constituição é – enquanto lei – tal como todas as outras leis (redigidas na maior parte em linguagem corrente) – uma obra de linguagem, que, como tal, carece de interpretação, tal como as proposições nela contidas têm o carácter de normas; seu efeito vincutivo não é certamente menor, mas mais vigoroso do que o das demais leis”.

12 O STF não considera os interesses individuais homogêneos um *tercium genus* dos interesses metaindividuais, mas uma subespécie dos interesses coletivos (RE 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 12.03.1997, in *Informativo SFT*, n. 62, Brasília, 3 a 7 mar. 1997, páginas internas). Colhe-se do voto condutor: “Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa enquanto integrante desse grupo. Veja, dessa forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso, agiu o *Parquet* em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional do Consumidor (art. 81, incisos II e III) e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), cujo art. 25, inciso IV, letra *a*, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos...”.

Em tema de direitos ou interesses metaindividuais, rompe-se definitivamente com tal concepção, na medida em que o Estado Social brasileiro passa não apenas a prescrever, mas a tutelar esses “novos direitos” que, seguramente, não se enquadram no direito público, tampouco no privado, constituindo, ao revés, categoria própria: a dos direitos humanos de terceira dimensão.

Tornam-se, de tal sorte, infundadas as alegações de inconstitucionalidade das normas legais que ampliam a legitimação ministerial para tutelar interesses individuais homogêneos. Pelo contrário, mostra-se em conformidade com o Texto Maior interpretar extensivamente a expressão “interesses coletivos”, prevista no art. 83, III, da LOMPU, como interesses coletivos *lato sensu*, ou seja, os interesses metaindividuais que, não é demasiado repetir, por força do art. 81 do CDC, abrangem os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.¹³

Assim, já é possível concluir que o art. 83, III, da LOMPU c/c o art. 21 da LACP e art. 82 do CDC, por estarem conforme a Constituição, desautorizam a teoria restritiva no tocante à legitimação do MPT para a ACP na defesa dos interesses individuais homogêneos.

Ademais, no plano infraconstitucional, não se pode ignorar o fato de o art. 84 da LOMPU mandar aplicar ao MPT os instrumentos de atuação de todos os órgãos do MPU previstos no seu art. 6º, VII, *d*, da LOMPU, *inter alia*, o de promover a ACP visando à proteção de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”¹⁴ (grifos nossos).

2 TEORIA ECLÉTICA

A teoria eclética, atualmente majoritária, admite a legitimação ativa do MP para promover a ACP na defesa de interesses individuais homogêneos:

-
- 13 A interpretação conforme a Constituição permite, segundo Celso Ribeiro Bastos (*As modernas formas de interpretação constitucional*, passim), “que o intérprete depois de esgotar todas as interpretações convencionais possíveis e não encontrando uma interpretação constitucional da mesma, mas também não contendo a norma interpretada nenhuma violência à Constituição Federal, vai verificar-se se é possível pelo influxo da norma constitucional levar-se a efeito algum alargamento ou restrição da norma que a compatibilize com a Carta Maior. Todavia, tal alargamento ou restrição da lei não deve ser revestida de uma afronta à literalidade da norma ou à vontade do legislador. Pode-se dizer que, graças a sua flexibilidade, o princípio da interpretação conforme à Constituição permite uma renúncia ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica, elementos tão necessários para um Estado democrático de direito”. É o que ocorre na espécie, uma vez que a interpretação extensiva da norma do art. 129, III, da CF não afronta a sua literalidade ou à *mens legislatoris*. Mesmo porque, a própria Constituição autoriza, em alguns casos, a defesa coletiva de direitos individuais, como no caso do mandado de segurança coletivo promovido por associações ou sindicato (art. 5º, LXX, *b*), a substituição processual nas demandas trabalhistas (art. 8º, III) etc.
- 14 A intercalação da vírgula entre os vocábulos “indisponíveis” e “homogêneos”, autoriza a ilação de que a ACP se presta à tutela: a) dos interesses individuais indisponíveis; b) dos interesses individuais homogêneos (disponíveis e indisponíveis). Quanto a esses últimos, aliás, o art. 6º, XII, da LOMPU, prevê a legitimação do MPU para propor a ação civil coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos, sem fazer qualquer alusão à disponibilidade ou indisponibilidade.

- a) quando forem indisponíveis, ante a imposição do art. 127, *caput*, da CF, que define as funções essenciais do MP;
- b) quando forem disponíveis, desde que, em função da natureza da lide ou do elevado número de seus titulares, haja repercussão social a exigir a iniciativa ministerial.

Diz-se, por isso mesmo, que essa teoria é eclética, uma vez que admite condicionalmente a legitimação ministerial para defender interesses individuais homogêneos, ou seja, com algumas restrições.

A teoria eclética foi adotada pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo,¹⁵ e a jurisprudência majoritária do STJ¹⁶ caminha na mesma direção, se bem que, recentemente, decisões há, daquela Corte, no sentido de que somente

15 Diz a Súmula nº 7 do CSMP de São Paulo: “O Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

16 “Ação civil pública. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Plano de saúde. Reajuste da mensalidade. UNIMED. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de plano de saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (CDC). Precedentes. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 177.965/PR, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 23.08.1999). No mesmo sentido: “Ação civil pública. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Cláusulas abusivas. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único, III e art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (CDC). Precedentes. Recurso conhecido e provido” (STJ, Recurso Especial nº 168.859/RJ, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 23.08.1999, p. 129); “Processual civil. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Interesse público. Ministério Público Federal. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva visando proteger o interesse de todos os segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS, pertinente ao pagamento dos benefícios sem a devida atualização, o que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários. Sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão. Recurso provido” (STJ, REsp 211019/SP, Ac. un. 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, J. 11.04.2000, DJ 08.05.2000, p. 112); “Processual civil. Ação civil pública. Direitos e interesses individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade. Recurso especial. 1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. 2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual. 3. Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp 95347/SE, 5ª T. Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 01.02.1999, p. 221)

os interesses individuais homogêneos dos consumidores podem ser tutelados pela ação civil pública promovida pelo Ministério Público.¹⁷

Verifica-se que a teoria eclética não deixa de ser, em certa medida, um desdobramento da teoria restritiva, na medida em que reduz, de forma casuística, a legitimidade do MP à defesa de alguns interesses individuais homogêneos quando isso implicar, de algum modo, relevância social.

Importa salientar que o grande equívoco dessa teoria, ao que nos parece, é que ela não examina o problema da atuação ministerial, quando age em defesa dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), sob o enfoque do princípio da universalidade do acesso à jurisdição e da natureza de ordem pública das normas geradoras de direitos fundamentais.

De toda a sorte, ainda que se adote a teoria eclética no âmbito do processo do trabalho, ressalvadas algumas posições restritivas já mencionadas, o Ministério Público do Trabalho estará, em linha de princípio, legitimado à defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos dos trabalhadores.

Afinal, se os direitos assegurados aos trabalhadores rurais e urbanos são direitos sociais fundamentais, porquanto a norma de encerramento do art. 7º, *caput*, da CF considera fundamentais não apenas os direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, mas também “outros que visem à melhoria de sua condição social”, salta aos olhos que estará aí presente a relevância social a justificar a legitimação do Ministério Público do Trabalho para promover a ACP em defesa dos interesses ou direitos sociais dos trabalhadores.

Vale dizer, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos trabalhistas, que são autênticos direitos sociais dos trabalhadores, haverá sempre

17 “Não-aplicabilidade, no caso da Lei nº 7.347/85, posto que a referida ação presta-se à proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos, quando seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes do STJ. A jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido de não ser cabível o uso da ação civil pública para fins de amparar direitos individuais, nem se prestar à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta comissiva ou omissiva da parte ré, não revestindo o caso em apreço no conceito constante da Lei nº 7.347/85. A ação civil pública não se presta como meio adequado a indenizar cidadãos que tenham sido contaminados pelo Vírus HIV em transfusões sanguíneas realizadas em quaisquer estabelecimentos do País. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21 da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do MP reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora” (STJ, Recurso Especial nº 220.256/SP, Rel. Min. José Delgado, J. 14.09.1999, DJ 18.10.1999). No mesmo sentido: “Legitimidade do Ministério Público. A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis. O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes, que não são considerados consumidores. A ação civil pública não se presta à obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei, eis que possui eficácia *erga omnes*.” (STJ, Recurso Especial nº 234.241/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, J. 02.12.1999, DJ 28.02.2000)

Ver tb. STJ/MC 1853/SP, Ac. 1ª T., J. 18.11.1999, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.03.2000.

interesse social em função da própria natureza desses direitos, razão pela qual o Ministério Público do Trabalho estará sempre legitimado a defendê-los, ante a sua função permanente de tutelar os “interesses sociais”, *ex vi* do art. 127 da CF.

Ademais, se uma das características dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores é a indisponibilidade,¹⁸ dificilmente haverá um caso em que o Ministério Público do Trabalho não terá *legitimatío ad causam* na ação civil pública que tenha por objeto a defesa de tais direitos ou interesses.

3 TEORIA AMPLIATIVA

A teoria ampliativa proclama a legitimação ampla e irrestrita do MP para ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses homogêneos.

Entre os defensores dessa teoria destacam-se Nelson Nery Junior,¹⁹ Ada Pellegrini Grinover,²⁰ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery²¹ e Francisco Antônio de Oliveira.²²

Os principais argumentos dessa teoria podem ser assim sintetizados:

- a) é fato que o art. 129, III, da CF menciona apenas os interesses difusos e coletivos;
- b) mas o inciso IX do mesmo artigo abre a possibilidade para o legislador ordinário alargar o espectro da legitimação do MP, desde que isso seja compatível com o seu perfil constitucional;

18 Antônio Cláudio da Costa Machado (*A intervenção do Ministério Público no processo civil*, p. 51) salienta que “o que justifica a atuação do *Parquet* perante a Justiça do Trabalho é o fenômeno da indisponibilidade de direitos, resultado da exacerbada relevância social destes”.

19 *O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos* – Um estudo sobre a ação civil pública trabalhista, p. 157-158. Idem, *Código de processo civil comentado*, p. 1798-1799.

20 *A ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho*: pedido, efeitos da sentença e coisa julgada, p. 49-51.

21 *Direito processual ambiental brasileiro*, p. 116.

22 *Da ação civil pública*: instrumento de cidadania, p. 887. Esse processualista laboral não faz distinção entre interesse individual homogêneo disponível e indisponível, mas exalta a interpretação sistemática da LOMPU, nos seguintes termos: “De conformidade com o art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993, compete ao Ministério Público do Trabalho promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; bem assim lhe compete a instauração de inquérito civil e outros procedimentos administrativos sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 84, II), e o art. 6º, inciso VII, letra *d* deixou claro que compete ao Ministério Público da União, do qual é participante o Ministério Público do Trabalho, ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública para: outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos’. Pode-se, assim, afirmar que o Ministério Público do Trabalho estará legitimado para promover a abertura de inquérito civil e bem assim para ajuizar ação civil pública para a defesa de interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos desde que ligados de alguma forma ao Direito do Trabalho, *v. g.*, a defesa do meio ambiente envolvendo empregados e empregadores; trabalhadores deficientes; depósito de FGTS cuja ausência reflete diretamente na falta de moradias para os trabalhadores de baixa renda; preconceito racial na contratação de negros, amarelos, mulheres; diferenças isonômicas entre trabalhadores de sexos diversos etc.”

- c) os direitos ou interesses individuais homogêneos, como uma das espécies de interesses metaindividuais, só surgiram com o CDC, em 1990, portanto, após a Constituição Federal de 1988;
- d) o art. 127, *caput*, da CF permite que o MPT defenda não apenas os interesses individuais indisponíveis, mas, também, os “interesses sociais”;
- e) o art. 1º do CDC²³ dispõe que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e de interesse social. Logo, o art. 82, I, do mesmo Código, que confere ao MP a legitimação para defender qualquer interesse individual homogêneo, caracteriza-se como “norma de interesse social”, estando, portanto, em perfeita sintonia com o sistema constitucional brasileiro;
- f) a própria propositura da ACP em defesa dos interesses individuais homogêneos já configura questão de interesse social,²⁴ pois com ela desestimula-se a proliferação de demandas individuais, prestigia-se a atividade jurisdicional, democratiza-se o acesso ao Judiciário e evitam-se decisões conflitantes sobre matérias decorrentes de origem comum.

Além dessas pontuações, nós acrescentaríamos dois outros dados que, a nosso sentir, também justificam a legitimação do *Parquet* para defender interesses ou direitos individuais homogêneos.

23 Diz o art. 1º do CDC, *in verbis*: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

24 Nesse sentido, Ada Pellegrini (*A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos*, p. 213) observa: “Muito embora a Constituição atribua ao MP apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX). A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja o seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da CF”. Em artigo publicado na Revista do MPT de São Paulo, essa mesma processualista, invocando a doutrina estrangeira, a partir de Mauro Cappelletti e Andrea Proto Pisani, reiterou que “a própria condução coletiva de interesses individuais homogêneos perante os tribunais representa verdadeiro exercício de interesse social. Ou seja, o interesse social surge do fato de a controvérsia não ser tratada a título individual, de acordo com as categorias processuais clássicas, mas ser vista, no âmbito coletivo, não mais pela soma de interesses individuais homogêneos, mas frente a um feixe de interesses de massa ... estamos conferindo dimensão política ao tratamento coletivo dos interesses, que deixam, portanto, de pertencer ao plano meramente individual, para serem transportados ao plano social”. E arremata: “Mas, ainda que se queira ser mais restritivo, não se aceita a idéia de um interesse social configurado pelo próprio instrumento do processo coletivo, certamente se poderá reconhecer, em alguns casos, de acordo com o caso concreto, inquestionável interesse social subjacente à defesa de certos interesses individuais homogêneos. Assim, por exemplo, quando se trate de ambiente do trabalho...” (*A ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho...*, cit., p. 50-51).

O primeiro decorre da previsão explícita no art. 5º, § 1º, da LACP, repetida no art. 82 do CDC, que prescreve a obrigatoriedade de atuação do MP, como *custos legis*, nas ações coletivas que forem ajuizadas pelos demais co-legitimados em defesa de qualquer interesse metaindividual. A intervenção obrigatória do MP, nessa qualidade, constitui inegavelmente um dos critérios objetivos de se aferir a existência do interesse público ou relevância social em toda ação coletiva que tenha por objeto a defesa de qualquer interesse metaindividual, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo.

O segundo dado emerge da determinação expressa no § 3º do art. 5º da LACP,²⁵ segundo o qual, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro co-legitimado assumirá a titularidade ativa da ação civil pública. Ora, se a lei utiliza a expressão “assumirá”, deixa clara a obrigatoriedade da atuação do MP (ou demais co-legitimados) no pólo ativo da demanda coletiva quando a associação desistir (infundadamente) ou abandonar a ACP, perguntar-se-ia: e se o objeto da ação desistida ou abandonada pela associação for a defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis, o *Parquet* estará impedido de atuar judicialmente em defesa de tais interesses? Certamente que se a resposta for sim, estar-se-á diante de autêntica negativa de vigência do preceptivo em causa. Se a resposta for negativa, o que nos parece correto, extrair-se-á da norma em questão a existência do interesse público em toda ação coletiva destinada à defesa dos interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis. Ademais, se se aceita doutrinariamente que a legitimação na ação civil pública é concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público, o Estado (e suas descentralizações) e as associações civis, não teria sentido estabelecer uma regra casuística em favor de um co-legitimado em detrimento de outro, como, por exemplo, permitir que a associação defenda interesses individuais homogêneos disponíveis e indisponíveis e o Ministério Público, apenas estes últimos.²⁶

A teoria ampliativa utiliza, portanto, os métodos de interpretação sistemática e teleológica dos arts. 127 e 129, IX, da CF e do art. 82 do CDC, os quais permitem ao legislador infraconstitucional alargar a legitimação ministerial para propor ação civil pública (ou coletiva), objetivando a defesa de *interesses sociais*.

Nesse passo, a *defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos dos consumidores* encerra, por força dos arts. 1º; 81, parágrafo único, III, e 82 do CDC, hipótese de *interesse social* e de *ordem pública*, cuja proteção insere-se perfeitamente no elenco das *finalidades institucionais do MP*.²⁷

25 A redação do § 3º do art. 5º da LACP foi dada pelo art. 112 do CDC.

26 Em sentido contrário, Rodolfo de Camargo Mancuso (*Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos*, p. 446) afirma: “Em que pese a legitimação ativa para a tutela judicial de interesses metaindividuais ser do tipo ‘concorrente-disjuntivo’, nem por isso deixam de ter relevância certas peculiaridades processuais que se aplicam a uns e não a outros desses co-legitimados.”

27 Segundo Nelson Nery Júnior (*Código de processo civil comentado*, p. 1521): “O que legitima o MP a ajuizar a ação na defesa de direitos individuais homogêneos não é a natureza desses mesmos

A legitimação do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores tem sido admitida pela jurisprudência do STF.²⁸ Essa mesma Corte, no entanto, não reconhece a legitimação ministerial em se tratando de interesses individuais homogêneos dos contribuintes.²⁹

O STJ, em certa oportunidade, reconheceu a legitimação do MP para defender interesses individuais homogêneos, desconsiderando a questão da disponibilidade ou não desses interesses.³⁰ Mas o entendimento majoritário da Corte Especial aponta

direitos, mas a circunstância da sua defesa ser feita por meio de ação coletiva. A propositura de ação coletiva é de interesse social, cuja defesa é mister institucional do MP". Concordamos com tal entendimento. Acrescentamos apenas que, em se tratando de direitos sociais individuais homogêneos dos trabalhadores, a Constituição diz que eles são direitos sociais fundamentais (Título II, Capítulo II, da CF). Vale dizer, os direitos trabalhistas são substancialmente sociais, razão pela qual se pode dizer que tanto no plano material como no plano processual, a proteção e a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos trabalhistas é de interesse social.

- 28 No RE 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (in: DJ 05.03.1997, Seção I, p. 4.930), versando ação sobre mensalidade escolar, portanto, relação de consumo, o STF entendeu que a defesa dos interesses individuais homogêneos, por constituírem subespécie de interesses coletivos, pode ser feita pelo MP em sede de ACP. No RE 185.360/SP, o mesmo tribunal, em acórdão datado de 20.02.1998, da lavra do Min. Carlos Velloso, assim decidiu: "Constitucional. Ação civil pública. Mensalidades escolares. Ministério Público. Legitimidade. Lei nº 8.078/90, art. 21, parágrafo único. Lei nº 8.625/93, art. 25. CF/88, art. 129, III. I – Ação civil pública que tem por objeto a fixação do pagamento de mensalidades escolares: os interesses ou direitos daí decorrentes podem ser classificados como coletivos: legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública, mesmo porque, considerados esses direitos como individuais homogêneos, têm vinculação com o consumo, ou podem os titulares do direito ser considerados como consumidores: Lei nº 8.078/90, art. 21 e seu parágrafo único. II – RE conhecido e provido" (Jurisprudência Civil do STF, organizada por Gracindo Filho, Zeidier e Cieto, p. 82).
- 29 "MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO/MG – EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCÇÃO DOS ARTS. 102, I, A, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO – Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedades, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido." (STF, RE 213.631/MG, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, J. 09.12.1999, in *Informativo STF*, Brasília, n. 174, p. 1-2, 6 a 10, 1999).
- Essa decisão foi criticada, a nosso ver, com razão, por alguns autores, entre os quais: LEITE, Douglas Guimarães. *Ação civil pública e a defesa dos interesses sociais na Constituição Federal de 1988* – uma questão de legitimidade, passim.
- 30 "Há certos interesses individuais – de pessoas privadas e de pessoas públicas – que quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo. É o que ocorre com os direitos individuais homogêneos antes mencionados, dos consumidores e dos poupadores, cuja defesa pelo Ministério Público tem expressa chance em lei ordinária." (STJ, REsp 49.272-6/RS, 1ª T., J. 21.09.1994, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 17.10.1994)

no sentido de que apenas quando os interesses ou direitos individuais homogêneos são direitos sociais ou de relevância social estará o MP legitimado a defendê-los. É o que acontece, por exemplo, com a ação civil pública que tenha por objeto a reparação de danos causados à saúde dos trabalhadores submetidos a condições insalubres;³¹ o reajustamento dos valores dos benefícios de prestação continuada dos aposentados;³² a proteção do direito dos servidores perceberem o salário mínimo constitucional.³³

Não obstante os aspectos acima mencionados, ainda há uma certa resistência por parte de alguns magistrados trabalhistas quanto a adoção da teoria ampliativa.

4 A NOSSA POSIÇÃO

Em escrito anterior³⁴ chegamos a adotar a teoria eclética, na medida em que destacávamos que a legitimação do MPT na ACP promovida na Justiça do Trabalho só seria válida: (a) se os interesses individuais homogêneos fossem indisponíveis ou (b), se disponíveis, apenas os que, pela sua natureza ou abrangência, pudessem trazer reflexos negativos para a sociedade como um todo.

Além disso, dizíamos que o MPT não reunia, por deficiência do número de membros, servidores, material etc., condições operacionais para atuar em

31 “Recurso especial. Ação civil pública. legitimidade ativa do Ministério Público. Danos causados aos trabalhadores nas minas de Morro Velho. Interesse social relevante. Direitos individuais homogêneos. 1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante. 2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 58.682/MG, Rel. em. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 16.12.1996)

32 “Processual civil. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Interesse público. Ministério Público Federal. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva visando proteger o interesse, de todos os segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS, pertinente ao pagamento dos benefícios sem a devida atualização, o que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários. Sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos, e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão. Recurso provido.” (REsp 211.019/SP, Ac. un. 5ª T. Rel. Felix Fischer, J. 11.04.2000, DJ 08.05.2000, p. 112)

33 “Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível a sua proteção pela ação civil pública. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, tendo em vista a relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual.” (STJ, REsp 95347/SE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.02.1999, p. 221)

34 BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Ministério Público do Trabalho*, p. 126.

defesa dos interesses individuais homogêneos que não fossem socialmente relevantes.³⁵

O aprofundamento da investigação científica, no entanto, guiou-nos a caminho diverso, qual seja o de reconhecer que os direitos sociais dos trabalhadores e a respectiva proteção judicial integram o elenco dos direitos humanos de segunda dimensão, estando, desse modo, compreendidos no moderno conceito de cidadania³⁶ que, por sua vez, guarda estreita relação com o problema do direito ao acesso – individual e coletivo – dos trabalhadores ao Poder Judiciário.

Tais reflexões axiológicas, além, é claro, das considerações dogmáticas já expendidas nos tópicos anteriores, levaram-nos à conclusão de que as questões atinentes à legitimação ministerial para defender interesses individuais homogêneos trabalhistas encontram-se indissolivelmente ligadas à temática da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, isto é, a questões que decorrem da principiologia que fundamenta o próprio Estado democrático de direito brasileiro, cuja guarda foi confiada ao MP, como um todo, e ao MPT, em particular, pois esse, no exercício específico da sua função promocional, tem a missão institucional e permanente de zelar pela defesa da ordem jurídica trabalhista e dos direitos ou interesses sociais e individuais indisponíveis dos trabalhadores (CF, art. 127, *caput*).

É nesse contexto que se situa a ação civil pública, que também passa a ser, a partir da Carta democrática de 1988, uma garantia constitucional dos direitos humanos do cidadão-trabalhador e um dos principais instrumentos de atuação do Ministério Público do Trabalho para tornar realidade objetivos fundamentais da República, entre eles o de “reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, III e IV), no campo das relações de trabalho.

Reconhecemos, assim, que a teoria ampliativa é a que melhor se sintoniza com a função promocional do *Parquet* Laboral.

Afinal, não podemos olvidar que numa sociedade contemporânea inquestionavelmente desigual e contraditória como a nossa, marcada pela

35 *Idem*, *Legitimação do ministério público do trabalho para promover a ação civil pública*, p. 63-71. Reconhecemos que esse obstáculo não encontra base científica; ao revés, decorre de equivocada política institucional que prestigia a função de órgão interveniente em detrimento da função de órgão agente imprescindível à promoção do acesso à justiça, notadamente no campo das relações de trabalho. É que, lamentavelmente, o MPT só oficia obrigatoriamente junto aos tribunais, quando o ideal seria a sua atuação preponderante na primeira instância, pois é aí que, via de regra, vêm a lume os multifários problemas sociais derivantes dos conflitos trabalhistas. É preciso ter em mente que, quando o MP atua como órgão interveniente, ou seja, quando emite parecer, o direito ao acesso à jurisdição já foi exercitado. Não se está aqui a defender a abolição da função de *custos legis*, mesmo porque há inúmeros casos em que ela é mesmo imprescindível, mas, tão-somente, a de chamar a atenção para a necessidade de adoção de uma política institucional que prestigie a função promocional do MPT. No mesmo sentido, consultar COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, p. 49-51.

36 Sobre o tema, consultar OLIVEIRABARACHO, José Alfredo de. *Teoria geral da cidadania*, passim.

intensificação dos conflitos entre o capital e o trabalho, pelo desemprego estrutural e crescente, pela existência de trabalho em condições de escravidão, pela discriminação contra mulheres, negros, idosos, da exploração do trabalho infanto-juvenil, do aviltamento da massa salarial, enfim, das injustiças socioeconômicas de toda a ordem, as lesões perpetradas aos direitos ou interesses de alguns empregados tendem a se expandir, rápida e uniformemente, geralmente atingindo a massa de trabalhadores de uma ou mais empresas, às vezes espalhadas por diversas cidades e Estados do território nacional.

Nesse passo, é de se indagar: a ACP promovida pelo MPT em defesa dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores não seria utilíssima, em tais casos, para evitar a avalanche de dissídios (*rectius*, processos) individuais³⁷ que abarrotam os escaninhos da Justiça do Trabalho, permitindo que ela se torne mais ágil e menos dispendiosa aos cofres públicos e ao contribuinte? O reconhecimento da *legitimatio ad causam* do MPT também para a defesa dos interesses individuais homogêneos trabalhistas não seria, enfim, uma forma de democratizar o acesso dos trabalhadores à Justiça, mormente num país em que apenas parcela dos desempregados – os empregados, com raras exceções, não o fazem por fundado receio de perderem o emprego – batem à porta do Judiciário Trabalhista? Também não teria um cunho preventivo e educativo para inibir futuras repetições de lesões idênticas aos interesses de massa dos trabalhadores?

5 A TEORIA AMPLIATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO DO TRABALHO

A teoria ampliativa, portanto, ao que nos parece, identifica-se com a gênese do direito processual do trabalho, porque:

- a) a finalidade ontológica do processo trabalhista é servir de *instrumento para a realização e fruição dos direitos sociais* (individuais ou coletivos *lato sensu*) dos trabalhadores;
- b) esses direitos sociais são considerados *direitos humanos de segunda dimensão*, o que bem demonstra a relevância social de todas as ações coletivas que versem sobre os mesmos;³⁸

37 Segundo relatório do TST (<http://www.tst.gov.br/ASCS/JCJ-1990-98.htm>): em 1998, foram recebidos 1.958.594 processos; em 1999, 1.876.874. Em 2002, foram mais de 2 milhões de processos.

38 Apreciando RR interposto pelo MPT, o TST deixou assentado que o FGTS constitui interesse social e reconheceu a legitimação do *Parquet* Laboral para defender, via ACP, os interesses individuais homogêneos dos trabalhadores. Eis a respectiva ementa:

“DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A FINS DE RECOLHIMENTO DO FGTS. A Lei Complementar nº 75/93 estabelece expressamente no art. 83, inciso III, a competência do Ministério Público do Trabalho para propor ‘ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos’. Em razão desse preceito não conter manifestação no que pertine à defesa dos interesses individuais homogêneos,

- c) as normas de proteção aos trabalhadores são, em regra, de *ordem pública*,³⁹ na medida em que o Direito do Trabalho pátrio fundamenta-se no princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.⁴⁰

É, pois, sob a perspectiva da fundamentalidade dos direitos ou interesse individuais homogêneos dos cidadãos-trabalhadores como direitos humanos de segunda dimensão e da função promocional do Ministério Público no campo das relações trabalhistas que se há de ser examinado o problema da *legitimatío ad causam* na ação civil pública, no âmbito da Justiça Laboral.⁴¹

surgem algumas discussões no sentido de ter ou não o *Parquet* da União legitimidade para a propositura de ação civil pública para a defesa de interesses homogêneos. Entendo que sendo o FGTS um direito constitucional garantido aos trabalhadores, o seu não-recolhimento importa em lesão à ordem jurídica e aos interesses sociais daqueles que com o seu trabalho contribuem para a sua formação, pois o fundo de garantia tem finalidade de financiar projetos de interesse social, como habitação, obras de saneamento e outros, e principalmente por constituir um patrimônio de todos os trabalhadores brasileiros.” (TST, RR 341038/97.7, Ac. un. 3ª T., 8534/97, Rel. Min. José Zito Calasãs Rodrigues, DJ 07.11.1997, p. 57-514)

- 39 Os arts. 9º, 444 e 468 da CLT declaram que são nulos de pleno direito os atos praticados com o fim de desvirtuar, fraudar ou impedir a aplicação das normas de proteção aos trabalhadores, consagrando, desse modo, a positivação do princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas em nosso ordenamento jurídico. Igualmente, o art. 1º do CDC, ao declarar que normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e de interesse social.
- 40 No mesmo sentido: FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *A tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público do Trabalho na ação civil pública*, p. 79. Diz esse autor: “Não nos parece haver dúvida de que o Ministério Público do Trabalho está legitimado para a defesa dos interesses individuais homogêneos trabalhistas, defluindo esta legitimação da dicção do art. 127 da Constituição Federal. Os direitos trabalhistas possuem natureza de direitos indisponíveis, em razão do que dispõem os arts. 9º, 444 e 468 da CLT, mormente na vigência do contrato de trabalho. Não se pode questionar o cabimento de ações promovidas pelo Ministério Público, por exemplo, para cobrança de salários em atraso, ou regulamentação de intervalos *intra* e *inter* jornadas etc.”.
- 41 Embora sem mencionar expressamente a função promocional do MP, Manoel Antonio Teixeira Filho (*Curso de processo do trabalho*: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos, p. 19-20) não deixa de reconhecê-la, quando ressalta a importância da ação civil pública sob o enfoque institucional do órgão, nos seguintes termos: “Entrementes, se examinarmos a matéria sob a perspectiva institucional, que nos parece ser a recomendável, não teremos dificuldade em concluir que o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para ajuizar ação civil pública também com o objetivo de promover a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. Com efeito, segundo pudemos deixar exarado, em página anterior, a Constituição Federal de 1988 exaltou, sobremaneira, o Ministério Público, cometendo-lhe a atribuição de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É evidente que a Constituição não aludiu, de maneira expressa, aos direitos individuais homogêneos, porque o conceito destes foi introduzido pela Lei nº 8.078, de 1990 (art. 81, inciso III). A propósito, a singularidade de o art. 91, dessa norma legal, haver previsto a ação civil coletiva para a defesa dessa classe de direitos não significa que o Ministério Público do Trabalho deva se submeter a essa regra, de tal maneira que lhe caberia ajuizar: a) ação civil pública, quanto aos interesses e direitos difusos ou coletivos; b) ação civil coletiva, no que tange aos interesses ou direitos individuais homogêneos. Além de essa esdrúxula dicotomia implicar graves perturbações do sistema, traz, em si, uma injustificável restrição à plenitude do exercício das atribuições institucionais que a Suprema Carta Política do País cometeu ao Ministério Público. O critério da indivisibilidade dos interesses

6 A POSIÇÃO DO STF

Cabe sublinhar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal,⁴² ao enfrentar pela primeira vez a matéria, decidiu, em sede de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que:

“Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (...) constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.”

Parece-nos, *data venia*, equivocada a fundamentação do decisório *supra* acerca do enquadramento conceitual dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, porquanto não se levou em conta, como já explicitado nas páginas anteriores, que os dois primeiros são transindividuais, portanto, seus titulares são indeterminados ou de difícil determinação, e indivisíveis por natureza; enquanto os últimos são divisíveis, sendo os seus titulares perfeitamente identificáveis, já que podem, se assim o desejarem, ajuizar ações individuais.

De toda a sorte, a referida decisão considera os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos como coletivos *lato sensu*, ou seja, interesses metaindividuais, e isso é o bastante para descortinar o alcance da legitimação ministerial para defender, via ação civil pública, interesses individuais homogêneos, mormente quando essa versar direitos sociais, como é o caso dos direitos trabalhistas.

Nesse passo, cumpre destacar que o STF, em julgado mais recente, tornou a dizer que:

ou direitos, *permissa venia*, não é suficiente para subtrair do Ministério Público a legitimidade para o exercício da ação civil pública versando sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, até porque eventuais transgressões simultâneas destes, não raro, lhes atribui sentido coletivo. Entendemos, portanto, que o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para exercer ação civil pública devotada à defesa de interesses e direitos: a) difusos; b) coletivos; c) individuais homogêneos. Devemos reiterar a nossa advertência quanto à possibilidade de estes últimos, a despeito de serem individuais, assumirem, no seu conjunto, feição coletiva, cuja violação poderá acarretar graves perturbações à ordem jurídica estabelecida (Constituição Federal, art. 127). De qualquer forma, o precitado dispositivo constitucional atribui ao Ministério Público, também, a incumbência de empreender a defesa dos interesses individuais. No plano da realidade prática, aliás, confundem-se com certa freqüência as linhas fronteiriças entre os direitos coletivos e os individuais homogêneos, circunstância que, a prevalecer o ponto de vista contrário ao nosso, criaria sérias embaraços à atuação institucional do Ministério Público quando não se pudesse precisar a precitada linha divisória”.

42 Processo RE 163231-3, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 05.03.1997, Seção I, p. 4.930.

“Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou *identificar-se com interesses sociais ou individuais indisponíveis*. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa.”⁴³ (grifos nossos)

Nesse mesmo acórdão, porém, não se admitiu a legitimação *ad causam* do MP para defender interesses individuais homogêneos dos contribuintes,

“dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo... *nem seria possível identificar o direito do contribuinte como ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’* (CF, art. 127, *caput*).” (grifos nossos)

7 OS DIREITOS TRABALHISTAS SÃO DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Sem embargo da estreita correlação axiológica entre trabalhadores e consumidores,⁴⁴ todas as considerações até aqui expendidas estão a revelar que a defesa dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores encaixa-se como uma luva na letra do art. 127, *caput*, da CF, seja porque são interesses (ou direitos) sociais,⁴⁵ seja porque são, via de regra, individuais indisponíveis.

Compreende-se, assim, o verdadeiro sentido e alcance da norma de encerramento contida no art. 6º, inciso VII, alínea *d*, da LOMPU, que inclui a ação civil pública entre os instrumentos de atuação do MPU (que abrange o MPF, o MPT, o MPM e o MPDFT) para a proteção de “*outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos*”.⁴⁶

Recuperando, a legitimação *ad causam* do Ministério Público do Trabalho para promover ação civil pública que tenha por objeto a defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos dos trabalhadores encontra abrigo na interpretação sistemática e teleológica das normas previstas na Constituição Federal (arts. 129, III e IX, e 127, *caput*), bem como na legislação infraconstitucional (LOMPU, arts. 83, III; 84, *caput*, e 6º, VII, *d*; LACP, art. 5º, *caput*, e 21; CDC, arts. 81, parágrafo único, III; 82, I; 91, e 92).

43 STF, Pleno, RE 195.056/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, J. 23.09.1998, in: NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*, p. 1521.

44 Sobre os pontos de afinidade entre trabalhador e consumidor, ver WINTER, Marilena Indira. *Proteção jurídica do hipossuficiente no direito do trabalho e no direito do consumidor*, p. 460-471.

45 E aqui não é lícito ao intérprete distinguir direitos e interesses, já que o Texto Constitucional utiliza as expressões como sinônimas.

46 No mesmo sentido: GAZDA, Emmerson. *Ação civil pública: atuação do Ministério Público do Trabalho*, p. 757 e ss.

Na esfera trabalhista, colhe-se um dos raros julgados que, a nosso ver, enfrentou adequadamente a questão. Trata-se de decisão proferida pelo TRT de Santa Catarina, cuja ementa está assim redigida:

“AÇÃO CIVIL COLETIVA – NATUREZA – DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA AJUIZÁ-LA – NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE REGULAM A MATÉRIA – Nos últimos quinze anos, o Brasil conheceu importantes inovações legislativas a respeito dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos e dos mecanismos de tutela coletiva desses direitos, destacando-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a conhecida ação civil pública, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Esse, entre outras novidades, introduziu um importante mecanismo de defesa coletiva para direitos individuais homogêneos: a ação civil coletiva (arts. 91 a 100). São características dessa última categoria de direitos ou interesses a possibilidade de perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito, sendo que a ligação com os demais sujeitos decorre da circunstância de serem todos titulares individuais de direitos com ‘origem comum’ e são divisíveis, pois podem ser lesados e satisfeitos de forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais. Portanto, por serem individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular e, por isso, são passíveis de transmissão por ato *inter vivos* ou *mortis causa* e, regra geral, suscetíveis de renúncia e transação. Quanto a sua defesa em juízo, geralmente, são defendidos pelo próprio sujeito detentor do direito material, sendo que a defesa por terceiros será sob a forma de representação ou, quando houver previsão legal, sob a forma de substituição processual. Assim sendo, no que concerne à legitimidade do *Parquet* laboral para a propositura da ação civil coletiva, mostra-se mais coerente com o direito hodierno o entendimento de que o art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, ao dispor, entre outras atribuições, que é incumbência do Ministério Público do Trabalho ‘propor ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos’, utilizou a expressão ‘interesses coletivos’ na sua acepção *lato*, abrangendo, outrossim, tanto os interesses coletivos *stricto sensu* quanto os difusos e os individuais homogêneos, uma vez não se poder restringir a legitimidade que foi amplamente concedida pelo art. 129, inciso III, do Texto Ápice, sem qualquer discriminação entre os diversos ramos do *Parquet*. A mesma conclusão chega-se após o exame do art. 6º, inciso VII, alínea *d*, da Lei Complementar nº 75/93, que, ao disciplinar os instrumentos de atuação do Ministério Público da União, em todos os seus ramos, aponta a ação civil pública para a defesa de ‘outros interesses individuais indisponíveis,

homogêneos, sociais, difusos e coletivos'. Ademais, não há olvidar que, após a promulgação da *Lex Fundamentalis* de 1988, o Ministério Público foi guindado à 'instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'. Vale dizer, portanto, que, ao tutelar os direitos elencados ao trabalhador no art. 7º da Constituição Federal vigente, ele atua, sem dúvida alguma, na defesa dos direitos sociais e, por conseguinte, também na defesa dos direitos e garantias fundamentais conferidos aos cidadãos, bem assim na concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º." (TRT 12ª R., RO 5786/97, Ac. un. 1ª T., 03121/98, Rel. Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo, DJSC 23.04.1998, 03.03.1998)⁴⁷

É importante ressaltar que o pedido constante da ação coletiva sobre que versa o referido acórdão objetivou a condenação da recorrida "ao integral pagamento das verbas rescisórias (saldo de salários, aviso prévio, décimo terceiro salário, férias vencidas e proporcionais, acrescidas de um terço, multa de 40% sobre o saldo do FGTS, multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, pagamento direto aos empregados dos valores concernentes ao FGTS, não efetivados em época própria – art. 18 da Lei nº 8.036/90), devidos a todos os seus empregados que, prestando serviços junto a agências do Banco do Brasil, neste Estado, tiveram seus contratos de trabalho rescindidos", bem assim "o salário referente ao mês de novembro de 1996 e a gratificação natalina, relativa ao mesmo ano, àqueles empregados que, continuando a prestar serviços à demandada, com atividade junto ao Banco do Brasil, não receberam tais verbas ...".

Sem sombra de dúvida que o Ministério Público do Trabalho atuou, naquele feito, em defesa de interesses individuais homogêneos dos trabalhadores.

É interessante notar, por outro lado, que a fundamentação do acórdão invoca dispositivos aplicáveis à ação civil pública.

47 No mesmo sentido: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – O Ministério Público do Trabalho é parte legítima para ajuizar ação civil pública para a defesa de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos. Desta forma, compete à Justiça do Trabalho a averiguação dos fatos e, em se constatando o descumprimento da lei pela reclamada, condená-la nas obrigações de fazer pleiteadas, posto que a Delegacia Regional do Trabalho é apenas um órgão fiscalizador, o qual, verificando a existência de irregularidades, impõe multas administrativas para as empresas, não podendo, contudo, determinar o efetivo cumprimento dessas obrigações" (TRT 24ª R., RO 1364/98, Ac. 287/99, DJ 12.04.1999, p. 25); "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS – CABIMENTO – A ação civil pública no Direito do Trabalho, por disposição expressa do art. 6º, inciso VII, letra d, da Lei Complementar nº 75/93, se destina também a defesa de direitos individuais homogêneos. A tutela de tais direitos, porém, não prescinde da existência de interesse público, representado pela violação do direito individual, mas coletivamente considerado. Sendo assim, a determinação para anotação dos contratos clandestinos assim como para o recolhimento dos depósitos fundiários estão abrangidos por este tipo de ação, face à relevância para a previdência social e para os programas sociais implementados com os recursos do FGTS" (TRT 13ª R., RO 5.300/99, Rel. Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva, DJ 11.05.1999, p. 28).

D O U T R I N A

De toda a sorte, trata-se de autêntica ação coletiva – pouco importando o *nomen iuris* – em defesa dos interesses individuais homogêneos trabalhistas.⁴⁸

Um quadro sinóptico sintetiza a nossa posição a respeito da legitimação do Ministério Público do Trabalho em tema de interesses ou direitos individuais trabalhistas:

Interesses ou Direitos Individuais dos Trabalhadores	Legitimação do MPT
Não-homogêneos disponíveis, “interesses individuais puros” ou heterogêneos disponíveis	Não detém legitimação <i>ad causam</i>
Não-homogêneos indisponíveis ou heterogêneos indisponíveis	Legitimação ativa permitida em alguns casos, desde que expressamente previstos em lei (<i>v. g.</i> , LACP, art. 21 c/c o ECA, art. 201, V).
Homogêneos disponíveis	Legitimação ativa permitida quando se tratar de direitos sociais, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (CF, arts. 129, III, e 127, <i>caput</i> ; LOMPU, art. 83, III; 6º, VII, <i>d</i> ; LACP, arts. 5º e 21; CDC, arts. 81, parágrafo único, III; 82, I; 91, e 92) ou houver relevância social.
Homogêneos indisponíveis	Legitimação ativa permitida sem qualquer restrição (CF, art. 129, III; 127, <i>caput</i> ; LOMPU, art. 83, III; 6º, VII, <i>d</i> ; LACP, arts. 5º e 21; CDC, arts. 81, parágrafo único, III; 82, I; 91, e 92)

Não é missão do Ministério Público do Trabalho defender interesses individuais não-homogêneos disponíveis, também chamados de direitos subjetivos puros, seja por ausência de permissão legal, seja pela sua finalidade institucional, que é a de defender interesses sociais ou individuais indisponíveis.⁴⁹

O mesmo não se pode dizer no tocante aos interesses individuais não-homogêneos indisponíveis, na medida em que há alguns casos, especialmente previstos em lei, que permitem a legitimação ministerial para defender, via ação civil pública, interesses individuais não-homogêneos. O art. 201, V, do ECA, por exemplo, está a demonstrar essa possibilidade.⁵⁰ Vale dizer, essa norma, aplicada em conjunto com o art. 21 da LACP, alarga o espectro da ação civil pública, no que

48 Ver cap. III, subitem 5.5, onde fazemos distinção entre ACP e ACC e ressaltamos a permissão para que o juiz, em homenagem ao princípio da instrumentalidade, possa receber uma em lugar da outra e vice-versa, desde que observado o princípio do devido processo legal.

49 É preciso advertir, contudo, que, como já foi dito alhures, dificilmente haverá, na seara trabalhista, um caso de interesse individual não-homogêneo disponível.

50 Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 396-397) ressalta: “Tratando-se de interesses indisponíveis de crianças ou adolescentes, de interesses difusos ou coletivos – sua defesa sempre convirá à sociedade como um todo”, de maneira que o MP “poderá até mesmo ingressar com ação civil pública para assegurar vaga em escola tanto para uma única criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um, como a diversos adolescentes privados de liberdade”.

couber, para os interesses individuais, posto que não-homogêneos. É preciso, contudo, que haja previsão legal expressa em tal sentido.

Na seara trabalhista, por exemplo, o Ministério Público do Trabalho estará legitimado a promover a ação civil pública em defesa dos interesses ou direitos individuais dos adolescentes que, na mesma empresa, estejam realizando ora trabalho noturno, ora insalubre, ora perigoso (CF, art. 7º, XXXIII). Tais interesses são individuais e indisponíveis, mas não são homogêneos, pois são, fática e juridicamente, inconfundíveis os trabalhos noturno, insalubre ou perigoso, o que lhes retira a nota característica da origem comum. Mas a legitimação do Ministério Público do Trabalho, *in casu*, decorre da aplicação conjunta dos arts. 129, III, e 127 da CF; dos arts. 83, III e V, e 6º, VII, *a, c e d*, da LOMPU; do art. 201, V, do ECA e arts. 5º e 21 da LACP. Numa palavra, o Ministério Público do Trabalho pode, especificamente nesses casos, ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses individuais não-homogêneos indisponíveis, em virtude da expressa autorização legal para tal mister.

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos disponíveis dos trabalhadores,⁵¹ a legitimação ativa do Ministério Público do Trabalho, a nosso ver, também é permitida, uma vez que esses interesses ou direitos são autênticos direitos humanos, por força da norma de encerramento contida no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, que, a seu turno, considera sociais não apenas os direitos trabalhistas nela previstos, mas, igualmente, “outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores”. Plagiando Barbosa Moreira, houve, aqui, uma “recepção qualificada”⁵² da CLT e de outras normas que dispõem sobre direitos sociais dos trabalhadores.

A validade da legitimação do Ministério Público do Trabalho para promover ação civil pública, no particular, é extraída da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 129, III, IX, e 127, *caput*, da CF; dos arts. 83, III, e 6º, VII, *d*, da LOMPU; dos arts. 5º e 21 da LACP e dos arts. 81, parágrafo único, III; 82, I; 91, e 92 do CDC.

8 A ACP E O TRABALHO ESCRAVO

O Brasil, como é sabido, foi um dos últimos países a abolir dogmaticamente a escravidão.⁵³

A nenhum ser humano é dado desconhecer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH que, em seu art. 4º, proclama solenemente:

-
- 51 Em virtude do princípio da indisponibilidade que informa o Direito do Trabalho, dificilmente haverá um caso que tipifique interesse individual (homogêneo) disponível. E ainda que seja possível identificá-lo, a sua defesa, por meio da ACP, enquadra-se na moldura do art. 127 da CF, pois todos os direitos dos trabalhadores são direitos (ou interesses) sociais.
 - 52 José Carlos Barbosa Moreira (*Temas de direito processual*, sexta série, p. 244-245) leciona que, com relação à ACP, houve uma “recepção qualificada” da Lei nº 7.347/85.
 - 53 A Lei Áurea foi assinada pela Princesa Isabel em 13 de maio de 1988. A lei marcou a extinção da escravidão no Brasil, o que levou à libertação de 750 mil escravos, a maioria deles trazidos da África pelos portugueses.

D O U T R I N A

“Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.”

No mesmo sentido é a Declaração Americana dos Direitos Humanos, cujo art. 6º prescreve:

“1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório.”

Mas, o que é trabalho escravo?

Historicamente, o fator determinante para caracterizar trabalho análogo ao de escravo era o cerceamento da liberdade de locomoção do trabalhador. Três seriam as coações para cercear tal liberdade:

- a) *coação econômica* – dívida contraída com o transporte para fazenda e compra de alimento. O empregado tenta saldar a dívida, mas não consegue devido aos elevados valores cobrados;
- b) *coação moral/psicológica* – ameaças físicas, e até de morte, por parte do responsável pela fazenda e constante presença de capataz, armado, em meio aos trabalhadores;
- c) *coação física* – agressão aos trabalhadores como forma de intimidação.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT utilizou-se da expressão trabalho forçado ou obrigatório na Convenção OIT nº 29 (ratificada pelo Brasil), cujo art. 2º dispõe, *in verbis*:

“Art. 2º

1. Para fins desta Convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.”

Atualmente, o chamado trabalho escravo não tem as mesmas características do regime de escravidão de outrora. A escravidão dos tempos modernos apresenta-se de forma sofisticada: substituiu a prisão das correntes pela ausência de liberdade em se poder alcançar uma vida digna.

Assim, a exclusão social do trabalhador proporcionada pela inacessibilidade ao emprego significa a privação de sua dignidade e a perda da cidadania.

O trabalho em condições análogas à de escravo é também responsável pela perpetuação de um círculo vicioso: os excluídos do trabalho acabam sendo excluídos dos demais direitos sociais, como a educação, a cultura, o lazer, a saúde, a assistência, tornando-se, de tal modo, verdadeiros “indigentes sociais”.

Somente o trabalho em condições decentes pode proporcionar a dignidade do cidadão trabalhador. Daí a incensurável posição da OIT: “O controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente”.

É importante sublinhar que, no Brasil, a Lei nº 10.830/03 alterou o art. 149 do Código Penal Brasileiro, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre que:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”

A leitura atenta do preceptivo em causa está a revelar que a legislação pátria é mais abrangente do que a prevista na Convenção nº 29 da OIT, na medida em que amplia o conceito de trabalho em condições de escravidão, não se limitando a considerá-lo apenas sob o enfoque do cerceio da liberdade do trabalhador.

Dito de outro modo, a lei brasileira considera trabalho em condições análogas à de escravo não apenas quando há cerceio da liberdade de trabalhar, mas também quando existentes condições de trabalho degradantes ou jornada exaustiva.

Torna-se factível afirmar, portanto, que, em nosso ordenamento jurídico, o trabalho em condições análogas à de escravo constitui gênero que tem como espécies o trabalho forçado, o trabalho em condições degradantes e o trabalho realizado em jornada exaustiva.

O trabalho realizado em condições análogas à de escravo revela, por si só, que estamos diante de uma das piores formas de desrespeito aos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, quais sejam: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Dessa forma, o combate a todas as formas de trabalho em condições de escravidão constitui dever do Estado e de toda a sociedade.

Do Ministério Público e da Magistratura, como instituições estatais, esperam-se providências enérgicas que possibilitem o amplo acesso à Justiça dos trabalhadores em condições de escravidão, uma vez que a situação de indigência social desses trabalhadores, ocasionada pelo analfabetismo, fadiga física e psíquica, o fundado temor em virtude da tríplice coação que recebem acima referida etc., revela que eles não têm condições materiais ou morais de demandarem individualmente em face do tomador de seus serviços.

D O U T R I N A

A ação civil pública em defesa dos individuais homogêneos dos trabalhadores que se encontram em tais condições é o principal instrumento judicial para reverter essa chaga social, na medida em que:

- a) permite a aglutinação de diversos litígios numa única demanda, prestigiando-se a economia e celeridade processuais e evitando-se decisões conflitantes tão caras ao Judiciário e à sociedade;
- b) ameniza algumas barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o acesso judicial da parte fraca, como os trabalhadores, os consumidores, os contribuintes, os idosos, as crianças, os idosos, os excluídos, os vulneráveis;
- c) desestimula condutas sociais indesejáveis dos exploradores de trabalho escravo, mediante aplicação de multas elevada, o que acaba prevenindo a repetição de futuras lesões aos trabalhadores;
- d) estimula a criação de uma nova mentalidade que prestigia a solidariedade e o acesso universal a uma ordem justa, cumprindo os objetivos fundamentais da República no tocante à promoção do bem comum e à correção das desigualdades sociais.

Finalmente, e até por decorrência lógica da posição até aqui adotada, afigura-se-nos ilimitada a legitimação do Ministério Público do Trabalho no que concerne à defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos indisponíveis dos trabalhadores em condições de escravidão, pois, se em nosso ordenamento jurídico a indisponibilidade é o traço característico da quase totalidade dos direitos trabalhistas, conclui-se que é exatamente aí que reside uma das mais importantes missões institucionais do *Parquet* Laboral para tornar realidade o projeto constitucional.

Do ponto de vista dogmático, as normas que autorizam a legitimação do *Parquet* Laboral para defender os interesses individuais homogêneos indisponíveis são as já mencionadas no quadro sinóptico *supra*, acrescentando-se, apenas, que a indisponibilidade emerge da aplicação direta do art. 127, *caput*, combinado com o inciso III do art. 129 da CF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – Apontamentos sobre opressão e a libertação judicial do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei. nº 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

DOUTRINA

_____. *Teoria general del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge Guerrero R. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 326, abr./jun. 1994.

_____. O acesso dos consumidores à justiça. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, 1991.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Briant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DIAS, Francisco Barros. Processo de conhecimento e acesso à justiça (tutela antecipatória). In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: AJURIS, n. 66, mar. 1996.

FERRAZ, Antônio Celso de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 1989.

_____. *Os sindicatos e a defesa dos direitos difusos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública – Lei nº 7.347/85: Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. A ação civil pública e o meio ambiente do trabalho. In: *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo: Imprensa Oficial, n. 2, 1998.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. A ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho: pedido, efeitos da sentença e coisa julgada. In: *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo: Imprensa Oficial, n. 2, 1998.

_____. *Da coisa julgada no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990.

_____. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos. In: *Revista do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, jan./mar. 1993.

D O U T R I N A

_____. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular – Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei nº 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Liquidação na ação civil pública: o processo e a efetividade dos direitos humanos – enfoques civis e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Contratação ilegal de servidor público e ação civil pública trabalhista*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

_____. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Mandado de segurança no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000. 2 v.

_____. Legitimação do Ministério Público do Trabalho para promover a ação civil pública. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon (coords). *Novos rumos da autonomia municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Execução de termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho. In: *Revista Genesis*. Curitiba: Genesis, n. 80, ago. 1999.

_____. Tendências do direito processual do trabalho e a tutela dos interesses difusos. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, n. 12, jun. 2000.

_____. Ações coletivas e tutela antecipada no direito processual do trabalho. In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, n. 64, jul. 2000.

L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas. Trad. Vera M. Jacob de Fradera. In: *Revista do Consumidor*, n.5, 1993.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ministério Público brasileiro: um novo ator político. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília: LTr, n. 12, set. 1996.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Comentários ao código de defesa do consumidor (arts. 81 a 100)*. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). São Paulo: Saraiva, 1991.

D O U T R I N A

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. A ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho e o código de defesa do consumidor. In: *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo: Imprensa Oficial, n. 2, 1998.

_____. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – Um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, n. 64, fev. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 2 v.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.

_____. La participación de la sociedad civil en el proceso – La defensa del interés colectivo y difuso – Las nuevas formas de legitimación. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JORNADA DE TRABALHO DOS APRENDIZES: A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 432 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Bernardo Leôncio Moura Coelho*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro; 2 A inconstitucionalidade do § 1º do artigo 432 da Consolidação das Leis do Trabalho; Conclusões; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este estudo pretende abordar a questão da jornada de trabalho a ser desenvolvida pelos aprendizes, nos termos estatuidos pelo art. 432 da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000.

O Estatuto da Criança e do Adolescente define, em seu art. 60, que “é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos”, com nova redação conforme Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.1996. Tal mandamento é repetido no art. 403 da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000, que deu nova roupagem ao instituto da aprendizagem profissional.

Nos termos do art. 428 da CLT, a aprendizagem é definida como “o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete assegurar ao maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação”, pressupondo-se a anotação na Carteira de Trabalho de Previdência Social do aprendiz para sua validade (§ 1º).

* *Procurador do Trabalho – MPT/PRT 15ª Região. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Docente da Escola Superior do Ministério Público da União.*

A jornada de trabalho dos aprendizes, segundo o parágrafo único do art. 403, não poderá ser realizada em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

Para alcançar o nosso intento, necessário realizarmos uma breve digressão acerca do controle de constitucionalidade e o sistema adotado pelo direito brasileiro, enfocando a possibilidade do controle efetuado através de ação civil pública.

Entendemos que, pelas razões que serão expostas, a aplicação da jornada de oito horas para os aprendizes não se revela adequada, sendo necessária a sua fixação em, no máximo, seis horas. Ressalte-se ainda que, em sede de termos de ajustamento de conduta, temos notícia da fixação de uma jornada de quatro horas diárias, com a percepção do salário mínimo como contraprestação laboral.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

Pela aplicação do princípio da supremacia da Constituição Federal, todas as situações jurídicas devem se conformar aos seus princípios e preceitos, sob pena de ser declarada inconstitucional.

A importância do princípio da supremacia da constituição é revelada nas palavras do constitucionalista Pinto Ferreira, reputando-o “como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”,¹ significando que, a partir do momento em que uma norma legal afronte disposição constitucional, estará eivada de inconstitucionalidade, não produzindo efeitos legais.

O sistema de controle de constitucionalidade pressupõe um escalonamento, dentro de uma constituição que apresente características de rigidez, justificando-se pela explicação de que as normas dentro de um ordenamento jurídico não estão em um mesmo plano. Como salienta Bobbio, “subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento”.²

O controle de constitucionalidade foi inserido, pela primeira vez, na Constituição de 1891, por influência da doutrina estadunidense, através dos controles difuso e incidental, sendo mantido e aperfeiçoado nas constituições posteriores.

A Constituição Federal de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão, previstas no art. 102, inciso I, letras *a*, *b* e *c*, e no art. 103, §§ 1º a 3º.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, nos termos preconizados constitucionalmente, adota a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, adotando o controle de constitucionalidade jurisdicional, combinando os

1 Apud SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 47.

2 *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 49.

critérios difuso e concentrado. Temos, portanto, o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.

Quando se adota o controle concentrado, através de ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, a Constituição Federal limitou a legitimidade de sua proposição, nos termos do art. 103.

Por meio do controle por exceção, “qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”.³

A arguição será questão prejudicial de mérito, porquanto configura premissa necessária à conclusão do raciocínio do juiz, e gerará um procedimento *incidenter tantum*, fazendo coisa julgada no caso concreto e entre as partes.

Cabe ao Ministério Público, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, relacionando-se com a defesa da sociedade pela manutenção do Estado de Direito e da cidadania.

Para prevenir e reparar prejuízos aos direitos dos cidadãos, o Ministério Público foi municiado com poderosos instrumentos, entre os quais se destacam o Termo de Ajustamento de Conduta e a Ação Civil Pública, previstos na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24.07.1985).

Como bem salienta Sá, “nas ações civis públicas em que a causa de pedir repousa na argumentação de inconstitucionalidade de ato normativo, o objeto continua a ser a defesa dos bens e interesses tutelados na Constituição Federal e na legislação específica”.⁴

A aceitação da declaração de inconstitucionalidade através de pedido formulado no bojo de ação civil pública gerou controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se voltada para a aceitação da declaração de inconstitucionalidade formulada em sede de ação civil pública, como bem salientado nos acórdãos abaixo transcritos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO – DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NA ESFERA TRABALHISTA – 1. Assentada a premissa de que a lide em apreço versa sobre direitos individuais homogêneos, para dela divergir é necessário o reexame das circunstâncias fáticas que envolvem o ato impugnado por meio da presente ação civil pública, providência vedada em sede de recurso extraordinário pela Súmula STF nº 279. 2. Os precedentes mencionados na decisão agravada (RREE 213.015 e 163.231) revelam-se perfeitamente aplicáveis ao caso, pois neles, independentemente da questão de fato

3 Id. *ibid.*, p. 53.

4 *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*, p. 128.

apreciada, fixou-se tese jurídica no sentido da legitimidade do Ministério Público ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos na esfera trabalhista, contrária à orientação adotada pelo TST acerca da matéria em debate. 3. Agravo regimental improvido.” (STF, AgRg-RE 394180, 2ª T., Relª Min. Ellen Gracie, J. 23.11.2004, DJ 10.12.2004, p. 00047, Ement. v. 02176-03, p. 00531, v.u.)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE DIFUSO *VERSUS* CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – Proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente – Reclamação nº 2.460-1/RJ. Ressalva de entendimento. RECLAMAÇÃO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO – A contrariedade do pleito formulado a precedente do Plenário revela quadro ensejador da negativa de seguimento à reclamação.” (STF, RCL 2687/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.09.2004, DJ 18.02.2005, p. 00006, Ement. v. 02180-01, p. 00117, v.u.)

“CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – OFENSA À CONSTITUIÇÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE – I – Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II – Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III – O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual se opera apenas o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Precedente. IV – Agravo não provido.” (STF, AgRg-AI 504856/DF, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, J. 21.09.2004, DJ 08.10.2004, p. 00018, Ement. v. 02167-08, p. 01619, v.u.)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA *VERSUS* AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – RECLAMAÇÃO – LIMINAR – Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual continuo guardando reservas, não surge relevante a articulação em torno da usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, a partir da premissa de o acolhimento do pedido formulado em ação civil pública pressupor, necessariamente e em primeiro lugar, a conclusão sobre o conflito de certo ato normativo abstrato com a Constituição Federal.” (STF, MC-RCL 2460/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 10.03.2004, DJ 06.08.2004, p. 00021, Ement. v. 02158-01, p. 00150)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO PREJUDICIAL – POSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO

D O U T R I N A

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.” (Reclamação nº 1.733/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01.12.2000, Informativo STF nº 212, dez. 2000)

Recentemente, decisões do Superior Tribunal de Justiça, alterando seu posicionamento anterior, na trilha do entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, vêm admitindo o controle difuso através da ação civil pública, como bem ressaltado no acórdão abaixo transcrito:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA – PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR

1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem exame do mérito, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o Distrito Federal e vários comerciantes do Setor Comercial Local Norte (SCLN) 716, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 754/94, a qual permitiu a desafetação e alteração de designação originária de áreas públicas de uso comum do povo. Alegou-se que: a) os comerciantes invadiram área pública adjacente ou limítrofe aos imóveis de que são proprietários ou locatários, ferindo o Código de Posturas do Distrito Federal e as normas que instituíram e regulamentaram o tombamento do conjunto urbanístico do Plano Piloto de Brasília; b) o Distrito Federal se omitiu, ao permitir edificações em áreas públicas e em não desconstituí-las, implicando lesão ao patrimônio público e social, à ordem jurídica e ao meio ambiente; c) o Distrito Federal fosse condenado a abster-se em conceder ocupação, emitir alvarás de construção ou funcionamento, aprovar projetos arquitetônicos ou de engenharia, em favor de pessoas naturais ou jurídicas situadas nas áreas de uso comum do povo e suspender a eficácia da Lei Distrital nº 754/94, deixando de promover obras ou qualquer medida que implique a ampliação dos atuais limites das ocupações, sob pena de multa diária.

2. A pretensão não está dirigida a se declarar a inconstitucionalidade de uma norma geral e abstrata. Pretende-se tirar do mundo jurídico uma norma, por afrontar a Constituição Federal, que incide sobre uma situação concreta. A ação civil pública em exame trata de fato materializado, individualizado, a qual se aplica uma norma considerada inconstitucional. Ela busca alcançar, pela via do controle concentrado, a invalidade da norma

e, conseqüentemente, a sua não-aplicação ao proibir os serviços de todos os usuários nas condições descritas.

3. O controle difuso da constitucionalidade é permitido a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer grau, uma vez que a questão da inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como matéria prejudicial. Não gera usurpação da competência do col. STF o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, conforme já pronunciado também aquela Corte.

4. Este Relator, por diversas vezes, com base em inúmeros precedentes desta Casa, defendeu que a ação civil pública não poderia servir de meio para a declaração, com efeito *erga omnes*, de inconstitucionalidade de lei, sendo o Ministério Público parte ativa ilegítima para tanto. Entretanto, em face do novo posicionamento desta Corte, pelo seu caráter uniformizador, revejo minha posição, a fim de reconhecer a legitimidade do *Parquet* para tal desiderato, com suporte, dentre tantos, nos seguintes julgados:

‘A teor da assentada jurisprudência do col. STF e deste Tribunal, declara-se a legitimidade ativa do Ministério Público para propor, na defesa do patrimônio público, a ação civil pública, admitindo-se, no âmbito dessa ação coletiva, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. (Precedentes).’ (REsp 424288/RO, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.03.2004)

‘O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).’ (REsp 493270/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.11.2003)

5. Na mesma linha: EREsp 303994/MG, 1ª Seção, DJ 01.09.2003; EREsp 327206/DF, 1ª Seção, DJ 15.03.2004; EREsp 303174/DF, 1ª Seção, DJ 01.09.2003; REsp 439509/SP, 4ª T., DJ 30.08.2004; REsp 364380/RO, 5ª T., DJ 30.08.2004; AGA 290832/SP, 2ª T., DJ 23.08.2004; AGREsp 566862/SP, 3ª T., DJ 23.08.2004; REsp 373685/DF, 1ª T., DJ 16.08.2004; REsp 556618/DF, 4ª T., DJ 16.08.2004; REsp 574410/MG, 1ª T., DJ 05.08.2004; REsp 557646/DF, 2ª T., DJ 30.06.2004.

6. Recurso especial provido, nos termos do voto.” (STJ, REsp 728406/DF, 2005/0030696-8, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., J. 05.04.2005)

2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 432 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Os aprendizes, nos termos da Lei nº 10.097/00, têm direito a uma jornada de trabalho diferenciada, não se lhes aplicando a norma comum de jornada diária

máxima de oito horas, nem mesmo a jornada semanal de quarenta e quatro horas de trabalho, previstas no inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal.

Tratando-se de um contrato especial, deverá a jornada ajustar-se aos períodos de estudos do adolescente, de modo a lhe possibilitar a consecução de formação profissional, pelo contrato de aprendizagem, e formação escolar, pela escola formal. Importante ressaltar que a Recomendação nº 117 da Organização Internacional do Trabalho – OIT estipula que “a aprendizagem profissional não deve substituir a escolarização de primeiro grau, que, inclusive, forma trabalhadores mais aptos a se inserirem no mercado formal de trabalho”.

Nesse sentido, encontramos as disposições contidas no inciso III do § 3º do art. 227 da Constituição Federal e nos incisos I e III do art. 63 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 227. 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, crueldade e opressão.

(...)

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

(...).”

“Art. 63. A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:

I – garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;

II – atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;

III – horário especial para o exercício das atividades.”

Quanto à jornada de trabalho a ser desempenhada pelo aprendiz, ficou estabelecido, no art. 432, que ela não poderá exceder a seis horas diárias, vedando-se a prorrogação e a compensação de jornada. O § 1º permite a inclusão de mais duas horas, se o aprendiz tiver completado o ensino fundamental e desde que nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica:

“Art. 432. A duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada.

§ 1º O limite previsto neste artigo poderá ser de até oito horas diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica.”

Não é permitido ao adolescente aprendiz, por expressa vedação constitucional, o trabalho em ambientes perigosos, penosos ou insalubres, em jornada noturna, não lhe sendo permitido, ainda, a prorrogação e a compensação da jornada de trabalho

(art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal; art. 432 da Consolidação das Leis do Trabalho, e art. 67 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

É importante salientar que a legislação previu apenas as jornadas máximas para os aprendizes, podendo os programas de aprendizagem prever jornadas inferiores ao estabelecido ao elaborarem os seus programas pedagógicos, com a distribuição da jornada de forma a proporcionar a melhor percepção pelos aprendizes.

Contudo, não se compreende a finalidade do elasticidade da jornada para os adolescentes que já cumpriram o ensino fundamental. O comando legal não nos parece adequado, posto que adotamos como ideal a jornada diária, máxima, de seis horas para o aprendiz e justificamos o nosso posicionamento.

Se voltarmos os olhos ao passado, como o anjo de Walter Benjamin,⁵ veremos que o Código de Menores de 1927, quando tratava da jornada de trabalho dos aprendizes, determinava que ela “não pode exceder de seis horas por dia, interrompidas por um ou vários repousos, cuja duração não pode ser inferior a uma hora” (art. 108).

Verifica-se que o Código de Menores de 1927, ou seja, calcado em doutrinas que ainda concebiam a criança e o adolescente como meros objetos, lhe destacava maior proteção, estipulando uma jornada máxima de seis horas, intercalada por um ou vários períodos de repouso, conservando o adolescente a salvo de jornadas próprias de trabalhadores adultos.

A doutrina da época já enunciava, com acerto, o cuidado que deveria ser dispensado ao prescrever que “a criança é sujeito de direitos, visto que é uma pessoa, isto é, entidade jurídica e entidade moral”.⁶

O Código de Menores de 1979, elaborado com base na doutrina da situação irregular, não estipulava normas específicas de proteção para o trabalho dos adolescentes, deixando a regulamentação para leis especiais.

A correlação existente entre educação e trabalho é muito clara, com entendimento sedimentado que a manutenção do estudo impede, na maioria das vezes, o ingresso precoce no mercado de trabalho, razão pela qual qualquer análise que seja efetuada quanto ao ingresso no mercado de trabalho deverá levar em conta a determinação legal quanto à sua manutenção nos estudos formais.

Estudos da Organização Internacional do Trabalho – OIT comprovam que o trabalho tem efeito perverso no desenvolvimento educacional da criança e do adolescente, destacando que a defasagem idade-série é uma característica bastante generalizada da educação brasileira.

Segundo o levantamento, “aos 17 anos, 32% (trinta e dois por cento) dos jovens já está fora da escola; entre os que trabalham, essa percentagem chega a 40% (quarenta por cento)”.⁷

5 “O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado” (p. 226).

6 OZAMIS, R. P. Francisco. *Princípios de educação*, p. 20.

7 SCHWARTZMAN, Simon. *Trabalho infantil no Brasil*, p. 12-14.

D O U T R I N A

Essa situação é bem ressaltada em estudo levado a efeito no Reino Unido, destacando-se que “*the conection between compulsory education and the restrictions on employment is an obvious and significant one and remains a feature of the law today*” (BAINAHM, 1997, p. 530).

Como destacado, as normas que regem o ingresso e manutenção dos adolescentes na escola e no trabalho devem ser analisadas em conjunto.

O art. 227 garantiu ao adolescente o direito à profissionalização, enquanto o inciso I do art. 208 determina que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, preconizando, em seu inciso II, a progressiva universalização do ensino médio gratuito:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – o ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio.”

A escolaridade é elemento essencial à aprendizagem, sendo que a formação técnico-profissional dada pela aprendizagem opera-se com a educação escolar, sendo impossível desvincular estes dois conceitos.

Nos termos do art. 4º do Decreto nº 2.208, de 17.04.1997, que regulamentou o art. 40 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a aprendizagem caracteriza-se como educação profissional de nível básico, que é a “modalidade de educação não formal e duração variável, destinada a proporcionar ao cidadão trabalhador conhecimentos que lhe permitam reprofissionalizar-se, qualificar-se e atualizar-se para o exercício de funções demandadas pelo mundo do trabalho, compatíveis com a complexidade tecnológica do trabalho, o seu grau de conhecimento técnico e o nível de escolaridade do aluno, não estando sujeita à regulamentação curricular”.

Caracterizando-se como educação profissional de nível básico, ao avançar no estudo formal, poderá o adolescente alcançar outras qualificações de nível superior. Ao permitir que o aprendiz que concluiu o ensino fundamental trabalhe oito horas está, ao mesmo tempo, excluindo-o, ou, pelo menos, dificultando-o de continuar a sua formação através do ensino médio, que é incentivado com a sua progressiva universalização com gratuidade.

Concebendo a educação como um dos valores tutelados pela ordem constitucional, a legislação criou flanco para instaurar situações de desigualdades entre aqueles que tiveram acesso ao ensino médio na época adequada e aqueles que não puderam pleiteá-lo.

Dessa forma, a diferenciação proposta pela legislação revela-se inconstitucional, pois que a distinção que opera vem em prejuízo da escolarização do adolescente, gerando situações contraditórias entre adolescentes com a mesma condição profissional.

D O U T R I N A

Além do mais, essas disposições também se encontram no texto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), no inciso II do art. 4º, que incumbe ao Estado a obrigatoriedade de fornecer educação escolar pública quanto ao ensino fundamental, mas com progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio:

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio.”

Observe-se, ainda, que a educação básica a que se refere a legislação engloba o ensino fundamental e o ensino médio, segundo o art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, restando fundante o papel que exerce a educação no processo de aprendizagem:

“Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I – educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II – educação superior.”

Nessa linha de entendimento, também se manifesta a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em sua Recomendação nº 117, estabelecendo que:

“A preparação pré-profissional deverá proporcionar aos jovens que ainda não tenham uma atividade profissional uma iniciação a uma variedade de tipos de trabalho, nunca, porém, em detrimento da educação geral, nem como substituto da primeira fase de formação profissional.

A jornada completa de oito horas diárias de trabalho é incompatível com o processo de escolarização, que é um direito constitucionalmente assegurado às crianças e adolescentes, além de ser prejudicial ao seu desenvolvimento cognitivo, afetivo e motor. A aprendizagem profissional não deve substituir a escolarização de primeiro grau, que, inclusive, forma trabalhadores mais aptos a se inserirem no mercado formal de trabalho.” (grifos acrescidos)

Esclareça-se que a Recomendação nº 117 encontra-se ratificada pelo Brasil desde 24 de março de 1969, constituindo-se em norma legal no país e de cumprimento obrigatório por todos.

Adotamos a teoria clássica quanto à inserção das normas internacionais no ordenamento legal, devendo a mesma figurar apenas abaixo da Constituição Federal na hierarquia das normas, não podendo ser desrespeitada por norma inferior, no caso, lei ordinária.

D O U T R I N A

Há outro posicionamento afirmando que a inserção das normas internacionais ratificadas pelo país se dá na mesma posição das normas ordinárias, não ostentando posição superior na hierarquia das normas.

Mesmo que se adote tal procedimento, o eventual choque entre as duas normas deve ser analisado de acordo com os balizamentos legais superiores, ou seja, pela Constituição Federal. Pela adoção da doutrina da proteção integral, deverão as normas, voltadas à proteção da infância e da adolescência, adotar aquelas que tragam mais benefícios aos adolescentes e que, ao mesmo tempo, concebem o direito de profissionalização em conjunto com aqueles direitos de educação, lazer, dignidade e convivência familiar, também descritos no art. 227 da Constituição Federal.

O elastecimento da jornada dos aprendizes também encontra restrições nos arts. 53, inciso I; 54, incisos I, II e V; 63, incisos I e III, e 67, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.”

Esta norma encontra-se reproduzida no art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (“Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;”).

Enquanto o adolescente está vinculado ao ensino fundamental, a sua jornada de trabalho diária é de 6 (seis) horas e, iniciado o ensino médio, a mesma se eleva a 8 (oito) horas, retirando qualquer igualdade no acesso e permanência na escola, bem como não lhe permitindo acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística.

“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

(...)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.”

Essa norma encontra-se, da mesma forma, reproduzida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 4º, já transcrito acima.

O Estatuto da Criança e do Adolescente enunciou o direito dos adolescentes e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação buscou a efetivação desse direito, cabendo como carga ao Estado fazer a progressão da obrigatoriedade e da gratuidade ao ensino médio.

É bom salientar que o § 1º do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente garantiu que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, importando em responsabilidade da autoridade competente o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular (§ 2º do mesmo artigo).

Caberá ao Conselho Tutelar zelar pelo cumprimento desse direito, nos termos dos arts. 131 e 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 63. A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:

- I – garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;
- II – atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;
- III – horário especial para o exercício das atividades.”

A aprendizagem, caracterizada como uma das espécies de formação técnico-profissional, deve garantir o acesso e a frequência obrigatória ao ensino regular, que deve ser entendido como o ensino básico que, como já salientado pela legislação, compreende o ensino fundamental, médio e superior.

Essa preocupação foi estampada no próprio corpo constitucional, ao prescrever no inciso III do art. 227 a “garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola”.

A jornada de oito horas diárias não atende à disposição do inciso III e não se revela compatível com o desenvolvimento do adolescente, que necessita da escolarização, bem como de tempo disponível para outras atividades formativas, atentando contra a disposição do inciso II.

“Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

(...)

IV – realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.”

Há autores que sustentam a ocorrência de inconstitucionalidade de uma norma quando a mesma, por desprezar princípios ou pelo aviltamento de instituto trabalhista, atinge direitos que são assegurados aos trabalhadores.⁸

No nosso caso, a jornada diária de 8 (oito) horas atinge direitos inerentes aos adolescentes, não permitindo a frequência à escola e impedindo-os de progredirem do ensino fundamental para o ensino médio, buscando a sua melhoria pessoal.

Ressalte-se que, nos termos do art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, toda interpretação deverá sempre seguir “os fins sociais a que ela se dirige, as

8 A esse respeito, consultar: MARTINS, Sérgio Pinto. *Contrato de trabalho de prazo determinado e banco de horas*, p. 55-56, e VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio; DIAS, Fernanda. *O novo contrato a prazo*, p. 70.

D O U T R I N A

exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. Qualquer outra interpretação que se dê para justificar a adoção da jornada de oito horas descumpra este comando legal.

Da mesma forma que a legislação brasileira, legislações estrangeiras, como a Constituição de Portugal, asseguram o ensino básico universal, obrigatório e gratuito, mas estabelece que, progressivamente, deverá a gratuidade atingir todos os níveis de ensino, garantindo a todos os cidadãos, segundo sua capacidade, o acesso aos graus mais elevados de ensino (art. 74 da Constituição de Portugal).

Dessa forma, entendemos que a prorrogação da jornada dos aprendizes que tenham concluído o ensino fundamental encontra-se eivada de inconstitucionalidade por impedir que estes adolescentes possam continuar se desenvolvendo através dos estudos regulares, infringindo as disposições constitucionais contidas nos arts. 206, inciso I; 208, incisos I e II e § 1º, e 227, § 3º, incisos II e III.

Apesar da disposição legal, nada impede que, em sede de termo de ajustamento de conduta junto ao Ministério Público do Trabalho, seja fixada jornada igual ou inferior a seis horas, não havendo qualquer irregularidade nesta conduta, apenas o cumprimento da proteção especial destinada a crianças e adolescentes, preconizada no art. 227 da Constituição Federal.

CONCLUSÕES

A adoção de jornada de trabalho superior a 6 (seis) horas não se coaduna com as disposições eminentemente tuitivas do Estatuto da Criança e do Adolescente, que segue a doutrina da proteção integral adotada pela Constituição Federal de 1988.

Exige-se do adolescente a continuidade dos estudos regulares para que possa estar matriculado em curso de aprendizagem, mas, no entanto, ao exigir-lhe a jornada de 8 (oito) horas após o adimplimento do ensino fundamental, cria uma barreira para a sua continuidade.

Esta discriminação revela-se fincada, apenas e tão-somente, na questão da continuidade dos estudos, o que se revela inconstitucional pela aplicação das disposições contidas na Constituição Federal, que proíbe a discriminação por motivo de estudo.

Além do mais, a disposição do parágrafo único do art. 432 da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se afrontando as determinações contidas na Recomendação nº 117 da OIT, ratificada pelo Brasil desde 24 de março de 1969, que estabelece: “a jornada completa de oito horas diárias de trabalho é incompatível com o processo de escolarização, que é um direito Constitucionalmente assegurado às crianças e adolescentes, além de ser prejudicial ao seu desenvolvimento cognitivo, afetivo e motor”.

O comando legal em comento choca-se com as disposições constitucionais de proteção à criança e ao adolescente e o direito à escolarização, com as disposições

D O U T R I N A

do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando regula a questão do trabalho do adolescente e, também, as disposições da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, quando determina os princípios e regras da educação nacional, conforme os artigos enunciados.

Pelos motivos acima expostos, entendemos que a jornada de 8 (oito) horas para os aprendizes, nos termos estabelecidos pelo parágrafo único do art. 432 da Consolidação das Leis do Trabalho, revela-se inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAINAHM, Andrew. *Children: a modern law*. Bristol: Family Law, 1997.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Obras escolhidas. 7. ed. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, v. 1, 1994.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. Características do contrato de aprendizagem. In: *Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998.

_____. A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 35, n. 139, jul./set. 1998.

_____. As alterações no contrato de aprendizagem: considerações sobre a Lei nº 10.097/00. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 38, n. 150, abr./jun. 2001.

OZAMIS, R. P. Francisco. *Princípios de educação*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915.

SÁ, José Adolins Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHWARTZMAN, Simon. *Trabalho infantil no Brasil*. Brasília: OIT, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

A ANTI-SINDICALIDADE E O ANTEPROJETO DE LEI DE RELAÇÕES SINDICAIS

Marcus de Oliveira Kaufmann*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 O combate à discriminação anti-sindical e a Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); 2 Uma identificação das práticas anti-sindicais – Momentos oportunos para a anti-sindicalidade; 2.1 O enfrentamento dessas questões pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais; 3 A bilateralização do sistema de combate às práticas anti-sindicais; 3.1 O enfrentamento da questão pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais; 4 As práticas anti-sindicais decorrentes de greve; 4.1. O enfrentamento da questão pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais; 5 Organização dos métodos de combate às práticas anti-sindicais; 6 Mecanismos de combate às práticas anti-sindicais; 6.1 O enfrentamento da questão pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais; Conclusão; Referências bibliográficas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No dia 2 de março de 2005, o Governo Federal formalmente encaminhou, à Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC) da Reforma Sindical, tal qual pensada após um intenso processo de negociação tripartite e paritária e, enfim, formulada pelo Fórum Nacional do Trabalho (FNT). Imediatamente recebida pela Câmara dos Deputados, a PEC, que se destina a alterar os arts. 8º, 11, 37 e 114 da Constituição Federal, obteve o número 369/05 (PEC 369/05) e foi submetida ao exame da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, na qual foi entregue à relatoria do Deputado Maurício Rands (PT/PE), antes de seguir para a Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Afora a PEC 369/05, um dos resultados empreendidos pelo FNT foi a formatação de um extenso *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, por vezes denominado de “Anteprojeto Berzoini”, que depende, para suscitar as discussões que certamente promoverá, da aprovação prévia da PEC 369/05. Por ora – porque o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* não tramita formalmente no Congresso Nacional – pode-se, na esteira de João José Sady, considerar que o Anteprojeto constitui-se em uma “carta de intenções em que o Governo promete que, num futuro (quicá distante), se aprovada sua Proposta de Emenda Constitucional, irá propor ao Congresso aquela extensa nova regulamentação”.¹

* *Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Advogado em Brasília.*

1 Notas sobre a PEC da reforma sindical. Disponível em: <http://www.diap.org.br/default.asp?codigo1=6051#6051>. Acesso em: 23 abr. 2005.

O fato é que, a despeito da PEC 369/05 – que se prende a reformular alguns tópicos importantes como o da previsão atual do tormentoso princípio da unicidade sindical e o da representação por categorias –, é o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* que institui as reformas mais interessantes e contundentes previstas no ordenamento jurídico para o novo modelo de organização sindical, de negociação coletiva e de solução dos conflitos coletivos de trabalho e que, ainda, instaura as verdadeiras alterações no modelo sindical atual, como, por exemplo: (i) a previsão das novas formas de aferição da representatividade das entidades sindicais, quer por representatividade comprovada, quer por representatividade derivada; (ii) a substituição do pilar da categoria econômica ou profissional para o conceito de setores e ramos de atividade econômica; (iii) o reconhecimento jurídico das centrais sindicais na concertação social, ao mesmo tempo em que se parte para a formação de um regime de pluralidade nas instâncias superiores e de unicidade ou pluralidade nas instâncias inferiores, mormente a dos sindicatos de base; (iv) a quebra da necessidade de simetria entre a representação obreira e a representação patronal; (v) a configuração de um sistema em que se permite negociações coletivas desarticuladas e descentralizadas desde os níveis mais gerais até os mais específicos, o que se daria mediante a atuação, nova, das representações sindicais nos locais de trabalho,² e (vi) a valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos coletivos de trabalho.³

A par desses novos desenhos para o regime sindical brasileiro, a maior e grande novidade tratada pelo *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* é a referente ao fato de que, pela primeira vez na história do Brasil, e em conformidade com as legislações mais civilizadas e modernas do mundo, se tratou, de forma sistêmica e em abandono ao restrito método brasileiro de foro sindical, das denominadas práticas ou condutas anti-sindicais, bem como das formas de combate.⁴

2 Quiçá pela posição retrógrada do setor patronal e de alguns setores do sindicalismo, temerosos com a possível perda da já escassa representação nas bases, deixou-se escapar a oportunidade histórica de se instituir, em linha com a Convenção nº 135 da OIT e com a Recomendação nº 143, e paralelamente à representação sindical do lado de dentro dos portões das fábricas, as representações “eleitas” de trabalhadores nos locais de trabalho, de natureza unitária e não-sindical, mais consentâneas com a atual redação do art. 11 da Constituição Federal, que, aliás, está prestes a ser modificada – acaso procedam as alterações sugeridas pela PEC 369/05 – e que, a bem da verdade, não possibilita maiores aberturas à configuração de um sistema dual de representação obreira (sindical e não-sindical, unitária) nos locais de trabalho.

3 Em destaque às “alterações paradigmáticas” do novo modelo sindical sugerido, ver RAMOS FILHO, Wilson. O Fórum Nacional do Trabalho e o sistema sindical brasileiro: algumas críticas sobre o modelo de soluções de conflitos coletivos. In: MACHADO, Sidnei; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Reforma trabalhista e sindical: o direito do trabalho em perspectivas – Homenagem a Edésio Franco Passos*. São Paulo: LTr, 2005, p. 265-267.

4 A ausência de uma política legislativa firme e efetiva de repressão às práticas anti-sindicais foi, inclusive, pinçada, pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), como um dos fatores ilustradores da crise do sindicalismo moderno (VIANA, Márcio Túlio. A reforma sindical, entre o consenso e o dissenso. In: MANNRICH, Nelson (coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 116, ano 30, p. 161, out./dez. 2004.

O objeto deste estudo se prende, particularmente, ao trato desse avanço que se pretende inserir na legislação brasileira, ou seja, dessa previsão ordenada de configuração e de combate às práticas anti-sindicais, a partir do enquadramento contextual da anti-sindicalidade no universo jurídico e social, bem como a partir da maneira pela qual o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* enfrenta a matéria, mormente (i) na identificação da anti-sindicalidade; (ii) na delimitação dos momentos oportunos para a anti-sindicalidade e dos agentes ativos e passivos de sua ocorrência; (iii) na bilateralização das potenciais vítimas das condutas discriminatórias; (iv) no trato da anti-sindicalidade quando decorrente de greve, e (v), enfim, nos mecanismos de combate e repressão às práticas anti-sindicais.

1 O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO ANTI-SINDICAL E A CONVENÇÃO Nº 98 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

Com tanta importância conferida à defesa da integralidade da liberdade sindical, é quase óbvia a constatação de que, na órbita internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) não poderia deixar, sem o devido cuidado, de tratar de combater as práticas ou os atos tidos por anti-sindicais, até porque a OIT já havia editado a Convenção nº 87, que trata da liberdade sindical, em 1948. Assim, veio, ao seio da normatização internacional, a Convenção de nº 98, aprovada na trigésima segunda reunião da Conferência Internacional do Trabalho realizada em Genebra em 1949, tendo sido aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 49 de 1952, ratificada em 18 de novembro de 1952, promulgada pelo Decreto nº 33.196 de 1953 e com vigência nacional a partir de 18 de novembro de 1953.⁵

Da Convenção nº 98, os arts. 1º, 2º e 3º são os mais importantes para o debate decorrente da proteção contra a anti-sindicalidade. Referidos artigos dispõem o que segue:

“Art. 1º

1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

2. Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a:

a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;

b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades

5 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT: Constituição da OIT – Convenções ratificadas pelo Brasil – Principais convenções não ratificadas – Anexo: Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua regulamentação social-trabalhista*. 2. ed. atual. e ampl. até 15 ago. 1998. São Paulo: LTr, 1998, p. 206.

D O U T R I N A

sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.

Art. 2º

1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.

Art. 3º

Organismos apropriados às condições nacionais deverão, se necessário, ser estabelecidos para assegurar o respeito do direito de organização definido nos artigos precedentes.”

No âmbito internacional, realmente a Convenção nº 98 da OIT não teria a competência de se imiscuir no cotidiano do ordenamento jurídico de cada Estado. Razoável que a Convenção nº 98 tenha sido redigida em termos bastante gerais e amplos, mas suficientemente precisos para abranger, com o direcionamento devido, o maior número possível de casos da órbita de cada legislação nacional.

Não obstante tudo isso, a própria OIT, no espírito que acompanha a leitura e a interpretação da Convenção nº 98, resumiu, por meio dos verbetes de julgados do Comitê de Liberdade Sindical, os princípios que sustentam a proteção contra a discriminação anti-sindical, bem como os critérios para que a Convenção nº 98 possa ser mais facilmente assimilada e efetivamente cumprida pela comunidade internacional.

Em linhas panorâmicas, a OIT explicitou o fato de que a legislação nacional deve cobrir ou estender seu manto em prol da liberdade sindical não só para os casos da contratação e da dispensa, mas, principalmente, para as medidas tomadas durante o vínculo empregatício, mormente transferências, rebaixamentos e outros atos prejudiciais ao trabalhador. Mesmo que os remédios que combatam as condutas anti-sindicais sejam inadequados para viabilizar, na prática, a proteção esperada, principalmente contra as dispensas realizadas em razão da condição de sindicalizado ou não do integrante da categoria, providências e medidas adicionais devem ser tomadas pelo Estado para, ao menos, garantir proteção ampla e irrestrita aos dirigentes de entidades sindicais, aos delegados e aos membros dos sindicatos.

A OIT indica que, quando a proteção ainda parecer insuficiente, a legislação dos Estados deverá, no mínimo, segundo o disposto no Verbetes nº 707 do Comitê

de Liberdade Sindical,⁶ impor aos empregadores o pagamento da indenização devida nos casos da lei ou para hipóteses de dispensa imotivada, ainda que o motivo da dispensa e do afastamento do empregado seja, efetivamente, a filiação, ou não, a sindicato. Mesmo assim, não se terá atingido a proteção suficiente contra as condutas anti-sindicais conforme pretendida pela Convenção nº 98.

A força da tutela pretendida pela OIT a fez, no exame de um específico caso, concluir que as práticas anti-sindicais não poderiam ser referendadas sob o pretexto de o empregador necessitar dispensar com base em razões econômicas,⁷ salvo quando as necessidades técnicas, organizativas e econômicas se revelarem as únicas alternativas objetivamente possíveis, afastadas quaisquer considerações subjetivas, de atuação patronal diante de determinadas circunstâncias. Em outro caso e de acordo com o Verbete nº 693,⁸ até mesmo quando o sindicato não está reconhecido, pelo empregador, como o mais representativo da maior parte dos trabalhadores, o empregado poderia ser vítima de práticas anti-sindicais.

Prosseguem os princípios gerais da Convenção nº 98 da OIT a estipular que é de difícil aceitação, como se tivesse havido uma mera coincidência não relacionada a uma intenção discriminatória anti-sindical, o fato de diretores de departamentos empresariais decidirem, imediatamente após o encerramento de um movimento paredista, proceder à dispensa de empregados grevistas, como, também, de membros

6 “707. It would not appear that sufficient protection against acts of anti-union discrimination, as set out in Convention nº 98, is granted by legislation in cases where employers can in practice, on condition that they pay the compensation prescribed by law for cases of unjustified dismissal, dismiss any worker, if the true reason is the worker’s trade union membership or activities.” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Freedom of association: digest of decisions and principles of the freedom of association committee of the governing body of the ILO*. 4th ed. (revised). Geneva: International Labour Office, 1996, p. 143).

7 É a hipótese do Verbete nº 718 do Comitê de Liberdade Sindical: “718. Acts of anti-trade union discrimination should not be authorized under the pretext of dismissals based on economic necessity” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 145). Há, no entanto, mitigando a força do Verbete nº 718, uma exceção muito bem vislumbrada pela melhor doutrina e que respalda alguma decisão empresarial fundada, única e exclusivamente, sem imersão no mundo da anti-sindicalidade, em razões econômicas. Yolanda Valdeolivas Garcia resolve o impasse entre o direito da organização empresarial e o direito sindical dos trabalhadores, ao lecionar que “sólo será lícita aquella medida empresarial que se revela como la única objetivamente posible de acuerdo con las circunstancias del caso, esto es, aquella que resulta de la aplicación de criterios racionales y objetivos derivados de la práctica normal o incorporados, en su caso, a la propia negociación colectiva, excluyéndose, pues, cualesquiera otros criterios de opción meramente subjetiva del empleador que permita a éste utilizar la elasticidad y versatilidad del interés empresarial para lesionar a los trabajadores más comprometidos sindicalmente”. (*Antisindicalidad y relaciones de trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*. Madrid: Civitas, 1994, p. 48). A mesma exceção encontra-se em SIQUEIRANETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 118.

8 “693. No person should be prejudiced in his or her employment by reason of membership of a trade union, even if that trade union is not recognized by the employer as representing the majority of workers concerned.” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 141)

do “comitê sindical” (podendo ser, para uma interpretação calcada na realidade jurídica brasileira, a representação sindical nos locais de trabalho) representativo da categoria, segundo o Verbetes n° 717.⁹

A importância desse exame da OIT revela que, quando do enfrentamento de um problema relacionado à prática de atos tidos por anti-sindicais, a tendência, ao se interpretar a Convenção n° 98, é a de se partir do pressuposto de que houve, sim, uma discriminação anti-sindical e uma violação à liberdade sindical, instituindo-se, em prol daqueles que tiveram feridos seus direitos, a presunção *juris tantum* de que devem, pelos meios que o Estado disponibiliza para a proteção contra as práticas anti-sindicais, estar sujeitos a mais ampla reparação, em conformidade com o disposto no art. 3° da Convenção n° 98.

A OIT, de certo modo, é pródiga, na análise do conteúdo teleológico da Convenção n° 98, ao asseverar que um dos mais importantes e fundamentais princípios da liberdade sindical é o que reza que os trabalhadores devem receber a adequada proteção contra todos os tipos de atos de discriminação anti-sindicais no que diz respeito ao resguardo de seus empregos contra hipóteses de dispensas, transferências e outras medidas prejudiciais. Tal proteção é particularmente desejável, segundo a OIT, para o caso dos dirigentes e demais agentes sindicais porque, no intuito de poderem desenvolver as tarefas que lhes são impostas com total independência, devem possuir a garantia de que não serão obstaculizados no desempenho de seus afazeres por conta de seus mandatos sindicais,¹⁰ mesmo porque qualquer empecilho à livre atuação dos dirigentes sindicais constituiria uma afronta ao poder dos sindicatos em livremente elegerem seus representantes.

Como consequência, o Comitê de Liberdade Sindical considera que a garantia de tal proteção contra práticas discriminatórias anti-sindicais, quando se trata de dirigentes ou membros sindicais, é absolutamente necessária para assegurar o efeito decorrente do exercício dos poderes positivos da liberdade sindical coletiva. Aliado a tal garantia, regida, aliás, pelo art. 3° da Convenção n° 98, o Comitê de Liberdade

9 “717. In one case, the Committee found it difficult to accept as a coincidence unrelated to trade union activity that heads of departments should have decided, immediately after a strike, to convene disciplinary boards which, on the basis of service records, ordered the dismissal not only of a number of strikers, but also of the seven members of their union committee.” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 145)

10 É a hipótese do Verbetes n° 724 do Comitê de Liberdade Sindical: “724. One of the fundamental principles of freedom of association is that workers should enjoy adequate protection against all acts of anti-union discrimination in respect of their employment such as dismissal, demotion, transfer off other prejudicial measures. This protection is particularly desirable in the case of trade union officials because, in order to be able to perform their trade union duties in full independence, they should have a guarantee that they will not be prejudiced on account of the mandate which they hold from their trade unions. The Committee has considered that the guarantee of such protection in the case of trade union officials is also necessary in order to ensure that effect is given to the fundamental principle that workers’ organizations shall have the right to elect their representatives in full freedom” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 146).

Sindical, no Verbete nº 727,¹¹ frisou o fato de que uma das maneiras pelas quais se pode assegurar a proteção dos dirigentes sindicais é mediante a concretização da noção de que tais dirigentes não podem ser dispensados, seja durante o período em que exercem o mandato sindical, seja durante o período que transcorre após a expiração do prazo do mandato, excetuada a hipótese de prática de grave falta ou desvio de conduta. Quanto à dispensa do dirigente sindical, o próprio Comitê de Liberdade Sindical consigna que o princípio segundo o qual o dirigente sindical não pode sofrer qualquer tipo de prejuízo ou discriminação em razão do exercício de seu mandato não quer, em absoluto, dizer que um tal dirigente tenha imunidade contra qualquer circunstância que enseje a sua dispensa.¹² O Comitê de Liberdade Sindical registra que uma das principais motivações para a dispensa de um dirigente sindical (*trade union official*) é o fato de, muitas vezes, um tal dirigente exercer suas atividades sindicais no período referente a sua jornada de trabalho, utilizando-se, ainda, do pessoal de seu empregador para os fins do sindicato que dirige e de sua posição de prestígio para exercer pressão ou influência sobre um outro empregado, tudo sem o consentimento do empregador. Nessa situação, o Comitê de Liberdade Sindical propugna que não será possível invocar, em prol do dirigente sindical, a proteção da Convenção nº 98, ou alegar que os seus direitos sindicais foram violados na hipótese de o empregador efetuar a dispensa.¹³ O entendimento do Comitê de Liberdade Sindical nada mais é do que a aplicação prática do disposto na alínea *b* do item 2 do art. 1º da Convenção nº 98, quando se prega que a proteção contra as condutas anti-sindicais deve se voltar, entre outros, às dispensas efetuadas em razão da filiação de um empregado a um sindicato ou da sua participação em atividades sindicais durante as horas de trabalho, com o consentimento do empregador. Entende-se que o empregador possui a faculdade de aceitar, ou não, o exercício das atividades de um dirigente sindical, seu empregado, durante a jornada de trabalho, desde que o faça sob a égide do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

11 “727. *The Committee pointed out that one way of ensuring the protection of trade union officials is to provide that these officials may not be dismissed, either during their period of office or for a certain time thereafter except, of course, for serious misconduct.*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 147)

12 É a hipótese do Verbete nº 725: “725. *The principle that a worker or trade union official should not suffer prejudice by reason of his or her trade union activities does not necessarily imply that the fact that a person holds a trade union office confers immunity against dismissal irrespective of the circumstances*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 147).

13 É a hipótese do Verbete nº 729: “729. *According to the findings of a court, one of the essential reasons for the dismissal of a trade union official was that he performed certain trade union activities in his employer’s time, using the personnel or his employer for trade union purposes and using his business position to exercise improper pressure on another employee – all this without the consent of his employer. The Committee considered that, when trade union activities are carried on in this way, it is not possible for the person concerned to invoke the protection of Convention nº 98 or to contend that, in the event of dismissal, his legitimate trade union rights have been infringed*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 147).

Na linha do que vai acima exposto, inscrito no Verbetes nº 694,¹⁴ também se considera um princípio geral para o entendimento da Convenção nº 98 o fato de que, em tese, a deliberada e freqüente política de se transferir (de posição, de cargo ou de local de trabalho) empregados que possuam cargos de comando de sindicatos pode seriamente afetar a eficiência das atividades sindicais, no contexto maior, sempre destacado pela OIT, de que a dispensa de um empregado que é um dirigente sindical infringe, pelo fato de a dispensa causar, ao empregado, a perda do *status* como um integrante da diretoria sindical, a liberdade de atuação da organização sindical e o seu direito de eleger seus representantes em total liberdade,¹⁵ além de permitir a que empregadores promovam atos de ingerência no ente sindical, de resto vedados pelo art. 2º, item 1, da Convenção nº 98.

É interessante observar que os princípios gerais e a própria Convenção nº 98 traçam, a título exemplificativo, farta menção a condutas anti-sindicais praticadas pelos empregadores ao dispensarem dirigentes sindicais, delegados sindicais e trabalhadores sindicalizados;¹⁶ ao transferirem, de posto ou de lugar, os empregados; ou, então, ao alterarem as condições de trabalho com o intuito de, indiretamente, prejudicar os empregados na atuação e no exercício de suas atividades sindicais, desde a mera e tímida participação em assembléias ou comícios até em reuniões definidoras da estratégia sindical perante um conflito coletivo de graves proporções. Entretanto, como o Comitê de Liberdade Sindical examinou – até porque bem mais evidentes os casos de discriminação anti-sindical contra dirigentes sindicais nas hipóteses de dispensa – a transferência e a alteração unilateral das condições de trabalho, não pretendeu, logo a OIT, restringir o rol de situações em que se possa antever uma possível afronta à liberdade sindical.

-
- 14 “694. Protection against anti-union discrimination should apply more particularly in respect of acts calculated to cause the dismissal of or otherwise prejudice a worker by reason of union membership or because of participation in union activities outside the workplace or, with the employer’s consent, during working hours” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 141). Ainda em BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. *Protección contra la discriminación antisindical*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1976, p. 2.
- 15 Para tanto, existem os Verbetes nºs 712 e 733, de mesma redação: “A deliberate policy of frequent transfers of persons holding trade union office may seriously harm the efficiency of trade union activities” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 144-148).
- 16 Não se pretende, também, restringir o âmbito pessoal de abrangência da proteção advinda da Convenção nº 98 da OIT a, tão-somente, os dirigentes sindicais. Essa restrição é, na doutrina clássica, conhecida como “foro sindical”. Não obstante os princípios gerais que o Comitê de Liberdade Sindical arrola para a interpretação da Convenção nº 98 dizerem respeito, até porque decorrentes de casos concretos examinados e apreciados por aquele Comitê, a dirigentes sindicais, a OIT, em outras várias passagens e em outras tantas convenções internacionais, recomendações e verbetes de princípios gerais (como é o caso do de nº 700, que se refere à proteção destinada aos “*leaders of all organizations, and delegates and members of trade unions*”), indica que a proteção também deva ser conferida, além dos líderes de sindicatos, aos seus delegados e aos “membros” de sindicatos. Como não poderia a OIT prever, detalhadamente, quem sofre atos afrontosos à liberdade sindical, a melhor exegese conduz à conclusão de que a Convenção nº 98, acompanhada de todos os seus verbetes de princípios gerais, deva ser, sem tergiversações, aplicada a todos os membros de categorias profissionais.

2 UMA IDENTIFICAÇÃO DAS PRÁTICAS ANTI-SINDICAIS – MOMENTOS OPORTUNOS PARA A ANTI-SINDICALIDADE

Em sede de Direito Comparado, Hector G. Bartolomei de La Cruz destaca que, em decorrência de a discriminação anti-sindical ser uma enfermidade que se observa em um grande número de países, com manifestações diferentes quanto a elas, no conjunto das formas pelas quais se visualizam os atos discriminatórios anti-sindicais, são comuns a não-contratação, a dispensa¹⁷ e a inclusão do nome do empregado em “listas negras”¹⁸ como meios graves de discriminação anti-sindical.

Em um segundo plano de situações em que se vislumbram as práticas anti-sindicais, apareceria (i) a transferência do empregado de seu local de trabalho (para outras localidades ou lugares, mais distantes da sede do sindicato ou onde devam desenvolver suas atividades sindicais); (ii) a suspensão do empregado (entendida não no sentido técnico a que alude a legislação trabalhista ao tratar da suspensão do contrato de trabalho, mas no sentido de represália e de punição pela filiação sindical do empregado com o desenvolvimento de atividades sindicais) e demais situações disciplinares; (iii) a distribuição desfavorável ou desproporcional de tarefas, o que pode dar ensejo à configuração de assédio moral com danos morais decorrentes; (iv) o *desmejoramiento* ou a modificação unilateral das condições de trabalho em prejuízo do trabalhador e o adiamento ou a protelação da promoção do empregado, com aumento da remuneração do empregado não-sindicalizado ou a promoção mais célere do não-sindicalizado.¹⁹ São todos, obviamente, exemplos. A

17 É interessante destacar que, em uma determinada hipótese, na Recomendação nº 119 de 1963, referente à terminação da relação de emprego e que possui termos quase idênticos aos constantes da Convenção nº 98, a OIT reiterou o princípio de combate às práticas anti-sindicais ao excluir, das causas justificadas para o término da relação de emprego, a filiação, sindicalização, do empregado ou a atividade sindical, inclusive na condição de representante dos trabalhadores, menção que é similar àquela da Recomendação nº 143, mais ampla porque estende proteção contra todos os atos prejudiciais àqueles trabalhadores que já cessaram suas funções de representantes de empregados. Quer-se entender, em razão do elo entre essas recomendações da OIT, que os representantes de empregados sejam, também, além dos sindicais, delegados, os representantes unitários e não-sindicais, infelizmente ainda não contemplados, sob a vertente de também poderem constituir representação obreira e extra-sindical nos locais de trabalho, na PEC 369/05 e no *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, o que é contraditório com o disposto no art. 60 do Anteprojeto, quando se dispõe que a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho obedecerá, no que cabível, às previsões da Convenção nº 135 e da Recomendação nº 143 da OIT.

18 Há, ao menos, dois verbetes do Comitê de Liberdade Sindical da OIT abordando e combatendo as listas negras, o de nº 709 e o de nº 711, respectivamente: “709. *All practices involving the blacklisting of trade union officials or members constitute serious threat to the free exercise or trade union rights and, in general, governments should take stringent measures to combat such practices*” e “711. *The practice of blacklisting workers seriously undermines the exercise of trade union rights*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 144).

19 BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. Ob. cit., p. 9; SERVAIS, Jean-Michel. Anti-union discrimination in the field of employment. In: *International Labour Review*, Geneva: International Labour Office, v. 115, n. 3, p. 295-296, May/June 1977.

identificação, na experiência fenomênica, das práticas anti-sindicais depende de uma utilização séria dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade para o exame da casuística própria do tema, até para não se incorrer no erro de imaginar que qualquer conduta do empregador antagônica aos interesses do sindicato obreiro venha a ser tida como atentatória à liberdade sindical.²⁰

De toda a forma, ter-se-ia, ainda, a possibilidade, como faz Nestor T. Corte na Argentina, de arrolar as práticas anti-sindicais segundo a sua origem.²¹ Se originárias de atos do empregador, que é o sujeito ativo mais comum e propenso à agressão à liberdade sindical, existiriam os atos que, a um só tempo, agridem não só a liberdade sindical individual do trabalhador sindicalizado, mas, também, o próprio direito de trabalhar do indivíduo, o que se agrava se o trabalhador é sindicalista ou um dirigente. Nessa primeira ordem de práticas anti-sindicais do empregador, constariam a não-contratação, a dispensa e a inclusão em listas negras,²² além da submissão do trabalhador a um procedimento de aposentadoria obrigatória.²³

Em uma segunda ordem, existiriam os atos que, embora mantenham ileso o vínculo empregatício, implicam sanções de ordem psicológica e de conteúdo dissuasivo a que os demais empregados se envolvam com a vítima, situação, por sinal, coincidente com hipóteses de assédio moral. Nessa segunda ordem, constariam (i) as formas abusivas de o empregador exigir e exercer o poder disciplinar, como é o exagero e rigorosidade nos controles pessoais; (ii) a aplicação de suspensões por motivos mínimos ou, mesmo, inexistentes; (iii) denúncias por supostas irregularidades; (iv) o excesso no exercício do *jus variandi*, como é o caso das transferências

-
- 20 A ponderação e a cautela são imprescindíveis na identificação das práticas anti-sindicais realmente oriundas do empregador, uma vez que há várias situações em que certas condutas do empregador não podem ser tachadas de discriminatórias. Nas palavras de Jean-Michel Servais, se “um empregador dispensa um trabalhador sindicalizado, suspende-o, transfere-o, rebaixa-o, nega-lhe gratificação, promoção, ou pune-o de outro modo, desde que não o alicie, sua ação não pode ser tachada de discriminatória. Do mesmo modo, uma política dinâmica de incentivo à produtividade e à participação do pessoal nas decisões pode envolver um declínio da presença sindical na empresa, e o empregador não pode ser censurado por isso. Seria, porém, diferente se, agindo assim, perseguisse um objetivo anti-sindical, quer dizer, se sua decisão se explicasse pela filiação sindical de um trabalhador ou por suas atividades num sindicato (iniciativas tomadas tendo em vista a criação ou o reconhecimento desse sindicato; opiniões expressas no curso de reuniões sindicais; reivindicações formuladas, ação sindical, greve (...)) ou se sua política visasse ao enriquecimento do sindicato.” (*Elementos de direito internacional e comparado do trabalho*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2001, p. 60).
- 21 *El modelo sindical argentino: régimen legal de las asociaciones sindicales*. 2. ed. actual. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 441-443.
- 22 CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 442.
- 23 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A liberdade sindical*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr; Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1994, p. 88. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT já enfrentou a questão e sumariou seu entendimento no Verbetes nº 716: “716. *Not only dismissal, but also compulsory retirement, when imposed as a result of legitimate trade union activities, would be contrary to the principle that no person should be prejudiced in his or her employment by reason of trade union membership or activities*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 145).

de posto e de lugar, trocas de turno, distribuição desfavorável de tarefas, com meta para cumprimento de atribuições penosas ou humilhantes, e (v) a violação do dever de se portar com igualdade no trato entre as pessoas.²⁴

Em uma terceira ordem, encontrar-se-iam os atos que consistem em discriminar os dirigentes, funcionários ou delegados sindicais, mediante a não-reserva de posto, negando-lhes a reincorporação quando do término do mandato sindical ou concedendo-lhes reincorporação em níveis hierárquicos inferiores, o que é bem caracterizável quando, na reintegração de trabalhadores dispensados em razão de greve, dá-se preferência aos não-dirigentes.²⁵

Em uma quarta ordem de práticas anti-sindicais advindas do empregador, existiriam, também, os atos que importam não a atingir o sindicalista atuante, tão-somente, como no caso anterior, mas também o grupo inteiro de trabalhadores, como é o caso (i) do fechamento total ou parcial de um estabelecimento; (ii) da transferência do estabelecimento; (iii) da subcontratação de trabalhadores precários, com suspensões e dispensas do próprio pessoal, e (iv) das declarações fraudulentas de quebra, falência, liquidação ou reabertura de nova empresa como meio de a empresa se livrar dos representantes sindicais (aqui incluídos os dirigentes, delegados e militantes, em um sentido mais amplo).²⁶

Se as práticas anti-sindicais são originárias do Estado, tem-se como arrolar, a título exemplificativo, (i) o excesso de tempo e de burocracia utilizado pelo administrador público para o reconhecimento jurídico do ente sindical, o que se observaria nas decisões denegatórias de concessão de personalidade jurídica sindical sem fundamento e arbitrarias; (ii) a ingerência do administrador público na vida interna dos sindicatos, o que se vislumbraria nas intervenções nas eleições, no reconhecimento, em certos casos, da caducidade ou da necessidade de prorrogação indevida de mandatos sindicais, na convocação autoritária dos órgãos sindicais ou na proibição de realização de assembléia, e (iii) os excessos do Poder Público na fiscalização patrimonial do sindicato, a exemplo de auditorias, verificações contábeis, de ofício e a qualquer tempo.²⁷

24 CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 442.

25 CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 442.

26 CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 442. Desde já, destaque-se, a doutrina de maior importância indica os filiados, ou seja, os trabalhadores sindicalizados, bem como as seções sindicais nas empresas, os delegados sindicais e os dirigentes como as vítimas de atos anti-sindicais de origem patronal por excelência. Em algumas culturas e contextos jurídicos mais avançados, é de tal destaque a proteção, por exemplo, concedida a seções sindicais, que os tribunais espanhóis, segundo relata Yolanda Valdeolivas Garcia, chegam, inclusive, a impedir a existência de ingerências judiciais, de sorte que nenhum juiz pode imiscuir-se na organização do sindicato em prol do funcionamento da seção sindical na empresa. Nesse caso da seção sindical, o máximo que o juiz pode fazer é simplesmente constatar a existência da representação coletiva sindical (seção) na empresa (Ob. cit., p. 239-241). Se a Justiça possui tais cuidados no trato das seções, é de se meditar quanto ao que determinaria contra qualquer tentativa do empregador naquela indevida intromissão.

27 CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 443.

Há, por evidente, as práticas anti-sindicais originárias dos sindicatos, o que pode ocorrer nos casos (i) em que se celebram convênios coletivos inserindo as chamadas cláusulas sindicais ou de “segurança sindical”, mediante as quais se firma um acordo com o empregador para contratar ou não contratar, induzindo o trabalhador à filiação, não-filiação ou mesmo à desfiliação; (ii) em que se coaja os trabalhadores por intimidação ou própria violência para a filiação, não-filiação ou desfiliação; (iii) em que se estipulem quotas de admissão ou de ingresso ao sindicato, cujo elevado montante pode impossibilitar materialmente a que o indivíduo que percebe pouco possa se qualificar como filiado ou associado.²⁸

Não obstante tal premência da casuística, situações ocorrem que favorecem a ocorrência de práticas anti-sindicais. No Direito Comparado, destacam-se (i) a organização de um sindicato na empresa ou de uma seção sindical na empresa; (ii) o advento de um movimento grevista ou outras medidas de força coletiva; (iii) a apresentação de reivindicações coletivas e a negociação coletiva; (iv) as eleições sindicais ou profissionais; (v) a rivalidade manifesta entre sindicatos representantes de empregados de um mesmo estabelecimento do empregador; (vi) a reestruturação do empregador ou a racionalização de seus procedimentos; (vii) os protestos formalizados contra o empregador após vencidos os pleitos pelo sindicato da categoria profissional; (viii) a permanência de governos que favorecem os interesses patronais, e (ix) quando a autoridade pública local se coloca sempre ao lado dos empregadores.²⁹

Ademais, existem fatores que influem na frequência e na gravidade dos atos de discriminação, como (i) o grau de organização sindical dos trabalhadores na empresa, de modo que, quanto maior o nível de organização, menos frequentes e menos graves os atos anti-sindicais e vice-versa (e daí a importância, ao menos, da organização sindical nos locais de trabalho); (ii) a dimensão da empresa; (iii) a atitude dos empregadores perante os sindicatos; (iv) o setor de atividade industrial ou comercial; (v) a localização da empresa; (vi) o caráter nacional ou transnacional da empresa, e (vii) a conjuntura econômica.³⁰

Na apresentação da política internacional desenvolvida pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT, e com espeque na Recomendação nº 143, de 1971, o Comitê decidiu que uma das medidas que devem ser tomadas para assegurar a efetividade da proteção dos representantes dos trabalhadores é a adoção de provisões que imponham a inversão do ônus da prova ao empregador – no caso de se ventilar dispensa ou alteração unilateral do contrato de trabalho de dirigente sindical, delegado sindical ou trabalhador sindicalizado com cunho discriminatório – a fim de que

28 CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 440-441. Nestor T. Corte ainda admite que outras organizações podem gerar condutas anti-sindicais, como as de caráter religioso, político, que impulsionam as pessoas à sindicalização ou não como condição a que os trabalhadores possam ser admitidos ou agregados para os fins de gozo dos benefícios que prometem no céu ou na terra (Ob. cit., p. 441).

29 BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. Ob. cit., p. 18-25, passim.

30 Idem, ibidem, p. 26-33, passim.

haja o ônus processual para a demonstração de que a conduta tomada foi, de fato, justificada ou justificável.³¹

Portanto, não seria despidiendo mencionar que, no contexto da preocupação do Comitê de Liberdade Sindical, diante do disposto no art. 3º da Convenção nº 98, devem existir, nas legislações nacionais, providências básicas proibindo as práticas anti-sindicais, acompanhadas, necessariamente, de procedimentos que realmente assegurem a aplicação prática da proteção e que devem ser, segundo os posicionamentos já firmados pela Comissão (ONU-OIT) de Investigação e de Conciliação em Matéria de Liberdade Sindical,³² expeditos, rápidos, baratos, acessíveis, imparciais³³ e totalmente voltados a abolir, a reenquadrar ou a anular as práticas anti-sindicais.

Se se entende, com fulcro nas ponderações de um dos maiores estudiosos do tema, o jurista uruguaio Oscar Ermida Uriarte, que a conduta ou prática anti-sindical é aquela:

“(...) que perjudica a causa de la actividad sindical o que limita la misma más allá de lo que surge del juego normal de las relaciones colectivas. En otros términos, los actos o prácticas antisindicales pueden ser definidos como aquellos que perjudiquen indebidamente a un titular de los derechos sindicales en el ejercicio de la actividad sindical o a causa de ésta o aquellos mediante los cuales se les niegue injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva.”³⁴

Então é com tal idéia de proteção que se deve tutelar a liberdade sindical nos diversos ordenamentos jurídicos e é assim que se deve, portanto, entender o escopo

31 É o que está disposto no Verbetes nº 736: “736. The Committee has drawn attention to the Workers’ Representatives Recommendation, 1971 (nº 143), which recommends, as one of the measures that should be taken to ensure the effective protection of workers’ representatives, the adoption of provisions for laying on the employer, in the case of any alleged discriminatory dismissal or unfavorable change in the conditions of employment of a workers’ representative, the burden of proving that such action was in fact justified” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 148).

32 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 272-273.

33 O Verbetes nº 738 do Comitê de Liberdade Sindical assegura tal necessidade ao dispor que “the government is responsible for preventing all acts of anti-union discrimination and it must ensure that complaints of anti-union discrimination are examined in the framework of national procedures which should be prompt, impartial and considered as such the parties concerned”, bem como o faz o Verbetes nº 741, ao dispor que “respect for the principles of freedom of association clearly requires that workers who consider that they have been prejudiced because of their trade union activities should have access to means of redress which are expeditious, inexpensive and fully impartial” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 149).

34 *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 41. A referência à conceituação de Oscar Ermida Uriarte também é feita por SIQUEIRA NETO, José Francisco. Ob. cit., p. 117-118, e NORRIS, Roberto. *Condutas anti-sindicais no Brasil*. In: FREDIANI, Yone; ZAINAGHI, Domingos Sávio (coords.). *Relações de direito coletivo Brasil-Itália*. São Paulo: LTr, 2004, p. 184.

das imposições ditadas pela Convenção nº 98, que, em suma e nas suas considerações genéricas, determina que: (i) os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo e qualquer ato de discriminação tendente a restringir a liberdade sindical, entendendo-se como tal condicionar o emprego à não-filiação do trabalhador a um sindicato ou ao seu desligamento e, também, à dispensa do trabalhador sindicalizado ou à aplicação de outra penalidade em virtude da sua filiação sindical ou da sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, se tiver havido consentimento do empregador, durante a jornada de trabalho (art. 1º, itens 1 e 2, alíneas *a e b*); (ii) as organizações de trabalhadores e de empregadores deverão ser protegidas contra qualquer ato de ingerência de umas em relação às outras, quanto à constituição, ao funcionamento ou à administração, quer se verifique diretamente, quer ocorra por meio dos seus agentes ou membros (art. 2º, itens 1 e 2), e (iii) deverão ser criados organismos e mecanismos, se necessários, para garantir o respeito à liberdade sindical, contra as práticas anti-sindicais (art. 3º).

Atentos ou não às disposições da Convenção nº 98, e pela complexidade na identificação das práticas anti-sindicais, alguns países, no intuito de não deixarem o combate às condutas anti-sindicais entregue à aleatoriedade e às barganhas existentes nas relações coletivas de trabalho, possuem normas de proteção da liberdade sindical³⁵ concebidas em termos bastante amplos e que prevêm uma proibição geral a tais condutas, mas sem enumerá-las ou detalhá-las, como é o caso do *National Labor Relations Act* (NLRA), dos Estados Unidos da América, que considera que tais condutas serão caracterizados como *práticas desleais* pelo empregador se atentarem contra a liberdade de filiação do trabalhador ou se, de qualquer forma, tenderem a mitigar a contratação, a estabilidade ou qualquer outra condição de trabalho por conta da sindicalização. Outros países preferem enumerar detalhadamente todos e cada um dos atos que pretendem proibir por anti-sindicalidade, o que limita a apuração das denúncias. O principal método, no entanto, utilizado pelas legislações, é um de forma intermediária e híbrida entre a generalidade e a especificidade, com os prós e contras de ambos os anteriores sistemas indicados, mediante o qual se enuncia, em primeiro lugar, um princípio geral da proteção contra os atos discriminatórios, seguido de uma enumeração não-exaustiva dos principais atos proibidos.

Por esse último método, Hector G. Bartolomei de La Cruz conseguiu divisar, segundo as legislações que se submeteram à pesquisa da OIT, aquelas hipóteses que mais claramente refletem os atos discriminatórios anti-sindicais mais graves, a saber: (i) a denegação do emprego; (ii) a dispensa por motivos sindicais (considerada a prática anti-sindical mais típica e mais prejudicial); (iii) a suspensão e outras sanções disciplinares; (iv) o rebaixamento ou a modificação das condições de trabalho de forma desfavorável ao empregado; (v) a adoção de decisões condicionada à

35 RICHARDS, Peter. *Towards the goal of full employment: trends, obstacles and policies*. Geneva: International Labour Office, 2001, p. 51. Segundo o autor, a legislação de diversos países apresenta uma variedade muito grande de poderes mediante os quais as autoridades podem, o mais amplamente possível, combater os atos anti-sindicais.

sindicalização ou à participação em atividades sindicais, em casos de distribuição do volume de trabalho entre os empregados, da escolha de empregados para um aperfeiçoamento e melhor formação profissional, da promoção, da remuneração e da concessão de benefícios sociais; (vi) a transferência de posto ou de lugar, e (vii) as ameaças ou intimidações.³⁶

Especificamente em relação à hipótese de o sindicato ser o agente do abuso de algum direito sindical, um momento oportuno para a anti-sindicalidade se revela bem concretizável – aliás, hipótese bem freqüente nos foros trabalhistas – quando é entabulada cláusula coletiva com estipulação elevada de contribuição ou taxa assistencial para toda a categoria sem direito de oposição por parte dos trabalhadores não-sindicalizados. Outro momento propício à anti-sindicalidade se dá no abuso do direito de greve, ou seja, no exercício imoderado, inadequado e irregular que ultrapasse, eventualmente, os limites da boa-fé, dos bons costumes ou da finalidade social e econômica a que se destina o movimento; além de estar presente nas questões impostas pelo próprio e ainda atual princípio da unicidade sindical, como é a hipótese do abuso no número de dirigentes que se arvoram a tal condição pretendendo a estabilidade sindical.

Ainda que bastante amplo o estudo da discriminação anti-sindical, da Convenção nº 98, alguns elementos afloram do texto transcrito e sistematizam a produção legal que a OIT pretende ver instaurada, no bojo de cada ordenamento jurídico, para tutelar a liberdade sindical.

2.1 O enfrentamento dessas questões pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais

De uma forma não tão organizada sob o ponto de vista da técnica legislativa, mas, ainda assim, desenvolvendo excelentes critérios de delimitação das práticas anti-sindicais, o modelo adotado pelo *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* precisa ser, a despeito das críticas que ainda poderá ensejar, louvado.

Subscrevendo a forma intermediária e híbrida entre a generalidade e a especificidade, mediante a qual se enuncia, em primeiro lugar, um princípio geral da proteção contra os atos discriminatórios, seguido de uma enumeração, em dez incisos, não-exaustiva dos principais atos proibidos, o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* dispõe, em seu art. 175, que, sem prejuízo de outras hipóteses previstas em lei, configura conduta anti-sindical todo e qualquer ato do empregador que tenha por objetivo impedir ou limitar a liberdade ou a atividade sindical, tais como: (i)

36 Ob. cit., p. 42-43. É interessante observar que a anti-sindicalidade por parte do empregador se demonstra, muitas vezes, por decisões unilaterais do empresariado consistentes em submeter o empregado a condições de trabalho discriminatórias ou menos favoráveis a depender da atitude sindical do trabalhador, que não está limitada ao universo coletivo de um representante, por exemplo, mas pode se verificar em qualquer atividade do trabalhador com fins sindicais, mesmo que seja um proselitismo de forma genérica (VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. Ob. cit., p. 60).

subordinar a admissão ou a preservação do emprego à filiação ou não a uma entidade sindical (inciso I); (ii) subordinar a admissão ou a preservação do emprego ao desligamento de uma entidade sindical (inciso II); (iii) despedir ou discriminar trabalhador em razão de sua filiação a sindicato, participação em greve, atuação em entidade sindical ou em Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho (inciso III); (iv) conceder tratamento econômico de favorecimento com caráter discriminatório em virtude de filiação ou atividade sindical (inciso IV); (v) interferir nas organizações sindicais de trabalhadores (inciso V); (vi) induzir o trabalhador a requerer sua exclusão de processo instaurado por entidade sindical em defesa de direito individual (inciso VI); (vii) contratar, fora dos limites desta Lei, mão de obra com o objetivo de substituir trabalhadores em greve (inciso VII); (viii) contratar trabalhadores em quantidade ou por período superior ao que for razoável para garantir, durante a greve, a continuidade dos serviços mínimos nas atividades essenciais à comunidade ou destinados a evitar danos a pessoas ou prejuízo irreparável ao próprio patrimônio de terceiros (inciso VIII); (ix) constringer o trabalhador a comparecer ao trabalho com o objetivo de frustrar ou dificultar o exercício do direito de greve (inciso IX), o que é repetido nos §§ 3º e 4º do art. 110, segundo os quais, também, consideram-se nulos de pleno direito todo ato que represente discriminação em razão do exercício do direito de greve, e (x) violar o dever de boa-fé na negociação coletiva (inciso X), o que, nesse último caso, constitui situação repetida na previsão do § 2º do art. 99 do Anteprojeto, segundo o qual a violação ao dever/princípio de boa-fé equipara-se à conduta anti-sindical.

Em outros momentos, a figura das práticas anti-sindicais, pelo modelo intermediário adotado, aperfeiçoa-se. É o que se dá, por exemplo, na previsão (i) do art. 7º do Anteprojeto, que dispõe serem vedadas, às entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores, direta ou indiretamente, todas as formas de ingerência política, financeira ou administrativa destinadas a desvirtuar, impedir ou a dificultar a atuação sindical, hipótese que é exemplificativa do que a Convenção nº 98, em seu art. 2º, concebeu como uma das formas mediante as quais as práticas anti-sindicais se concretizam, ou seja, por meio dos atos de ingerência; (ii) do art. 84 do Anteprojeto, segundo o qual constitui conduta desse tipo a violação das garantias destinadas à proteção dos representantes e à instalação, à eleição, ao funcionamento e à renovação da representação dos trabalhadores nos locais de trabalho; (iii) do § 1º do art. 103, segundo o qual a recusa reiterada à negociação coletiva caracteriza conduta anti-sindical e sujeita as entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores à perda da personalidade jurídica sindical; (iv) do § 2º do art. 110, segundo o qual, por leitura a *contrario sensu*, as manifestações e os atos de persuasão de grevistas que causam dano à pessoa e à propriedade do empregador e de terceiros são práticas anti-sindicais; (v) do § 2º do art. 113, segundo o qual será caracterizada a prática anti-sindical quando, havendo acordo com os trabalhadores, o empregador, durante o período de greve, contratar diretamente os serviços mínimos sem definir, de modo razoável, os setores e o número de trabalhadores; (vi) do art. 118, segundo o qual é vedada ao empregador a paralisação das atividades (*lockout*) com o objetivo de frustrar a negociação ou a dificultar o

atendimento de reivindicações dos empregados; (vii) do art. 177, segundo o qual são vedadas, à entidade sindical de trabalhadores, induzir o empregador a admitir ou dispensar alguém em razão de filiação ou não a uma entidade sindical (inciso I), interferir nas organizações sindicais de empregadores (inciso II) – de resto já destacada na previsão do art. 7º –, violar o dever de boa-fé na negociação coletiva (inciso III) – de resto já destacada na previsão do inciso X do art. 175 e no § 2º do art. 99 do Anteprojeto – e deflagrar greve sem a prévia comunicação de que trata o art. 109 (antecedência mínima de 72 horas) (inciso IV), e (viii) dos incisos I, II, III, IV e V do art. 180, segundo os quais são lesivos os comportamentos dos trabalhadores quando há a deflagração de greve sem a garantia dos serviços mínimos, quando há greve sem que os trabalhadores tenham deliberado a respeito da manutenção dos serviços cuja paralisação poderá importar prejuízos a pessoas ou ao patrimônio do empregador e de terceiros, quando os trabalhadores não atenderem às necessidades inadiáveis da comunidade, quando o empregador contratar trabalhadores em número superior ao que for razoável para manter a continuidade dos serviços mínimos destinados às necessidades da comunidade ou a evitar prejuízos a pessoas e a patrimônios e quando há greve em serviços técnicos especializados para os quais é impraticável recrutar pessoal treinado ou que possa ser treinado durante o período do aviso prévio.

Há, portanto, em uma visão prospectiva dos benefícios que o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* pode trazer à legislação em matéria de combate à anti-sindicalidade, uma regulação quanto à identificação dos atos anti-sindicais e, além disso, a previsão de uma fórmula ampla, como referendado por Hector G. Bartolomei de La Cruz, de combate a qualquer outro ato que, de alguma forma, prejudique o dirigente sindical ou o trabalhador em sua participação sindical. Vale dizer, o Brasil não se afasta da proteção contra os atos destinados a subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte dele e aqueles destinados a dispensar um trabalhador ou a dispensá-lo ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas (de resto encampados nos incisos I, II e III do art. 175 do Anteprojeto); bem como não se afasta da proteção, destinada às organizações sindicais obreiras e patronais, contra quaisquer atos de ingerência de umas nas outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, na formação, no funcionamento ou na administração, principalmente mediante o investimento financeiro, de modo a capitular um ente sindical ao controle de outro (de resto encampados nos arts. 7º, 99, § 2º, e 177, inciso I).

Constata-se, facilmente, que, em linha com o que se previu anteriormente, o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* se amolda aos costumes legais internacionais (principalmente à Convenção nº 98 da OIT) quando da previsão de um moderno sistema de combate às práticas anti-sindicais. Em primeiro lugar, o Anteprojeto, sem desmerecer a casuística inerente ao temário, revela o elenco de exemplos não exaustivos de práticas anti-sindicais após ter definido, genericamente,

que conduta anti-sindical é todo e qualquer ato do empregador que tenha por objetivo impedir ou limitar a liberdade ou a atividade sindical. O conceito de prática anti-sindical se amolda à clássica proposta de Oscar Ermida Uriarte, mas, ainda assim, peca pela técnica, o que, frise-se, em nada constitui empecilho para a boa interpretação da grande alteração paradigmática que o “Anteprojecto Berzoini”, em matéria de práticas anti-sindicais, pretende introduzir.

É que o Anteprojecto dá a entender que somente o empregador poderia ser o agente ativo da anti-sindicalidade, quando, exatamente o contrário é que se verifica nos exemplos não exaustivos. O *Anteprojecto de Lei de Relações Sindicais*, a despeito do equívoco inscrito no *caput* do art. 175, abre oportunidade a que também as práticas anti-sindicais, como antes já se observou, possam ser caracterizadas por atos de indivíduos, por parte dos sindicatos (tanto obreiros como patronais, o que é evidente nas hipóteses de atos de ingerência – arts. 7º; 99, § 2º, e 177, inciso I), inclusive contra seus próprios representados, e por parte do Estado, quando ainda mantém viva a necessidade de fiscalização do mundo sindical pelo criado Conselho Nacional de Relações do Trabalho (CNRT), ao qual, inclusive, se destina a competência de regulação do novo marco do enquadramento, por setores e por ramos de atividades econômicas, bem como para, no período de transição do sistema, averiguar a submissão dos entes sindicais aos requisitos necessários à demonstração da representatividade comprovada quando pretenderem manter a exclusividade de representação em determinada base territorial.

Já restou observado que o Comitê de Liberdade Sindical, por meio do Verbete nº 700, expressou entendimento no sentido de que os líderes de todas as organizações sindicais (*leaders of all organizations* ou *trade union officials*), os delegados (*delegates*) e os demais membros dos sindicatos (*members of trade unions*), em que se poderiam inserir os trabalhadores sindicalizados/associados, ou não, devem receber a mais ampla proteção contra as condutas anti-sindicais, como se pretendendo, na linha da doutrina de OSCAR ERMIDA URIARTE, ver prestigiada, em cada nação, a concretude de um sistema de foro sindical amplo.³⁷ No entanto, e ao contrário do que seria a propensão ao foro sindical amplo, o Comitê de Liberdade Sindical, no Verbete nº 724, consignou que a proteção da liberdade sindical contra os atos anti-sindicais destinada aos dirigentes sindicais (*trade union officials*) é mais particularmente desejável, mais particularmente necessária, não só para viabilizar a atuação livre desses dirigentes, mas como também para assegurar a amplitude do direito de que os trabalhadores em assembléia podem eleger seus representantes em total liberdade.

37 Paralelamente ao conceito de um foro sindical amplo, Oscar Ermida Uriarte formula a noção de um “foro sindical completo”, que teria um núcleo essencial consistente na proteção contra a dispensa e outras sanções imotivadas, como suspensões, transferências, mudanças de categorias e um conjunto de medidas complementares, consistentes nas facilidades de horários e locais para a atuação sindical e de gozo de uma licença sindical (*Sindicatos en libertad sindical*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 51).

Em doutrina que, muitas vezes, conflita com as disposições legais, a tendência é a de se considerar, para os fins de delimitação do âmbito subjetivo de proteção, um foro sindical amplo, mesmo porque de nada adiantaria só se protegerem o dirigente, o representante ou os delegados de entes sindicais, sem o resguardo dos direitos dos militantes sindicais e demais trabalhadores. Assim como é importante assegurar o exercício da plena liberdade sindical daqueles que dirigem e tomam decisões, também é importante assegurar o exercício da plena liberdade por parte de quem as executa.³⁸

O *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* em nenhum momento indica, como faria o exemplo de foro sindical restrito ou limitado do art. 543 da CLT e do art. 8º, inciso VIII, da Constituição Federal, que tão-somente os dirigentes sindicais mereceriam algum tipo de proteção e tutela contra as práticas anti-sindicais. Pelo *Anteprojeto*, mormente no que diz respeito ao exercício do direito de greve, os ativistas sindicais e militantes, ainda que não sindicalizados, são e devem ser igualmente protegidos, quando não por prerrogativas como as da estabilidade provisória, mas, ao menos, por instrumentos que viabilizem a extirpação, do mundo jurídico, da conduta discriminatória.

É interessante observar que, muito embora os critérios de delimitação do âmbito pessoal do sistema de proteção contra as práticas anti-sindicais tenham o cuidado de identificar os sujeitos passivos e ativos (empregadores, organizações sindicais e prepostos, de uma maneira geral) da anti-sindicalidade, de modo a poder absorver as mais diferentes experiências, algumas vezes a proteção é concebida positivamente, ou seja, mediante um reconhecimento, do direito positivo, do direito dos trabalhadores não serem objeto de represálias em razão de sua sindicalização ou não, bem como, outras vezes, a proteção é concebida negativamente, mediante a proibição genérica a que os empregadores cometam determinadas práticas anti-sindicais.³⁹

O *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* se lança pelas duas vertentes. No art. 175, é patente a proibição genérica, bem como, no *caput* do art. 99, é patente o reconhecimento positivo (tanto para os empregadores, quanto para os trabalhadores) de que a boa-fé constitui princípio da negociação coletiva e que a sua violação importará a caracterização de prática anti-sindical, o que também se verifica no art. 5º, segundo o qual os trabalhadores e os empregadores (ilustrando que nem sempre os empregadores são agentes ativos da anti-sindicalidade, uma vez que podem ser, também, vítimas de entidades de trabalhadores) têm direito de livre filiação, partici-

38 “*En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del fuero sindical, debe alcanzar, como surge de la definición transcrita, a todos los trabajadores sindicalizados y no sólo a los dirigentes, aunque puede admitirse grado de protección dado que éstos, así como los militantes sindicales, están, de hecho, más expuestos a ser perjudicados, que el trabajador afiliado que no ejerce una actividad militante o directriz. Este concepto lato del fuero sindical, en cuanto atingente a todos los trabajadores afiliados está ampliamente recogido por la doctrina, por el Comité de Libertad Sindical de la OIT y surge del propio texto del Convenio Internacional del Trabajo nº 98 que en su artículo 1º refiere a ‘los trabajadores’, con toda amplitud y sin distinciones.*” (ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*, p. 49-50)

39 BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. Ob. cit., p. 37.

pação, permanência e desligamento das entidades sindicais que escolherem, e, ainda, no art. 6º, segundo o qual as entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores podem eleger livremente seus representantes, organizar sua estrutura representativa e sua administração, formular seu programa de ação, filiar-se às respectivas organizações internacionais e elaborar seus estatutos, observando os princípios democráticos que assegurem ampla participação dos representados.

É pelo entendimento das diversas formas que a legislação possui de identificação das práticas anti-sindicais que é possível ler e compreender o método louvável e amplo por meio da qual o “Anteprojeto Berzoini” procura ilustrar a ocorrência da anti-sindicalidade, bem como apontar os agentes ativos e passivos da conduta discriminatória.

O *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, tal como posto, contribui, e muito, para a concessão positiva de uma amplitude aos remédios da legislação e às soluções jurisprudenciais de combate à anti-sindicalidade, ainda mais se se tem em conta a adoção, não reconhecida por muitos, de um modelo de foro sindical que pode ser amplo no Brasil para, em específico, a tutela da liberdade sindical individual e coletiva, a fim de que não possa ser tida como um reprimenda – mas, isso sim, como um incentivo ao progresso do combate à anti-sindicalidade no Brasil – a assertiva de José Rodrigo Rodriguez no sentido de que nossa:

“(...) legislação ainda está no estágio do ‘foro sindical’, garantia ‘maliciosamente restringida’ nas palavras de Oscar Ermida Uriarte que corresponde à proteção do dirigente sindical contra a dispensa injustificada. Em outros países, desta maneira de proteger a liberdade sindical passou-se a uma outra, que abrange qualquer trabalhador que tenha restringido ou impedido o exercício de posições jurídicas que formam a situação jurídica chamada liberdade sindical. A proteção contra atos anti-sindicais não pode ficar limitada aos trabalhadores individuais, deve abranger também as posições jurídicas tituladas pelo sindicato, ou seja, a chamada liberdade sindical coletiva.”⁴⁰

A contribuição do *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* é ainda mais notável, nesse tópico, a reforçar a reprimenda acima transcrita, porque permite que o Brasil, em seu direito positivo, se liberte das amarras de um foro sindical restrito que está mantido, no texto da lei e como única forma de combate à anti-sindicalidade, na previsão do art. 543 da CLT combinado com o disposto no art. 199 do Código Penal Brasileiro (CPB), que tipifica o crime de atentado contra a liberdade de associação, com previsão de pena de detenção de um mês a um ano, e multa, além da pena pela violência física ou moral.

Por esse sistema restrito, o foro sindical não chegaria a tutelar – a não ser com um esforço de exegese da boa vontade dos aplicadores da lei – os direitos e as garantias de todos os trabalhadores.

40 *Dogmática da liberdade sindical: direito, política e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 431.

Os trabalhadores comuns também e principalmente são vítimas diretas da anti-sindicalidade enquanto formadores de uma coletividade que precisa ter resguardado o direito de sindicalização e de participação nas atividades sindicais. Os trabalhadores, sindicalizados ou não, que não possam ser inseridos no rol daqueles aos quais um modelo de foro sindical amplo, com suas garantias complementares, teriam, embora não possuam as garantias sindicais da estabilidade provisória e da intransferibilidade e da inamovibilidade, sob o modelo atual brasileiro, resguardados seus direitos contra as práticas anti-sindicais nos termos queridos pela Convenção nº 98 (art. 1º, itens 1 e 2, alíneas *a* e *b*), o que, em certo sentido, poderia abarcar a inamovibilidade. Se toda a conduta anti-sindical contém um elemento subjetivo, consistente na motivação anti-sindical, tal motivação poderá ser sempre declarada nula de pleno direito, o que garantirá, aos trabalhadores comuns, que não são dirigentes, não são delegados, não são representantes em qualquer sentido, o retorno ao *status quo ante*, caso tenha ocorrido a prática discriminatória antes do vínculo de emprego, durante a contratualidade ou após a ruptura do liame empregatício.

O *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* quebra com a redação retrógrada e tímida de nosso sistema de combate às práticas anti-sindicais ao, principalmente no que diz respeito aos atos de ingerência (arts. 7º, 99, § 2º, e 177, inciso I) e aos atos de discriminação anti-sindical (incisos I, II e III do art. 175), inscrever, em, quiçá, futuro texto de lei, o que, antes, teria de ser explorado da Convenção nº 98, o que, infelizmente, ainda é método de pouca prática.

É por iniciativas como as que incentivam o “Anteprojeto Berzoini” que Oscar Ermida Uriarte sustenta que “*tiende a prevalecer una concepción amplia del alcance subjetivo del fuero sindical o de la protección de la actividad sindical en general, tal como surge de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT*”⁴¹ e, mais adiante, assevera que se impõe “*una interpretación amplia del término ‘dirigente’ o ‘representante sindical’ lo cual viene impuesto por el propio concepto de libertad sindical, por el principio protector, y por el sentido con que la expresión es utilizada en el Convenio internacional del trabajo n° 87*”.⁴²

Não seria desnecessário frisar que a importante doutrina do jurista uruguaio, em defesa do foro sindical amplo ao qual, com o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, o Brasil parece querer seguir, admite que, na noção de “dirigente”, “representante” ou “delegado”, incluem-se, salvo expressa disposição em contrário: (i) integrantes de órgãos sindicais de direção, sejam ou não formalmente representantes do sindicato como pessoa jurídica; (ii) sindicalistas que representam os sindicatos em órgãos mistos; (iii) sindicalistas que integram seção sindical, comissão de empresa ou são, simplesmente, delegados sindicais, o que é a hipótese do tópico em comento; (iv) candidatos a ocupar cargos eletivos de direção ou representação; (v) suplentes; (vi) ex-dirigentes por período posterior ao término de mandato do

41 *La protección contra los actos antisindicales*, p. 30-31.

42 *Ibidem*, p. 32.

cargo de direção; (vii) organizadores de sindicatos, que tratam dos procedimentos prévios e concomitantes para a constituição de sindicato, e (viii) representantes e delegados de pessoal, incluindo-se, aqui, os representantes sindicais nos locais de trabalho dos quais tratam os arts. 59 a 87 do Anteprojeto.⁴³

3 A BILATERALIZAÇÃO DO SISTEMA DE COMBATE ÀS PRÁTICAS ANTI-SINDICAIS

Já se observou, mormente com base nas disposições do art. 177 do *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, que também o sindicato de trabalhadores poderá ser agente ativo da anti-sindicalidade, ferindo, o que, em princípio, seria inusitado, direitos dos empregadores e de suas entidades de representação. Nesse sentido, por duas direções poderá o sindicato ser enfocado como agente ativo de práticas anti-sindicais. A primeira é quando o sindicato prejudica os trabalhadores individualmente considerados, em atentado à liberdade sindical individual positiva e negativa. A segunda é quando o sindicato violenta a liberdade sindical coletiva de outros sindicatos, obreiros ou patronais, ou quando prejudica os empregadores e suas organizações, inclusive associações civis.

Quando as práticas anti-sindicais se destinam a ferir ou a dificultar o exercício da liberdade sindical coletiva (e não mais, tão-somente, a individual, como nos casos dos incisos I, II e III do art. 175 do Anteprojeto), o combate à anti-sindicalidade adota o sistema das *práticas desleais*, que, em princípio, se refere (i) às condutas patronais ou obreiras exemplificadas em certos atos de ingerência nas organizações de trabalhadores ou de empregadores, referendados por condutas do tipo das *company unions* ou “fantasmas sindicais”; (ii) à obstrução ao exercício dos direitos sindicais pelas organizações de trabalhadores ou pelas organizações de empregadores, e (iii) à recusa à negociação coletiva,⁴⁴ tanto por empregadores quanto por trabalhadores.

Originárias, as práticas desleais, das relações coletivas de trabalho norteamericanas, foram elas, primeiramente, tratadas pelo *National Labor Relations Act* (NLRA) de julho de 1935, o chamado *Wagner Act* e que, verdadeiramente, na linha das primeiras legislações⁴⁵ que versaram a liberdade sindical nos Estados Unidos,

43 Ibidem, p. 33.

44 SILVA, Otavio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 100.

45 Como o *Sherman Act* ou lei antitruste, de 1890, que proibiu a formação de coalizões que obstaculizassem a liberdade de comércio, entre as quais se incluíam as associações de trabalhadores; o *Clayton Act*, de 1914, que excluiu os sindicatos que atuavam licitamente de suas determinações; o *Norris-La Guardia Act*, de 1932, que permitiu uma maior independência aos trabalhadores para negociar coletivamente, para eleger livremente seus representantes e para se associarem, sem pressões, à entidade sindical de sua preferência, além de ter exterminado a prática judiciária, por via dos *injunctions*, de perseguição a sindicatos, e a Lei Nacional de Recuperação Industrial (NIRA), de 1933, que, reiterando as disposições das leis anteriores, serviu de ponte à edição do *Wagner Act* de 1935 (BOF, Jorge A. *Acciones tutelares de la libertad sindical: querella por práctica desleal – Acción de amparo sindical – Trámite de exclusión de tutela – Acción de reinstalación – Facultades de la autoridad administrativa*. Buenos Aires: La Rocca, 1991, p. 55-56).

reafirmou a liberdade sindical e a negociação coletiva como direitos coletivos, (i) instituindo a representação oficial dos trabalhadores pelos sindicatos e, enfim, (ii) introduzindo o conceito de práticas desleais (*unfair labor practices*) por parte dos empregadores, além de ter (iii) criado o Conselho Nacional de Relações de Trabalho (*National Labor Relations Board*) como organismo administrativo para reconhecer as associações sindicais e controlar a observância das disposições da NLRA, inclusive mediante a atribuição de qualificar como prática desleal qualquer atitude que pudesse inviabilizar os desígnios da legislação.

O contexto jurídico das relações coletivas de trabalho norte-americanas foi completado, posteriormente, quando a NLRA foi reformada pelo *Labor Management Relations Act* de 1947, o *Taft-Hartley Act*, em que se propugnou pela reestruturação do *National Labor Relations Board*, ao tempo em que *bilateralizou* as condutas tidas por “desleais” por parte dos empregadores e previu as condutas exercidas pelas organizações de trabalhadores em prejuízo dos mesmos trabalhadores e, também, pela primeira vez, em prejuízo dos empregadores. Além disso, previu as condutas dos empregadores em prejuízo dos empregados, entre as quais se poderia arrolar o uso da violência, a intimidação pela pressão econômica tendente a obrigar o empregado a eleger o sindicato como seu representante ou pela concessão de benefícios para o ingresso no sindicato, a contratação da cláusula sindical da *union shop* e a recusa em negociar, o que envolve a abusividade da negociação sem a boa-fé, como é a hipótese do empregador não proporcionar informação suficiente ao sindicato *pro negotiatione*.⁴⁶

A principal característica do sistema das práticas desleais é que houve uma bilateralização, típica, aliás, do *common law*, de natureza não-tutelar e mais próxima a um civilismo nas relações sociais, na consideração dos agentes ativos e passivos da anti-sindicalidade, que podem ser tanto as organizações de trabalhadores como as organizações de empregadores. Essa bilateralização norte-americana diferencia as práticas desleais, como sistema de combate às práticas anti-sindicais, do foro sindical latino-americano como sistema típico e clássico de combate às práticas anti-sindicais adotado, por exemplo, pelo Brasil. Em princípio, o sistema do foro sindical é apenas destinado a tutelar, restritivamente, dirigentes sindicais. Poucos países da América Latina adotam o sistema das práticas desleais, com exceção, exemplificativa, da Argentina, Colômbia e Chile. Seja como for e de um modo bastante abrangente, as práticas desleais (*unfair labor practices*) podem ser consideradas como todas aquelas condutas que desconhecem, obstaculizam ou impedem o exercício da liberdade sindical coletiva, atacando a liberdade associativa ou coletiva e lesionando o interesse coletivo de determinada categoria,⁴⁷ patronal ou obreira.

46 VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. Ob. cit., p. 327. Na Argentina, o conceito de prática desleal corresponde àquelas condutas contrárias à ética nas relações profissionais de trabalho (BOF, Jorge A. Ob. cit., p. 51). A respeito do histórico da legislação norte-americana, ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. Ob. cit., p. 431-432.

47 BOF, Jorge A. Ob. cit., p. 52.

No que é mais interessante e em um contexto de práticas desleais, como é o caso dos Estados Unidos, onde são bilaterais, o art. 56 da antiga Lei nº 22.105, de 1979, da Argentina, dispunha que seriam consideradas práticas desleais e contrárias à ética das relações coletivas do trabalho por parte, não dos trabalhadores, mas – bilateralizando o sistema – das associações sindicais de trabalhadores, (i) o exercício da coação sobre os empregadores para obstaculizar o direito de associação livre a entidades sindicais patronais; (ii) a intervenção e a interferência no funcionamento de uma associação sindical de empregadores; (iii) a indução ou a sugestão aos empregadores à adoção de medidas discriminatórias aos seus empregados em razão da condição de filiados ou não a determinado sindicato; (iv) a recusa à negociação coletiva com os empregadores de acordo com os procedimentos legais ou a procrastinação das negociações, e (v) o constrangimento imposto aos trabalhadores no direito de livremente escolherem seus representantes e decidir acerca de suas filiações.⁴⁸

A doutrina argentina, independentemente da consideração da bilateralidade ou unilateralidade das práticas desleais, sempre enquadrou, o que é evidente das hipóteses de práticas desleais da Lei nº 22.105, de 1979, alguns típicos exemplos de atos de ingerência como também sendo de práticas desleais, ou seja, condutas comissivas ou omissivas contrárias à ética nas relações coletivas de trabalho⁴⁹ e que poderiam ser identificadas (i) nos casos de ingerência e de influência na criação e no funcionamento de sindicatos; (ii) nos atos que visem a impedir ou obrigar a filiação sindical; bem como (iii) na negativa de negociar ou de tratar com os dirigentes sindicais. Nessas hipóteses, bem destacadas pela Lei nº 22.105, as práticas desleais argentinas se amoldariam, com tranqüilidade, ao conceito de atos de ingerência, tal como previsto no art. 2º, item 2, da Convenção nº 98 da OIT.

Ainda que bilateralizado o sistema das práticas desleais sob a égide da Lei nº 22.105, a doutrina argentina, respaldada pelos resultados da jurisprudência, concluiu que a vitimização do empregador em relação a questões relacionadas à anti-sindicalidade era de difícil configuração na prática e, em algumas circunstâncias, totalmente inverossímil, uma vez que elaborada, tal bilateralização, com base em uma concepção teórica irreal para o mundo latino-americano, sem considerar que a liberdade sindical não se apresenta garantida simetricamente para ambos os interlocutores sociais.

Atualmente, a questão está tratada, na Argentina, na Lei nº 23.551, de 1988, sobre *Asociaciones Sindicales de Trabajadores*, que retomou a tradição legislativa das práticas desleais argentinas, ou seja, retomou a unilateralidade do instituto, de modo a reconhecer que as organizações de trabalhadores não podem ser agentes ativos da anti-sindicalidade,⁵⁰ de acordo, assim, com a natureza protetiva e tutelar da legislação trabalhista dos países latinos, vinculados ao *civil law*.

48 FERRO, Horacio D. J.; VALDOVINOS, Oscar A. *Ley de asociaciones gremiales de trabajadores (Ley 22.105): análisis crítico (primera parte)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 186-187.

49 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*, p. 56.

50 CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 506-507.

A inspiração e a criatividade que despertam o exame das hipóteses de práticas desleais da Argentina, quer diante do anterior modelo bilateral, quer diante do atual, unilateral, devem ser aproveitadas, em médio e longo prazos, pelo Brasil, que se beneficiaria do aumento do âmbito objetivo de proteção contra as práticas anti-sindicais.

3.1 O enfrentamento da questão pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais

Tudo indica, conforme acima se expôs, que o Brasil também pretendeu se aproveitar dos sistemas de práticas desleais como instrumento de combate à generalidade das práticas anti-sindicais quando afrontosas à liberdade sindical coletiva. Tal indicação da legislação nacional se transparece, a toda evidência, no art. 177 do *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, segundo o qual também se consideram condutas anti-sindicais, quando praticadas por entidade sindical de trabalhadores, a indução do empregador a admitir ou dispensar alguém em razão de filiação ou não a uma entidade sindical (inciso I); a interferência nas organizações sindicais de empregadores (inciso II); a violação do dever de boa-fé na negociação coletiva (inciso III), e a deflagração de greve sem a prévia comunicação de que trata o art. 109 do *Anteprojeto* (inciso IV).

Embora seja realmente inverossímil se imaginar situação concreta em que o empregador pode ser vítima da anti-sindicalidade, preferiu o Brasil empunhar, textualmente, a bilateralidade entre os agentes ativos e passivos dos atos discriminatórios, ainda que países mais próximos na América do Sul, como é o caso da Argentina, já tenham abandonado a bilateralidade para se aterem à unilateralidade, que, é de se convir, está mais próxima da natureza protetiva e tutelar da legislação trabalhista latina. Como provocação a respeito da amplitude que se quer emprestar ao sistema de combate às práticas anti-sindicais, o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, inclusive sob o mote da bilateralidade no combate, continua se ilustrando como um pacote legislativo de vanguarda e de modernidade legal.

4 AS PRÁTICAS ANTI-SINDICAIS DECORRENTES DE GREVE

Em uma reunião de 1952, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT afirmava que o direito de greve é um dos meios legítimos e fundamentais de que dispõem os trabalhadores e suas organizações para a promoção e defesa de seus interesses econômicos e sociais,⁵¹ não constituindo mero fato social. Como direito sindical, então, de que dispõem os trabalhadores e suas organizações, não devem, contra ele, existir sanções

51 É o caso do disposto nos Verbetes n^{os} 473, 474 e 475, assim respectivamente dispostos: “473. *While the Committee has always regarded the right to strike as constituting a fundamental right of workers and of their organizations, it has regarded it as such only in so far as it is utilize as a means of defending their economic interests*”; “474. *The Committee has always recognized the right to strike by workers and their organizations as a legitimate means of defending their economic and social interests*”; e “475. *The right to strike is one of the essential means through which workers and their organizations may promote and defend their economic and social interests*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 101).

prejudiciais de nenhuma natureza, que impliquem práticas anti-sindicais⁵² contra os grevistas, bem como, segundo o Comitê de Liberdade Sindical, o recurso sistemático a sanções penais pelo simples fato de se organizar ou de se ter participado de uma greve pacífica e legítima. Repreender, de alguma forma, o direito à greve, equivale a aceitar conduta incompatível com os princípios da liberdade sindical.⁵³

Chega a ser curioso, portanto, o fato de a OIT não ter, mediante convenções internacionais específicas, disciplinado as práticas anti-sindicais por motivo de greve ou mesmo tratado da greve de forma especial. O que se tem, do ponto de vista internacional, são as clássicas orientações gerais que se destinam a quaisquer práticas anti-sindicais, tais quais as previstas na Convenção nº 98; na Convenção nº 105 sobre a abolição do trabalho forçado (art. 1º, alínea *d*),⁵⁴ na Convenção nº 110; na Convenção nº 135 sobre a proteção de representantes de trabalhadores (art. 1º),⁵⁵ na Convenção nº 141 sobre as organizações de trabalhadores rurais (art. 3º, itens 2 e 4),⁵⁶ na Convenção nº 151 sobre o direito de sindicalização e relações de trabalho na Administração Pública e ainda não ratificada pelo Brasil (art. 4º, itens 1 e 2, alíneas *a* e *b*, que possui mesma redação do art. 1º da Convenção nº 98) e na Convenção nº 158 sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, e que podem ser assumidas como preceitos gerais e de garantias contra as práticas anti-sindicais surgidas em represália à participação em greves.⁵⁷

Na ausência de disciplina normativa específica, os princípios e as decisões do Comitê de Liberdade Sindical cumprem um papel importante na limitação do exercício do direito de greve e seguem a diretriz (i) de que nenhuma pessoa deve ser objeto de discriminação em razão de sua atividade ou de sua legítima filiação sindical;

-
- 52 GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Princípios da OIT sobre o direito de greve. In: ODERO, Alberto; GERNIGON, Bernard; GUIDO, Horacio; ERMIDA URIARTE, Oscar. *A greve: o direito e a flexibilidade*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2002, p. 20.
- 53 O Verbete nº 590 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT dispõe: “*No one should be penalized for carrying out or attempting to carry out a legitimate strike*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 121).
- 54 “Art. 1º Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: (...) *d*) como punição por participação em greves;”
- 55 “Art. 1º Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive a despedida, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando.”
- 56 “2. Os princípios da liberdade sindical deverão ser plenamente respeitados; as organizações de trabalhadores rurais deverão ter um caráter independente e voluntário, e permanecer livres de toda ingerência, coerção ou repressão”, e “4. Ao exercer os direitos que se lhes reconhecem no presente artigo, os trabalhadores rurais e suas respectivas organizações devem, bem como as demais pessoas ou coletividade organizadas, respeitar a legalidade”.
- 57 SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do trabalho & democracia*: apontamentos e pareceres. São Paulo: LTr, 1996, p. 46.

(ii) de que a dispensa de trabalhadores em decorrência de uma greve legítima constitui grave discriminação em matéria de emprego pelo exercício de uma atividade sindical lícita; (iii) de que, quando sindicalistas ou dirigentes sindicais são dispensados por causa da greve, o Comitê pode chegar à conclusão de que estão sendo prejudicados por sua ação sindical e sofrendo, assim, discriminação anti-sindical;⁵⁸ (iv) de que o respeito aos princípios da liberdade sindical requer que não sejam dispensados trabalhadores ou lhes sejam negada a readmissão por participarem em uma greve ou de outro tipo de ação reivindicatória, sendo que, para tais fins, é irrelevante se a dispensa se produz durante a greve ou depois dela, também assim o sendo quando a dispensa se produz antes da greve se sua finalidade é impedir ou punir o exercício do direito de greve,⁵⁹ e (v) de que medidas extremamente graves, como a dispensa de trabalhadores por terem participado de uma greve ou a recusa ao retorno, quando cessado o motivo da suspensão, implicam graves riscos de abuso e constituem violação à liberdade sindical.⁶⁰

Pela experiência institucional do Comitê de Liberdade Sindical, têm-se relacionado algumas condutas anti-sindicais por motivo de greves legítimas, entre as quais figurariam a dispensa, a confecção de listas negras de pessoas que tenham participado de greves (principalmente para impor uma condicionante restritiva ao emprego), a transferência de dirigentes sindicais, a necessidade de o trabalhador determinar a expedição de “certificados de lealdade” para poder ser admitido ou contratado, os rebaixamentos, as aposentadorias compulsórias antecipadas e as sanções penais.⁶¹ Afora esses ilícitos, tornam-se, de outra parte, cada vez mais frequentes certas condutas de resistência patronal, como a retenção dolosa de salários dos empregados não-grevistas (art. 7º, inciso X, da Constituição Federal, combinado com o art. 203 do CPB)⁶² nos casos em que a paralisação é parcial.

58 Verbete nº 592: “592. *When trade unionists or union leaders are dismissed for having exercised the right to strike, the Committee can only conclude that they have been punished for their trade union activities and have been discriminated against*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 121).

59 Verbete nº 593: “593. *Respect for the principles of freedom of association requires that workers should not be dismissed or refused re-employment on account of their having participated in a strike or other industrial action. It is irrelevant for these purposes whether the dismissal occurs during or after the strike. Logically, it should also be irrelevant that the dismissal takes place in advance of a strike, if the purpose of the dismissal is to impede or to penalize the exercise of the right to strike*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 121).

60 Verbete nº 597: “597. *The use of extremely serious measures, such as dismissal of workers for having participated in a strike and refusal to re-employ them, implies a serious risk of abuse and constitutes a violation of freedom of association*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 122).

61 GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Princípios da OIT sobre o direito de greve. In: ODERO, Alberto; GERNIGON, Bernard; GUIDO, Horacio; ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit., p. 51-52.

62 BRESCIANI, Luis Paulo; BENITES FILHO, Flávio Antonello. *Negociações tripartites na Itália e no Brasil: o acordo nacional e as câmaras setoriais*. São Paulo: LTr, 1995, p. 175-176.

Outra prática anti-sindical patronal é aquela em que o empregador paga uma espécie de complemento ou gratificação ao empregado como um prêmio (prêmio antigreve ou, como conhecido na Espanha, *prima antihuelga*) pela sua não-conflitividade laboral, concretizada na não-participação do empregado em greves ou quaisquer outras perturbações à normal atividade empresarial.⁶³

Na greve, os trabalhadores e suas organizações são, também, propensos à prática efetiva da anti-sindicalidade por, de alguma maneira, afetarem e causarem danos à produção, o que não torna admissível, sob qualquer hipótese, um dano direto aos bens do empregador, como tão pouco se torna admissível o seqüestro e a lesão a terceiros.⁶⁴

Condutas obreiras do tipo *rattening*, consistente na subtração dos instrumentos de trabalho e dos uniformes com o objetivo de impedir o trabalho daqueles que não aderiram à greve, devem ser tidas por ilegítimas,⁶⁵ bem como é a ocupação do estabelecimento pelos grevistas, hipótese em que estará legitimado, o empregador, a solicitar, da autoridade competente, a evacuação do local mediante uma ordem de expulsão, a não ser que haja a ocupação pacífica fora da jornada de trabalho, o que não corresponderia, segundo alguns autores, à usurpação da propriedade de outrem, mas apenas a uma limitação temporária de seu exercício.⁶⁶

Quanto ao bloqueio de mercadorias, só é lícita a conduta quando os trabalhadores grevistas não impedem materialmente o acesso dos demais trabalhadores à fábrica, mas tentam convencê-los de que devem suspender a atividade em solidariedade ao movimento coletivo. Será ilícita quando não há apenas o trabalho de convencimento e propaganda, mas o impedimento material da atividade dos transportadores que escoam a produção.⁶⁷ Quanto à sabotagem, não há muito a se comentar. A hipótese não pode ser tratada por ação grevista, mas como um ilícito penal.⁶⁸

O caso da prática de *ca'canny*, *slowdown*, ou seja, a diminuição manifesta e consciente da produção durante a jornada de trabalho (uma não-colaboração do trabalhador bem semelhante as manifestações de greve “de braços caídos” ou “branca”), em obediência a instruções sindicais dadas posteriormente a conflitos ocorridos e não resolvidos de acordo com as pretensões sindicais, também há de ser

63 VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. Ob. cit., p. 102-103.

64 PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. *O direito de greve*. Trad. Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994, p. 39.

65 BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 162.

66 Idem, *ibidem*, p. 164-166. Ari Possidonio Beltran, referindo-se a um esclarecimento de Antonio Ojeda Aviles, lembra que o ordenamento espanhol contempla pelo menos quatro hipóteses de ocupação pelos trabalhadores não submetidas à vontade do empregador, como a dos representantes do pessoal para o exercício do seu cargo, sem perturbar a atividade fabril; o livre acesso e uso do local de representação do pessoal; o livre acesso e uso do centro de trabalho para a realização de assembleias obedecidos os requisitos legais, e o direito de certos dirigentes sindicais a adentrar na empresa e a participar de atividades sindicais (Ob. cit., p. 167).

67 BELTRAN, Ari Possidonio. Ob. cit., p. 170.

68 Idem, *ibidem*, p. 178.

tida como ilícita e afrontosa ao direito do empregador em ver, quando da duração da jornada, a produção em andamento. De um lado, o direito de greve garante a liberdade de trabalhar ou não do indivíduo, considerada a liberdade individual, enquanto que a *ca'canny* vai além do direito de greve, uma vez que, com base em Juan Garcia Abellan, Ari Possidonio Beltran leciona que, se o empregador tem a obrigação de suportar a abstenção ao trabalho em razão da greve, não pode, da mesma maneira, permitir que o trabalho se desenvolva contrariamente ao pactuado e à direção do trabalho⁶⁹ quando não há abstenção, mas, sim, falta de colaboração.

A extorsão sindical (*rackteering*) também pode ser tida como uma prática anti-sindical originária do movimento obreiro, uma vez que ilustra a conduta do sindicato em pressionar a empresa para a conclusão de convênios coletivos, sob o compromisso de não adotar, no futuro, meios que poderiam comprometer a imagem do empregador e seu mercado.

Todas essas modalidades de pressão obreira anteriores ou concomitantes à greve propriamente dita são práticas anti-sindicais *lato sensu*, salvo as exceções apontadas. Ainda que se adotasse um sistema de práticas desleais mitigado pela unilateralidade, tal qual é o caso argentino atualmente, seria muito complexa e passível de grande erronia – a não ser que as circunstâncias do caso concreto bem embasassem o posicionamento contrário –, a conclusão de que os danos causados pelos grevistas aos bens do empregador, o seqüestro de pessoas, o *rattening*, o bloqueio de mercadorias com a vedação total a sua circulação, o *ca'canny*, a sabotagem e o *rackteering*, por exemplo, não constituiriam práticas desleais nas relações coletivas de trabalho.

Todas essas modalidades são agressivas e violam a ética das relações coletivas de trabalho, podendo ser caracterizáveis como práticas desleais e, assim, como práticas anti-sindicais *lato sensu*, cujo agente ativo poderá ser o trabalhador e/ou o sindicato obreiro. Entende-se que a prática abusiva do direito de greve viola a liberdade sindical coletiva positiva, tão-só porque o abuso do direito não é direito, é abuso, o que não pode ser tratado pela via da licitude. Sabe-se que boa parte da doutrina e jurisprudência de países latino-americanos, principalmente as da Argentina, não aceitava que os abusos de trabalhadores e suas organizações sindicais, quando em greve, pudessem ser qualificados como práticas desleais, sob o argumento de que a participação em greve não se enquadra no conceito de atividade sindical ou outra com fins de negociação coletiva.⁷⁰ No entanto, tal posicionamento nega, à greve, sua condição natural de atividade sindical lícita, direito fundamental das coletividades organizadas, e que pode convergir ou apressar o bom término de uma negociação coletiva ainda não exitosa, razão pela qual qualquer abuso da greve, como os já aventados, poderia ser caracterizado como prática desleal, prática anti-sindical *lato sensu*, se fere a ética nas relações coletivas de trabalho.

69 Idem, *ibidem*, p. 185.

70 BOF, Jorge A. Ob. cit., p. 61.

Torna-se visível, assim, a inerente bilateralidade da anti-sindicalidade durante a greve. Por essa razão, e, agora, do outro lado e a título meramente ilustrativo e não exaustivo, o empregador pode, obviamente, investido da motivação anti-sindical, (i) promover dispensas de grevistas; (ii) não readmitir grevistas quando do término da suspensão do contrato individual do trabalho; (iii) confeccionar listas negras de grevistas; (iv) promover a transferência de dirigentes sindicais; (v) exigir o “certificado de lealdade” do empregado quando da contratação; (vi) reter dolosamente os salários dos não-grevistas como meio de pressão indireta sobre a legitimidade da greve. Por sua vez, podem os empregados e suas organizações sindicais (i) causar danos aos bens da empresa; (ii) promover seqüestros; (iii) bloquear o escoamento da produção; (iv) promover a boicotagem ilícita, a sabotagem, o *rackteering* e o *rattening*.

Não pode ser considerada estranha, embora a doutrina respalde a conclusão de que é muito difícil que o empregador possa ser vítima da anti-sindicalidade – mesmo nos regimes jurídicos que adotem um sistema de práticas desleais bilaterais de origem norte-americana – o entendimento de que, nos casos decorrentes de greve, poderão os trabalhadores e suas organizações sindicais figurar como agentes ativos de práticas desleais. A experiência internacional descarta tal estranheza e admite, para esses casos, a bilateralidade.

4.1 *O enfrentamento da questão pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*

O *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* se amolda à teoria acima exposta, mormente no que diz respeito à impossibilidade de os atos de manifestação dos grevistas causarem prejuízos a terceiros e, sequer, ao empregador, em determinadas situações envolvendo os bens da produção e a propriedade privada. É nesse sentido, portanto, que o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* prevê, no art. 110, § 2º, que as manifestações e os atos de persuasão não poderão causar dano à pessoa nem à propriedade, quer seja do empregador, quer seja de terceiros.

Se, ademais, pelo art. 106 do Anteprojeto, a greve é direito fundamental dos trabalhadores, sendo certo que “*without the power to strike, collective bargaining is collective begging*”, ou seja, sem o poder de fazer greve, a negociação coletiva se transforma em mendicância coletiva,⁷¹ é elementar concluir que será caracterizada como prática anti-sindical a conduta patronal de constrangimento do trabalhador a comparecer ao trabalho com o objetivo de frustrar ou dificultar o exercício do direito de greve, tal como inscrito na redação do art. 110, § 3º, do que decorre outra prática anti-sindical prevista no art. 110, § 4º, do Anteprojeto, consistente na declaração da nulidade de todo o ato que represente discriminação em razão do exercício do direito de greve.

71 A declaração é atribuída ao Professor belga Roger Blanpain (apud LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998, p. 100).

Em conformidade, no mais, com a nova e pretensa regulamentação do direito de greve no Brasil, o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* veda a dispensa do trabalhador durante a greve, bem como veda a contratação de mão-de-obra destinada a substituir os grevistas (art. 111, § 2º), salvo nas hipóteses em que, não havendo acordo, seja permitido ao empregador, durante a greve, contratar diretamente os serviços mínimos, definindo, de modo razoável, os setores e o número de trabalhadores, mas sem comprometer o exercício e a eficácia do direito de greve, sob pena de caracterização de prática anti-sindical (art. 113, § 2º).

Mantendo a tradição legal brasileira, o *Anteprojeto* continua na proibição ao *lockout*, só que, agora, pelo art. 118, podendo caracterizá-lo, diretamente, como prática anti-sindical, com todas as conseqüências daí advindas, ainda que o *Anteprojeto* não tenha, explicitamente, asseverado que o *lockout* seja um ilícito caracterizável como conduta anti-sindical. Como o parágrafo único do art. 118 prevê que o empregador assegurará aos trabalhadores o direito ao pagamento dos salários durante o período de *lockout*, há de se entender que a providência patronal não pode ser tida como um mero ilícito, mas, sim, como prática anti-sindical, cuja extirpação, do mundo jurídico e como se verificará adiante, só se processa, de forma eficaz e perfeita, pela nulidade e pela busca, o quanto possível, ao *status quo* anterior à anti-sindicalidade.

Ainda nesse tópico, o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* deixa consubstanciada a patente bilateralidade a ser considerada para o trato da anti-sindicalidade decorrente de greve. Em primeiro lugar, porque os trabalhadores e suas organizações de representação podem figurar como agentes ativos da anti-sindicalidade, o que está previsto, por exemplo, no art. 110, § 2º. Em segundo lugar, porque a bilateralidade do sistema é inerente e expressamente reconhecida pelo art. 110, § 1º, do *Anteprojeto*, segundo o qual os meios adotados por trabalhadores e empregadores não poderão violar nem restringer os direitos e as garantias fundamentais. A bilateralidade da anti-sindicalidade na greve encontra, ainda, sistematização e confirmação no disposto no art. 177, incisos I, II, III e IV, do *Anteprojeto*, que bem destaca a semelhança entre o sistema brasileiro de combate às práticas anti-sindicais e o modelo de combate às práticas desleais norte-americano segundo o *Taft-Hartley Act* de 1947.

Indiretamente e para destacar a bilateralidade do sistema brasileiro, o *Anteprojeto*, em seu art. 180, considera conduta anti-sindical praticada durante a greve e pelos trabalhadores (i) a deflagração do movimento sem a garantia dos serviços mínimos destinados ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (inciso I); (ii) a deflagração do movimento sem a garantia de serviços mínimos destinados a evitar danos a pessoas ou o prejuízo irreparável ao patrimônio do empregador ou de terceiros (inciso II); (iii) quando não houver cumprimento do acordo a que se refere o art. 113 prejudicando os serviços mínimos destinados ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade ou destinados a evitar danos a pessoas ou prejuízos ao empregador e a terceiros (inciso III), e (iv) quando a paralisação envolver serviços técnicos especializados para os quais é impraticável o recrutamento de pessoal treinado ou que possa ser treinado durante o período de

aviso prévio, configurando grave risco de danos a pessoas ou de prejuízo ao empregador, a terceiros ou à continuidade das atividades essenciais (inciso V). Não se deve deixar de lado o fato de que também os trabalhadores são agentes ativos da anti-sindicalidade acaso deflagrem a greve sem a comunicação prévia de 72 (setenta e duas) horas de que trata o art. 109 (art. 177, inciso IV). Por parte dos empregadores, ainda será considerada conduta anti-sindical a contratação de trabalhadores em número superior ao que for razoável para garantir a continuidade dos serviços mínimos destinados ao atendimento da comunidade e para evitar danos a pessoas e prejuízos ao seu patrimônio e a terceiros (inciso IV do art. 180).

5 ORGANIZAÇÃO DOS MÉTODOS DE COMBATE ÀS PRÁTICAS ANTI-SINDICAIS

É importante consignar que, no art. 1º da Convenção nº 98 da OIT, encontra-se o trato principiológico do combate às práticas anti-sindicais, incluindo-se, na doutrina de Oscar Ermida Uriarte, o sistema de foro sindical (mais direcionado, no sistema restrito brasileiro, à tutela de dirigentes sindicais e ao exercício de suas competências e respeito às suas prerrogativas, mas que, em um sistema de foro sindical amplo, poderia ser estendido a qualquer militante sindical quando do exercício de sua liberdade sindical individual positiva e negativa) e o sistema de práticas desleais para o combate às práticas anti-sindicais coletivamente consideradas (mais direcionado à tutela da liberdade sindical coletiva, mais afeita às várias possibilidades de atuação sindical na negociação coletiva, na greve e nos conflitos coletivos de trabalho). Os atos de ingerência são atinentes ao trato do art. 2º da Convenção nº 98, muito embora sejam, tais atos, particularmente próximos às figuras das práticas desleais, “*especialmente – a aquellas que no coinciden con las conductas evidentemente amparadas por el fuero sindical latinoamericano. También se asemejan los actos de injerencia a las prácticas desleales, en la posibilidad – aunque no indispensabilidad – de ser consideradas bilaterales o simétricas*”.⁷²

Pode-se compreender o universo, indivisível, do combate às práticas anti-sindicais como um conjunto de possibilidades. Há o universo das práticas anti-sindicais vistas sob o prisma do foro sindical, em todas as suas abrangências e limitações, bem como há o universo das práticas anti-sindicais vistas sob o prisma das práticas desleais. Todo o estudo, por uma questão de simplicidade na avaliação de categorias classificatórias, envolveria, portanto, a nomenclatura de práticas ou condutas anti-sindicais. Muito próximas e, até, correspondentes a algumas práticas anti-sindicais examinadas pelo sistema de práticas desleais, mormente quando não há sobreposição entre práticas anti-sindicais do foro sindical e práticas anti-sindicais das práticas desleais, estaria a figura dos atos de ingerência.

No conjunto das práticas anti-sindicais, quer vistas pelo foro sindical, quer pelas práticas desleais, quer, ainda, individualmente consideradas sem a vinculação

72 ERMIDA URIARTE, Oscar. *La proteccion contra los actos antisindicales*, p. 16.

a um sistema de controle específico, a titularidade da liberdade sindical normalmente é vista relacionada a um ou vários trabalhadores, por mais que reúna valores ou interesses individuais desse ou desses trabalhadores, como, também, coletivos, do grupo profissional ou homogêneo. Ao seu modo, nos atos de ingerência, a titularidade da liberdade sindical que se pretende resguardar e tutelar se dirige, mais diretamente, à organização profissional. Afora o disposto no art. 2º da Convenção nº 98, não seria temerário também arrolar, como atos de ingerência, as investidas e as pressões advindas do Poder Público, do Estado, tão graves quanto aquelas advindas do lado patronal ou obreiro.

A proteção das organizações, avaliada pelos atos de ingerência, é aquela que se dá pela defesa contra atos do Estado e dos empregadores, o que é a hipótese mais comum, até mesmo a proteção dos bens sindicais contra, por exemplo, batidas policiais no sindicato armadas ou em conchavo com o setor patronal. Também se inclui, como é natural da leitura do art. 2º da Convenção nº 98, a sustentação econômica, quantitativa ou qualitativamente,⁷³ do sindicato obreiro pelo patronal ou, em tese, vice-versa (a bilateralidade do sistema), quer seja pelo fornecimento de recursos e bens, quer seja por medidas tendentes ao enfraquecimento econômico do sindicato, como é o caso dos obstáculos criados pelos empregadores e suas organizações para impedir o recebimento das contribuições sindicais⁷⁴ pelos sindicatos obreiros, o que pode se verificar quando o dirigente sindical tem seu acesso vetado ao local de trabalho, hipótese, aliás, corrigida pela instituição da figura dos representantes sindicais nos locais de trabalho.

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT casuisticamente considerou que poderia derivar uma ingerência não justificada o envio, por meio de circular da empresa aos empregados, a solicitação para que fosse indicado o sindicato ao qual estariam filiados, bem como considerou que o fato de um dos integrantes do Poder Executivo nacional ser, ao mesmo tempo, dirigente de um sindicato que representa várias categorias de trabalhadores a serviço do Estado, poderia suscitar ingerências indevidas.⁷⁵

No que diz respeito aos atos de ingerência, o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* os aborda, como já destacado, em seus arts. 7º (que dispõe que as entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores são independentes umas das outras, sendo-lhes vedadas, direta ou indiretamente, todas as formas de ingerência política, financeira ou administrativa destinadas a desvirtuar, impedir ou dificultar a atuação sindical); 175, inciso V (que dispõe que configura conduta anti-sindical a interferência do empregador nas organizações sindicais de trabalhadores), e 177, incisos I e II (que dispõe que são vedadas, à entidade sindical de trabalhadores, induzir o empregador a admitir ou dispensar alguém em razão de filiação ou não a uma entidade sindical e interferir nas organizações sindicais de empregadores).

73 VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. Ob. cit., p. 229.

74 Idem, ibidem, p. 124.

75 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Ob. cit., p. 92.

A previsão de conduta anti-sindical quando se viola o dever de boa-fé na negociação coletiva (art. 99, § 2º, do Anteprojeto) é típica disposição que, em termos de legislação comparada, poderia ser classificada como prática desleal do tipo bilateral (até mesmo por conta do art. 177, inciso III, do Anteprojeto), da mesma forma podendo ser enquadrada a hipótese versada no art. 103, § 1º, segundo o qual a recusa reiterada à negociação coletiva caracteriza conduta anti-sindical e sujeita as entidades sindicais de trabalhadores ou de empregadores à perda da personalidade jurídica sindical.

6 MECANISMOS DE COMBATE ÀS PRÁTICAS ANTI-SINDICAIS

A Convenção nº 98, em seu art. 3º, prevê que organismos adequados às condições nacionais serão estabelecidos para assegurar o respeito do direito de organização e das faculdades que advêm do direito fundamental à liberdade sindical. A tal disposição da Convenção nº 98, a análise de casos concretos pelo Comitê de Liberdade Sindical tem produzido boas contribuições e princípios gerais de interpretação.

O Verbete de nº 699 do Comitê de Liberdade Sindical aduz que as autoridades desenvolverão os melhores esforços para que não se desenvolvam as alegações de ocorrência de práticas que possam provocar o entendimento de que houve um enfraquecimento da política de combate à discriminação anti-sindical, e que todos os esforços deverão estar concentrados nas medidas que os governos deverão estar tomando para proteger os empregados,⁷⁶ seja qual for o método utilizado, conforme é a intenção do Verbete nº 737.⁷⁷

No mais, o Verbete de nº 697 destaca a imperiosa necessidade de a legislação ter de explicitar os remédios e as penalidades, civis e penais (Verbetes nº 746), contra as práticas anti-sindicais, que abarcarão todos os atos da relação de emprego, da contratação à dispensa,⁷⁸ de modo a bem corresponder a efetiva aplicação do art. 1º da Convenção nº 98, sem desconsiderar o fato de que tais remédios deverão abarcar a possibilidade de denúncias contra práticas anti-sindicais segundo o devido processo

76 “699. In accordance with Convention nº 98, a government should take measures, whenever necessary, to ensure that protection of workers is effective, which implies that the authorities should refrain from any act likely to provoke, or have as its object, anti-union discrimination against workers in respect of their employment.” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 142)

77 “737. As long as protection against anti-union discrimination is in fact ensured, the methods adopted to safeguard workers against such practices may vary from one State to another; but if there is discrimination, the government concerned should take all necessary steps to eliminate it, irrespective of the methods used.” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 149)

78 “697. Legislation should lay down explicitly remedies and penalties against acts of anti-union discrimination in order to ensure the effective application of Article 1 of Convention nº 98.” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 142)

legal vigente em cada Estado e cujo procedimento deverá ser célere e sujeito a um julgamento imparcial, nos termos dos Verbetes n^{os} 738⁷⁹ e 745.⁸⁰

Como é fácil constatar, a OIT editou regras que se circunscrevem ao traçado de uma política internacional, quiçá admitida por um determinado governo, que estabeleceria um norte ao combate, interno, próprio de cada Estado, contra a configuração das práticas anti-sindicais. No âmbito de cada Estado, as mais diversificadas alternativas ocorrem, sendo certo que, na esteira das lições de Oscar Ermida Uriarte, não haveria possibilidade de se escapar à sistematização das medidas de proteção ultimadas de forma universal. Tais medidas de proteção seriam, então, de natureza preventiva, reparatória ou complementar, tais quais, para essas últimas, a publicidade de decisões administrativas ou judiciais; a aplicação de decisões administrativas ou penais, e a autotutela coletiva, com previsão em convênios coletivos de trabalho.⁸¹

Por medidas de caráter preventivo, entendem-se todos aqueles instrumentos mediante os quais o agente, possível agente originário de prática anti-sindical, previamente comunica a um determinado órgão, de natureza privada ou, mesmo, pública, a intenção da prática de determinada conduta, ou solicita prévia autorização para se praticar determinado ato. Nos dizeres de Otavio Pinto e Silva, “pode tanto tratar-se de uma comunicação prévia quanto de um autorização prévia, sendo que o órgão ao qual deve ser efetuada a comunicação ou solicitada a autorização pode ser judicial, administrativo, sindical ou mesmo uma representação dos trabalhadores na empresa”.⁸²

A autorização prévia e/ou a comunicação prévia, nas medidas preventivas, poderiam ocorrer perante, e os exemplos são os mais variados, (i) um organismo de inspeção de trabalho administrativo; (ii) uma autoridade em razão de um procedimento coletivo do trabalho e de um conflito coletivo de trabalho; (iii) organismos administrativos especializados com funções quase judiciais; (iv) organismos tripartites

79 “738. *The government is responsible for preventing all acts of anti-union discrimination and it must ensure that complaints of anti-union discrimination are examined in the framework of national procedures which should be prompt, impartial and considered as such by the parties concerned.*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 149.)

80 “745. *The law should make expressed provision for the possibility to appeal against such acts of anti-union discrimination by employers against workers and their organizations, as well as for penalties in this respect, in order to ensure the effectiveness in practice of Article 1 of Convention n^o 98*” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 150). Não seria exagerado, ainda, lembrar que o Comitê de Liberdade Sindical já entendeu, pelo Verboete n^o 747, que um regime jurídico, em que se prevejam pesadas multas em casos de dispensas anti-sindicais, ou, ainda, ordens administrativas para reintegração – que podem elevar o risco de a empresa ou o estabelecimento serem fechados –, não agride a Convenção n^o 98.

81 *La protección contra los actos antisindicales*, p. 54; BARROS, Alice Monteiro de. *Condutas anti-sindicais*. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho: A Justiça do Trabalho e a Reforma do Poder Judiciário e Outros Temas*, São Paulo: LTr, ano VIII, n. 8, 2000, p. 102; CORTE, Nestor T. Ob. cit., p. 445-446.

82 Ob. cit., p. 101.

(com representantes do Estado, empregados e empregadores) com funções quase judiciais; (v) comissões de empresa ou conselhos de fábrica, de natureza sindical; (vi) algum organismo sindical, e uma comissão paritária interna da empresa.⁸³

Não obstante o caráter eminentemente propedêutico de medidas preventivas, as legislações nacionais, inclusive a brasileira, fundam-se não na prevenção, mas, isso sim, em regramentos tendentes à reparação de eventual dano causado pelas práticas anti-sindicais, em um sistema de controle que se caracteriza por ser *a posteriori*, mas que não deixa de conhecer mecanismos de combate preventivos, como é o caso da exigência de que, para a dispensa de empregado em gozo da estabilidade sindical, o empregador promova o inquérito judicial para a apuração de falta grave.⁸⁴

No âmbito, portanto, das medidas de natureza reparatória, há aquelas medidas que têm por finalidade obter a suspensão da prática anti-sindical, as que chegam à declaração da nulidade da prática anti-sindical e as que resolvem o impasse mediante indenização.⁸⁵ Segundo a doutrina de Oscar Ermida Uriarte,⁸⁶ haveria, no sistema de reparação, as soluções reparatórias perfeitas, que são aquelas tidas por inteiramente adequadas à proteção da atividade sindical e que se resolvem mediante a declaração da nulidade do ato tido por discriminatório ou anti-sindical, bem como as imperfeitas, que se resolvem mediante a aplicação de indenização, sem, contudo, o retorno ao *status quo ante*.

Com a declaração da nulidade, retorna-se ao *status quo ante*, retirando do mundo, mesmo que artificialmente, os entraves criados pela anti-sindicalidade ao desenvolvimento de uma ação sindical saudável. Trata-se, como é intuitivo, da mais grave das sanções contra as práticas anti-sindicais e, também, da mais eficiente, uma vez que restabelece a relação individual e/ou coletiva em toda a sua extensão. Se é certo que a dispensa anti-sindical é diversa da mera dispensa injustificada ou sem justa causa, uma vez que, na primeira, só se faz repercutir o ato do empregador na esfera jurídica do empregado, enquanto que, na segunda, a ação do empregador repercute perante o Estado, perante o sindicato e perante o trabalhador, a declaração de nulidade da prática anti-sindical deve conduzir à reintegração do empregado com todos os salários não recebidos às épocas próprias. A reintegração é considerada, assim, o mais completo e perfeito dos remédios contra a mais grave atitude anti-sindical, a dispensa.⁸⁷

83 BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. Ob. cit., p. 91-96.

84 Indiretamente, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT legitima procedimentos prévios, antes de possíveis atitudes anti-sindicais, ou seja, mecanismos preventivos, na busca de um "motivo" relevante que o explique e o excepcione da caracterização de prática anti-sindical, como se nota, *a contrario sensu*, da leitura do Verbetes nº 706: "706. In a case in which trade union leaders could be dismissed without an indication of the motive, the Committee requested the government to take steps with a view to punishing acts of anti-union discrimination and to making appeal procedures available to the victims of such acts" (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Ob. cit., p. 143).

85 ERMIDA URIARTE, Oscar. *La protección contra los actos antisindicales*, p. 56.

86 Ob. cit., p. 49.

87 BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. Ob. cit., p. 109.

Há, ainda, as soluções reparatórias imperfeitas, por meio das quais se concede, ao trabalhador ou à respectiva organização sindical, uma indenização pelos danos e prejuízos causados pelas práticas anti-sindicais. Uma tal indenização poderia consistir em uma quantia prefixada – *forfaitaire* – ou em um valor a ser calculado em função dos danos e prejuízos que efetivamente possam ocorrer ou, ainda, em uma acumulação dos dois critérios.⁸⁸ O problema encontrado pela doutrina nas soluções reparatórias imperfeitas é que o combate às práticas anti-sindicais parte do pressuposto do prejuízo em dobro sempre causado, primeiramente, para o trabalhador que diretamente enfrentou o problema, com a possibilidade concreta de perder o seu emprego e, em segundo lugar, pela organização sindical, que vê, nos empregadores principalmente, ou no Estado, em determinadas circunstâncias, obstáculos à livre condução da atividade sindical e ao exercício de sua função representativa. Paga-se a multa em prol de uma das vítimas, deixando sem alento a outra.

Por fim, há os mecanismos complementares, que apenas reforçam os anteriores (preventivo e reparatório) e que enquadram providências tais quais a publicidade de decisões administrativas ou judiciais sobre práticas anti-sindicais. Por meio de veiculação da notícia quanto à anti-sindicalidade em jornais ou mediante fixação de cartazes no local de trabalho, denunciando comportamentos irregulares do empregador, “medida que constitui uma sanção moral e pode produzir efeitos dissuasivos para evitar a repetição dos atos irregulares”,⁸⁹ procura-se uma maior penetração das normas jurídicas nos centros de trabalho e, assim, uma adesão natural de seus destinatários – como se abrangidos pela obrigatoriedade própria de uma norma heterônoma – e um certo grau de autotutela.⁹⁰ Diante de todo esse panorama – e para efetivar o combate às práticas lesivas à liberdade sindical –, a Comissão de Peritos da OIT constatou que a existência de normas fundamentais que proíbam as práticas anti-sindicais é insuficiente se essas mesmas normas não se encontram acompanhadas de procedimentos eficazes que garantam, na prática, sua efetividade. Nesse sentido, Oscar Ermida Uriarte conclui o estudo do combate às práticas anti-sindicais asseverando que “*tanto la experiencia como las consideraciones teóricas indican que la suspensión del acto antisindical, la inversión de la carga de la prueba y la celeridad del procedimiento son requisitos necesarios para la efectividad de los mecanismos de protección que se escojan*”,⁹¹ que poderiam ser adicionados de outros, tais quais: (i) a possibilidade de suspensão liminar (ou mediante a concessão de tutela antecipatória) da prática anti-sindical, a fim de evitar que os seus efeitos se consolidem antes de uma decisão definitiva, garantindo, se o caso, a imediata reintegração de empregado eventualmente dispensado; (ii) a diferenciação da distribuição do ônus da prova, e (iii) a celeridade do processo.

Para o combate às práticas anti-sindicais e sem a preocupação de identificação de mecanismo de tutela cautelar ou de tutela antecipatória nas disposições da legislação

88 SILVA, Otavio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*, p. 102.

89 Idem, *ibidem*, p. 102.

90 ERMIDA URIARTE, Oscar. *La protección contra los actos antisindicales*, p. 60-61.

91 Idem, *ibidem*, p. 72.

brasileira, o que se tem constatado é que procedimentos de natureza cautelar estão sendo manejados para, *a priori*, suspender atos que presumivelmente poderão ser anti-sindicais, quando não é o caso de alguma demanda se basear, única e exclusivamente, em pedidos tendentes a soluções reparatórias, com o aval judicial e *a posteriori* daquelas lesões, muitas vezes se restringido a um pedido por indenização.

Quando, de toda a sorte, não for o caso de reintegração e nem for o caso de se estar diante de questões referentes ao foro sindical, nada obsta – e o sistema legal brasileiro permite que se pleiteie – a declaração da nulidade (em ação declaratória de rito ordinário ou, como pretendido pela OIT e pelo Comitê de Liberdade Sindical, por um rito célere, eficaz, barato e acessível) com, eventualmente, o pagamento de indenização ou multa a reverter em benefício de um determinado empregado e, cumulativamente, diante da dupla proteção que o sistema confere, em benefício da organização sindical, em razão da concretização de alguma prática anti-sindical executada pelo empregador ou outras organizações sindicais ou pelo Estado.

O Brasil não desconhece, a par de um regime nitidamente reparatório, a possibilidade de desenvolvimento de um regime também sancionatório, ou seja, aquele que – muitas vezes esquecido pela doutrina – implica a paga de uma sanção pecuniária ou multa, de natureza administrativa, por parte do sujeito ativo da anti-sindicalidade, como é o caso, por exemplo, das multas previstas no art. 553 da CLT.

Não há como não se pleitear a declaração da nulidade em procedimento judicial ou como não contar com o reconhecimento da nulidade para as práticas anti-sindicais. O reconhecimento da nulidade e sua declaração com efeitos, obviamente, *ex tunc*, é que se equipara à reparação perfeita. É, ainda, a medida que, efetivamente, confere um combate às práticas anti-sindicais em concreto, com extirpação, do mundo jurídico, de formas atentatórias à liberdade sindical, em linha com a tutela constitucional que modernamente encampa o reconhecimento e a integração dos direitos sociais, de segunda geração, ao rol de direitos fundamentais do homem.

6.1 O enfrentamento da questão pelo Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais

Se, atualmente, no Brasil, vive-se a discussão quanto à reforma do modelo sindical, qualquer empreendimento ou providência nesse sentido e em prol da promoção e da garantia de certos direitos humanos básicos na esfera mais ampla dos direitos sociais de segunda geração deve ter, como princípios de uma nova organização sindical, uma adequada proteção contra as práticas anti-sindicais amplamente detalhada e refletida em legislação de sustento. Não basta somente a defesa (i) de um sindicalismo espontâneo; (ii) do desatrelamento do sindicato ao Estado; (iii) da pluralidade sindical sem se contrapor à unidade sindical, mas à unicidade; (iv) da livre filiação a organizações internacionais de trabalhadores; (v) do reforço e do estímulo ao direito de negociação coletiva ampla e sem interferências de atos de ingerência.

Não é possível, ao Brasil, contar com um sistema de foro sindical, que precisa ser teleologicamente interpretado para se tornar amplo, com previsões pontuais não concatenadas e endereçadas, de forma dogmática e científica, diretamente ao combate

às práticas anti-sindicais. A estabilidade provisória sindical do art. 543 da CLT permanece, juntamente com as normas inscritas nos arts. 146 e 199 do Código Penal Brasileiro (CPB), e 553 e 659, inciso X, da CLT, como as únicas disposições legais sobre o tema.⁹²

Além dessas previsões legais, a proibição de interferências estranhas na vida sindical, conforme a estipulada no art. 525 da CLT, bem como a tutela do art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que garante que a lei punirá quaisquer condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais,⁹³ apresentam-se como outros mecanismos positivados de combate às práticas anti-sindicais. De toda a sorte, ainda não fazem do Brasil um país possuidor de garantias suficientes, sob o ponto de vista estritamente formal, contra atos discriminatórios desse jaez.

Seria preciso, em primeiro lugar, segundo frisa Arion Sayão Romita, instituir, no Brasil, a ampla liberdade sindical para se poderem tipificar os delitos, em um contexto de consagração de uma disciplina ordeira de Direito Penal do Trabalho, de práticas anti-sindicais ou de entrave à ação sindical,⁹⁴ como é o caso do Direito francês, que conhece o crime de entrave à ação sindical, e do Direito italiano, que incrimina as ações anti-sindicais dos empregadores. Ainda segundo Arion Sayão Romita, o CPB de 1940, ao tipificar o crime de atentado contra a liberdade de associação, previu condutas anti-sindicais que ofendem o Estado, embora reflexamente também atinjam o trabalhador, ou seja, apresentam a organização do trabalho como o bem jurídico tutelado, cujo titular é o Estado, o que não poderia ser restringido a tal ponto em matéria de combate às práticas anti-sindicais.⁹⁵

Em que pese o longo caminho que ainda se tem que travar para que se conheça um sistema perfeito de combate às práticas anti-sindicais, o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* pode ser considerado inserido nos primeiros passos em prol de um mecanismo razoável e, até o momento, louvável, de tutela da liberdade sindical individual e coletiva. Em uma visão prospectiva importantíssima para a divulgação dos sistemas de combate às práticas anti-sindicais, o Anteprojeto permite, no Capítulo III (“Da Ação de Prevenção e Repressão à Conduta Anti-Sindical”) do Título VII (“Da Tutela Jurisdicional”), que, quando houver um comportamento anti-sindical, haja previsão de reversão judicial da atitude lesiva mediante um procedimento ágil e simplificado, uma vez que, no art. 173, sempre que o empregador (o mesmo valendo para o trabalhador e suas organizações sindicais) comportar-se de maneira a impedir ou limitar a liberdade e a atividade sindical, bem como o exercício do direito de

92 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Ob. cit., p. 430.

93 SOUZA, Zoraide Amaral de. *A associação sindical no sistema das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 211.

94 A reforma (?) trabalhista. *Revista Legislação do Trabalho (Revista LTr 66-04)*, São Paulo: LTr, v. 66, n. 4, abr., 2002, p. 401.

95 Tema: No âmbito das relações individuais do trabalho (A reforma vista pelos juristas do trabalho; V – A visão prospectiva). In: PRADO, Ney (coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?*. São Paulo: LTr, 2001, p. 250-251.

greve, o juiz do trabalho, em *decisão imediatamente executiva* (por decisão interinal e liminar ou por decisão de natureza antecipatória dos efeitos da tutela ou de natureza de tutela específica para as obrigações de fazer ou de não fazer), poderá ordenar a cessação do comportamento ilegítimo e a eliminação de seus efeitos. Ademais, o Anteprojeto prevê que possuem legitimidade concorrente para o ajuizamento da denominada ação de prevenção e/ou repressão à conduta anti-sindical a entidade sindical e o trabalhador diretamente lesionado (art. 174).

A previsão do art. 173 é consentânea com mecanismos de reparação perfeitos e que se aproximam da própria declaração da nulidade da conduta anti-sindical, que, frise-se, deve ser formulada, como pretensão, na ação de prevenção e/ou repressão à conduta anti-sindical, sob pena de se obstaculizar, ao invés de facilitar, a disposição no sentido de que o juiz do trabalho, mediante decisão eivada de eficácias prontamente executivas, possa eliminar os efeitos da anti-sindicalidade.

O *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais*, ainda, não se prende, tão-somente, todavia, às soluções perfeitas, uma vez que, em seu art. 176, apresenta mecanismo de combate às práticas anti-sindicais, agora mais voltado à prevenção do que à repressão propriamente dita (de controle da anti-sindicalidade *a posteriori*), de natureza preventiva, sancionatória e complementar, uma vez que o juiz do trabalho poderá, avaliando a gravidade da infração, eventual reincidência e a capacidade econômica do agente ativo da anti-sindicalidade, aplicar multa punitiva em valor de uma até quinhentas vezes o menor piso salarial do âmbito de representação da entidade sindical, sem prejuízo da aplicação de multa coercitiva destinada ao cumprimento de obrigação de fazer (o que poderá ser deliberado, pelo juiz, inclusive, pela concessão de tutela específica para eliminar o ato de retaliação), conforme a questão está disciplinada no art. 146 do Anteprojeto. A multa punitiva, nos termos do parágrafo único do art. 176 do Anteprojeto será executada por iniciativa do juiz e será destinada à conta da representação sindical no Fundo Solidário de Promoção Sindical (FSPS) versado nos arts. 131 e 132 do Anteprojeto.

As mesmas características da ação de prevenção e repressão à conduta anti-sindical, em seus mecanismos reparatórios perfeitos e complementares, aplicam-se para os casos de greve, segundo as disposições dos arts. 179, parágrafo único, e 180, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, do Anteprojeto, sendo que o Tribunal do Trabalho competente em matéria de greve poderá expedir, para as providências e tutelas de urgência de eliminação dos efeitos da anti-sindicalidade, carta de ordem para a execução das decisões (art. 181, parágrafo único).

CONCLUSÃO

Com o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* formatado no FNT, após os lineamentos acima expostos, o Brasil, sem dúvida alguma e em matéria de combate às práticas anti-sindicais, dá, a despeito das discussões que o Anteprojeto ensejará, um enorme salto em direção à modernidade de sua legislação de tutela dos variados aspectos da liberdade sindical e em direção à civilidade no trato das relações individuais e coletivas de trabalho.

DOUTRINA

Que os interesses políticos e oportunistas que a reforma sindical envolve não estraguem ou maculem o avanço possível que o *Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais* acarreta em matéria de práticas anti-sindicais. É que somente mediante uma legislação de sustento, como a pretendida pelo Anteprojeto, o Brasil estará promovendo sua inserção no grupo internacional que quer ver verdadeiramente respeitado e protegido o bem maior da liberdade sindical.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Condutas anti-sindicais. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho – A Justiça do Trabalho e a reforma do Poder Judiciário e outros temas*, São Paulo: LTr, ano VIII, n. 8, 2000.
- BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. *Protección contra la discriminación antisindical*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1976.
- BELTRAN, Ari Possidonio. *A autotutela nas relações do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- BOF, Jorge A. *Acciones tutelares de la libertad sindical: querrela por práctica desleal – Acción de amparo sindical – Trámite de exclusión de tutela – Acción de reinstalación – Facultades de la autoridad administrativa*. Buenos Aires: La Rocca, 1991.
- BRESCIANI, Luís Paulo; BENITES FILHO, Flávio Antonello. *Negociações tripartites na Itália e no Brasil: o acordo nacional e as câmaras setoriais*. São Paulo: LTr, 1995.
- CORTE, Nestor T. *El modelo sindical argentino: régimen legal de las asociaciones sindicales*. 2. ed. actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.
- _____. *Sindicatos en libertad sindical*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- FERRO, Horacio D. J.; VALDOVINOS, Oscar A. *Ley de asociaciones gremiales de trabajadores (Ley 22.105): análisis crítico (primera parte)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Princípios da OIT sobre o direito de greve. In: ODERO, Alberto; GERNIGON, Bernard; GUIDO, Horacio; ERMIDA URIARTE, Oscar. *A greve: o direito e a flexibilidade*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2002.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Freedom of association: digest of decisions and principles of the freedom of association committee of the governing body of the ILO*. 4th ed. (revised). Geneva: International Labour Office, 1996.
- LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998.
- NORRIS, Roberto. Condutas anti-sindicais no Brasil. In: FREDIANI, Yone; ZAINAGHI, Domingos Sávio (coords.). *Relações de direito coletivo Brasil-Itália*. São Paulo: LTr, 2004.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A liberdade sindical*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Brasília: Organização Internacional do Trabalho; São Paulo: LTr, 1994.
- PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. *O direito de greve*. Trad. Maria Stella Penteadó G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994.

D O U T R I N A

RAMOS FILHO, Wilson. O Fórum Nacional do Trabalho e o sistema sindical brasileiro: algumas críticas sobre o modelo de soluções de conflitos coletivos. In: MACHADO, Sidnei; GUNTHER, Luiz Eduardo (coords.). *Reforma trabalhista e sindical: o direito do trabalho em perspectivas – Homenagem a Edésio Franco Passos*. São Paulo: LTr, 2005.

RICHARDS, Peter. *Towards the goal of full employment: trends, obstacles and policies*. Geneva: International Labour Office, 2001.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical: direito, política, globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. No âmbito das relações individuais do trabalho. In: PRADO, Ney (coord.). *Reforma trabalhista: direito do trabalho ou direito ao trabalho?*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. A reforma (?) trabalhista. In: *Revista Legislação do Trabalho (Revista LTr 66-04)*, São Paulo: LTr, v. 66, n. 4, abr. 2002.

SADY, João José. Notas sobre a PEC da reforma sindical. Disponível em: <http://www.diap.org.br/default.asp?codigo1=6051#6051>. Acesso em: 23 abr. 2005.

SERVAIS, Jean-Michel. Anti-union discrimination in the field of employment. In: *International Labour Review*, Geneva: International Labour Office, v. 115, n. 3, May/June, 1977.

_____. *Elementos de direito internacional e comparado do trabalho*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Otavio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SIQUEIRANETO, José Francisco. *Direito do trabalho e democracia: apontamentos e pareceres*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *A associação sindical no sistema das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT: constituição da OIT – Convenções ratificadas pelo Brasil – Principais convenções não ratificadas – Anexo: Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua regulamentação social-trabalhista*. 2. ed. atual. e ampl. até 15 ago. 1998. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. *Antisindicalidad y relaciones de trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*. Madrid: Civitas, 1994.

VIANA, Márcio Túlio. A reforma sindical, entre o consenso e o dissenso. In: MANNRICH, Nelson (coord.). *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 116, ano 30, out./dez. 2004.

O NOVO MUNDO DO TRABALHO

Carlos Eduardo Mattioli*

Luiz Carlos Canêo**

O surgimento de países emergentes, como novos e eficientes competidores, decorre da mudança econômica internacional. Analisando-se as relações entre as nações, vê-se que essa mudança e o surgimento dos chamados países ou economias emergentes também foram responsáveis, na década de 80, pela transformação da ordem internacional do trabalho, implicando uma reestruturação do próprio trabalho.¹ Dentro desse contexto, o termo “globalização”, teoricamente assim denominado, no início dessa década, caracteriza um processo de integração no marco das relações de intercâmbio econômico, que conduz a uma crescente unificação de mercados nacionais e ao surgimento de um “mercado global” de bens e serviços internacionalmente negociáveis. As conseqüências econômicas, sociais e políticas desse fenômeno da economia repercutem, fortemente, sobre a concorrência que disputam os diferentes países para atrair maiores investimentos e que transformarão, profundamente, o atual cenário do trabalho. Até mesmo aqueles que aceitam o capitalismo e são favoráveis à integração econômica concordam que a globalização não pode prosseguir, a menos que as regras econômicas prestem mais atenção às questões sociais, aí incluída a questão do trabalho. Afinal, o tema da relação entre trabalho e globalização não é novo e tem se tornado mais proeminente nos últimos anos em razão do rápido crescimento econômico global, buscando assegurar aos trabalhadores uma parcela dos frutos deste crescimento (BLUESTONE e HARRISON, 2001).

* *Graduado em Engenharia Mecânica pela Universidade de Mogi das Cruzes – UMC, 1989. Especializado em Engenharia de Segurança do Trabalho pela Universidade Estadual Paulista UNESP – Campus de Bauru, 1996. Pós-Graduando em Engenharia de Produção (Cenpro) pela Universidade Estadual Paulista UNESP – Campus de Bauru. Empresário e Consultor na Área de Engenharia de Segurança do Trabalho e Meio Ambiente.*

** *Doutor em Educação. Professor do Departamento de Psicologia da Universidade Estadual Paulista – UNESP, Campus de Bauru/SP.*

1 Esta conclusão decorre da análise da transformação do próprio processo de produção ocorrida nas empresas e guarda estreita relação com a forma de divisão do trabalho. Quanto mais complexo o processo de produção, tanto mais se evidencia essa divisão em suas formas mais diversas. Essa divisão, na opinião de FARIA (2004), está classificada em três formas: 1. a divisão social do trabalho; 2. a divisão técnica; 3. a divisão internacional. A primeira compreende o trabalho executado na sociedade; a segunda implica o parcelamento dos processos inerentes à fabricação de produtos em diversas operações e a terceira incorpora elementos das anteriores, mas efetivados em termos globais, destinando a cada região um tipo ou um conjunto de atividades que, ao final, compõe o processo globalizado de produção.

Observado esse crescimento, é possível extrair-se três tipos de mudanças fundamentais no mundo do trabalho, decorrentes da globalização:

1. A flexibilidade legal, que desregulamenta o mercado de trabalho, diminuindo o custo da mão-de-obra e autorizando uma nova forma de contratação, mais versátil e de acordo com a necessidade do mercado. Neste aspecto, é importante considerar o papel exercido pelas instituições financeiras internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Essas agências exercem influência substancial na escolha dos modelos de reforma para países em desenvolvimento e, muitas vezes, o modelo imposto por elas acentua a importância do mercado e a necessidade de redução do papel do Estado na economia. Em decorrência, dão preferência a modelos que estimulam a redução do custo da mão-de-obra, a flexibilização do mercado de trabalho e o mínimo de investimentos públicos em seguridade social.²

2. O deslocamento e a distribuição de postos de trabalho entre diferentes países e uma crescente diferenciação na política migratória e na flexibilidade laboral, refletindo no custo do produto, uma vez que as grandes empresas – as chamadas “transnacionais” – caracterizam-se por fazer uso de mão-de-obra em todo o mundo e, muitas vezes, praticam o chamado *dumping* social. Não se pode deixar de registrar o exemplo da ameaça das empresas transnacionais em fechar ou transferir seus centros produtivos, caso alguns padrões mínimos não se convertam em garantias globais. Uma situação como essa pode resultar em um aumento desenfreado do poder das empresas transnacionais em impor condições e, ao mesmo tempo, um avanço muito lento de qualquer esforço para diminuir as violações de outras normas. Segundo Bosco (2003), essa internacionalização dos ciclos produtivos tem como resultado imediato o fluxo internacional de capitais.

Mas isto não é só. As empresas transnacionais também são responsáveis pela imposição de uma cultura global através dos chamados “códigos de conduta”. Ao contrário de outros mecanismos condicionantes do comércio e da política regional, os códigos de conduta afetam os trabalhadores diretamente, nas empresas que os adotam. Neste sentido, as empresas geram uma nova cultura – a da responsabilidade social –, responsáveis pela formatação de padrões de emprego e direitos humanos no trabalho, trabalhando, quase sempre, em cooperação com instituições externas ao mercado de trabalho (MATTIOLI, 2003).

3. As reformas políticas e as necessidades econômicas atuais, que cristalizam os seguintes aspectos: a) múltiplas formas de empregos alternativos, cujas características se resumem na criação de *part-time jobs* e contratos por prazos determinados,

2 Aqueles que defendem a idéia de uma dimensão social no âmbito econômico, obviamente, discordam desta visão dominante. Apreçoam a necessidade de se repensar o próprio conceito de desenvolvimento e a reorientação das estratégias de crescimento global. Os críticos apontam, ainda, que as conseqüências deste pensamento dominante levam ao desemprego, ao empobrecimento e às desigualdades na distribuição de renda.

como medidas de solução do desemprego;³ b) necessidade de fixação de um leque mínimo de direitos laborais, no âmbito internacional a ser respeitado pelos países, já que, agora, as ações tomadas no âmbito estritamente nacional são insuficientes para manter os padrões existentes e assegurar ao trabalhador uma justa distribuição dos frutos da integração econômica.

Além dessas conseqüências substanciais, decorrentes da globalização e na esfera do trabalho, uma outra, possivelmente uma das mais significativas, será o deslocamento do poder de decisão econômico a grupos de empresas internacionais. Uma característica inarredável é o recente estudo das “transnacionais” que, com sua forte independência, apresentam estruturas produtivas e organizativas distintas e cujo propósito é facilitar o intercâmbio flexível de bens e serviços entre regiões distintas.

A toda evidência, isto acarreta significativa repercussão no mundo do trabalho, na medida em que permite às empresas transnacionais o traslado seletivo de suas atividades para localidades que ofereçam condições impositivas e financeiras mais vantajosas com normas de meio ambiente menos restritas e com custos laborais e sociais mais baixos. É exatamente neste ponto que os empregos sofrem uma exposição muito maior, diante da concorrência internacional para atrair capital e empresas e pelas quais se verifica, no exterior, o fenômeno da “terceirização” ou da “subcontratação” dos processos produtivos.

Na verdade, busca-se, dentro da relação trabalho e globalização, levar-se em conta, sempre, o plano econômico. Em geral, sustenta-se que são as transformações econômicas que deram origem às novas formas de trabalho e a um novo modelo de relações do trabalho. Essa conclusão é facilmente comprovada em todos os processos de integração econômica regional. A economia é a mola propulsora da integração. Posteriormente, é que se fala de uma “dimensão social” deste processo, tendo como objetivo o trabalhador. Na União Européia, por exemplo, a dimensão social faz uma modesta aparição com o acordo sobre a política social, anexado ao Tratado de Maastricht (1992). Capítulos sociais também vêm sendo inseridos nos acordos de integração econômica regionais, como o Mercosul e o NAFTA. Segundo o Sistema Geral de Preferências dos Estados Unidos, por exemplo, benefícios comerciais podem ser suspensos em casos que envolvam a utilização de mão-de-obra escrava ou infantil. Em decorrência, há um apimentado debate sobre a profundidade desta vinculação entre trabalho e globalização, se entendida esta somente como um processo de integração econômica, que se exprime na relação trabalho e comércio, gerando, até mesmo, as conhecidas “cláusulas sociais” nos acordos e tratados de comércio internacional⁴ (PERULLI, 1999).

3 Restrições nos modelos de contratação, particularmente as limitações nos contratos por prazo determinado e em *part-time*, reduzem a flexibilidade das empresas em usar o trabalho de forma eficiente. Essas restrições contratuais são comuns nos países latino americanos (GUASH, 1999).

4 O debate acerca destas chamadas “cláusulas sociais” pressupõe o reconhecimento de padrões mínimos de trabalhos, reconhecidos internacionalmente, cuja proposta – concretizada na Declaração de Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, em 1998, pela Organização Internacional do Tra-

DOCTRINA

Vê-se, portanto, que a globalização atinge o mundo do trabalho nos seus diferentes aspectos, criando novas relações entre trabalhadores e empresas, empresas e governos e até mesmo entre países. Nesta esteira, permite-se sustentar, como já mencionado, que a mais significativa mudança gerada pela globalização é o deslocamento dos centros de poder de decisão,⁵ sempre relacionados aos governos e que, atualmente e cada vez mais, passam para as mãos das empresas transnacionais, associando-se o poder político ao poder econômico, uma vez que muitas destas empresas, sozinhas, são responsáveis por faturamentos superiores ao PIB de muitos países.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASU, Kaushik; HORN, Henrik; ROMÁN, Lisa; SHAPIRO, Judith. *International labor standards*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

BLUESTONE, Barry; HARRISON, Bennett. *Growing prosperity: the battle for growth with equity in the 21st century*. Los Angeles: University of California Press, 2001.

BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta?* Curitiba: Juruá, 2003.

FARIA, José Henrique de. *Economia política do poder: fundamentos*. Curitiba: Juruá, v. 1, 2004.

GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASH, J. Luis. *Labor market reform and job creation: the unfinished agenda in Latin American and Caribbean countries*. Washington, D.C.: The World Bank, 1999.

MATTIOLI, Maria Cristina. Responsabilidade social e legal das empresas transnacionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: TST, dez. 2003.

PERULLI, Adalberto. *Diritto del lavoro e globalizzazione: clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*. Padova: Cedam, 1999.

balho – também já foi objeto de políticas globais contemporâneas (BASU, HORN, ROMÁN e SHAPIRO, 2003).

5 A substância ou índole de uma nova época histórica é resultante de variações internas – do homem e seu espírito – ou externas – formais e como se fossem mecânicas. Entre estas últimas, a mais importante, quase sem dúvida, é o deslocamento do poder, que vai levar à seguinte indagação: “Quem manda no mundo?” (GASSET, 2002).

CONSÓRCIO DE EMPREGADORES EM MEIO URBANO: POSSIBILIDADE ANALÓGICA E EQÜITATIVA

Walter Wiliam Ripper*

INTRODUÇÃO

O presente estudo não tem a finalidade de esgotar o tema “consórcio de empregadores rurais”, tampouco o “consórcio de empregadores em meio urbano”. O que se pretende é a conjecturação da positivação do primeiro com a análise da possibilidade – em órbita da teoria geral do direito – da aplicabilidade analógica e eqüitativa da legislação em vigor, para a sustentação jurídica do segundo.

Com o fito de melhor exposição da presente pesquisa, optamos por discorrer acerca de aspectos gerais do “consórcio de empregadores rurais”, bem como do “consórcio de empregadores em meio urbano”, sobretudo dos seus fundamentos e das suas vantagens – resguardada como finalidade principal da pesquisa acima narrada.

CONSÓRCIO DE EMPREGADORES RURAIS

A maioria dos trabalhadores rurais está abduzida de qualquer proteção legal. As relações de trabalho, em grande parte, são informais. Os trabalhadores sem registro em carteira de trabalho não têm qualquer garantia aos direitos fundamentais. “Também, a sociedade perde, pelo fato de que esses trabalhadores, sem qualquer amparo previdenciário e, sem acesso à aposentadoria, engrossam a sofrida classe de miseráveis”.¹

Sérgio Pinto Martins² e Maurício Mazur³ apontam a origem do *consórcio de empregadores rurais* no Paraná, especificamente na cidade de Rolândia. Em razão de pequenos produtores rurais necessitarem de mão-de-obra apenas

* Advogado em São Paulo. Professor Universitário das Disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Professor Responsável pelo Núcleo do Departamento de Direito do Trabalho da Universidade Nove de Julho. Pós-graduado em Direito Processual Civil e Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.

1 MAIA, Edna Ferreira. *Consórcio de empregadores rurais: aspectos sociais, econômicos e jurídicos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002, fl. 60.

2 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 215.

3 MAZUR, Maurício. Consórcio de empregadores rurais: a mais nova forma de contratação de trabalho rural. Apud CALVET, Otávio. *Consórcio de empregadores urbanos: uma realidade possível: redução de custos e do desemprego*. São Paulo: LTr, 2002, p. 25.

intermitente, a cooperativa dos produtores rurais assinou termo de ajuste de conduta com o Ministério Público do Trabalho para usarem, em 1997, apenas seus próprios trabalhadores para a colheita de cana.

Os produtores de Rolândia obtiveram liminar na justiça, permitindo que conseguissem matrícula coletiva no INSS, entendendo-se, assim, que o consórcio era uma “nova empresa”. O juiz afirmou que não existia o ânimo de ser sócio – *affectio societatis* – e não havia prova da formação da sociedade.⁴

O consórcio de empregadores rurais veio a satisfazer a busca de alternativas de contratação no meio rural, objetivando aliar a legalidade à facilidade de contratação, sobretudo diante da necessidade da formalização do trabalho no campo para suprir as exigências da mão-de-obra dos pequenos produtores rurais, onde o trabalho é reivindicado apenas em parte do dia ou da semana, e que a contratação unipessoal torna-se incompatível, ante o elevado custo.

Como bem explicita Ricardo Tadeu Marques da Fonseca,⁵ após dificuldades iniciais em razão de entendimento do INSS de que o consórcio não era legalmente permitido, a questão foi superada após intensos debates travados pelo Poder Judiciário, Ministério Público, Previdência Social e representantes de categorias profissionais.

Essa superação se exteriorizou com a positivação da matéria, substancialmente através da Circular nº 56/99 do Ministério da Previdência e Assistência Social, da Portaria nº 1.964, de 19 de dezembro de 1999, do Ministério do Estado e do Emprego e da Lei nº 10.256, de 9 de julho de 2001, que alterou a Lei nº 8.212/91, acrescentando o art. 25-A.

EFETIVIDADE ATUAL DO CONSÓRCIO DE EMPREGADORES RURAIS

Imprescindível a análise prévia da figura do instituto tratado em correlação com o *condomínio*, com o *consórcio* do Direito Comercial e com a *sociedade de fato*.

Incorreta a consideração do consórcio de empregadores como mero *condomínio*, já que esse pressupõe co-propriedade ou a existência de propriedade em comum. No consórcio, não há necessidade de que os empregadores tenham propriedade em comum. Geralmente os produtores têm, cada um, propriedade individualizada, e não há área em comum.

Segundo o § 1º do art. 278 da Lei nº 6.404/76, não tem o consórcio comercial personalidade jurídica, e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., mesma página.

5 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Consórcio de empregadores: uma alternativa imediata para a empregabilidade. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano X, n. 19, mar./2000.

D O U T R I N A

O consórcio de empregadores, previsto na Portaria nº 1.964, não corresponde ao consórcio de Direito Comercial, em razão de que a formação é de pessoas físicas e não de pessoas jurídicas, que apenas têm uma iniciativa em comum.

O Direito Comercial alberga o *consórcio* no art. 278 da Lei nº 6.404/76, que estabelece que as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento. Indica, portanto, a reunião de empresas ou de interesses para um fim comum.

A invocação à *sociedade de fato* também não se coaduna com o consórcio de empregadores. Fábio Ulhoa Coelho afirma que as sociedades irregulares ou “de fato” são aquelas sociedades sem registro do seu ato constitutivo (contrato social ou estatuto), pois o registro da sociedade deve ser feito na junta comercial, anteriormente ao início das atividades sociais.⁶

Como já descrito anteriormente, no consórcio de empregadores, carece a figura do *affectio societatis*, o que exclui o enquadramento na concepção de *sociedade de fato*.

Interessa lembrar a lição de Otávio Calvet, no sentido de que “cada empregador integrante do consórcio mantém sua atividade econômica paralela, podendo até mesmo ser concorrente de outros empregadores participantes do mesmo grupo, desde que o mercado na localidade e a mentalidade dos interessados assim permita ...”.⁷

A matéria, inicialmente regulamentada pela Portaria nº 1.964/99 do Ministério do Estado e do Emprego, editou a Lei nº 10.256/01, que alterou a Lei nº 8.212/91.

A Lei nº 10.256/01 equiparou o empregador rural (pessoa “física”) ao consórcio simplificado de produtores rurais. Esse consórcio é formado pela união de produtores rurais como pessoas “físicas”, os quais outorgam a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores, exclusivamente, em âmbito dos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos (art. 25-A).

O documento de que trata o art. 25-A deverá conter a identificação de cada produtor, seu endereço pessoal e o de sua propriedade rural, bem como o respectivo registro no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA – ou informações relativas à parceria, arrendamento ou equivalente, e a matrícula no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – de cada um dos produtores rurais (§ 1º, art. 25-A).

Determina a Portaria nº 1.964 um que auditor-fiscal identifique os empregados rurais diretos e os contratados por “consórcio de empregadores rurais”, devendo, a respeito desses, solicitar os seguintes documentos:

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 112.

7 CALVET, Otávio. *Consórcio de empregadores urbanos: uma realidade possível: redução de custos e do desemprego*. São Paulo: LTr, 2002, p. 31.

D O U T R I N A

- a) matrícula coletiva – CEI (Cadastro Específico do INSS) – deferida pelo INSS;
- b) pacto de solidariedade, consoante previsto no art. 265 do Código Civil, devidamente registrado em cartório;
- c) documentos relativos à administração do consórcio, inclusive de outorga de poderes pelos produtores a um deles ou a um gerente/administrador para contratar e gerir a mão-de-obra a ser utilizada nas propriedades integrantes do grupo;
- d) livro, ficha ou sistema eletrônico de registro de empregados;
- e) demais documentos necessários à atuação fiscal.

A solidariedade não se presume, decorre de lei ou da vontade das partes (art. 296, do CC). No pacto de solidariedade, no qual os consorciados se responsabilizam solidariamente pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias decorrentes das contratações de trabalhadores comuns, deverá constar a identificação de todos os consorciados com nome completo, CPF, documento de identidade, matrícula CEI individual, endereço e domicílio, além do endereço das propriedades rurais onde os trabalhadores exercerão atividades (§ 2º do art. 3º da Portaria nº 1.964).

Os consorciados indicam um gerente, que irá administrar a colocação dos trabalhadores. Deverá o consórcio, ainda, indicar sua sede para que possa ser citado das reclamações e/ou ações contra o consórcio.

O consórcio de empregadores em meio rural não é garantia de extermínio das vastas fraudes que ocorrem no trabalho do campo, porém veio a suprir grande informalidade de trabalho, viabilizando a contratação por custos menos relevantes e responsabilidades solidárias para os empregadores, garantindo todos os direitos trabalhistas aos empregados e conferindo ao Estado os recolhimentos previdenciários e fiscais.

APLICAÇÃO DE NORMA POR ANALOGIA

Faz-se necessária a busca de fundamentos na teoria geral do direito para aplicação das leis. Investigamos neste estudo fundamentos para a aplicação em meio urbano da legislação especial dos empregados rurais, sobretudo do consórcio de empregadores rurais.

Inevitável, antes de qualquer análise aprofundada, estabelecermos a diferenciação, sobretudo para o caso específico, da aplicação *analógica* e da *interpretação extensiva*.

Isso porque a analogia, embora exerça um papel já realçado pelos mestres da Escola da Exegese, mas que cresce dia a dia em importância prática,⁸ tem atuação

8 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296.

a partir da lacuna da lei, isto é, objetiva-se a aplicação do processo analógico seguido de um “vazio semântico”⁹ deixado pela lei.

Doutro lado, embora o liame de diferenciação seja tênue, a *interpretação extensiva* deve ser considerada a partir da preexistência da norma legal, porém, discutida a sua aplicação ao caso, através de uma extensão da interpretação dessa norma já existente.

Das lições de Miguel Reale,¹⁰ extraímos entendimento idêntico. O jusfilósofo aponta uma diferença não-qualitativa, mas de grau ou do momento de processo de integração sistemática, entre a *analogia* e a *interpretação extensiva*. Ele continua seu ensinamento estabelecendo essa distinção da seguinte forma:

“... podemos dizer que o pressuposto do processo analógico é a existência reconhecida de uma lacuna na lei. Na interpretação extensiva, ao contrário, parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz. É a razão pela qual se diz que entre um e outro há um grau a mais na amplitude do processo integrativo.”¹¹

Tercio Sampaio Ferraz Júnior alerta para o “cuidado especial” com a distinção da *interpretação extensiva* e a interpretação por *analogia*. A primeira estaria limitada a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava ali contido, que apenas não havia sido especificado pelo legislador. Na segunda, o intérprete aplica uma norma específica a um caso para o qual não havia preceito legal, admitindo-se uma semelhança entre os casos.¹²

Doutro lado, bem pondera Maria Helena Diniz quando observa que “há na analogia uma investigação lógica, no sentido de buscar a verdade de uma igualdade, e teleológica-axiológica, no sentido de representar a justiça na igualdade...”.¹³ Deveras interessante a ressalva da autora, sobretudo porque culmina na representação da justiça na igualdade. Clara, com efeito, a correlação da igualdade de aplicação de normas especiais (consórcio de empregadores rurais) a situações idênticas de caráter geral (consórcio de empregadores urbanos), garantindo a justiça social e a igualdade.

Evidente, portanto, que, ao pretendermos a aplicação em meio urbano da legislação ruralista do consórcio de empregadores, devemos nos valer da *interpretação por analogia*, sobretudo porque partimos da aplicação de uma norma específica ao geral (meio urbano) e por estarmos diante, certamente, de semelhança de casos – tratando-se de empregados e empregadores, independentemente do meio em que se encontram.

9 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 77.

10 *Lições preliminares de direito*, p. 297.

11 *Ibidem*, p. 297.

12 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 297.

13 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 147.

É perfeitamente possível e viável a aplicação analógica de dispositivo de lei especial em caráter geral, desde que não sejam violados nesse enlace os princípios e direitos fundamentais. A interpretação analógica, em especial a aplicação de lei por analogia, deve ocorrer na lacuna da lei, objetivando a busca da *equidade* para que em situações semelhantes haja o acompanhamento do Direito à evolução da sociedade.

Devemos notar que o surgimento da positivação das normas é impulsionado pelos fatos sociais. Evidente que a norma positivada está sempre atrasada, ainda que momentaneamente, frente à realidade social. É expressiva e necessária, com efeito, a aplicação de normas por analogia, para que se conceda à sociedade o necessário acobertamento no período de vácuo ou lacuna da positivação normativa.

COMPLEMENTAÇÃO EQUITATIVA DA APLICAÇÃO DA NORMA

Iniciamos com as sábias palavras de Vicente Rao:

“É na aplicação do direito que a equidade assume papel mais relevante, não só para determinar a solução mais benigna, senão também para provocar o tratamento igual dos casos iguais e desigual dos casos desiguais, o que importa a apuração prévia de todas as condições pessoais e reais das relações de fato.”¹⁴

Falamos aqui de *equidade* não no sentido de apreciação do juiz ao caso específico, nem da definição de Aristóteles como justiça do caso concreto, até porque há extrema limitação do julgamento por equidade em nosso ordenamento jurídico, estampado pelo art. 127 do Código de Processo Civil.¹⁵ Falamos sim de *equidade* como forma de integração à sociedade de normas não necessariamente ainda positivadas, mas que trarão justiça, paz social e atendimento às necessidades econômicas e sociais da comunidade.

Como bem alinha Tercio Sampaio Ferraz Júnior, “a equidade se detém de conjunturas alinhadas que resultam de um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa”.¹⁶ O autor afiança, em outra obra de sua autoria, como complementação dessa linha de raciocínio, que o equitativo “é o justo independente da lei escrita, é uma feliz retificação do justo estritamente legal”.¹⁷

Dentro dessa visão equitativa, tratamos aqui da extensão da aplicação analógica, constituindo, assim, sua exteriorização e satisfação plena na justiça social.

14 RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 552.

15 “Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

16 Op. cit., p. 248.

17 *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 204.

DOCTRINA

Bem pondera Miguel Reale que há casos em que é necessário o abrandamento do texto através da equidade, que vem a ser, nesse entrementes, “a justiça amoldada à especificidade de uma situação real”.¹⁸

Maria Helena Diniz especifica equidade de forma interessante e correlacionada à interpretação na qual pretendemos conferir à equidade, para apresentação e sua sustentação como fundamento de aplicação análoga de norma especial. Assevera a autora que o termo *equidade* não é unívoco, pois não se aplica a uma única realidade, tampouco equívoco, já que não designa duas ou mais realidades desconexas, mas sim análogo, pois se refere a realidades conexas ou relacionadas entre si.¹⁹

Tem-se, com efeito, por evidência do estudo deste instituto, diante da ótica acima estabelecida, que a suplementação da aplicação analógica se complementa pela adaptação do texto legal análogo a uma situação de equidade social, com o escopo de satisfazer interesses benéficos e maiores do que a situação estreita contida na norma.

CONSÓRCIO DE EMPREGADORES NO MEIO URBANO

Após o estudo analítico da teoria geral do direito, voltada especificamente à interpretação e aplicação da norma especial para o caráter geral, podemos, então, encontrar fundamentos viáveis para a implementação da modalidade de consórcio de trabalhadores em meio urbano.

Primeiramente devemos destacar que não há impedimento legal algum para a implantação do consórcio de empregadores em meio urbano. Expressão perfeita, portanto, do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), que proclama que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Partindo-se, portanto, da preexistência de norma especial regulando a matéria, da ausência de proibição ou vedação legal, da não-contrariedade aos princípios e direitos fundamentais, da busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF), da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF), da garantia a todos os direitos dos trabalhadores, e, havendo manifestação de vontade específica, nada impede que uma pluralidade de interessados, independentes, possa reunir-se com um interesse em comum, qual seja: contratação de mão-de-obra subordinada, através do consórcio de empregadores.

Miguel Reale, ao descrever as espécies de modelos jurídicos, classifica, entre outros, os “modelos jurídicos negociais”, os quais dizem respeito ao “acordo de vontades, do livre e sempre aberto jogo das iniciativas individuais”.²⁰

18 Op. cit., p. 299.

19 Op. cit., p. 242.

20 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 73.

DOUTRINA

O modelo proposto pelo jusfilósofo reconhece a autonomia da vontade como fonte geradora de regras de direito e é, portanto, de extrema significância para a aplicação do consórcio de empregadores em meio urbano. Independentemente da posituação especial aos rurais, ante a não-proibição legal à aplicação em meio urbano, há possibilidade da negociação individual ou até mesmo coletiva para a criação do consórcio de empregadores em meio urbano e a contratação de empregados por meio desse consórcio.

Há, em nosso ordenamento jurídico especial, um modelo já regulamentado de “consórcio de empregados rurais”, cujas vantagens com sua implementação são consideráveis. Referidos benefícios justificam, sobremaneira, a aplicação analógica e equitativa do ponto de vista acima narrado, ainda mais quando pensamos em *analogia e equidade* no sentido de aplicação da norma ou da justiça à necessidade da sociedade, por um instituto lícito, eficaz e vantajoso.

Amauri Mascaro do Nascimento destaca quatro vantagens no consórcio: a) a formação dos vínculos de trabalho, b) a maior proteção do trabalhador, c) a continuidade da relação de trabalho quando contratada sob a forma de emprego, d) a garantia dos mesmos direitos trabalhistas previstos pela legislação para o empregado.²¹

Otávio Calvet,²² em obra específica da aplicação do consórcio de empregadores no meio urbano, acrescenta o leque de benefícios da instalação desse instituto, afirmando também: a) redução de custos para os empregadores, que poderão ratear as despesas com os empregados e utilizá-los de acordo com sua estrita necessidade; b) diminuição do impacto financeiro das rescisões; c) otimização da gestão de mão-de-obra; d) incentivo à realização de parcerias; e) eliminação do trabalho eventual com incremento de contratações duradouras; f) possibilidade de o empregado responsabilizar mais de uma empresa para a cobrança dos seus créditos trabalhistas; g) aumento das categorias de trabalhadores.

Maria Helena Diniz bem pondera que “o processo analógico consiste em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato-tipo por ela previsto”.²³

Evidente que os empregadores urbanos possuem semelhança com empregadores rurais, quanto mais à necessidade de implementação em meio urbano do consórcio de empregadores (“fato-tipo”), viabilizando futuras contratações, das quais serão extraídas e exteriorizadas as vantagens acima narradas.

As vantagens do consórcio de empregadores justificam, destarte, a aplicação analógica e equitativa da estruturação legal rural, para adequação de toda sociedade

21 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 619.

22 CALVET, Otávio. *Consórcio de empregadores urbanos: uma realidade possível: redução de custos e do desemprego*. São Paulo: LTr, 2002, p. 35-36

23 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

a essas inúmeras vantagens, as quais não trazem nenhum prejuízo aos empregadores, aos empregados e ao Estado.

O Direito deve acompanhar as necessidades da sociedade. Simplistas e retrógrados, *data venia*, são aqueles que interpretam as normas restritivamente e privilegiam o positivismo à analogia, à equidade, aos princípios gerais do direito, até mesmo às formas de interpretações legais e à justiça social de adequação do Direito à evolução da humanidade.

Em estudo do tema, podemos analisar que grandes autores têm se posicionado a favor da implementação do consórcio de empregadores em meio urbano. Interessante a posição de Maurício Godinho Delgado sobre o tema:

“Não há qualquer razão para se considerar circunscrita a idéia do consórcio de empregadores exclusivamente à área rural. Onde quer que haja necessidade diversificada de força de trabalho, na cidade e no campo, com descontinuidade diferenciada na prestação laborativa, segundo as exigências de cada tomador de serviços, pode o consórcio de empregadores surgir como solução jurídica eficaz, ágil e socialmente equânime.”²⁴

A propósito disso e como complementação de ampliação do instituto, podemos considerar, inclusive, a possibilidade de *consórcio de empregadores domésticos*. Seria resolvida, *v.g.*, a grave informalidade que impera no setor, possibilitando aos empregados domésticos – em especial os diaristas – serem efetivamente registrados e entrarem para a formalidade. Viabilizaria aos empregadores, através desse consórcio, manterem registrados os trabalhadores domésticos, posto que seriam rateados os custos inerentes à contratação formal e da manutenção do contrato, bem como a responsabilidade por eventual indenização referente a essa contratação – desde que pactuada – seria solidária para todos os consorciados.

Assim, podemos avaliar que a mesma empregada diarista que trabalhava na informalidade para três empregadores domésticos – dois dias por semana a cada um – possa passar à formalidade. Todos ganham com isso, inclusive o Estado.

Claro está, portanto, a possibilidade da aplicação analógica e equitativa da legislação de consórcio de empregadores rurais à implementação do instituto em meio urbano.

FUNDAMENTOS LEGAIS DO CONSÓRCIO EM MEIO URBANO

Muito embora o objeto principal do estudo seja a aplicação analógica da lei especial, importante ponderar os fundamentos jurídicos para a implementação do consórcio de empregadores de forma imediata.

24 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 427.

Ao adentrar no presente estudo, não podemos deixar de citar a pesquisa realizada por Otávio Calvet,²⁵ que apresenta sete fundamentos legais para implementação do instituto, sendo eles: 1) inexistência de óbice legal – art. 5º, II, da CF; 2) compatibilidade com o modelo tradicional ante a despersonalização da figura do empregador; 3) viabilidade da busca do pleno emprego – art. 170, VIII, da CF; 4, valorização do trabalho humano – art. 170, *caput*, da CF; 5) incrementação do valor social do trabalho – art. 1º da CF; 6) incrementação do bem-estar e a justiça social – art. 193 da CF; e 7) aplicação analógica do art. 25-A da Lei nº 8.212/91.

Acrescentamos, ainda, como fundamento legal o *princípio da igualdade*, esboçado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, isso porque não há justificativa legal, social ou econômica que aprove a desigualdade de tratamento entre o empregador rural e o urbano na possibilidade de criação de consórcio de empregadores.

Alguns dos fundamentos legais, em que se debruça o autor, já tratamos em capítulos anteriores, em especial a aplicação analógica do art. 25-A da Lei nº 8.212/91. Mas certo é, como principal fundamento legal, a ausência de impeditivo normativo. Portanto, diante do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), debruçamo-nos na viabilidade da criação do instituto por ausência de proibição legal.

Em uma visão humanista, é evidente que constituem fundamentos constitucionais para a permissão de formação de consórcio de empregadores em meio urbano, também, a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF), a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF), a elevação do valor social do trabalho (art. 1º, CF) e o incremento do bem-estar e da justiça social (art. 193, CF).

CONCLUSÃO

A ausência de regulamentação específica para o consórcio de empregadores em meio urbano não restringe o instituto ao campo. Isso porque, através da busca de fundamentos na teoria geral do direito, encontramos fundamentos e demonstramos a possibilidade de aplicação analógica e equitativa da legislação rural ao meio urbano.

A fundamentação se alicerça na aplicação da lei especial por *analogia*, substancialmente quando exteriorizada pela lacuna legal, objetivando a busca da *eqüidade* (no sentido exposto ao longo da pesquisa), para que em situações semelhantes haja o acompanhamento do Direito à evolução da sociedade.

Demonstramos, inclusive, acerca do consórcio de empregadores em sentido amplo, inequívocos benefícios ao empregado, aos empregadores e ao próprio Estado (econômicos e sociais). Além do mais, inexistente proibição legal específica para sua implementação em meio urbano, inclusive aos empregados domésticos. E mais ainda, há inúmeros fundamentos legais – demonstrados – que justificam a aplicação analógica e equitativa da legislação rural.

25 Op. cit., p. 31-34.

D O U T R I N A

O Direito deve acompanhar a evolução das relações sociais, sobretudo, para resguardar benefícios à coletividade, devendo, por obrigação, viabilizar a aplicação analógica e eqüitativa de normas preexistentes a casos semelhantes, como são os institutos em epígrafe, quanto mais, durante o vazio legal gerado pela ausência, ainda que momentânea, da positivação da questão aludida.

O Direito é dinâmico, e suas normas devem ser aplicadas sob a visão filosófica *realista* – trazendo a razão à realidade. É a aplicação inteligente da norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- CALVET, Otávio. *Consórcio de empregadores urbanos: uma realidade possível: redução de custos e do desemprego*. São Paulo: LTr, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Consórcio de empregadores: uma alternativa imediata para a empregabilidade. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano X, n. 19, mar. 2000.
- MAIA, Edna Ferreira. Consórcio de empregadores rurais: aspectos sociais, econômicos e jurídicos. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROMOVER AÇÃO DE EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO DE CRÉDITO – DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Roberto de Almeida Mesquita*

Por força das inovações introduzidas no art. 114 da Constituição Federal pela Emenda nº 45/04, não propicia mais discussão a afirmativa de que a solução judicial das controvérsias decorrentes dos contratos de prestação de serviços celebrados com os profissionais liberais (médicos, advogados, engenheiros etc.) é, agora, da competência da Justiça Especial Trabalhista. O mesmo se diga em relação à solução judicial das desavenças que tenham a sua origem em contratos de representação comercial, quando, obviamente, o representante for pessoa física. A Justiça do Trabalho também adquiriu competência para apreciar os litígios que envolvam profissionais que prestam serviços de natureza eventual.

Dentro desse contexto, a Emenda Constitucional nº 45/04 acabou por atribuir competência à Justiça do Trabalho para julgar, também, ações de execução fundadas em Títulos de Crédito instituídos pela Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968 (Lei de Duplicatas), mais precisamente aqueles denominados *duplicatas de prestação de serviços* (também conhecida por “fatura de serviços” ou “conta de serviços”).

O Título de Crédito em evidência está discriminado no art. 20 da Lei nº 5.474/68, tendo sido estendido aos profissionais liberais e aos profissionais que prestam serviços de natureza eventual em face de permissivo expreso constante do art. 22 da mesma lei referida, *in verbis*:

“Art. 20. As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta lei, emitir fatura e duplicata.

§ 1º A fatura deverá discriminar a natureza dos serviços prestados.

§ 2º A soma a pagar em dinheiro corresponderá ao preço dos serviços prestados.

§ 3º Aplicam-se à fatura e à duplicata ou triplicata de prestação de serviços, com as adaptações cabíveis, as disposições referentes à fatura e à duplicata ou triplicata de venda mercantil, constituindo documento hábil, para transcrição do instrumento de protesto, qualquer documento que

* Analista Judiciário. Assessor de Juiz do TRT/10ª Região.

comprove a efetiva prestação dos serviços e o vínculo contratual que a autorizou.” (Parágrafo incluído pelo Decreto-Lei nº 436, de 27.01.1969)

“Art. 22. Equiparam-se às entidades constantes do art. 20, para os efeitos da presente lei, ressalvado o disposto no Capítulo VI, os profissionais liberais e os que prestam serviço de natureza eventual, desde que o valor do serviço ultrapasse a NCr\$ 100,00 (cem cruzeiros novos).

§ 1º Nos casos deste artigo, o credor enviará ao devedor fatura ou conta que mencione a natureza e valor dos serviços prestados, data e local do pagamento e o vínculo contratual que deu origem aos serviços executados.

§ 2º Registrada a fatura ou conta no Cartório de Títulos e Documentos, será ela remetida ao devedor, com as cautelas constantes do art. 6º.

§ 3º O não pagamento da fatura ou conta no prazo nela fixado autorizará o credor a levá-la a protesto, valendo, na ausência do original, certidão do cartório competente.

§ 4º O instrumento do protesto, elaborado com as cautelas do art. 14, discriminando a fatura ou conta original ou a certidão do Cartório de Títulos e Documentos, autorizará o ajuizamento do competente processo de execução na forma prescrita nesta lei.” (Redação dada pela Lei nº 6.458, de 01.11.1977)

Os mesmos dispositivos legais acima transcritos se aplicam aos representantes comerciais – pessoa física, por força de previsão constante da norma legal que disciplina as atividades desses profissionais autônomos – Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965 –, que assim dispõe:

“Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º É facultado ao representante comercial emitir títulos de crédito para cobrança de comissões.”

Segundo se depreende da leitura atenta do art. 20 c/c o art. 22, ambos da Lei nº 5.474/68, as *duplicatas de prestação de serviço* são títulos de crédito que seguem regime jurídico igual ao das duplicatas mercantis, distinguindo-se, por óbvio, pelo fato de que aquelas têm por causa de emissão a prestação de serviços e estas, a compra e venda mercantil.

Alguns títulos de crédito são dotados de certos requisitos específicos, dentre os quais se destacam aqueles denominados pela doutrina de “independência” e “abstração”. Por esses requisitos implica dizer que os títulos de crédito bastam em si mesmos, ou seja, não se ligam ao ato originário que lhes deram causa de existência.

Poderíamos, partindo de uma análise mais apressada, enxergar nos requisitos da “independência” e da “abstração” empecilho para o deslocamento da competência em questão. Isso porque, estando a *duplicata de prestação de serviços* desvinculada das vendas realizadas pelo representante comercial, dos serviços eventuais prestados

por qualquer profissional ou dos serviços prestados pelo profissional liberal, não haveria como enquadrar a situação à literalidade do inciso I do art. 114 da Constituição Federal.

Entretanto, conforme já destacado acima, os requisitos da “abstração” e da “independência” não são inerentes a todos os títulos de crédito. A “independência” e a “abstração” podem ser claramente visualizadas, por exemplo, na letra de câmbio, pois se trata de um título que representa apenas o crédito nele consignado, o que equivale a dizer que este crédito é a verdadeira e única causa econômica da sua existência.

Por outro lado, a “abstração” e a “independência” não estão presentes na *duplica de prestação de serviços* por força, inclusive, das disposições legais que lhes são próprias, já transcritas acima, e que exigem que na cártula seja mencionado a natureza e o valor dos serviços prestados e, principalmente, o vínculo contratual que deu origem aos serviços executados (§ 1º do art. 22 da Lei nº 5.474/68). Tal exigência implica no fato de que deve ser expressamente consignado na cártula a causa específica que lhe deu origem ao crédito nela retratado, à qual o credor e o devedor ficarão vinculados.

Existe, todavia, um fenômeno que tem o condão de, em se tratando de ações fundadas em *duplicatas de prestação de serviços*, restringir a competência da Justiça do Trabalho a determinada situação.

É que, como se sabe, os títulos de crédito são passíveis de circulação. Isso quer dizer que o crédito retratado no título pode ser transferido de uma pessoa para outra, que, por sua vez, pode transferi-lo a outra, assim por diante.

A *duplica de prestação de serviços*, ostentando a qualidade de título de crédito “à ordem”, ou seja, sendo um título emitido em favor de uma pessoa determinada, circula por intermédio de endosso, ato cambiário que opera a transferência do crédito nela espelhado.

Ocorre, entretanto, que a circulação de um título de crédito acarreta efeitos na órbita social e, também, no âmbito da segurança das relações jurídicas, conforme bem ressaltado pelo Professor Rubens Requião, *in verbis*:

“O interesse social visa, no terreno do crédito, a proporcionar ampla circulação dos títulos de crédito, dando aos terceiros de boa fé plena garantia e segurança na sua aquisição. É necessário, que na circulação do título, aquele que o adquiriu, mas que não conheceu ou participou da relação fundamental ou da relação anterior que ao mesmo deu nascimento ou circulação, fique assegurado de que nenhuma surpresa lhe venha perturbar o seu direito de crédito por quem com ele não esteve em relação direta. O título deve, destarte, passar-lhe às mãos purificado de todas as questões fundadas em direito pessoal, que porventura os antecessores tivessem entre si, de forma a permanecer límpido e cristalino nas mãos do novo portador.

A segurança do terceiro de boa fé é essencial na negociabilidade dos títulos de crédito. O direito, em diversos preceitos legais, realiza essa proteção,

impedindo que o subscriptor ou devedor do título se valha, contra o terceiro adquirente, de defesa que tivesse contra aquele com quem manteve relação direta e a favor de quem dirigiu a sua declaração de vontade. Por conseguinte, em toda a fase de circulação do título, o emissor pode opor ao seu credor direto as exceções de direito pessoal que contra ele tiver, tais como, por exemplo, a circunstância de já lhe ter efetuado o pagamento do mesmo título, ou pretender compensá-lo com crédito que contra ele possuir. Mas, se o mesmo título houver saído das mãos do credor direto e for apresentado por um terceiro, que esteja de boa fé, já nenhuma exceção de defesa ou oposição poderá usar o devedor contra o novo credor, baseado na relação pessoal anterior. Este, ao receber o título, houve-o purificado de todas as relações pessoais anteriores que não lhe dizem respeito.” (*Curso de direito comercial*. 21. ed., 2 v., Saraiva, p. 325).

Assim, diante da possibilidade concreta de a *duplicata de prestação de serviços* circular, na forma esmiuçada acima, não é difícil concluir que, no momento em que sai das mãos do credor originário (prestador de serviços, profissional liberal ou representante comercial) e é transferida a terceira pessoa, ela perde a vinculação que tinha com a prestação de serviços ou a venda que lhe deu origem.

Isso, aliás, decorre do requisito inerente a todos os títulos de crédito, denominado doutrinariamente de “autonomia”. Tal requisito consistente no fato de que todo aquele que possui um título de crédito de boa-fé, que lhe foi transferido por outra pessoa, não pode ser restringido ou destituído desse crédito em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor.

Nessa esteira, a eventual ação judicial decorrente do descumprimento da obrigação estampada na *duplicata de prestação de serviços* não será mais “oriunda da relação de trabalho” e, assim, a situação fática não encontrará subsunção na regra de competência estabelecida no inciso I do art. 114 da Constituição Federal.

Constata-se, portanto, que o fenômeno da circulação dos títulos de crédito, no caso específico das *duplicatas de prestação de serviços*, é de suma importância para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, pois estará restrita apenas à hipótese de a ação ter sido ajuizada pelo credor originário em face daquele contra quem o título foi expedido. Nesta situação, o autor da ação – profissional liberal, prestador de serviços eventuais ou representante comercial – estará, efetivamente, cobrando pelos serviços prestados ou buscando o pagamento correspondente às comissões pela vendas realizadas. Além disso, poderá opor contra o réu todas as exceções cabíveis.

Registre-se, ainda, que a Lei nº 5.474/68, no § 4º do art. 22, estabelece que o credor, munido do título devidamente protestado, estará autorizado a ajuizar o “competente processo de execução na forma prescrita nesta lei”, qual seja, a ação cambial. Entretanto, em face do disposto no inciso I do art. 585 do CPC, a *duplicata* é título executivo extrajudicial e, dessa forma, deve o processo seguir o rito estabelecido no Livro II do CPC.

D O U T R I N A

Entretanto, em se tratando de ação ajuizada pelo credor originário (profissional liberal, prestador de serviços eventuais ou representante comercial pessoa física) contra o devedor do valor estampado em *duplicata de prestação de serviço*, o deslocamento da competência para o julgamento de tal ação para a Justiça do Trabalho, na forma delineada acima, implica, obrigatoriamente, na adoção do rito processual estabelecido para a execução de títulos extrajudiciais a que se refere o parágrafo único do art. 625-E da CLT, observando-se o disposto no art. 877-A do mesmo diploma legal.

Trata-se, portanto, de mais uma possibilidade de execução trabalhista fundada em título executivo extrajudicial, trazida ao âmbito de competência da Justiça do Trabalho por força da Emenda Constitucional nº 45/04.

Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – INTERESSE COLETIVO – TERCEIRIZAÇÃO – VÍNCULO EMPREGATÍCIO – COOPERATIVA – ATIVIDADE-FIM

1. O Ministério Público do Trabalho ostenta legitimidade ativa para a propositura de acção civil pública em defesa de interesses coletivos, nos termos dos arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal e do art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/83.

2. Constitui tutela de interesse coletivo a pretensão dirigida à protecção da generalidade dos empregados da empresa demandada, e não de certos empregados, tendo por objeto condenação à abstenção da prática de terceirização em atividade-fim, no caso colheita de laranja mediante “associação” de autênticos empregados à cooperativa de mão-de-obra.

3. Não afronta à lei a proibição de fornecimento de mão-de-obra dirigida à cooperativa, bem assim a utilização da mão-de-obra por empresa tomadora, se o objeto da terceirização é a colheita de laranja nos períodos de safra, elemento indissociável da atividade-fim da empresa beneficiária do trabalho.

4. Não configurada ofensa ao art. 442, parágrafo único, da CLT e aos arts. 5º, inciso XVIII, 174, § 2º, e 187 da Constituição Federal, bem assim ao art. 896 da CLT.

Embargos não conhecidos. (Processo nº TST-E-RR-717.555/00 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-717.555/00.3, em que é embargante Sucocitríco Cutrale Ltda. e embargado Ministério Público do Trabalho da 15ª Região.

A eg. Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do v. acórdão de fls. 1501/1517, da lavra do Exmo. Juiz Convocado Saulo Emídio dos Santos, não conheceu do recurso de revista interposto pela empresa reclamada, que versou sobre os temas “preliminar de cerceamento de defesa”, “cabimento da acção civil pública”, “ilegitimidade do douto Ministério Público”, “rito inadequado”, “licitude da cooperativa” e “multa – inaplicabilidade do art. 644 do CPC ao processo do trabalho”.

Aos embargos de declaração interpostos pela reclamada (fls. 1521/1543), negou-se provimento, aplicando-se-lhe ainda a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC (fls. 1549/1555).

Inconformada, a reclamada interpôs embargos, pugnando pela reforma do v. acórdão turmário no tocante aos seguintes temas: “multa por embargos de declaração protelatórios”, “proibição de novas contratações de serviços cooperativados”, “ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho”, “não-cabimento da ação civil pública”, “idoneidade de constituição da Cooperba – licitude da contratação de serviços mediante terceirização” e “nulidade do acórdão regional por cerceamento de defesa – encerramento da instrução” (fls. 1565/1595).

É o relatório.

1 CONHECIMENTO

1.1 Pressupostos extrínsecos

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos presentes embargos, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso.

1.2 Pressupostos intrínsecos

Para melhor compreensão da controvérsia, convém que se proceda a um breve retrospecto dos fatos ensejadores dos presentes embargos em recurso de revista.

O Ministério Público do Trabalho da 15ª Região ajuizou ação civil pública em desfavor de Sucocitrico Cutrale Ltda., José Cutrale Júnior e Cooperativa de Trabalho dos Trabalhadores Rurais de Barretos e Região – Cooperba, noticiando denúncia formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Barretos de *terceirização ilegal* por parte dos dois primeiros reclamados e cooperativismo fraudulento por parte do segundo, comprovada por meio de inquérito civil público.

Alegou-se ali “que a colheita de laranja é atividade-fim da primeira e do segundo reclamados, e que os ‘cooperados’ são, na verdade, empregados da indústria do suco ou do produtor rural, sendo a cooperativa reclamada mera fachada para ocultar essa relação de emprego para subtrair dos trabalhadores rurais os direitos advindos da relação de emprego”.

Ao final, o Ministério Público do Trabalho formulou os seguintes *pedidos*:

- a) declaração de *ilegalidade da terceirização* de colheita de laranja, com a conseqüente condenação dos reclamados a se absterem, definitivamente, dessa prática, por cooperativa ou qualquer interposta pessoa física ou jurídica, realizando essa atividade mediante seus *próprios empregados*, garantidos a eles todos os direitos;
- b) condenação solidária dos reclamados ao *pagamento dos direitos* dos trabalhadores rurais que colheram frutas;
- c) declaração de *ilegalidade de existência da cooperativa*, com a nulidade de seus atos constitutivos e decretação de sua dissolução, ou ainda a declaração de sua inidoneidade para o fornecimento de mão-de-obra; e

- d) concessão liminar de ordem para que os reclamados abstenham-se de contratar o serviço de cooperativa de trabalho rural e suspensão das atividades da cooperativa, com proibição expressa de fornecimento de mão-de-obra ou prestação de serviços, além de imposição de multa diária.

A Exma. Juíza Presidente concedeu a liminar pleiteada, determinando que a empresa reclamada se abstinhasse de utilizar serviço de cooperativa de mão-de-obra rural ou de qualquer outra pessoa, bem como a suspensão das atividades da cooperativa reclamada (fls. 495/508).

Em sentença, a então MMª JCJ de Barretos/SP afastou as preliminares suscitadas nas contestações e julgou extinto o processo, sem exame do mérito, relativamente ao reclamado José Cutrale Júnior. No mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a *inidoneidade da cooperativa* reclamada, determinando que se abstinhasse de fornecer mão-de-obra a qualquer empresa. Condenou ainda a Sucocítrico Cutrale Ltda. a abster-se da prática de terceirização da colheita de laranja, por cooperativa ou qualquer interposta pessoa física ou jurídica, realizando essa atividade mediante os seus *próprios empregados* rurais (fls. 950/984).

Aos embargos de declaração interpostos pelas reclamadas deu-se provimento apenas para suplementar a fundamentação (fls. 1032/1036).

Ambas as reclamadas interpuseram recurso ordinário (fls. 1042/1096 e 1160/1194). O eg. 15º Regional, por meio do v. acórdão de fls. 1258/1277, rejeitou as preliminares suscitadas e deu provimento aos recursos apenas “para *restringir a proibição de fornecimento de mão-de-obra pela Cooperba* ou de sua utilização pela Cutrale, *aos períodos de colheita de laranja promovida por esta última e nos municípios abrangidos pela jurisdição da JCJ de Barretos*”.

Aos embargos de declaração interpostos pela Sucocítrico Cutrale Ltda. (fls. 1289/1302) deu-se provimento apenas para suplementar a fundamentação (fls. 1313/1318).

Inconformada, a reclamada interpôs *recurso de revista* (fls. 1323/1395), fundado nos seguintes argumentos:

- a) preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, em decorrência do adiamento de audiência, da não-notificação antecipada da alteração da data da referida audiência, da impossibilidade de comparecimento de testemunhas, do encerramento da instrução e do indeferimento da prova pericial e de perguntas em audiência. Invoca, assim, violação aos arts. 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, aos arts. 170, 277, 417 e 453, inciso II, do CPC;
- b) ilegitimidade do Ministério Público e não-cabimento da ação civil pública, porque visa a tutelar um número fechado de associados da cooperativa de uma mesma região, resultando inaplicável o art. 83, inciso III, da LC 75/93. Indica ofensa aos arts. 643 da CLT, 3º, 6º e 267, inciso VI, do CPC, além de divergência jurisprudencial;

JURISPRUDÊNCIA

- c) inadequação do rito trabalhista, porquanto deveria ser utilizado o do CPC, em ofensa ao art. 282 do CPC, ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e aos arts. 1º, 12, 16 e 19 da Lei de Ação Civil Pública;
- d) licitude das atividades desenvolvidas pela cooperativa, regularmente constituída, mesmo no trabalho rural. Invoca violação aos arts. 5º, inciso XVIII, 174, § 2º, e 187 da Constituição Federal, 442, parágrafo único, da CLT e 7º da Lei nº 5.764/71, além de divergência jurisprudencial; e
- e) não-caracterização da colheita de laranja como atividade-fim da empresa. Aponta ofensa ao art. 131 do CPC, e divergência jurisprudencial, pugnando ainda pela incidência da Súmula nº 331, inciso III, do TST.

A eg. Segunda Turma, contudo, *não conheceu* do apelo, pela seguinte fundamentação (fls. 1501/1517):

- a) inoportunidade de cerceamento de defesa, visto que a inquirição das testemunhas não era obrigatória; não havia razão para o adiamento da audiência por ausência das testemunhas, visto que elas deveriam comparecer espontaneamente, conforme consignado em audiência; já havia parecer escrito de uma testemunha e outra já havia sido inquirida em outros processos; a prova pericial não era indispensável; obviamente não houve prejuízo no adiamento da audiência, nem na notificação, ocorrida com treze dias de antecedência, não se aplicando o prazo constante do art. 277 do CPC em caso de adiamento; incidência da Súmula nº 126 do TST; aplicação dos princípios da celeridade processual, oportunidade e conveniência das provas;
- b) legitimidade do Ministério Público e cabimento da ação civil pública, porquanto o direito ali tutelado se estende à categoria profissional dos trabalhadores rurais, constituindo interesse coletivo e incidência da Súmula nº 296 do TST no tocante à apontada divergência jurisprudencial;
- c) adequação do rito trabalhista para o julgamento da ação civil pública, uma vez que a competência é da Justiça do Trabalho e que a lei da ação civil pública não prevê rito processual obrigatório e não há incompatibilidade com nenhuma das disposições processuais da CLT;
- d) inaplicabilidade do art. 442, parágrafo único, da CLT, ante a análise, pelo eg. Regional, das provas dos autos, concluindo pela configuração de fraude, visto que a cooperativa constituiria mero instrumento para arregimentar trabalhadores, que se vinculam à empresa tomadora de serviços, com quem os empregados tinham uma verdadeira relação de emprego. Entendimento em sentido contrário encontra óbice na Súmula nº 126 do TST, inviabilizando a análise de ofensa ao art. 131 do CPC e de divergência jurisprudencial; e

- e) o eg. Regional entendeu, pela análise do objeto social da empresa, que a colheita de laranja se incluiria dentre as suas atividades essenciais, resultando ilegal a terceirização, nos termos da Súmula nº 331, I, do TST.

Aos embargos de declaração interpostos pela reclamada negou-se provimento, fixando-se ainda a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

Daí os presentes embargos interpostos pela Sucocítrico Cutrale Ltda., fundados em violação ao art. 896 da CLT, por meio dos quais a reclamada se insurge contra os temas a seguir examinados.

1.2.1 Multa por embargos de declaração protelatórios

Primeiramente, alega a reclamada que “jamais teve por objetivo protelar a solução da demanda” e que “a mera rejeição dos embargos já constituiria decisão eventualmente corretiva de algum equívoco cometido pela parte”.

Aponta ofensa ao art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, além de divergência jurisprudencial.

Inadmissíveis, contudo, os presentes embargos.

Primeiramente, constata-se que os incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal, apontados como violados pela reclamada, cuidam tão-somente de princípios de caráter genérico, realizáveis apenas mediante a aplicação de normas infraconstitucionais.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, inclusive, deixou assentado que “as alegações de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário” (AGRAG 243675/SP, DJ 13.10.2000, Min. Celso de Mello).

Afasta-se, assim, a possibilidade de violação direta e literal aos referidos dispositivos constitucionais se a insurgência da reclamada nos presentes embargos volta-se contra a aplicação de multa decorrente de embargos de declaração protelatórios, o que atrairia a invocação de ofensa ao art. 538, parágrafo único, do CPC.

De outro lado, os precedentes colacionados aos autos não ensejam o conhecimento dos embargos por divergência jurisprudencial, porquanto não retratam a mesma situação ensejadora da aplicação da multa por embargos de declaração protelatórios. Inespecíficos, pois, os arestos de fl. 1574, o que atrai a incidência da Súmula nº 296 do TST à espécie.

Não conheço.

1.2.2 Proibição de novas contratações de serviços cooperativados

Com fulcro em ofensa ao art. 896 da CLT, insurge-se a reclamada contra a determinação de proibição de contratação de sociedades cooperativas para o futuro,

ainda que restrita para a colheita de laranja, uma vez que o art. 442, parágrafo único, da CLT autorizaria expressamente a formação de cooperativas em qualquer ramo de atividade.

Colaciona aresto para a comprovação de divergência jurisprudencial e entende que os arestos colacionados no recurso de revista ensejavam o seu conhecimento.

Não lhe assiste razão.

Primeiramente, não se vislumbra a alegada ofensa ao art. 896 da CLT, porquanto a insurgência da reclamada contra as contratações futuras por meio de cooperativas de trabalho não constituiu objeto de exame específico.

Com efeito, a eg. Turma, ao examinar o recurso de revista interposto pela reclamada, afastou a alegada licitude das atividades desenvolvidas pela cooperativa, sem qualquer análise da condenação da reclamada a abster-se de realizar futuros contratos de terceirização por meio de cooperativas. Incide, pois, o óbice da Súmula nº 297 do TST, no particular.

De toda sorte, se se entender que este tema está abrangido pela alegação de licitude da terceirização, tal questão constituiu capítulo específico de argumentação nos presentes embargos, que será examinada a seguir.

De outro lado, a alegação em torno da especificidade dos arestos colacionados no recurso de revista esbarra no óbice contido na Orientação Jurisprudencial nº 37 desta eg. SBDII.

Não conheço.

1.2.3 Ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho

Também com fundamento em ofensa ao art. 896 da CLT, reitera a reclamada a alegação de “ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para promover ação civil pública objetivando proteger interesses individuais homogêneos” (fl. 1576).

Sustenta que não se configuraria a indivisibilidade caracterizadora dos interesses difusos ou coletivos, únicos passíveis de defesa pelo Ministério Público do Trabalho, porque “a pretensão à declaração de existência de vínculo de emprego seria própria de cada cooperado que tenha prestado serviços à embargante, com as particularidades de cada e específica prestação de serviços, de cada colheita de laranjas” (fl. 1578). Entendeu, assim, que o feito versaria sobre interesses e direitos exclusivamente individuais.

Colaciona, ainda, arestos para a demonstração de divergência jurisprudencial, reconhecendo “o não-cabimento de ação civil pública com vistas a impedir que determinada cooperativa contratasse pessoal, por se tratar de direitos individuais”. Entende ainda que o recurso de revista deveria ter sido conhecido por divergência jurisprudencial.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 confiou ao Ministério Público a prerrogativa de propor a ação civil pública na defesa dos “interesses difusos e coletivos”, nos termos do aludido art. 129, inciso III.

De igual modo, a Lei Complementar nº 75/83, ao enumerar as atribuições do Ministério Público do Trabalho, legitimou-o especificamente para ajuizá-la “junto aos órgãos da Justiça do Trabalho”, em “defesa de *interesses coletivos*, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos” (art. 83, III).

Assim, inquestionável a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de ação civil pública em defesa dos chamados *interesses coletivos*.

Na hipótese vertente, como visto, a pretensão do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região, na ação civil pública, é a de condenar a empresa ora reclamada à seguinte obrigação de não-fazer: abster-se da prática de terceirização da colheita de laranja por cooperativa ou qualquer pessoa física ou jurídica interposta, realizando essa atividade mediante seus próprios empregados, contratados sob a égide da Lei nº 5.883/73 e CLT, garantidos a eles toda a gama de direitos (fl. 26).

Constata-se, pois, que a pretensão do Ministério Público do Trabalho não está dirigida em favor de pessoas determinadas, mas de determinadas pessoas, no sentido de que se busca atender à generalidade dos empregados da reclamada, e não de certos empregados que deram origem à denúncia.

Assim, entendo que a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de ação civil pública, na presente hipótese, advém da caracterização do interesse ora em litígio como *coletivo*, que guarda a seguinte definição, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, inciso I:

“Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica-base.”

No presente caso, o *tipo de tutela* requerida pelo Ministério Público do Trabalho diz respeito à impugnação, de caráter *genérico*, da arrematação de trabalhadores de cooperativas para a colheita de laranjas, considerada atividade-fim da empresa reclamada.

Impende salientar que não apenas os empregados mencionados na petição inicial da ação civil pública serão beneficiados com a pretensão deduzida em juízo pelo MPT, mas a *generalidade* dos empregados da empresa reclamada, inclusive empregáveis em igual situação.

De outro lado, na medida em que o pedido formulado na petição inicial constitui um *comando geral de abstenção*, e não apenas a reparação de lesão de cada um dos empregados pelos descontos efetuados, pode-se concluir que o pedido formulado em juízo constitui um bem indivisível de todo o grupo, característica essa que o diferencia dos interesses individuais homogêneos.

Assim, a configuração do interesse coletivo advém do fato de que o Ministério Público do Trabalho não ingressa em juízo em nome de “pessoas determinadas”, mas sim de “determinadas pessoas”, quais sejam, os empregados efetiva e potencialmente lesionados em razão da conduta do empregador.

Configurado, pois, o interesse coletivo, resulta indene de dúvidas a sua tutela pelo Ministério Público do Trabalho, conforme expressamente autorizam os arts. 129, inciso III, da Constituição Federal e 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93.

Não divisivo, pois, a alegada violação ao art. 896 da CLT.

De outro lado, inadmissíveis os presentes embargos por divergência jurisprudencial, porquanto o exame da configuração do interesse como coletivo deve ser particularmente examinado, de modo que apenas aresto que tratasse da mesma situação fática ensejaria, em tese, o conhecimento do recurso.

Por fim, a alegação de que os arestos colacionados no recurso de revista possibilitariam o conhecimento do apelo encontra óbice na já mencionada Orientação Jurisprudencial nº 37 desta eg. SBDII.

Não conheço, pois, dos embargos, no particular.

1.2.4 Não-cabimento da ação civil pública

Igualmente com fulcro em ofensa ao art. 896 da CLT, a reclamada alega o descabimento de ação civil pública no caso, porquanto o Código de Defesa do Consumidor teria previsto a ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Inadmissíveis, contudo, os presentes embargos.

O pleito do Ministério Público do Trabalho constitui autêntico interesse coletivo, de que trata o art. 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, conforme visto no item anterior.

Dessa maneira, o remédio processual idôneo não é a ação civil coletiva, mas propriamente a ação civil pública, conforme prevê o art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que incluiu os interesses difusos e coletivos de natureza trabalhista entre aqueles passíveis de serem esgrimidos por meio desse instrumento processual.

Não vislumbro, pois, a alegada ofensa ao art. 896 da CLT.

Não conheço.

1.2.5 Idoneidade de constituição da Cooperba. Licitude da contratação de serviços mediante terceirização

Fundando-se em violação ao art. 896 da CLT, entende a reclamada que o recurso de revista merecia ter sido conhecido por ofensa ao art. 442, parágrafo único, da CLT e aos arts. 5º, inciso XVIII, 174, § 2º, e 187 da Constituição Federal, bem como por divergência jurisprudencial.

Para tanto, insurge-se a empresa contra a incidência da Súmula nº 126 do TST, porquanto a eg. Turma não poderia valer-se somente dos dados apresentados no v. acórdão regional e “admitir que o plantio e a colheita de laranjas não constituem atividade-fim das indústrias citricultoras independe de qualquer referência à prova” (fl. 345).

De outro lado, entende ser possível a criação “de cooperativas de mão-de-obra rural, não se formando vínculo empregatício entre os associados e a cooperativa” (fl. 1586), porquanto “o art. 442, parágrafo único, da CLT autoriza a terceirização de atividades-fim das empresas às cooperativas, em face da expressão ‘qualquer que seja o ramo da atividade cooperativa’” (fl. 1587). Desse modo, conclui que, “se o ramo da cooperativa coincide com as atividades finalísticas da empresa, ainda assim poderá haver transferência de serviços”, resultando inaplicável a Súmula nº 331 do TST à espécie.

No plano fático, renova a alegação de não interferir na colheita realizada pelos cooperados, havendo apenas um controle técnico/laboratorial, e que “o simples fato de a empresa utilizar o produto do trabalho das cooperativas (laranjas) não significa que se trate da atividade-fim” (fl. 1591). Ressalta que sua atividade-fim não seria a colheita de laranjas, mas a produção de suco mediante industrialização, o que a torna mera compradora de frutas colhidas, “e isso não caracteriza atividade-fim a inadmitir a terceirização da colheita de frutos, mesmo quando seja de produção própria da empresa, mas sim atividade-meio, eis que a sua atividade-fim é a de transformação da matéria-prima (as laranjas já colhidas e entregues) em bens de consumo, desenvolvendo atividade secundária da economia” (fl. 414). Logo, não se poderia concluir pela ilegalidade da transação em função de suposta configuração de relação de emprego.

Infundados, todavia, os presentes embargos.

Sabe-se que as cooperativas constituem um instrumento valioso para o desenvolvimento do País se atendidas as suas finalidades.

O art. 442, parágrafo único, da CLT, introduzido pela Lei nº 8.949/94, ao afastar a existência de vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, bem como entre estes e os tomadores de serviços daquela, adota textualmente a locução “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa”.

Vê-se, pois, que o parágrafo único do art. 442 da CLT, na primeira parte, repisou, de forma redundante, o que a Lei nº 5.764/71 já declarara com todas as letras: não há vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e seus associados. Porém, na segunda parte da norma houve profunda e controvertida inovação legal: estatui a lei que igualmente não há vínculo empregatício entre o sócio de cooperativa e os terceiros tomadores de serviços contratados pela cooperativa.

Ao rezar que não existe vínculo empregatício entre associados de cooperativa e os tomadores de serviços contratados pela entidade, a norma inequivocamente franqueou às empresas socorrerem-se da terceirização mediante cooperativa de trabalho.

Trata-se, contudo, de uma presunção relativa de inexistência do vínculo de emprego, alicerçada nos seguintes pilares: 1º Cuidar-se de cooperativa típica, do ângulo formal e substancial, pois somente nela há cooperado autônomo; 2º Inexistir fraude à legislação trabalhista; e 3º Operar-se a terceirização em atividade-meio da empresa tomadora.

Logo, é certo que, *contrario sensu*, a aludida presunção *juris tantum* resultará infirmada e, portanto, configurado o vínculo empregatício entre o pseudocooperado e a empresa tomadora se se cuidar: 1º De falsa cooperativa, como a cooperativa de mão-de-obra; 2º Houver fraude à legislação trabalhista; e 3º O cooperado prestar serviço em atividade-fim da empresa tomadora, máxime mediante subordinação e pessoalidade.

Em tais casos, em tese, o vínculo empregatício forma-se com a empresa tomadora, ou pode, em algumas circunstâncias, estabelecer-se com a própria sociedade cooperativa, dependendo da situação concreta.

Nesse contexto, vale salientar que é irrelevante o envoltório formal da relação jurídica travada entre as partes, uma vez que o direito do trabalho vive à sombra do princípio da primazia da realidade, de modo que o aludido art. 442, parágrafo único, da CLT não se sobrepõe à realidade dos fatos.

Na hipótese vertente, o eg. Regional, com respaldo no conjunto fático-probatório carreado aos autos, afastou a existência de verdadeiro cooperativismo, mantendo a r. sentença que reconheceu o vínculo empregatício diretamente com a reclamada.

Fê-lo ao fundamento de que as provas constantes dos autos confirmavam a existência de subordinação jurídica do associado com a empresa contratante dos serviços, bem como a fraude entre esta e a sociedade cooperativa, que, na verdade, participava como mera intermediária de mão-de-obra (fls. 1272/1275):

“A Sucocítrico Cutrale explora ‘a produção, indústria, comércio, importação e exportação de produtos e sucos hortifrutícolas em geral, seus derivados, subprodutos e resíduos; a agricultura e a pecuária em geral; a prestação de serviços correlatos etc.’ (art. 2º – fls. 168), ou seja, ela não se limita à produção de sucos, mas também explora a ‘agricultura’ e os ‘produtos... hortifrutícolas’.

Além de explorar a ‘produção... de produtos... hortifrutícolas em geral’ e a ‘agricultura’ (fls. 168), promovendo o plantio e a colheita de frutas cítricas em propriedades agrícolas a ela pertencentes ou aos seus sócios, a Sucocítrico Cutrale também adquire os frutos de terceiros, responsabilizando-se pela colheita respectiva.

A testemunha Eliseu Attilio Nonino, arrolada pela Cutrale no Processo nº 3207/96-7, bem como esclareceu a imprescindibilidade do controle, diretamente pela indústria de sucos, de todas as atividades inerentes à colheita da laranja:

(...)

Pelo menos 30% da laranja utilizada pela Cutrale é proveniente de pomares próprios, como bem esclareceu Eliseu Attilio Nonino:

(...)

JURISPRUDÊNCIA

Tal afirmação não deixa dúvida de que 30% da laranja processada em sua unidade industrial é produzida diretamente pela Cutrale, em pomares próprios, desde o plantio à colheita, o que se enquadra em sua atividade-fim de explorar a ‘agricultura’ e os ‘produtos... hortifrutícolas’ (fls. 168), além de envolver pomares de terceiros, cuja colheita era, ou não, também feita diretamente por ela (fls. 171/172).

(...)

A colheita da laranja é, efetivamente, atividade-fim da Crutale e absolutamente essencial para uma empresa agroindustrial que produz frutas cítricas em fazendas próprias ou por ela arrendadas, ou mesmo adquire os pomares de produtores rurais com a cláusula ‘na árvore’, caso em que a terceirização não é permitida pelo direito do trabalho (art. 9º da CLT; Enunciado nº 331 do col. TST).”

Exsurge, pois, de modo incontestado, a ilegalidade da terceirização por meio de cooperativa, pois a mão-de-obra destinava-se ao atendimento de necessidade normal e permanente do empreendimento econômico, à luz do objeto da empresa, qual seja, a colheita de laranjas, necessária à industrialização e comercialização dos frutos.

Além da comprovação de que o labor dos associados destinava-se à atividade-fim da empresa, o eg. Regional também deixou claro que o associado formou um efetivo vínculo de subordinação jurídica com a empresa contratante dos serviços, havendo, inclusive, o controle direto da prestação dos serviços por um dos empregados da empresa. A participação da cooperativa, segundo o eg. Tribunal *a quo*, foi apenas arremeter trabalhadores para cederem a sua força de trabalho.

Assim, inviável o acolhimento da alegada afronta ao art. 442, parágrafo único, da CLT, vez que a eg. Corte de origem deixou de aplicar tal dispositivo em virtude da demonstração dos requisitos constantes do art. 3º da CLT, que ensejaram o reconhecimento do vínculo empregatício.

Perquirir novamente acerca da existência de fraude na intermediação de mão-de-obra implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que não se admite em sede de recurso de revista, a teor da Súmula nº 126 do TST, conforme bem salientado pela eg. Turma.

Nesse sentido também vem se pautado a jurisprudência desta eg. Corte, em precedentes em que a empresa Sucocítrico Cutrale Ltda. figura como reclamada:

“VÍNCULO EMPREGATÍCIO – CARACTERIZAÇÃO – COOPERADO – VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT – Somente com a alteração da moldura fática delineada nos autos é que se poderia pretender modificar a decisão regional. O fato de se ter provado a existência de labor subordinado, mediante a intermediação de cooperativa simulada, impede obter-se conclusão diversa da esposada pelo Tribunal *a quo*, revelando-se inafastável a incidência do Enunciado nº 126 do TST. Recurso de embargos não conhecido.”

(ERR-1490-1997-082-15-00, DJ 24.10.2003, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa)

“COOPERATIVA – FRAUDE E VÍNCULO EMPREGATÍCIO –
ART. 442, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT

Para que seja de natureza civil a relação jurídica entre o trabalhador e a cooperativa, ou entre o trabalhador e o tomador de serviços, é necessário: que a constituição da cooperativa seja regular; que haja ânimo dos trabalhadores no sentido de efetivamente integrarem uma sociedade com o intuito de alcançar determinado objetivo ou realizar determinadas atividades; que os trabalhadores sejam verdadeiramente sócios na cooperativa, que assumam os riscos da atividade econômica, que sejam autônomos, não subordinados. Se, ao contrário, a realidade demonstra que a cooperativa foi criada apenas com o intuito de fraudar a legislação trabalhista (art. 9º da CLT), e, ainda, se a realidade demonstra que estão presentes os requisitos da pessoalidade, da habitualidade, da subordinação e do pagamento de salários (art. 3º da CLT), evidentemente que há plena possibilidade de se reconhecer o vínculo empregatício. Como se vê, a natureza da relação jurídica entre o trabalhador e a cooperativa, ou entre o trabalhador e o tomador de serviços, é determinada pela realidade espelhada no conjunto fático-probatório dos autos. E foi com base nessa realidade fática que as instâncias percorridas declararam a existência de vínculo empregatício dos reclamantes com a ora recorrente. Inaplicável, pois, o disposto no parágrafo único do art. 442 da CLT. Recurso de revista não conhecido.”

(RR-615123/99, 5ª Turma, DJ 14.03.2003, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito)

Não conheço.

1.2.6 Nulidade do acórdão regional por cerceamento de defesa.

Encerramento da instrução

Por fim, também com fulcro em violação ao art. 896 da CLT, alega a reclamada que o recurso de revista mereceria conhecimento pela suscitada nulidade do v. acórdão regional, por cerceamento de defesa, o que teria sido demonstrado “pela transcrição de v. aresto constante das fls. 1339 a 1341 dos autos” (fl. 347).

Todavia, verifica-se que a embargante objetiva demonstrar a suposta especificidade do acórdão paradigma ensejador do conhecimento do recurso de revista por ela interposto, pretensão que, sem dúvida, esbarra na jurisprudência remansosa desta eg. Corte Superior Trabalhista, consubstanciada no Precedente nº 37 da SBDI-1, de seguinte teor:

“Embargos. Violação do art. 896 da CLT. Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso.”

Bem se vê, portanto, que, no particular, a admissibilidade dos embargos encontra-se obstaculizada pela incidência da Súmula nº 333 do TST.

Ante o exposto, não conheço dos embargos, no particular e amplamente.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, I – por unanimidade, não conhecer dos embargos quanto aos temas “multa por embargos de declaração protelatórios”, “proibição de novas contratações de serviços cooperativos”, “ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho” e “não-cabimento da ação civil pública”; II – por maioria, vencidos os Exmos. Ministros Vantuil Abdala, Milton de Moura França e João Batista Brito Pereira, não conhecer também dos embargos quanto ao tópico “idoneidade de constituição da Cooperba. Licitude da contratação de serviços mediante terceirização”.

Brasília, 13 de dezembro de 2004. *João Oreste Dalazen*, relator.

AÇÃO RESCISÓRIA. DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

AÇÃO RESCISÓRIA – ADESÃO A PLANO DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – Decisão rescindenda em que se concluiu que o Plano de Desligamento Voluntário previsto em lei estadual não aderira ao contrato de trabalho do reclamante, visto que as normas contidas no diploma legal eram de natureza meramente programática. DOLO – Ação rescisória ajuizada com fundamento no inciso III do art. 485 do CPC, sob a alegação de que a reclamada induziu o julgador em erro ao afirmar que o Estado do Piauí não havia diligenciado no sentido de obter recursos com o fim de implantar o Plano de Desligamento Voluntário. Irrelevância da questão relativa à existência, ou não, do empréstimo previsto em lei estadual, para financiamento do PDV, diante da fundamentação adotada pelo julgador da causa originária, cujas razões de decidir tiveram por supedâneo a natureza meramente programática das normas contidas no citado diploma legal. ERRO DE FATO – Alegação do autor de que o julgador considerou como inexistente fato que realmente ocorrera, qual seja, a celebração de contrato entre o Estado do Piauí e o Banco Nacional de Desenvolvimento Social, que tinha por objeto o financiamento do PDV. A par do fundamento adotado para se afastar a rescindibilidade da coisa julgada pelo ângulo do art. 485, III, do CPC, constata-se que o citado contrato de financiamento teve por objetivo promover a reestruturação e o equacionamento das dívidas do Estado do Piauí, e, não, o fim específico de indenizar os empregados optantes pelo PDV instituído pela CEPISA – Companhia Energética do Piauí. Inexistência de erro de fato a ensejar a procedência da pretensão desconstitutiva. Recurso ordinário a que se nega provimento.

JURISPRUDÊNCIA

(Processo nº TST-ROAR-10.140-2002-000-22-00 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº TST-ROAR-10.140/2002-000-22-00.6, em que é recorrente Antônio Raimundo Nonato Pereira e é recorrida Companhia Energética do Piauí – CEPISA.

Antônio Raimundo Nonato Pereira ajuizou ação rescisória, com fulcro no art. 485, incisos III e IX, do CPC, pretendendo desconstituir a sentença proferida pela Segunda Vara do Trabalho de Teresina, a qual, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.334/98, indeferiu seu pedido de pagamento de diferenças oriundas da sua adesão ao Plano de Demissão Voluntária da reclamada, Companhia Energética do Piauí – CEPISA, sociedade de economia mista. Segundo o autor, a então reclamada agiu com dolo e induziu o julgador em erro ao afirmar que o Estado do Piauí não havia diligenciado no sentido de obter recursos com o fim de implantar o Plano de Desligamento Voluntário. O erro de fato, por outro lado, teria decorrido da circunstância de que o julgador considerou como inexistente fato que realmente ocorrera, qual seja, a celebração de contrato entre o Estado do Piauí e o Banco Nacional de Desenvolvimento Social, que tinha por objeto o financiamento do PDV.

O Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Segunda Região julgou improcedente a ação rescisória por não constatar as hipóteses de rescindibilidade invocadas pelo autor (fls. 151/154).

O autor interpôs recurso ordinário, insistindo na procedência da pretensão desconstitutiva (fls. 158/166).

Admitido o recurso (fls. 168), foram apresentadas contra-razões a fls. 171/182.

O representante do Ministério Público do Trabalho opinou pelo não-provimento do recurso (fls. 186/189).

É o relatório.

VOTO

1 CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade do recurso ordinário, dele conheço.

2 MÉRITO

A Segunda Vara do Trabalho de Teresina, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.334/98, indeferiu o pedido do reclamante de pagamento de diferenças oriundas da sua adesão ao Plano de Demissão Voluntária da reclamada, Companhia Energética do Piauí – CEPISA, consignando os seguintes fundamentos:

“Trata-se de reclamação trabalhista pela qual pretende o reclamante a condenação da reclamada no pagamento do valor correspondente a 30 (trinta) vezes o valor da sua maior remuneração já recebida, oriundas do Programa de Desligamento Voluntário que aderiu, com juros e correção monetária, ante o disposto no art. 468 da CLT, além do confronto existente entre a Lei nº 4.868/96 e a Resolução nº 01/96, descontando-se os valores já recebidos.

A reclamada em sua contestação (fls. 27/35) refutou a tese do autor. Aduziu ser absurda a pretensão de adstringir o comportamento de uma empresa dessa qualidade (sociedade de economia mista), sujeita a legislação específica – Lei nº 6.404/76 – a uma legislação viciada pelo mais grave defeito que é a incompetência do legislador estadual para fixar benefícios trabalhistas, vez que é da União a competência exclusiva para legislar sobre direito comercial e do trabalho (art. 22, inciso I, da CF/88).

A Companhia Energética do Piauí, também denominada de CEPISA, cuja criação foi autorizada pela Lei nº 1.948, de 01.12.1959, posteriormente modificada pela Lei nº 4.126, de 30.07.1987, é uma sociedade de economia mista, da capital fechada pela legislação pertinente e pelo disposto neste Estatuto (art. 1º, Estatuto Social – fls. 40).

O Código Comercial regulava, nos arts. 295 a 299, a constituição e o funcionamento das sociedades anônimas, a que dava o sinônimo de companhias.

Com efeito, as sociedades de economia mista podem ser criadas por leis federais, estaduais e municipais, e estas lhes emprestarem características e finalidades próprias ou peculiares para o seu objetivo e funcionamento, a par dos estatutos internos, observando, rigorosamente, a Lei nº 6.404, de 15.12.1976 e os preceitos do direito comercial e do direito comum, haja vista o regime privado que lhes caracteriza (art. 173, § 1º, da Carta Magna).

Tratando-se de sociedade de economia mista estadual, a lei estadual e os estatutos sociais constituem os veículos normativos mais apropriados para reger a sua ação, no particular. No geral, tais sociedades estão sujeitas à Lei das Sociedades Anônimas, ao direito comercial e ao direito comum, no que couber, observando-se que, em se tratando de sujeito jurídico privado, sua ação fica localizada no campo da licitude, onde só não é dado fazer aquilo que a lei proíbe.

Desta forma, se é dado ao sócio majoritário poderes para imprimir às sociedades civis ou comerciais peculiaridades próprias, observados os limites previstos na legislação pertinente, não há motivos para negar esse poder ao Estado do Piauí (acionista controlador).

Irresignado, aduz o reclamante que a implantação do Programa e Incentivo ao Desligamento Voluntário – PDV se deu com base na Resolução nº 01/96, de 12.01.1996, e não na Lei Estadual nº 4.868/96.

Analisando os autos, observe-se que a questão primordial não se dá quanto à validade e legitimidade da citada lei estadual para ditar normas à reclamada quando da implantação do PDV. E sim se o referido programa foi efetivamente implantado nos moldes previstos, e mais ainda, se cabe aplicação do mesmo ao ato de adesão do autor ao PDV.

Na verdade, o Programa de Desligamento Voluntário já havia sido instituído pela CEPISA através da Resolução nº 03/95, de 23.02.1995, consoante se vê às fls. 53/54.

A Lei Estadual nº 4.868, de 04.11.1996, previa, dentre outras matérias, a autorização do Poder Executivo a adotar as providências legais para viabilizar a alienação das ações de propriedade do estado que integram o capital social da CEPISA, objetivando custear o Programa de Desligamento Voluntário (art. 7º), o que, aliás, não restou concretizado.

O § 3º do art. 7º da citada lei estadual determinava que o PDV teria uma vigência de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir de sua oficialização. Pelo que se vislumbra dos autos, a Lei nº 4.868/96 continha apenas normas de previsão dirigidas ao Poder Executivo, independentemente de sua condição de acionista controlador. O que se criou, na verdade, foi mera expectativa de direito, vez que não era auto-executável e o citado programa não foi efetivamente implementado, apesar de expressamente autorizado, não incorporando, assim, ao patrimônio jurídico do demandante.

Não há como acolher a pretensão do autor sob a alegação de que a previsão do Programa de Desligamento Voluntário, nos moldes da Lei nº 4.868/96, tivesse aderido ao seu contrato de trabalho, de modo a que o seu descumprimento importasse em alteração contratual unilateral prevista no art. 468 celetiano, carecendo, pois, de amparo jurídico a pretensão objeto da presente reclamatória.

Entendemos que, na verdade, a razão de sua adesão ao Programa de Desligamento Voluntário – PDV foi, como a de outros, mais, aferir as vantagens econômicas oferecidas pelo plano, tendo o reclamante exercido o seu livre arbítrio.

Na ocasião, o que havia de vigente, concreto e implementado eram as normas da Resolução nº 05/97, de 18.03.1997, não se vislumbrando nenhuma espécie de coação à sua adesão (fls. 52).

A adesão ao PDV foi de livre manifestação de sua vontade ou, pelo menos, de manifestação consciente. Hipótese em que não restou demonstrada a existência de coação ou de outro qualquer defeito que viciasse o ato jurídico.” (fls. 34/36)

Pretendendo desconstituir essa decisão, o reclamante ajuizou ação rescisória, com fulcro no art. 485, incisos III e IX, do CPC. Segundo o autor, a

JURISPRUDÊNCIA

então reclamada agiu com dolo e induziu o julgador em erro ao afirmar que o Estado do Piauí não havia diligenciado no sentido de obter recursos com o fim de implantar o Plano de Desligamento Voluntário. O erro de fato, por outro lado, teria decorrido da circunstância de que o julgador considerou como inexistente fato que realmente ocorrera, qual seja, a celebração de contrato entre o Estado do Piauí e o Banco Nacional de Desenvolvimento Social, que tinha por objeto o financiamento do PDV.

O Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Segunda Região julgou improcedente a ação rescisória por não constatar as hipóteses de rescindibilidade invocadas pelo autor (fls. 151/154).

O autor interpôs recurso ordinário, insistindo na procedência da pretensão desconstitutiva (fls. 158/166).

À análise.

A conclusão adotada na sentença rescindenda foi a de que a Lei Estadual nº 4.868/96 continha apenas normas de natureza programática, que, por isso mesmo, não aderiram ao contrato de trabalho do reclamante.

Assim, a questão relativa à existência, ou não, do empréstimo previsto no art. 8º da Lei nº 4.868/96, para financiamento do PDV, mostrou-se irrelevante diante da fundamentação adotada pelo julgador da causa originária, cujas razões de decidir tiveram por supedâneo a natureza meramente programática das normas contidas no citado diploma legal.

Ademais, se, como afirma o recorrente, o Estado faltou com a verdade ao dizer que não contraíra o empréstimo previsto no art. 8º da Lei nº 4.868/96, para financiamento do PDV, quando, nos autos originários, havia contrato de financiamento com o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, por meio do qual o Estado do Piauí foi contemplado com uma verba de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), a questão deve ser colocada sob o ângulo da apreciação da prova pelo julgador, e não sob a ótica da existência de uma conduta dolosa por parte do reclamado.

Com relação ao erro de fato, observa-se que o citado contrato de financiamento teve por objetivo promover a reestruturação e o equacionamento das dívidas do Estado do Piauí (fls. 65), e não o fim específico de indenizar os empregados optantes pelo PDV instituído pela CEPISA – Companhia Energética do Piauí.

Impossível, portanto, supor que, se a percepção do julgador houvesse voltado para esse aspecto da controvérsia, a decisão final ter-se-ia mostrado favorável ao recorrente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário.

Brasília, 19 de abril de 2005. *Gelson de Azevedo*, relator.

COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. EXECUÇÃO. ACORDO JUDICIAL. CONLUIO ENTRE AS PARTES

1. A garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República) não constitui um princípio absoluto, mas condicionada a que se forme em processo regular e válido, nos termos da lei. Tanto que a própria lei autoriza rescindir a decisão de mérito em certos casos (CPC, arts. 485 e 741, inc. I), assim como autoriza o juiz, em caso de processo fraudulento ou de processo simulado, a pôr cobro a tal situação de modo a obstar os objetivos das partes (CPC, art. 129).

2. Somente a deusa que simboliza o valor Justiça tem os olhos vendados. A Instituição “Justiça”, contudo, precisa tê-los bem abertos para não se deixar enredar por litigantes maliciosos, cuja atuação pode comprometer a base ética e de moralidade que deve permear o exercício da atividade jurisdicional do Estado. Dai por que, em situações extraordinárias e teratológicas, há que superar o formalismo estreito da coisa julgada material para dar prevalência a outros princípios de que também é cioso o ordenamento jurídico.

3. Constatado por depoimentos e documentos nas instâncias ordinárias que o acordo anteriormente homologado em Juízo, de valor elevado, resultou de conluio fraudulento entre as partes, visando a comprometer o direito de credores quirografários junto à empresa em situação financeira ruínosa, é dever do juiz obstar o cumprimento da transação inadimplida e declarar extinto o processo, sem exame de mérito.

4. Não se vislumbra a acenada violação ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, ante a viabilidade de relativizar-se a coisa julgada, a fim de coibir-se a avença fraudulenta alcançada entre as partes.

(Processo nº TST-RR-108-2000-019-12-00 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-108/2000-019-12-00.0, em que é recorrente Vitor Luiz Possenti e recorrida Tecnologia Ruber Ltda.

Irresignado com o v. acórdão proferido pelo eg. Décimo Segundo Regional (fls. 197/208), interpõe recurso de revista o reclamante (fls. 226/237).

O eg. Tribunal *a quo*, ao julgar o agravo de petição interposto pelo reclamante, assim se posicionou: negou-lhe provimento, mantendo a r. sentença que determinou a extinção do processo.

Interpostos embargos de declaração por parte do reclamante-exequente (fls. 210/214), o eg. Tribunal *a quo* deu-lhes provimento para sanar a contradição apontada, fazendo constar da parte dispositiva do acórdão embargado de fls. 197 a 208 a seguinte redação: “Por unanimidade, conceder ao agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita, isentá-lo do recolhimento das custas processuais e conhecer do agravo; por igual votação, conhecer dos documentos de fls. 139 a 177; sem divergência, não conhecer da contraminuta, por intempestiva; por unanimidade, rejeitar as preliminares argüidas pelo agravante. No mérito, por igual votação, negar-lhe provimento” (fls. 219/224).

Insiste agora o exequente-recorrente no acolhimento do recurso de revista no que tange aos seguintes temas: coisa julgada – violação.

Admitido o recurso de revista (fls. 239/241), não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

I CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1.1 Coisa julgada. Violação

O eg. Tribunal Regional negou provimento ao agravo de petição interposto pelo reclamante, mantendo a r. sentença proferida pelo juiz da execução que, com espeque no art. 129 do CPC, extinguiu o processo, sob o seguinte entendimento:

“EXTINÇÃO DO FEITO, COM JULGAMENTO DE MÉRITO, APÓS A HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES – NULIDADE

Homologado judicialmente o acordo firmado entre as partes, extinto o feito com julgamento de mérito (fl. 11) e pagas duas das parcelas nele previstas (fls. 20 e 23), o autor comunicou ao Juízo de origem (fl. 25) o descumprimento da avença e requereu fosse promovida a execução do que lhe era devido.

Contudo, após colher o depoimento das partes (fls. 38/39), diligenciar junto ao Juízo Cível das comarcas catarinenses de Jaraguá do Sul e Guarimir e determinar a juntada de procuração subscrita pelo BADESC – Agência Catarinense de Fomento (fls. 74/78) e de diversas outras provas (fls. 79/90, 95/113 e 116/119), a ilustre sentenciante de primeiro grau (fls.

123/125), asseverando existente conluio fraudulento, com base no art. 129 do CPC, determinou a extinção do feito e condenou ambas as partes ao pagamento de custas processuais a serem calculadas sobre o valor do acordo que o autor pretendia executar.

Aduzindo que por esta via restou configurado um 'abuso contra a boa ordem processual' e um 'atentado às fórmulas legais do processo', requer o obreiro seja declarada 'a nulidade dos atos praticados pela Juíza *a quo* no que diz respeito à extinção do processo'.

Após pormenorizados estudos, passei a ter uma nova visão sobre a *intangibilidade da coisa julgada*, principalmente se estiver em confronto com outros princípios constitucionais, dentre os quais destaco o da moralidade, o da legalidade e, principalmente, o da justiça.

Ainda que os juízes possam, sob o argumento de manutenção de uma segurança jurídica, tornar-se irretocáveis sob quaisquer aspectos e condições às decisões judiciais passadas em julgado, não é crível que para isso firmem ou olvidem as demais garantias constitucionais, deveres do Estado e direitos de seus cidadãos.

Friso para todos os efeitos que, consoante o disposto no art. 469 do CPC, a coisa julgada não alcança os motivos que levaram o juiz a decidir a verdade dos fatos e apreciação de questões incidentais, à exceção desta, àquelas decididas em conformidade com o art. 470 do mesmo Diploma Legal.

A importância dessa ressalva reside na premissa de que muitas vezes os motivos que fundamentam uma decisão e a verdade dos fatos podem estar inteiramente dissociados da realidade, e, por sua vez, a sua imutabilidade, se mantida, poderá levar a cabo uma injustiça irremediavelmente maior que a justiça aparente que se pretendia fazer.

Em tais casos não se poderia relativizar a coisa julgada a fim de proporcionar que a prestação jurisdicional faça, sim, a melhor Justiça?

Cito como resposta a tal indagação os dizeres do Ministro José Augusto Delgado, que sobre o tema muito bem se reporta:

'A grave injustiça não deve prevalecer em época alguma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania.

A coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição.

A segurança jurídica imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça.

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado.

Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.’ (*Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Texto básico da palestra proferida no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União – 5ª Região)

Assim, permito-me afirmar a possibilidade de se relativizar a coisa julgada, com o propósito de se corrigir flagrante injustiça e vícios que contaminaram a sua motivação.

Não se queira, entretanto, dizer que se abrirá um leque de infinitas possibilidades para se desconstituir, seja total ou parcialmente, a autoridade da coisa julgada, mas como explícita Cândido Rangel Dinamarco, ‘propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes’ (*Relativizar a coisa julgada material*. São Paulo: Meio Jurídico, v. 4, n. 44, abr. 2001).

Posto isso, afirmo, também, que a regra insculpida no art. 129 do CPC não se encontra limitada tão-somente à instância de conhecimento, como se pretende fazer crer, e que autoriza ela a possibilidade de atacar a coisa julgada, no caso dos autos, acordo judicial homologado.

Cabe lembrar que o referido dispositivo legal impõe um dever ao juiz, dever moral e legal, de, ‘convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, que o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes’.

Com propriedade, Pontes de Miranda assim comenta o artigo: ‘A característica de tal pode (*sic*) do juiz, estranho à delimitação ao pedido em que tradicionalmente sempre se pôs o juiz, consiste em ter ele (verbo *proferirá*) de obstar ao objetivo indevido da parte. A parte adversa não lho pediu, ou lho pediu, ou lho sugeriu no curso da causa. Não importa. Os atos que ele pode impedir, invocando o art. 129, foram considerados pelo Estado independente de qualquer das partes. Ao ter de decidir, o juiz encontra em face do que aduziram as partes e os interessados, e desse *pedido* do Estado. Porque, em verdade, o art. 129 funciona no processo, se queremos conservar os princípios que regem o direito processual, *como pedido do Estado para que se coarcte a atividade daninha de qualquer dos litigantes, autor ou réu*.

Pedido permanente e para quaisquer processos (Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, t. II, p. 370). (grifei)

Os poderes, deveres e responsabilidades impostas ao juiz não se encontram delimitados em jurisdição, instâncias, processos ou fases procedimentais.

O conhecimento pelo Magistrado de atos que desvirtuem a finalidade do processo, buscando, através, neste caso, de ato simulado ou fraude à lei, prejudicar terceiros e a sociedade, impõe-lhe o poder-dever de obstá-los, independente do momento processual em que se encontre, em obediência aos princípios constitucionais já citados, da moralidade, legalidade e Justiça.

A situação excepcional de indícios da existência de colusão entre as partes, com o fito de prejudicar terceiros e fraudar a lei, permite que também excepcionalmente o juiz possa obstar seu seguimento, ainda que existente sentença transitada em julgado ou acordo homologado com força de coisa julgada, cuja eficácia não produzirá efeitos, diante do vício substancial existente – desvirtuação do objetivo do processo, desrespeito aos princípios da moralidade e legalidade, prejuízo a terceiros de boa-fé, ao Estado e a sociedade e atentado à dignidade da Justiça.

O permissivo para que assim faça o juiz encontra-se, como já frisado, nos princípios constitucionais tanto citados e no art. 129 do CPC, combinado com o art. 125, III, do mesmo Diploma Legal, que estabelece outro dever, o de ‘prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça’.

Por fim, apenas por apego ao debate, o fato da previsão legal de intencção de ação rescisória com base na existência de colusão (art. 485, III, do CPC) não exclui outras possibilidades de coibir a utilização do Judiciário para fins fraudulentos, ainda que o ato esteja sob o manto da coisa julgada. O juiz, vale lembrar, não tem legitimidade para propor tal ação, mas mantém o dever de obstar tais atos.

Cito julgado do STJ para ilustrar tal afirmação:

‘RESP – CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO – COISA JULGADA – FRAUDE À COISA JULGADA E RESGUARDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 5º, XXXVI) – A execução, por seu turno, instrumentaliza a satisfação obtida pelo exequente. O Judiciário não se restringe, na prestação jurisdicional, a mero chancelador de petições, ou encara a lei como símbolo, vazio de conteúdo. Cumpre-lhe fiscalizar o processo, a fim de emitir provimento justo. Não pode pactuar com atitudes indignas, espúrias, fraudulentas. Cumpre impedir o locupletamento ilícito, ainda que o fato seja conhecido após a coisa julgada. O princípio que a informa deve ser conectado com a lealdade processual.’ (STJ, EDREsp 45174, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 26.09.1994, p. 25670)

Em decorrência, não vislumbro nenhuma nulidade no procedimento adotado pelo Juízo *a quo*, razão pela qual rejeito a preliminar suscitada.

Cerceamento de defesa

Os próprios termos do recurso em exame revelam que os documentos junto a ele acostados – que foram conhecidos por este Juízo – são, segundo o entendimento do recorrente, suficientes para elucidar a controvérsia. Assim, não há falar em retorno dos autos à origem para reabertura da instrução processual.

Ademais, a prova de existência de ato simulado ou fraude ocorrerá diante de circunstância e indícios de sua existência, os quais serão analisados pelo julgador, dentro dos princípios da persuasão racional e razoabilidade. A necessidade de instrução do feito, neste caso, nem sempre será condição essencial para a decisão.

Rejeito a preliminar.”

2 MÉRITO

Colusão

A existência de conluio entre os litigantes é clara.

Os depoimentos colhidos em juízo são contraditórios em relação à remuneração paga ao autor e esclarecedores a respeito da inexistência de uma relação de emprego no caso dos autos. Aliás, nesse sentido, o obreiro afirmou que “*tinha total autonomia na execução das suas atividades*”. Assim, em respeito ao princípio da imediatidade – também aplicável ao Juízo Trabalhista – mantenho a interpretação que lhe conferiu o Juízo de origem. Perquirindo a essência desse preceito, Manoel Antônio Teixeira Filho, a propósito do contato direto que o juiz tem com as partes e suas testemunhas e, ainda, do valor que irá atribuir a suas declarações, afirma que, ao inquiri-las:

“... poderá acompanhar – olhos nos olhos – a reação emocional das partes e das testemunhas diante das perguntas efetuadas, verificando se as respondem com segurança, se tergiversam, se procuram contorná-las como evasivas, se o fazem com serenidade ou com grande nervosismo e o mais; é nesse instante, enfim, que o juiz, mais do que um condutor da audiência, age como analista sutil do psiquismo humano, habilidade que a experiência lhe vai gradativamente aprimorando. Olhos inquietos, quase saltando da órbita, à procura de um ponto vago no espaço ou dos olhos do próprio advogado, sudorese intensa, balbúciação, podem ser sintomas de que a parte ou a testemunha esteja falseando a verdade dos fatos. Paradoxalmente, contudo, atitudes de arrogância, de onisciência desassombrada, de respostas imediatas ou dadas quando a pergunta nem sequer foi feita, podem ser indício de depoimentos industriados ou prolépticos.” (*In A sentença no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 82/83)

Por outro lado, as provas acostadas pelo autor dão conta de que à época em que foi celebrado o acordo entre as partes e, principalmente, muito após ter sido formulado (fl. 51) pedido de habilitação dos créditos produzidos pela citada avença,

a ré ainda era devedora de um montante considerável que, se acolhido tal pleito, seria preterido.

Nego provimento ao recurso.” (fls. 199/207)

Instado, ainda, por meio dos embargos de declaração interpostos pelo reclamante, a emitir pronunciamento acerca da indigitada violação ao art. 5º, incisos XXXVI e LV, da Constituição Federal, assim consignou o eg. Regional:

“Em relação à regra inserta no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, consta do citado acórdão arrazoado dirigido (fl. 200) ‘a intangibilidade da coisa julgada’. Principalmente, quando estiver sendo confrontado com outros princípios constitucionais, como os ‘da moralidade, da legalidade e da justiça’. Foram acrescentados (fls. 201/203) a essa linha de raciocínio a aplicação do disposto nos arts. 125, III, 129, 469, 470 e 485, II, do CPC, a doutrina elaborado pelo Ministro José Augusto Delgado e por Cândido Rangel Dinamarco e Pontes de Miranda, além de precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça. Só após, como conclusão, admiti (fl. 202) a possibilidade de serem, no caso vertente, relativizados os efeitos da coisa julgada. Portanto, já tendo sido expostos os normativos que serviram de fundamento à decisão embargada, não se podendo falar em ausência de pronunciamento a respeito da matéria em foco.

De outro norte, quanto aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e às demais razões expostas no agravo de petição do embargante, exposto nos motivos pelos quais a preliminar de cerceamento de defesa foi rejeitada (fls. 205/206), em respeito ao livre convencimento fundamentado, um dos cânones do nosso sistema processual – ‘o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos’.” (fls. 220/221)

Nas razões do recurso de revista, inconformado, o reclamante aponta violação à coisa julgada. Sustenta que a sentença que homologou o acordo firmado entre as partes, ao transitar em julgado, não poderia ser objeto de discussão quanto às questões já decididas no acordo.

Sustenta ainda violação ao direito do contraditório e da ampla defesa, quando as instâncias ordinárias basearam o entendimento firmado apenas no depoimento das partes, negando o direito de retorno dos autos à Vara de origem para instrução processual do feito.

A fim de viabilizar o conhecimento do recurso de revista, indigita violação ao art. 5º, incisos XXXVI e LV, da Constituição Federal, bem como transcreve arestos para comprovação de conflito de teses.

Impende ressaltar que o recurso de revista, interposto em processo de execução, somente se viabiliza caso demonstrada ofensa literal e direta à Constituição da República (art. 896, § 2º, da CLT e Súmula nº 266 do eg. TST).

Assim, a transcrição de arestos para comprovação do conflito de teses não rende ensejo ao cabimento do recurso de revista interposto em processo de execução, ante os termos do § 2º do art. 896 da CLT. Imperioso, pois, o não-conhecimento do recurso de revista no tocante aos julgados trazidos à colação.

De outro lado, no que tange à apontada violação ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, a questão tormentosa e atormentadora a que somos chamados a decidir cinge-se a isto: é cabível a relativização dos efeitos da coisa julgada material quando homologado judicialmente acordo firmado entre as partes.

Como se recorda, coisa julgada material é a qualidade da sentença que torna imutáveis e indiscutíveis seus efeitos substanciais. Trata-se da intangibilidade do conteúdo da sentença, o que se verifica após o trânsito em julgado da decisão.

A fórmula constitucional da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República) não constitui um princípio absoluto, mas condicionada a que se forme em processo regular e válido, nos termos da lei. Tanto que a própria lei autoriza rescindir a decisão de mérito em certos casos (CPC, arts. 485 e 741, inc. I), assim como autoriza o juiz, em caso de processo fraudulento ou de processo simulado, a pôr cobro a tal situação de modo a obstar os objetivos das partes (CPC, art. 129).

Com efeito, havendo incompatibilidade entre preceitos constitucionais, dado que nenhuma regra pode ser considerada absoluta, a constatação de qual deve prevalecer dependerá sempre do caso concreto, pois somente nesse momento poderemos definir qual regra é mais importante preservar.

Penso que há situações específicas nas quais se considere presente uma razão especial para superar o instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inciso XXXVI) e a lei processual disciplina (CPC, art. 467).

Oportuno aqui o escólio de Cândido Rangel Dinamarco, em artigo doutrinário relativamente recente (*Revista de Processo*, ano 28, jan./mar. 2003, p. 33):

“Para dar efetividade à equilibrada flexibilização da coisa julgada em casos extremos, insisto também na afirmação do dever, que a ordem político-jurídica outorga ao juiz, de postar-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga. Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada, e em nome desta, sistematicamente, assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades.

O juiz deve ter a consciência de que ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos, sendo humanamente impossível pensar no exercício jurisdicional imune a erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-se a possibilidade de fazer justiça. O importante é saber que onde há riscos há também meios para corrigi-los, o que deve afastar do espírito do juiz o exagerado apego à perfeição e o temor pânico aos erros que possa cometer. O juiz que racionalmente negar a autoridade da coisa julgada em um caso

saberá que, se estiver errado, haverá tribunais com o poder suficiente para reformar-lhe a decisão. Deixe a vaidade de lado e não tema o erro, sempre que estiver convencido da injustiça, da fraude ou da inconstitucionalidade de uma sentença aparentemente coberta pela coisa julgada.”

O Excelso Supremo Tribunal Federal já proclamou a viabilidade de mitigação do princípio constitucional da coisa julgada quando presentes fatos e circunstâncias especiais da causa, como faz ver o seguinte precedente:

“DESAPROPRIAÇÃO – TERRENOS DA ATUAL BASE AÉREA DE PARNAMERIM, EM NATAL/RN – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – DETERMINAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO – HIPÓTESES EM QUE O STF TEM ADMITIDO NOVA AVALIAÇÃO, NÃO OBSTANTE, EM DECISÃO ANTERIOR, JÁ TRANSITA EM JULGADO, SE HAJA DEFINIDO O VALOR DA INDENIZAÇÃO

Diante das peculiaridades do caso concreto, não se pode acolher a alegação constante do recurso extraordinário de ofensa, pelo acórdão, ao art. 153, § 3º, da Constituição Federal, em virtude do deferimento de nova avaliação dos terrenos. ‘O aresto teve presentes fatos e circunstâncias especiais da causa a indicarem a injustiça da indenização’, nos termos em que resultaria da só aplicação da correção monetária, a contar da Lei nº 4.686/65, quando a primeira avaliação aconteceu em 1957. Critério a ser seguido na nova avaliação. Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 26. Questão que não constituiu objeto do recurso extraordinário da União. Relativamente aos juros compensatórios, havendo sido fixado, em decisão transita em julgado, o percentual de 6% a.a., não caberia, no acórdão recorrido, estipular seu cálculo a base de 12% a.a. A incidência do percentual de 6% a.a. dar-se-á, a partir da ocupação do imóvel. Nesse ponto, o acórdão ofendeu o art. 153, § 3º, da lei maior. No que respeita aos honorários advocatícios, estabelecidos em quantia certa, à vista da primitiva avaliação, não vulnera o art. 153, § 3º, da Carta Magna, o acórdão, ao estipular novo critério para seu cálculo, em determinado nova avaliação do imóvel expropriado. Conhecimento, apenas, em parte, do recurso extraordinário, quanto aos juros compensatórios, para, nesta parte, dar-lhe provimento.” (STF, Primeira Turma, RE 105012/RN, DJ 01.07.1988, Rel. Min. Néri da Silveira)

Na espécie, constatado por depoimentos e documentos nas instâncias ordinárias que o acordo anteriormente homologado em Juízo, de valor elevado, resultou de conluio fraudulento entre as partes, visando a comprometer o direito de credores quirografários junto à empresa em situação financeira ruínosa, é dever do juiz obstar o cumprimento da transação inadimplida e declarar extinto o processo, sem exame de mérito.

Nesse contexto, reputo incensurável o duto e percuciente acórdão regional da ilustre lavra da Doutora Sandra Márcia Wambier. Louvo igualmente a perspicácia

e o acendrado amor à Justiça revelados pela Doutora Patrícia Almeida Ramos, Juíza do Trabalho Substituta que, intuindo a possibilidade de fraude após homologar a avença, desencadeou sucessivas diligências para elucidar o episódio e, assim, pôr cobro à fraude. Ambas as decisões bem souberam compreender que somente a deusa que simboliza o valor Justiça tem os olhos vendados. A instituição “Justiça”, contudo, precisa tê-los – e os tem! – bem abertos para não se deixar enredar por litigantes maliciosos, cuja atuação pode comprometer a base ética e de moralidade que deve permear o exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Não se vislumbra, portanto, a acenada violação ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, ante a viabilidade de relativizar-se a coisa julgada, a fim de coibir-se a avença fraudulenta alcançada entre as partes.

No que tange à acenada violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não vislumbro na hipótese a indigitada afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Pelo contrário, do excerto reproduzido depreende-se que as instâncias ordinárias firmaram convencimento da existência de ato simulado para fraudar a reclamada em face dos depoimentos colhidos em Juízo e da prova documental existente nos autos.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 2 de março de 2005. *João Oreste Dalazen*, relator.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAL E MATERIAL

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO

1. *O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Conflito Negativo de Competência 7.204-1/MG, suscitado pela 5ª Turma do TST (STF, Plenário, julgado em 29.06.2005), fixou a competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de pagamento de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho.*

2. *A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em conflito negativo de competência possui força vinculante para o juízo a quem for atribuída a competência, devendo este abster-se de insistir nos argumentos que deram ensejo ao referido conflito. Os efeitos dessa decisão não se restringem ao processo onde foi suscitado o conflito.*

3. *Recurso de embargos de que não se conhece.*

(Processo nº TST-E-RR-650.358/00 – Ac. SBDI 1)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-650.358/2000.0, em que é embargante Caixa Econômica Federal – CEF e embargada Ednéia Teixeira.

Irresignada, a reclamada interpõe recurso de embargos (fls. 532/544), no qual busca reformar a decisão da Segunda Turma (fls. 517/523) no tocante ao tema “competência – indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho”. Aponta ofensa aos arts. 109, inc. I, e 114 da Constituição da República e transcreve arestos para comprovação de divergência jurisprudencial.

Foi oferecida impugnação (fls. 548/552).

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

I CONHECIMENTO

1.1 Competência da Justiça do Trabalho. Indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho

A Turma deu provimento ao recurso de revista para restabelecer a sentença de primeiro grau quanto à competência da Justiça do Trabalho, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem, a fim de que aprecie os demais temas do recurso ordinário interposto pela reclamada e que na ocasião restaram prejudicados pela declaração de incompetência. Deixou consignados seus fundamentos no seguinte trecho:

“3 COMPETÊNCIA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO

Como já referido, o eg. Regional adotou entendimento no sentido de que a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho pelo fato de que a matéria não possui natureza trabalhista, inexistindo lei ordinária atribuindo a esta Justiça competência para apreciá-la, como outra controvérsia decorrente da relação de trabalho (CF/88, art. 114).

Defendendo tese contrária, em favor da competência, alega a reclamante que a decisão viola o art. 114 da Constituição, transcrevendo arestos para confronto.

Embora não vislumbrando aptidão formal dos arestos transcritos (originários do mesmo Tribunal prolator do acórdão recorrido ou de fonte de publicação não prevista na listagem autorizada do TST), vejo delinear-se a ofensa ao art. 114 da Constituição.

A interpretação deste preceito em conjugação com as ações de indenização por dano moral constitui hoje matéria pacificada nesta Corte Superior, do que é resultado a fixação dos precedentes da Orientação Jurisprudencial 327, do seguinte teor:

‘Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.’

No mesmo sentido decisão da eg. Seção Especializada em Dissídios Individuais, mais explícita quanto à particularidade de o pedido originar-se de acidente do trabalho, *verbis*:

‘A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar ação de indenização por dano moral e material resultante de acidente de trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal. Quando o art. 109, I, da Magna Carta exclui da competência da Justiça do Trabalho as causas de acidente de trabalho, logicamente está a se referir àquelas ações acidentárias dirigidas em desfavor da entidade previdenciária e não às ações indenizatórias de dano moral e material decorrentes de acidente de trabalho. Esse comando constitucional tem razão de ser, uma vez que as ações previdenciárias não visam equacionar litígio entre empregador e empregado, mas resguardar direito previdenciário, tendo no pólo passivo o INSS. O mesmo não ocorre com a ação de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho, que configura típico litígio trabalhista, na medida em que envolve parcela devida pelo empregador ao empregado resultante do contrato havido entre as partes.’ (Proc. TST-E-RR-483.206/98, SDI-I, DJ 17.10.2003, Red. Des. Min. Vantuil Abdala)

Por acompanhar o mesmo entendimento, concluo que a tese do eg. Regional *data venia* vulnera frontalmente o art. 114 da Constituição Federal, já que o pedido de reparação pela via judicial sem dúvida decorre diretamente da relação de trabalho.” (fls. 521/522)

Insiste a reclamada na pretensão de que seja declarada a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento da questão relativa à indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, porquanto entende que o referido dano tem assento no direito civil em face de sua natureza. Aponta ofensa aos arts. 109, inc. I, e 114 da Constituição da República e transcreve arestos para comprovação de divergência jurisprudencial.

Inspirada na Orientação Jurisprudencial 327 da SBDI-1, esta Corte tem firmado entendimento segundo o qual é competente a Justiça do Trabalho para examinar pedido de indenização por danos morais e materiais desde que exurgidos do *contrato de trabalho*, conforme se verifica pela ementa a seguir transcrita, em acórdão do qual fui Relator:

“RECURSO DE REVISTA – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – A Justiça do Trabalho é competente para julgar pedido de indenização por dano moral resultante de ato do empregador que, nessa qualidade, haja ofendido a honra ou a imagem do empregado, causando-lhe prejuízo de ordem moral, *se esse fato estiver relacionado com o contrato de trabalho*. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (RR-799.913/2001, Ac. 5ª Turma, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 18.02.2005 – grifei)

A hipótese dos autos, todavia, é diversa, porquanto a indenização por danos materiais e morais se justificaria não em razão do *contrato de trabalho*, mas de *acidente de trabalho*.

A distinção é de suma importância. É em vista dela que, recentemente, a Quinta Turma, julgando o Recurso de Revista TST-RR-741.677/2001, assim proclamou:

“RECURSO DE REVISTA – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA DO TRABALHO – DANO MORAL – DOENÇA PROFISSIONAL – Pretensão de condenação do reclamado ao pagamento de pensão mensal e de indenização relativas à ocorrência de danos moral e material decorrentes de acidente de trabalho. Incompetência da Justiça do Trabalho, na forma do art. 109, inc. I, da Constituição Federal. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o conflito de competência suscitado em face do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

(...)

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencida a Exma. Juíza Convocada Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 114 da Constituição Federal, e, no mérito, *dar-lhe provimento, a fim de, declarando a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente ação, determinar a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, órgão competente para processar e julgar o conflito de competência ora suscitado, na forma do art. 102, inc. I, o, da Constituição Federal.*” (RR-741.677/2001, Ac. 5ª Turma, Rel. Min. Gelson de Azevedo, DJ 10.12.2004)

O Supremo Tribunal Federal também tem perfilhado entendimento no sentido de se distinguir a ação de indenização nascida da relação de emprego daquela decorrente de dano proveniente de acidente de trabalho, conforme se verifica na decisão da lavra do Ministro Cezar Peluso, que, ao examinar o Recurso Extraordinário RE-441.716/MG, assim assentou:

“A causa de que se cuida é ação de reparação por danos morais e materiais oriundos de doença do trabalho, ou, em sentido lato, de acidente do trabalho. No tema de competência, cumpre distinguir. De um lado, é já velha e aturada a orientação da Corte no sentido de que compete à Justiça do

Trabalho, como princípio ou regra geral, processar e julgar ação de indenização de danos, morais e materiais, decorrentes de relação de trabalho, pouco se dando, para esse fim, deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil ou doutra província normativa (cf. CJ 6.959, Red. p/o Ac. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 134/96; RE 238.737, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 05.02.1999; e decisão monocrática no RE 409.699, Rel. Min. Carlos Velloso). De outro, porém, excetua-se tal competência, quando o fato ou fatos causadores dos danos materiais e morais configurem também acidente ou doença do trabalho, caso em que a competência, assim para a ação de indenização por ato ilícito absoluto, como a de indenização especificamente acidentária, é da Justiça Comum, a que a Constituição atribui competência para as ações de acidente e doença do trabalho, qualquer que seja a qualidade da parte passiva legítima para a causa, nos termos da Súmula nº 501, que se apóia hoje no art. 109, I, da Constituição (cf. RE 403.832, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.03.2004; RE 345.486, Rel.^a Min. Ellen Gracie, DJ 24.10.2003; RE 394.943, Rel. p/o Ac. Min. Eros Grau, J. 01.02.2005).” (STF, RE-441716/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 08.03.2005)

No mesmo sentido é a decisão proferida no Agravo de Instrumento STF-AI-527.105/SP, em que também foi relator o nobre Ministro Cezar Peluso.

Dos acórdãos referidos no excerto acima transcrito, vale transcrever aquele prolatado no RE-345.486, da lavra da Ministra Ellen Gracie, cujos fundamentos encontram-se assim sintetizados na ementa, *in verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PROCESSO CIVIL – DEMANDA SOBRE ACIDENTE DE TRABALHO – COMPETÊNCIA – ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO – Esta Suprema Corte tem assentado não importar, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que o deslinde da controvérsia dependa de questões de direito civil, bastando que o pedido esteja lastreado na relação de emprego (CJ 6.959, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 134/96). Constatada, não obstante, a hipótese de acidente de trabalho, atrai-se a regra do art. 109, I, da Carta Federal, que retira da Justiça Federal e passa para a Justiça dos Estados e do Distrito Federal a competência para o julgamento das ações sobre esse tema, independentemente no pólo passivo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ou o empregador. Recurso extraordinário conhecido e improvido.” (Ac. 2ª Turma, DJ 24.10.2003)

Mais recentemente, o Plenário daquela Excelsa Corte, ao examinar o Recurso Extraordinário RE-438.639 (julgado em 09.03.2005), ratificou o entendimento no sentido de ser competente a Justiça Comum Estadual e do Distrito Federal, e não a Justiça do Trabalho, para ações em que se postula indenização por acidente de trabalho.

Nesse sentido, também, é o julgado proferido pela eg. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE-394.943/SP, recém-publicado (DJ 13.05.2005), em que foi Relator do acórdão o Ministro Eros Grau, a saber:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL – DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO – COMPETÊNCIA

1. É competente a Justiça Comum estadual para o julgamento das causas relativas à indenização por acidente de trabalho, bem assim para as hipóteses de dano material e moral que tenham como origem esse fato jurídico, tendo em vista o disposto no art. 109, I, da Constituição do Brasil.

2. A nova redação dada ao art. 114 pela EC 45/04 não teve a virtude de deslocar para a Justiça do Trabalho a competência para o exame da matéria, pois expressamente refere-se o dispositivo constitucional a dano moral ou patrimonial decorrentes de relação de trabalho.

Recurso extraordinário conhecido, mas não provido, mantida a competência da Justiça Comum para o exame da lide.”

Com efeito, a Emenda Constitucional 45/04 não ampliou a competência da Justiça do Trabalho para abranger pedido de indenização decorrente de acidente de trabalho. É suficiente, para se alcançar essa conclusão, o cotejo dos arts. 114, inc. VI, e 109, inc. I, ambos da Constituição da República. O primeiro restringe à competência para ações de indenização decorrentes da *relação de trabalho*, e o art. 109, inc. I, parte final, excetua da competência do juiz federal a competência para julgar as causas de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça do Trabalho, distinguindo, assim, as oriundas de acidente de trabalho daquelas provenientes da relação de emprego, cuja competência está afeta à Justiça do Trabalho.

É bem verdade que não há que se confundir uma causa de acidente de trabalho dirigida contra o Estado (por responsabilidade objetiva) para reclamar indenização e benefícios previdenciários (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria previdenciária) com aquela ajuizada em face do empregador em que a indenização por acidente de trabalho decorre de responsabilidade subjetiva. Conquanto distintas as ações, a atribuição de competência a apenas um dos ramos do judiciário para o exame de ambas as causas é medida salutar para a segurança jurídica, evitando-se, assim, contradição entre julgados. Ter-se-ia, por exemplo, que, de um mesmo fato – acidente de trabalho –, a possibilidade de qualificações jurídicas distintas pela Justiça do Trabalho e pela Justiça Estadual e do Distrito Federal, acaso cindidas as competências. Também esse aspecto foi considerado nas decisões da Suprema Corte acima referidas, que assim consignam:

“(…) aquele que julga o fato ou fatos qualificados como acidente ou doença do trabalho deve ter competência para, apreciando-os, qualificá-los, ou não, ainda como ilícito aquiliano típico, porque não haja risco de estimas contraditórias do mesmo fato. (...) na interpretação do *caput* do art. 114 (...) importa, sim, tratar-se de fato ou fatos que caracterizem acidente do trabalho. Ora, a cognição desse mesmo fato ou fatos, quer exija, num caso, aplicação de norma trabalhista, quer exija, noutro, aplicação de norma de Direito Civil, deve ser exclusiva da Justiça Comum, competente para ambos.” (STF, AI-

527.105/SP e STF, RE-441716/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 25.02.2005 e DJ 08.03.2005, respectivamente)

De fato, independentemente de a ação de reparação ser dirigida contra o INSS, para reclamar indenização e benefícios previdenciários (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria previdenciária), ou ajuizada em face do empregador, para reclamar indenização a título de reparação por danos morais ou materiais, a competência se estabelece a partir do fato gerador (causa de pedir) de referidas indenizações: *acidente de trabalho*.

Assim, em se tratando de indenização decorrente de acidente de trabalho, não cabe perquirir em face de quem é ajuizada a ação. Primeiramente, porque estaria confundindo o critério de fixação da competência em razão da matéria por aquele atinente à competência em razão da pessoa; segundo, porque o princípio da unidade da convicção justifica a concentração da competência em um mesmo órgão judiciário para que os pronunciamentos jurisdicionais dele promanados sejam uníssonos. Em outras palavras, dado o mesmo fato – acidente de trabalho –, a sua qualificação jurídica e os efeitos dele decorrentes devem ser apreciados por um mesmo órgão judiciário competente, pouco importando que, em relação a uma ação contra o Estado, aprecie a causa sob a óptica da responsabilidade objetiva, e, relativamente ao empregador, faça sob a perspectiva da responsabilidade subjetiva.

Todavia, ao apreciar o Conflito Negativo de Competência 7.204-1/MG, suscitado pela eg. 5ª Turma deste Tribunal, o Supremo Tribunal Federal reformulou seu reiterado entendimento para, pronunciando a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar pretensão de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho, determinar o retorno daqueles autos ao Tribunal Superior do Trabalho, a fim de que proceda ao julgamento do recurso de revista interposto pelo empregador. Eis os termos do voto do Exmo. Ministro Carlos Ayres Brito, *in verbis*:

“(...) 10. Nada obstante, valendo-me do art. 6º do Regimento Interno da Casa, trago o presente conflito ao conhecimento deste col. Plenário para rediscutir a matéria. É que, a meu sentir, a norma que se colhe do inciso I do art. 109 da *Lei das Leis* não autoriza concluir que a Justiça comum estadual detém competência para apreciar as ações que o empregado propõe contra o seu empregador, pleiteando reparação por danos morais ou patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho. É dizer: quanto mais reflito sobre a questão, mais me convenço de que a primeira parte do dispositivo constitucional determina mesmo que compete aos *juízes federais* processar e julgar ‘*as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes...*’. Mas esta é apenas a regra geral, plasmada segundo o critério de distribuição de competência em razão da pessoa. Impõe-se atentar para a segunda parte do inciso, assim vocalizada: ‘... *exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho*’.

E esta segunda parte, como exceção que é, deve ser compreendida no contexto significante daquela primeira, consubstanciadora de regra geral. Em discurso quiçá mais elucidativo: à luz da segunda parte do inciso I do art. 109 da Constituição Federal tem-se que as causas de acidente do trabalho em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autora, ré, assistente ou oponente, *não são da competência dos juízes federais*.

11. Remarque-se, então, que as causas de acidente do trabalho, excepcionalmente excluídas da competência dos juízes federais, *só podem ser as chamadas ações acidentárias. Ações, como sabido, movidas pelo segurado contra o INSS, a fim de discutir questão atinente a benefício previdenciário*. Logo, feitos em que se faz presente interesse de uma autarquia federal, é certo, mas que, por exceção, se deslocam para a competência da Justiça comum dos Estados. Por que não repetir? Tais ações, expressamente excluídas da competência dos juízes federais, passam a caber à Justiça comum dos Estados, segundo o critério residual de distribuição de competência. Tudo conforme serena jurisprudência desta nossa Corte de Justiça, cristalizada no enunciado da Súmula nº 501.

12. Outra, porém, é a hipótese das ações reparadoras de danos oriundos de acidente do trabalho, *quando ajuizadas pelo empregado contra o seu empregador*. Não contra o INSS. É que, agora, não há interesse da União, nem de entidade autárquica ou de empresa pública federal, a menos, claro, que uma delas esteja na condição de empregadora. O interesse, reitere-se, apenas diz respeito ao empregado e seu empregador. Sendo desses dois únicos protagonistas a legitimidade processual para figurar nos pólos ativo e passivo da ação, respectivamente. Razão bastante para se perceber que a regra geral veiculada pela primeira parte do inciso I do art. 109 da Lei Maior – definidora de competência em razão da pessoa que integre a lide – não tem como ser erigida a norma de incidência, visto que ela não trata de relação jurídica entre empregados e empregadores. Já a parte final do inciso I do art. 109 da Magna Carta, segundo demonstrado, cuida é de outra coisa: excepcionar as hipóteses em que a competência seria da própria Justiça Federal.

13. Deveras, se a vontade objetiva do Magno Texto fosse excluir da competência da Justiça do Trabalho matéria ontologicamente afeita a ela, Justiça Obreira, certamente que o faria no próprio âmbito do art. 114. Jamais no contexto do art. 109, versante, este último, sobre competência de uma outra categoria de juízes.

14. Noutro modo de dizer as coisas, não se encaixando em nenhuma das duas partes do inciso I do art. 109 as ações reparadoras de danos resultantes de acidente do trabalho, em que *locus* da Constituição elas encontrariam sua específica norma de regência? Justamente no art. 114, que proclama a competência da Justiça especial aqui tantas vezes encarecida.

Competência que de pronto se define pelo exclusivo fato de o litígio eclodir entre trabalhadores e empregadores, como figura logo no início do texto normativo em foco. E já me antecipando, ajuízo que a nova redação que a EC 45/04 conferiu a esse dispositivo, para abrir significativamente o leque das competências da Justiça Laboral em razão da matéria, só veio robustecer o entendimento aqui esposado.

15. Com efeito, estabelecia o *caput* do art. 114, em sua redação anterior, que era da Justiça do Trabalho a competência para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*, além de *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*. Ora, um acidente de trabalho é fato ínsito à interação trabalhador/empregador. A causa e seu efeito. Porque sem o vínculo trabalhista o infortúnio não se configuraria, ou seja, o acidente só é acidente de trabalho se ocorre no próprio âmago da relação laboral. A possibilitar a deflagração de efeitos morais e patrimoniais imputáveis à responsabilidade do empregador, em regra, ora por conduta comissiva, ora por comportamento omissivo.

16. Como de fácil percepção, para se aferir os próprios elementos do ilícito, sobretudo a culpa e o nexa causal, é imprescindível que se esteja mais próximo do dia-a-dia da complexa realidade laboral. Aspecto em que avulta a especialização mesma de que se revestem os órgãos judicantes de índole trabalhista. É como dizer: órgãos que se debruçam cotidianamente sobre os fatos atinentes à relação de emprego (muitas vezes quanto à própria existência dela) e que por isso mesmo detêm melhores condições para apreciar toda a trama dos delicados aspectos objetivos e subjetivos que permeiam a relação de emprego. Daí o conteúdo semântico da Súmula nº 736, deste Excelso Pretório, assim didaticamente legendada: ‘Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores’.

17. Em resumo, a relação de trabalho é a invariável matriz das controvérsias que se instauram entre trabalhadores e empregadores. Já a matéria genuinamente acidentária, voltada para o benefício previdenciário correspondente, é de ser discutida com o INSS, perante a Justiça comum dos Estados, por aplicação da norma residual que se extrai do inciso I do art. 109 da *Carta de Outubro*.

18. Nesse rumo de idéias, renove-se a proposição de que a nova redação do art. 114 da *Lex Maxima* só veio aclarar, expletivamente, a interpretação aqui perfilhada. Pois a Justiça do Trabalho, que já era competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*, além de *outras controvérsias decorrentes da relação trabalhista*, agora é confirmativamente competente para processar e julgar *as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho* (inciso VI do art. 114).

19. Acresce que a norma fundamental do inciso IV do art. 1º da Constituição Republicana ganha especificação trabalhista em vários dispositivos do art. 7º, como o que prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII), e o que impõe a *obrigação do seguro contra acidente do trabalho, sem prejuízo, note-se, da indenização por motivo de conduta dolosa ou culposa do empregador* (inciso XXVIII). Vale dizer, o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, vem enumerado no art. 7º da Lei Maior como autêntico direito trabalhista. E como todo direito trabalhista, é de ser tutelado pela Justiça especial, até porque desfrutável às custas do empregador (nos expressos dizeres da Constituição).

20. Tudo comprova, portanto, que a longa enunciação dos direitos trabalhistas veiculados pelo art. 7º da Constituição parte de um pressuposto lógico: a hipossuficiência do trabalhador perante seu empregador. A exigir, assim, interpretação extensiva ou ampliativa, de sorte a autorizar o juízo de que, ante duas defensáveis exegeses do texto constitucional (art. 114, como penso, ou art. 109, I, como tem entendido esta Casa), deve-se optar pela que prestigia a competência especializada da Justiça do Trabalho.

21. Por todo o exposto, e forte no art. 114 da Lei Maior (redações anterior e posterior à EC 45/04), concluo que não se pode excluir da competência da Justiça Laboral as *ações de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, propostas pelo empregado contra o empregador*. Menos ainda para incluí-las na competência da Justiça comum estadual, com base no art. 109, inciso I, da *Carta de Outubro*.

22. No caso, pois, julgo improcedente este conflito de competência e determino o retorno dos autos ao eg. Tribunal Superior do Trabalho, para que proceda ao julgamento do recurso de revista manejado pelo empregador.” (STF, Plenário, J. 29.06.2005, com destaques no original)

Dessa forma, considerando que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em conflito negativo de competência possui força vinculante para o juízo a quem for atribuída a competência, deve este abster-se de insistir nos argumentos que deram ensejo ao referido conflito. Os efeitos dessa decisão não se restringem ao processo onde foi suscitado o conflito.

Assim, considerando que no presente feito o tema é o mesmo daquele onde foi suscitado o conflito, rendo-me aos fundamentos expostos pelo Supremo Tribunal Federal e, diante da competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de pagamento de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho, concluo não haver violação aos dispositivos indicados.

Também não se cogita de divergência jurisprudencial, uma vez que os acórdãos são todos e sem exceção inservíveis, porquanto oriundos do STF, do STJ, de Tribunais Regionais, de Tribunais de Alçada e da mesma Turma prolatora da decisão recorrida.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de embargos.

Brasília, 15 de agosto de 2005. *João Batista Brito Pereira*, relator.

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROPORCIONALIDADE

RECURSO DE REVISTA – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – PAGAMENTO PROPORCIONAL – POSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 288/TST

1. Não há direito adquirido a regime jurídico.

2. Embora haja uma lei que estabeleça a equiparação, no plano previdenciário, dos empregados das paraestatais com os servidores civis do Estado de São Paulo e nela haja previsão de aposentadoria integral com 30 (trinta) anos de serviço, essa lei não foi recepcionada pela nova ordem constitucional – seja federal ou estadual –, uma vez que se passou a exigir o tempo de 35 (trinta e cinco) anos para se adquirir o direito à aposentadoria integral.

3. Fere o princípio do direito adquirido e da isonomia estender a integralidade na aposentadoria, na hipótese, aos empregados das paraestatais, sobretudo se verificado que essa extensão não ocorre em relação aos servidores civis estaduais, que são o paradigma, conforme a Lei nº 1.386/51, para fins previdenciários.

4. O conceito de norma empregado na Súmula nº 288/TST não significa lei. Conforme o princípio da unidade do ordenamento jurídico, a interpretação adequada volta-se para sua incidência nas hipóteses de regras contratuais ou regulamentares.

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-714.856/00 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-714.856/2000.4, em que é recorrente Archimedes Antônio Chiusoli e são recorridas Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista – CTEEP e Fundação CESP.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em acórdão de fls. 757/764, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, mantendo a r. sentença, que julgara improcedente o pedido.

No recurso de revista de fls. 766/775, o autor transcreve arestos à divergência e indica contrariedade às Leis nºs 1.386/51, 1.974/52 e 4.819/58 do Estado de São Paulo e às Súmulas nºs 51 e 288 do TST.

JURISPRUDÊNCIA

Despacho de admissibilidade, às fls. 797.

Contra-razões pela CTEEP e pela Fundação CESP, às fls. 801/809 e 810/824, respectivamente.

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho, em conformidade com o art. 82 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade – tempestividade (fls. 765 e 766) e representação processual (fls. 7) –, passo ao exame do recurso.

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

a) Conhecimento

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em acórdão de fls. 757/764, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, mantendo a r. sentença, que julgara improcedente o pedido, aos seguintes fundamentos:

“Restou incontroverso nos autos que o reclamante aposentou-se de forma proporcional ao tempo de serviço recebendo o benefício concedido pelo INSS de forma proporcional, pois contava com tempo de serviço inferior a 35 (trinta e cinco) anos, quando do jubileamento.

Ainda assim, postulou a complementação de aposentadoria integral, ou seja, na base de 100% dos vencimentos efetivamente auferidos pelos paradigmas em atividade, com dedução, apenas, do valor pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

(...)

Com efeito, a Lei Estadual nº 1.386/51, que primeiro instituiu o sistema, determinou a filiação obrigatória dos servidores das entidades paraestatais ao Regime Geral da Previdência Social. Em face desta imposição, instituiu o regime de complementação de aposentadoria deste pessoal, estabelecendo no art. 1º que: ‘O pessoal dos serviços ou repartições criados, mantidos ou administrados pelo Estado, associado obrigatório de Institutos ou Caixas de Aposentadorias e Pensões, quando aposentado terá direito ao provento assegurado aos demais funcionários ou servidores do Estado, de acordo com a legislação que vigorar’. Estipulou ainda, no parágrafo único do mesmo artigo, que: ‘A diferença entre o provento pago pelo Instituto ou Caixa respectiva e aquele a que tiver direito o servidor, na forma desta lei, correrá por conta do serviço ou repartição’.

É indiscutível a aplicação desta lei ao contrato de trabalho do reclamante, eis que a Lei Estadual nº 200/74 ressaltou expressamente o direito adquirido dos trabalhadores admitidos e dos beneficiários existentes quando de sua promulgação.

Pois bem, tendo em vista o disposto no art. 1º da Lei nº 1.386/51 acima transcrito, no que tange ao tempo para a aposentadoria, com vencimentos integrais ou proporcionais aos servidores públicos estaduais, deve-se levar em consideração o disposto no art. 126, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição do Estado de São Paulo, que estabelece que a aposentadoria com proventos integrais se dará aos 35 anos, se homem, e com proventos proporcionais, aos 30 anos de serviço, pelo que, a aposentadoria do reclamante teria que obedecer, *necessariamente*, tais parâmetros. Outra não foi a intenção do legislador, que não assegurar ao aposentado das entidades paraestatais remuneração igual àquela do aposentado servidor ou funcionário público estadual. Do contrário, seria conceder ao servidor da entidade paraestatal benefício maior ao do aposentado vinculado diretamente ao ente público da administração direta.

(...)

O argumento de que a lei instituidora da aposentadoria não teria colocado restrição quanto ao tempo de serviço não colhe, pois, *ao tempo da edição das Leis nºs 1.386/51 e 4.819/58, inexistia a aposentadoria proporcional.*

Assim, procurou a reclamada – CESP – assegurar aos seus funcionários o mesmo salário dos servidores públicos, e estes não têm direito à aposentadoria integral quando aposentam proporcionalmente ao tempo de serviço.

Dado o caráter acessório, a complementação de aposentadoria deve guardar equivalência ao tempo de serviço do trabalhador. *In casu*, o tempo de serviço prestado pelo reclamante foi inferior aos 35 anos. Logo, *improspira a irresignação.*” (fls. 760/763 – grifei)

No recurso de revista, o autor traz arestos à divergência e indica contrariedade às Leis nºs 1.386/51, 1.974/52 e 4.819/58 do Estado de São Paulo e às Súmulas nºs 51 e 288 do TST. Sustenta que foi admitido anteriormente a 13 de maio de 1974. Alega que tem jus ao valor integral da complementação de aposentadoria, haja vista que a Lei Estadual nº 1.386/51, ao estabelecer a jubilação aos 30 (trinta) anos de serviço, não faz menção à proporcionalidade. Afirma que a Lei Estadual nº 200/74, que revogou a Lei nº 4.819/58, assegura o direito adquirido dos empregados. Aduz que o regulamento não pode ser alterado para incluir a proporcionalidade do tempo de serviço, sendo, pois, indevida a analogia com a jubilação concedida pelo INSS. Destaca, desse modo, que tem direito adquirido à percepção integral da complementação de aposentadoria.

Razão não assiste ao recorrente.

A questão cinge-se à análise da teoria das normas no tempo e, em especial, à configuração do direito adquirido na hipótese.

No caso, o reclamante ingressou na entidade paraestatal na vigência da Lei nº 1.386/51, que assegurava a complementação de aposentadoria aos 30 (trinta) anos, sem haver qualquer previsão em relação à proporcionalidade. Ao mesmo tempo, garantiu aos empregados inativos os mesmos ganhos alcançados pelos empregados da ativa. Por sua vez, a Lei nº 200/74, em seu art. 1º, parágrafo único, garantiu a manutenção dos mesmos direitos aos empregados admitidos sob a lei anterior – Lei nº 1.386/51. Portanto, com fundamento nessas premissas, a possibilidade da aposentadoria integral com 30 (trinta) anos de serviço mostrava-se plenamente cabível de acordo com a legislação então vigente.

Essas condições, contudo, não permaneceram ao longo do tempo. A Constituição Federal e, por conseguinte, a Constituição do Estado de São Paulo, promulgadas anteriormente à aposentação do recorrente, previram um sistema distinto de aposentadoria. A Constituição do Estado de São Paulo assim estabeleceu os critérios para tanto:

“Art. 126. O servidor será aposentado:

(...)

III – voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

(...)

b) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.”

No caso, portanto, anteriormente à aposentadoria do autor, um novo regime constitucional-previdenciário foi instituído. Esse novo regime teve aplicação imediata, atingindo todos aqueles que ainda não tinham preenchidos todos os requisitos à aposentação nos moldes do regime anterior.

Como se infere, trata-se de um típico caso em que uma norma posterior – de ordem constitucional – instaura um regime previdenciário em oposição ao anterior – a lei ordinária. É evidente que, segundo essa perspectiva, não se poderia conceber que a lei ordinária, em nítida contrariedade ao estipulado no novo regime constitucional, tenha sido inteiramente recepcionada. São situações altamente díspares – a Lei nº 1.386/51, cujo regime foi mantido para aqueles que ingressaram sob o regime anterior pela Lei nº 200/74, possibilitava o jubramento com valores integrais quando completados 30 (trinta) anos de serviço, ao passo que a Constituição Estadual, em obediência à Constituição Federal, instaurou a exigência de se completar 35 (trinta e cinco) anos de serviço. Ao mesmo tempo, o novo regime constitucional passou a prever a possibilidade da aposentadoria proporcional.

A hipótese de incidência do novo regime constitucional – que instaurou um novo regime previdenciário – exige, para a integralidade na aposentadoria, o

cumprimento do requisito de trinta e cinco anos de tempo de serviço e não trinta anos. Por sua vez, para os trinta anos de serviço, o novo regime previdenciário prevê, ao revés, a aposentação proporcional. Desse modo, segundo os novos critérios estabelecidos, o recorrente não preencheu todos os requisitos para se aposentar com valores integrais. A espécie fática não condizia com a hipótese de incidência do novo regime jurídico-previdenciário que lhe era aplicado.

Percebe-se que, com base nesse critério, está-se, na verdade, dando plena aplicabilidade ao princípio do direito adquirido. Isso porque somente há direito adquirido quando se cumprem todos os requisitos exigidos, naquele regime, para a aquisição do direito. Na hipótese, quando se aposentou, vigorava um regime distinto daquele previsto nas legislações ordinárias indicadas; vigorava, na verdade, um novo regime de ordem constitucional, que afastou a aplicabilidade do anterior regime em relação a todos aqueles que não haviam ainda cumprido os requisitos para a aquisição do direito.

Já é pacífico o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico. O direito adquirido somente é conferido, quando, explicitamente, todos os requisitos para sua aquisição tenham sido plenamente cumpridos. No caso, quando houve a mudança constitucional, o recorrente não havia ainda preenchido os trinta anos de serviço, de modo que não se enquadrava nas hipóteses de aplicação imediata do regime anterior. Desse modo, o regime incidente na sua condição é, enfaticamente, o novo, o de matriz constitucional e não aquele previsto nas leis ordinárias, que, em rigor, não foram recepcionadas pelo novo sistema constitucional.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem entendido que, muito embora alguém tenha ingressado no serviço público sob um regime anterior, não lhe está garantida a manutenção deste regime para sempre. Os casos abaixo ilustram haver apenas expectativa de direito, o que é claramente distinto da *aquisição do direito*, que exige o cumprimento de todos os requisitos previstos:

“Ementa: Recurso extraordinário. Agravo regimental. 2. Aposentadoria. Direito adquirido quando preenchidos todos os requisitos. Súmula nº 359/STF. 3. Requerimento administrativo. Desnecessidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento, tão-somente, para afastar a retroação da data de início da aposentadoria.” (RE-310.159 AgRg/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.08.2004, 2ª Turma)

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Decreto-Lei nº 2.335/87. Plano Verão. Reajuste de 26,05%. Lei nº 7.730/89. Reajuste de 26,06%. Plano Bresser. Lei nº 8.030/90. Reajuste de 84,32%. Plano Collor. Direito adquirido. Inconstitucionalidade. *O Plenário da Corte reiterou o entendimento de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, nem direito adquirido a regime jurídico instituído por lei.* Em se tratando de norma de aplicação imediata, esta não alcança vencimentos já pagos, ou devidos *pro labore facto*. Reajuste de salário no percentual de 26,05%, a ser computado no mês de junho de 1987, conforme Decreto-Lei

nº 2.302. *Revogação por norma superveniente que entrou em vigor antes de iniciar-se o período aquisitivo. Direito adquirido e, conseqüente, inconstitucionalidade inexistentes.* Reajuste de salário no percentual de 26,06%. Decreto-Lei nº 2.335/87, revogado pela Lei nº 7.730/89. Plano Bresser. *Mera expectativa de direito ao reajuste postulado. Direito adquirido inexistente.* Reajuste trimestral de vencimentos pela variação do IPC (84,32%). *Revogação por norma superveniente, que precedeu a aquisição do direito e o exercício desse. Direito adquirido inexistente.* Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE-189.832/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 15.09.1995, 2ª Turma – grifamos)

Por outro lado, é interessante adentrar no próprio conteúdo da legislação trazida aos autos pelo recorrente em seu recurso de revista. O art. 3º da Lei nº 1.386/51, tanto invocado como garantia de seu direito, apresenta o seguinte teor:

“O servidor que contar 30 (trinta) anos de efetivo serviço e não puder ser aposentado pelo Instituto, se o requerer, será aposentado na forma da legislação que regula a aposentadoria dos funcionários públicos civis do Estado, apurado o tempo de serviço, nos termos do art. 4º, e receberá os respectivos proventos por conta dos serviços ou repartição até que venha a ser aposentado pela Instituição de Previdência competente.”

O dispositivo legal é explícito ao afirmar que, caso não possa se aposentar pelo Instituto, o requerente será aposentado “na forma da legislação que regula a aposentadoria dos funcionários civis do Estado”. Essa previsão legal, por conseguinte, equipara a situação do empregado da paraestatal àquela do serviço público na questão da previdência. Há, por isso, uma procura pela preservação da isonomia.

Todavia, para o servidor público estadual, vigora a aplicação da Constituição do Estado de São Paulo. Por que, então, essa regra não seria aplicável também ao empregado da paraestatal? Não se estaria violando, ao lhe negar aplicabilidade do novo regime constitucional, o princípio da isonomia? Percebe-se, de imediato, que a lei que tanto o recorrente invoca para pleitear seu direito, na verdade, está a contrariá-lo.

Portanto, ao lado da inexistência de ofensa ao direito adquirido – que, para tanto, exige o cumprimento de todos os requisitos – há verdadeira ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que estende um benefício ao empregado da paraestatal que, há muito, já não se aplica ao servidor público estadual. É um contra-senso e, em rigor, ofende o próprio art. 3º da Lei nº 1.386/51, uma vez que sua finalidade, seu *telos*, foi claramente estabelecer uma equiparação do empregado da paraestatal com o servidor público no plano previdenciário.

É importante destacar que o princípio da isonomia é a base mais plena da configuração da idéia de justiça, na medida em que, segundo uma perspectiva formal, nos moldes adotados pelo jusfilósofo Chaïm Perelman, caracteriza-se como “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem

ser tratados da mesma forma” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 18/19). A Lei nº 1.386/51 estabeleceu que, no plano previdenciário, os empregados das paraestatais enquadram-se em situação *essencialmente semelhante* àquela dos servidores públicos estaduais. Seria, por isso, um atentado ao princípio da isonomia – e, portanto, aos critérios mais elementares de justiça – estender um benefício não-aplicável ao servidor público.

Há de se ressaltar, contudo, que esta Corte, em casos semelhantes, tem dado razão aos reclamantes, invocando, para tanto, a aplicação da Súmula nº 288. Os casos abaixo são ilustrativos:

“CESP – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – INTEGRALIDADE – ADMISSÃO ANTES DA LEI Nº 200/74 – Considerando a jurisprudência desta Corte, concentrada na Súmula nº 288, a concessão da complementação de aposentadoria deve ser regulada pela legislação vigente à época da admissão do empregado. Não havendo na legislação aplicável à hipótese a determinação de pagamento desse benefício de forma proporcional, conclui-se que a complementação de aposentadoria deve ser paga de forma integral. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (RR-756.352/2001, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 18.02.2005)

“COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – CESP – FUNDAÇÃO CESP – SÚMULA Nº 288 DO TST – Consoante diretriz abraçada pela Súmula nº 288 do TST, a complementação de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito. No caso, conforme assinalado pelo TRT, as leis estaduais que vigoravam ao tempo da jubilação do empregado não previam o pagamento proporcional ao tempo de serviço da complementação de aposentadoria, de modo que as alterações legislativas posteriores não podem atingir o reclamante, em face do seu direito adquirido. Recursos de revista não conhecidos.” (RR-749.286/2001, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 11.02.2005)

“CESP – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA INTEGRAL – TRINTA ANOS DE SERVIÇO EFETIVO – LEI ESTADUAL Nº 200/74, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO – ENUNCIADO Nº 288 DO TST – Não havendo na legislação vigente à época da admissão do reclamante (Lei nº 1.386/51) referência ao pagamento da complementação de aposentadoria de forma proporcional ao tempo de serviço, e tendo como fundamento o Enunciado nº 288 do TST, impõe-se a conclusão de que é devida a complementação de aposentadoria integral aos empregados que implementem a condição de trinta anos de serviço efetivo. Constitui entendimento pacífico nesta Corte Superior que a complementação de aposentadoria deve reger-se pelas normas em vigor na data da admissão do empregado (exegese dos arts. 4º, 444 e 468 da CLT). Reforça tal entendimento, no caso concreto, a ressalva consignada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 200/74, quanto aos direitos

à complementação da aposentadoria dos beneficiários e dos empregados admitidos até o termo inicial de vigência da lei nova, aplicando-se-lhe o previsto nas Leis de nºs 1.386/51, 1.974/52 e 4.819/58. Revista conhecida e provida.” (RR-691.419/2000, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 10.12.2004)

A existência de jurisprudência a respeito, contudo, não pode significar uma vinculação perpétua do julgador, sobretudo quando se constata que a questão já se encontra pacificada no Supremo Tribunal Federal. Ao mesmo tempo, é necessário que a jurisprudência esteja sempre se adaptando a novas circunstâncias, a novas considerações, ainda mais quando questões relevantes como a ora em exame estão em jogo e quando há um debate em torno de princípios jurídicos – o direito adquirido e a isonomia, por exemplo. A passagem abaixo, de Ronald Dworkin, expõe a necessidade de se estabelecer uma dinâmica aos precedentes:

“(...) A prática do precedente, que nenhum juiz pode ignorar totalmente em sua interpretação, pressiona pelo acordo; as teorias de cada juiz sobre o que realmente significa julgar vão incorporar por referência, mediante qualquer explicação e reelaboração do precedente em que ele se fundamente, aspectos de outras interpretações correntes na época. Além disso, os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiosincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação. O inevitável conservadorismo do ensino jurídico formal, e do processo de selecionar juristas para as tarefas judiciais e administrativas, aumenta a pressão centrípeta.

Seria um erro ignorar esses diversos fatores de unificação e socialização, mas um erro ainda mais insidioso e perigoso exagerar sua força. A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem com relação à justiça. Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagonicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias. Tampouco isso é deplorável. Ao contrário, o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais. O direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração. Talvez um senso coletivo desse perigo proporcione ainda outra razão para que assim não seja. Mas o direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo que imaginei como o destino último da cortesia.” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110/111)

Portanto, seria um verdadeiro equívoco manter um entendimento que não condiz com o que está em consonância com os novos anseios sociais, que tão claramente foram expressos no novo regime constitucional-previdenciário adotado pelo Estado de São Paulo. O juiz não pode perder a visão de que sua reflexão tem de continuamente estar condicionada a uma compreensão de seu papel social, que, no

caso, precisa averiguar o quão necessário é, sob o prisma social, uma ampliação do tempo de serviço, atingindo todos aqueles que ainda apresentam plenas condições de prestação de seu serviço. Não poderia a Justiça, sobretudo quando se verifica um evidente problema social no plano da previdência, conceder benefícios que, em rigor, sequer ainda vigoram – não havendo, na hipótese, direito adquirido – e, especialmente, em nítida afronta ao princípio da isonomia. Afinal, o controle da atuação judiciária, antes de institucional, é, sobretudo, social.

Enfim, para uma sociedade que preza pela isonomia e que estabelece no conceito de direito adquirido a exigência de cumprimento dos requisitos em sua integralidade, o direito – que tem na justiça seu maior objetivo – não pode conceder o benefício ao recorrente. Essa característica torna-se ainda mais evidente em situações como a previdenciária, em que há de se obstar a aposentação de alguém quando se poderia ainda exercer, sem nenhum prejuízo, sua atividade laboral. Foi essa, afinal, a razão de ser da alteração do regime pela Constituição Federal e, em decorrência, pela Constituição Estadual.

Ao mesmo tempo, não se verifica, sob uma análise mais detida, ofensa à Súmula nº 51, item I, desta Corte. Seu conteúdo é o seguinte:

“I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.” (ex-Súmula nº 51– RA 41/73, DJ 14.06.1973)

Isso porque seu teor refere-se a “cláusulas regulamentares” e não à alteração legal e muito menos constitucional. Sua incidência, na hipótese, portanto, é inexistente.

Poder-se-ia, porém, entender aplicável a Súmula nº 288, como tem entendido este Tribunal nos precedentes anteriormente indicados. Seu conteúdo é o seguinte:

“A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.” (Res. 21/1988, DJ 18.03.1988)

Ao se realizar, contudo, um exame detido, verifica-se que ela, do mesmo modo, não se aplica no caso de alteração legislativa ou constitucional. É importante verificar seus termos. Ao se referir a “normas em vigor na data da admissão do empregado”, não se está querendo, imediatamente, afirmar que sua incidência ocorra no caso de alteração legal ou constitucional. Isso por uma razão simples: norma, em hipótese alguma, pode se confundir com lei. Essa confusão, na verdade, é a grande causa para que alguns julgados dessa Corte tenham-se inclinado para a aplicação da súmula à hipótese.

No clássico *Teoria pura do direito*, Hans Kelsen realizou um dos maiores estudos sobre a norma jurídica. Dentro dos primados de uma procura pela afirmação de uma ciência do direito centrada no objeto normativo, afirmou que:

“Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do direito, assim como todo o conhecimento tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 81/82)

Para se alcançar uma interpretação adequada na hipótese dos autos, portanto, há de se perceber, acima de tudo, que a “norma funciona como esquema de interpretação” (idem, p. 4). Ela não se confunde com o enunciado exposto pelo legislativo por intermédio das leis ou constituições promulgadas; ela é, ao revés e sobretudo, uma construção que vai exigir – do cientista do direito, segundo a terminologia kelseniana – uma compreensão global de todo o sistema e não apenas de uma lei específica. Assim se alcança a idéia de um “sistema unitário” capaz de estabelecer uma “ordem jurídica”.

Desse modo, ao se adentrar no conteúdo da Súmula nº 288, o termo “normas em vigor na data da admissão do empregado” deve ser entendido sob o prisma de todo o ordenamento jurídico. Assim sendo, quando houver alguma alteração legislativa, mesmo que em desfavor do empregado, caso não tenha cumprido os requisitos exigidos pelo regime (incidência do princípio do direito adquirido), o regime instituído pela nova lei há de ser aplicado, salvo se estiver em contrariedade com a Constituição.

Por outro lado, se houver uma alteração contratual ou regulamentar, nada ocorrendo no plano legislativo ou constitucional, a alteração incorporar-se-á ao contrato de trabalho apenas se for benéfica ao trabalhador, nos moldes da Súmula nº 288.

Isso porque, segundo o intuito de se estabelecer um “sistema unitário” – o que evidencia a aplicação do princípio da unidade do ordenamento jurídico –, no primeiro caso, em que há um confronto entre o regulamento e a nova ordem legal ou constitucional, há de prevalecer a ordem legal ou constitucional, pois são hierarquicamente superiores. A construção normativa, nessa hipótese, caminha para a afirmação daquilo que foi estabelecido no plano legislativo.

Essa mesma premissa aplica-se no segundo caso. Ao contrário da primeira hipótese, não há lei ou regra constitucional que tenha sido alterada. O que mudou foi o regulamento ou contrato em detrimento dos direitos do trabalhador. Nessa hipótese, também conforme a hierarquia normativa, prevalecerá aquilo que havia sido estipulado no contrato de trabalho. A razão dessa conclusão decorre do disposto no art. 468 da CLT, que é lei e, pois, está acima de uma regra regulamentar ou contratual. Por outro lado, nessa hipótese, incide a Súmula nº 51/TST.

É essa a interpretação que se deve dar a palavra “norma” empregada na Súmula nº 288, que deve ser analisada como um “esquema de interpretação” que não olvida de todos os fatores que dão consistência ao ordenamento jurídico.

Portanto, na hipótese, uma vez que a alteração foi constitucional, a modificação no contrato de trabalho em relação à previdência é possível. Afinal, não há direito adquirido a regime jurídico. Não se tratou de uma simples alteração regulamentar ou contratual; sua origem foi constitucional, de cunho hierarquicamente muito mais elevado.

Portanto, não há ofensa às Súmulas nºs 288 e 51 do TST, tampouco, como explicitado, ao direito adquirido.

Ante o exposto, não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 10 de agosto de 2005. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

CONSTITUCIONALIDADE. MULTA. INDENIZAÇÃO

GARANTIA CONSTITUCIONAL DA CELERIDADE PROCESSUAL (CF, ART. 5º, LXXVIII) – REITERAÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROTELATÓRIOS E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – APLICAÇÃO DE MULTA E CONDENAÇÃO EM INDENIZAÇÃO (CPC, ARTS. 17, 18 E 538)

1. *O art. 5º da Constituição Federal de 1988 alberga o arsenal dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra os arrefanços do Estado ou de particulares. As garantias têm índole instrumental frente aos direitos, que buscam preservar. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu nova garantia fundamental no rol existente, consubstanciada na “razoável duração do processo” e na “celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII). Assim, restou elevada à condição de garantia constitucional o princípio da celeridade processual, demonstrando o Constituinte Derivado a preocupação com o quadro existente, de acentuada demora na tramitação processual, o que tem desacreditado o exercício da função jurisdicional e tornado a justiça tardia em injustiça.*

2. *Como cabe ao aplicador da lei fazer passar da potência ao ato a força latente desse novel princípio constitucional, extraindo a máxima efetividade da norma constitucional, e esta, no caso do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, fala no uso dos “meios que garantam a celeridade”, verifica-se que a vontade constitucional é de prestigiar esses meios e sinalizar no sentido de que sejam mais freqüente e desassombadamente utilizados, sob pena de se frustrar a garantia, tornando-a letra morta.*

JURISPRUDÊNCIA

3. *Os meios assecuratórios da celeridade processual podem ser divididos em positivos, que reduzem o tempo de duração do processo, pela simplificação ou redução de recursos, e os negativos, que visam a atacar as causas da demora na solução dos litígios. Sendo o uso de recursos com finalidade protelatória uma das causas fundamentais da demora na prestação jurisdicional, tem-se que a norma constitucional em apreço exige um combate mais rigoroso às manobras protelatórias, ostensivas ou veladas.*

4. *A natureza procrastinatória de um apelo não diz respeito apenas ao prosseguimento na via judicial (pelo uso do agravo, embargos e recurso extraordinário), para revisão de entendimento já pacificado pelas cortes superiores, mas também à dilatação, no tempo, da controvérsia, mediante a utilização de mais recursos do que os necessários (pelo uso dos embargos declaratórios), para discussão de questão que poderia ser solvida mais celeremente, sobrecarregando, com isso, as pautas de julgamento dos tribunais e prejudicando a parte adversa.*

5. *Os principais meios atualmente oferecidos ao julgador para enfrentar os expedientes procrastinatórios são as multas, previstas nos arts. 18, 538, parágrafo único, e 557, § 2º, do CPC, cuja aplicação se mostra essencial para a implementação do ideal constitucional da celeridade processual.*

6. *In casu*, a compulsão recursal da embargante (quatro recursos só no âmbito interno desta 4ª Turma do TST), com notável desconhecimento do Processo Laboral, oferece quadro típico de litigância de má-fé em quase todas as suas modalidades: interposição de recurso com intuito protelatório (CPC, art. 17, VII), provocar incidentes manifestamente infundados (VI), proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (V), opor resistência injustificada ao andamento do processo (IV), alterar a verdade dos fatos (II) e deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei (I), ao pretender discutir nos segundos embargos declaratórios questão inovatória, afeta ao acórdão atacado pelos primeiros declaratórios, em detrimento dos princípios da preclusão e da unicidade recursal, a par de confundir valor da causa (que, no caso, não foi impugnado) com valor da condenação, para efeito de fixação da base de cálculo da multa aplicada no primeiro dos dois agravos que interpôs na mesma esfera jurisdicional.

Embargos de declaração não conhecidos, com aplicação de multa de 10% e indenização de 20% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

(Processo nº TST-ED-ED-AG-A-AIRR-790.568/2001 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Declaratórios em Embargos Declaratórios em Agravo Regimental em Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-ED-ED-AG-A-AIRR-790.568/2001.0, em que é embargante Zandra Indústria Mecânica Ltda. e embargado José Navas Garcia.

JURISPRUDÊNCIA

RELATÓRIO

Contra o acórdão desta Turma que não conheceu dos seus embargos declaratórios, por duplo fundamento, quais sejam, “erro grosseiro” quanto ao recurso cabível e não-recolhimento da multa do art. 557, § 2º, do CPC (fls. 414-418), a reclamada opõe novos embargos de declaração, sustentando ter havido omissão, sob o argumento da existência de erro material no cálculo da multa de dez por cento sobre o valor corrigido da causa, uma vez que esta Corte não considerou a redução pela metade do “valor da causa” arbitrado na sentença, razão pela qual assenta que:

- a) o “erro grosseiro” não partiu da recorrente, mas de quem concluiu que a multa era de R\$ 1.496,28;
- b) a manutenção da decisão embargada, com fundamento na ausência de recolhimento de multa incorretamente calculada, contraria a Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST e viola os arts. 832 da CLT, 244, 250, parágrafo único, e 458 do CPC, 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, e 93, IX, da CF (fls. 426-431).

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Embora tempestivos (fls. 419, 420 e 426) e com regularidade de representação (fl. 168), os embargos declaratórios não merecem acolhimento.

Pelo princípio da unicidade recursal, um recurso só pode ser intentado uma única vez contra a mesma decisão. No caso de embargos declaratórios, campo mais propício à invocação do princípio, tem-se que os segundos embargos declaratórios apenas podem pedir esclarecimentos em relação ao acórdão que apreciou os primeiros declaratórios. Do contrário, o próprio princípio da preclusão, pelo qual as partes, no processo, têm prazo certo para a prática dos atos que lhes competem, estaria sendo desobservado, ao se reabrir a discussão de matéria olvidada pelo embargante em seus primeiros embargos.

Verifica-se, *in casu*, que a discussão levantada nos presentes embargos, relativamente à base de cálculo da multa do art. 557, § 2º, do CPC, constitui inovação recursal, na medida em que, por ocasião da interposição do recurso subsequente à aplicação da multa por protelação, a embargante nada mencionou acerca da questão, operando-se, portanto, o instituto da preclusão.

Saliente-se, ainda, que a indignação da embargante, ao apontar a existência de erro material na base de cálculo da multa, uma vez que o Regional teria reduzido à metade o “valor da causa” arbitrado na sentença, demonstra desconhecimento quanto à distinção entre “valor da causa” e “valor da condenação”.

O valor da causa é um dos requisitos da petição inicial (CPC, art. 282, V), podendo ser impugnado pelo réu no prazo da contestação (CPC, art. 261). Não havendo impugnação, como ocorreu no caso em tela, ele é fixado definitivamente (CPC, art. 261, parágrafo único).

In casu, o valor dado à causa foi de R\$ 10.000,00 (fl. 8), e não foi impugnado! No TRT, para efeito de custas, o valor da condenação foi arbitrado em R\$ 2.600,00 (fl. 291), o que não afeta o “valor da causa”.

O teor do art. 557, § 2º, do CPC, que autoriza a aplicação da multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, é expresso no sentido de que a multa incidirá sobre o “valor corrigido da causa” e não da condenação, como sugere a embargante.

O intuito manifestamente protelatório da reclamada já restou reconhecido no julgamento do primeiro agravo. A interposição reiterada de recursos e oposição de novos embargos infundados demonstra não apenas desconhecimento, mas litigância de má-fé, evidenciada pelo abuso do direito de recorrer (quatro apelos só *interna corporis* desta 4ª Turma), atentando contra a garantia constitucional da celeridade processual (CF, art. 5º, LXXVII).

Ora, o art. 5º da Constituição Federal de 1988 alberga o arsenal dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra os arreganhos do Estado ou de particulares. As garantias têm índole instrumental frente aos direitos, que buscam preservar. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu nova garantia fundamental no rol existente, consubstanciada na “razoável duração do processo” e na “celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII). Assim, restou elevada à condição de garantia constitucional o princípio da celeridade processual, demonstrando o Constituinte Derivado a preocupação com o quadro existente, de acentuada demora na tramitação processual, o que tem desacreditado o exercício da função jurisdicional e tornado a justiça tardia em injustiça.

Como cabe ao aplicador da lei fazer passar da potência ao ato a força latente desse novel princípio constitucional, extraindo a máxima efetividade da norma constitucional, e esta, no caso do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, fala no uso dos “meios que garantam a celeridade”, verifica-se que a vontade constitucional é a de prestigiar esses meios e sinalizar no sentido de que sejam mais freqüente e desassombadamente utilizados, sob pena de se frustrar a garantia, tornando-a letra morta.

Os meios assecuratórios da celeridade processual podem ser divididos em positivos, que reduzem o tempo de duração do processo, pela simplificação ou redução de recursos, e os negativos, que visam a atacar as causas da demora na solução dos litígios. Sendo o uso de recursos com finalidade protelatória uma das causas fundamentais da demora na prestação jurisdicional, tem-se que a norma constitucional em apreço exige um combate mais rigoroso às manobras protelatórias, ostensivas ou veladas.

A natureza procrastinatória de um apelo não diz respeito apenas ao prosseguimento na via judicial (pelo uso do agravo, embargos e recurso

extraordinário), para revisão de entendimento já pacificado pelas cortes superiores, mas também à dilatação, no tempo, da controvérsia, mediante a utilização de mais recursos do que os necessários (pelo uso dos embargos declaratórios), para discussão de questão que poderia ser solvida mais celeremente, sobrecarregando, com isso, as pautas de julgamento dos tribunais e prejudicando a parte adversa.

Os principais meios atualmente oferecidos ao julgador para enfrentar os expedientes procrastinatórios são as multas, previstas nos arts. 18, 538, parágrafo único, e 557, § 2º, do CPC, cuja aplicação se mostra essencial para a implementação do ideal constitucional da celeridade processual.

In casu, a compulsão recursal da embargante, com notável desconhecimento do Processo Laboral, oferece quadro típico de litigância de má-fé em quase todas as suas modalidades: interposição de recurso com intuito protelatório (CPC, art. 17, VII), provocar incidentes manifestamente infundados (VI), proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (V), opor resistência injustificada ao andamento do processo (IV), alterar a verdade dos fatos (II) e deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei (I).

Verificado, *in casu*, o enquadramento do apelo na categoria de protelatório e a conduta da embargante na categoria de litigância de má-fé, é de se prestigiar o art. 5º, LXXVIII, da Carta Política e aplicar as sanções previstas pelo ordenamento jurídico-processual para a hipótese, aplicando-se à embargante a multa de dez por cento do art. 538, parágrafo único, do CPC, por se tratar dos segundos embargos declaratórios protelatórios, cumulativamente com as penalidades para a litigância de má-fé, previstas no art. 18, *caput* e § 2º, do CPC.

Em arremate, cumpre trazer à colação o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que tange à utilização abusiva dos embargos declaratórios:

“(...) A FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Os embargos de declaração, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal. Os embargos declaratórios, no entanto, revelam-se incabíveis quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de viabilizar, assim, um indevido reexame da causa, com evidente subversão e desvio da função jurídico-processual para que se acha especificamente vocacionada essa modalidade de recurso. Precedentes. MULTA E ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitimará a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 538, parágrafo único, do CPC possui inquestionável função inibitória, eis

que visa a impedir o abuso processual e a obstar o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação censurável do *improbis litigator*. Precedentes. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – POSSIBILIDADE DE IMEDIATA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DAQUELAS PROFERIDAS PELAS INSTÂNCIAS DE JURISDIÇÃO INFERIOR – A utilização procrastinatória das espécies recursais – por constituir fim ilícito que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente – autoriza o imediato cumprimento, não só das decisões proferidas pelas instâncias de jurisdição inferior, mas daquelas emanadas do Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do julgamento, por esta Suprema Corte, dos embargos de declaração rejeitados em virtude de seu caráter protelatório. Precedentes.” (STF, ED-AgRg-Edv-ED-AgRg-AI-386.820/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 04.02.2005)

“(...) O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. O DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA CONSTITUI PRESSUPOSTO OBJETIVO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS – O agravante – quando condenado pelo Tribunal a pagar, à parte contrária, a multa a que se refere o § 2º do art. 557 do CPC – somente poderá interpor ‘qualquer outro recurso’ se efetuar o depósito prévio do valor correspondente à sanção pecuniária que lhe foi imposta. A ausência de comprovado recolhimento do valor da multa importará em não-conhecimento do recurso interposto, eis que a efetivação desse depósito prévio atua como pressuposto objetivo de recorribilidade. Doutrina. Precedente. A exigência pertinente ao depósito prévio do valor da multa, longe de inviabilizar o acesso à tutela jurisdicional do Estado, visa a conferir real efetividade ao postulado da lealdade processual, em ordem a impedir que o processo judicial se transforme em instrumento de ilícita manipulação pela parte que atua em desconformidade com os padrões e critérios normativos que repelem atos atentatórios à dignidade da justiça (CPC, art. 600) e que repudiam comportamentos caracterizadores de litigância maliciosa, como aqueles que se traduzem na interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII). A norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, especialmente quando analisada na perspectiva dos recursos manifestados perante o Supremo Tribunal Federal, não importa em frustração

do direito de acesso ao Poder Judiciário, mesmo porque a exigência de depósito prévio tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios de caráter ético-jurídico nos quais incidiu o *improbus litigator*.” (STF, ED-AgRg-AI-244.827/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, decisão unânime, DJ 07.04.2000)

Assim sendo, não conheço dos embargos de declaração e aplico à reclamada as seguintes sanções cumuladas:

- a) multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em face da reiteração de embargos protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único, parte final), no importe de R\$ 1.607,61, já quantificada de imediato, por se tratar de pressuposto recursal (CPC, art. 538, parágrafo único, *in fine*).
- b) multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, por litigância de má-fé (CPC, art. 18, primeira parte).
- c) indenização no montante de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, tendo em vista que a protelação do feito implicou prejuízos à reclamante (CPC, art. 18, parte final).

Isto posto,

Acordam os Ministros da eg. 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração e aplicar à embargante as multas de 10% (dez por cento) em face da reiteração de embargos protelatórios, no importe de R\$ 1.607,61 (mil seiscentos e sete reais e sessenta e um centavos), já quantificada de imediato, por se tratar de pressuposto recursal (CPC, art. 538, parágrafo único, *in fine*) e de 1% (um por cento) por litigância de má-fé. Condená-la, ainda, a indenizar o reclamante no montante de 20% (vinte por cento), tudo sobre o valor da causa, na forma dos arts. 17, 18 e 538, parágrafo único, do CPC.

Brasília, 9 de março de 2005. *Ives Gandra Martins Filho*, relator.

DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1. DANO MORAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – SÚMULA Nº 392 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – NÃO-CONHECIMENTO

Consoante o entendimento jurisprudencial contido na Súmula nº 392 desta Corte, nos termos do art. 114 da Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, uma vez que decorre da relação de trabalho havida entre empregado e empregador.

2. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL – NÃO-OCORRÊNCIA – NÃO-CONHECIMENTO

Não se reconhece a prescrição quinquenal quando devidamente observados os pressupostos de aplicabilidade do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de

1988. Neste caso, por tratar-se de empresa pública, seus atos encontram-se adstritos às formalidades exigidas na Constituição Federal (art. 37). Portanto, o marco para prescrição começa a ser contado a partir da data da emissão do ato que propiciou a lesão do direito do autor por ter-se tornado público.

3. COISA JULGADA – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – NÃO-CONFIGURAÇÃO – NÃO-CONHECIMENTO

Não se pode cogitar desrespeito ao princípio constitucional insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, na medida em que o Tribunal Regional consignou expressamente a diversidade de matérias entre as decisões em que a reclamada busca demonstrar a existência de identidade.

4. DANO MORAL – OCORRÊNCIA EMBASADA NA PROVA DOS AUTOS – SINDICÂNCIA – VEICULAÇÃO NA IMPRENSA – ARESTO INESPECÍFICO – PREMISSAS FÁTICAS DIVERSAS

A condenação imposta pelo Regional não foi embasada apenas em veiculação na imprensa, no afastamento de função e na participação do empregado em processo de sindicância interna, mas, sobretudo, por ter-se revelado referida sindicância desfundamentada, indevida e abusiva, causando ao reclamante enormes prejuízos à imagem, diante do inevitável tratamento discriminatório que sofrera em virtude dos registros de atos duvidosos. Dessa forma, demonstra-se inespecífico o aresto trazido para cotejo, na medida em que não abarca todos os fundamentos adotados pelo Tribunal Regional (Súmulas nºs 23 e 296 do Tribunal Superior do Trabalho).

5. JULGAMENTO EXTRA PETITA – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO – PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA – JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO

Para que fique caracterizado o julgamento extra petita, é necessária a demonstração de que a parte não tenha formulado pedido, e o julgador, ainda assim, o faça constar da condenação (CPC, arts. 128 e 460). Mesmo que seja compreensível o intuito de o julgador tornar pública a inocência do trabalhador em face das injustas acusações a ele dirigidas, o fato de inexistir, na inicial, pedido para que se procedesse à publicação do inteiro teor de decisões e acórdãos emanados da Justiça do Trabalho em jornal de grande circulação do Estado do Pará evidencia que a condenação da reclamada em fazê-lo implica a ocorrência de violação direta e inequívoca dos arts. 128 e 460 do CPC.

6. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-488.918/98 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-RR-488.918/1998.6, em que é recorrente Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB e recorrido José Américo Boução Viana.

JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, mediante o acórdão de fls. 491-503, rejeitou as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito, de coisa julgada e prescrição, e, no mérito, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada e deu provimento ao apelo do reclamante, para determinar a compensação por danos morais, e a publicação, na íntegra, da decisão revisanda, inclusive com a respectiva justificativa de voto.

A reclamada interpõe recurso de revista, pugnano pela reforma do julgado, com fulcro no art. 896, alíneas *a* e *c*, da CLT.

O recurso de revista foi admitido pelo despacho de fls. 537-538.

O reclamante apresentou contra-razões às fls. 543-552.

Sem remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, em face da orientação emanada da Resolução Administrativa nº 322, atualmente retratada no art. 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

1 Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho

Insurge-se a recorrente contra a decisão pela qual se concluiu pela competência da Justiça do Trabalho para apreciar matéria referente a dano moral, tendo em vista o vínculo existente entre o acontecimento danoso e o contrato de trabalho.

Com respaldo no art. 114 da Constituição de 1988 e em divergência jurisprudencial, pugna a reclamada pela declaração de nulidade absoluta da matéria, na medida em que, segundo entende, esta Justiça Especializada não possui competência para processar e julgar a presente demanda.

O Tribunal Regional do Trabalho emitiu tese sintetizada na seguinte ementa:

“DANO MORAL E MATERIAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Há competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias acerca de dano moral e material, desde que sejam decorrentes da relação de emprego entre as partes.” (fl. 491)

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior, por intermédio da recém-editada Súmula nº 392, é no sentido de que, nos termos do art. 114 da Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, uma vez que decorre da relação de trabalho entre empregado e empregador.

Nesta linha de pensamento, encontram-se os seguintes precedentes: E-RR-653.760/00, Rel. Min. Luciano Castilho, decisão unânime, DJ 14.12.2001; ROAR-545.705/99, Rel. Min. Ronaldo Leal, decisão unânime, DJ 21.09.2001; E-RR-343.114/97, Rel. Min. Carlos Alberto, por maioria, DJ 24.05.2001; ROAR-513.058/98, Rel. Min. Francisco Fausto, decisão unânime, DJ 08.09.2000; ROAR-458.283, Rel. Min. Ives Gandra, decisão unânime, DJ 30.06.2000; RR-424.696/98, 2ª T., Rel. Min. Luciano Castilho, decisão unânime, DJ 14.12.2001; RR-749.117/01, 3ª T., Juíza Conv. M. Calsing, decisão unânime, DJ 29.06.2001; RR-524.452/98, 4ª T., Min. Barros Levenhagen, decisão unânime, DJ 10.11.2000; RR-660.118/00, 5ª T., Juiz Conv. G Amorim, decisão unânime, DJ 07.12.2000; e RE-238.737-4/SP, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão unânime, DJ 05.02.1999.

Não conheço.

2 Prescrição

Sustenta a reclamada, em suas razões de revista, a ocorrência de prescrição total do direito de ação, na medida em que a petição inicial fora protocolizada em 18.08.1992, após o quinquênio constitucional. Afirma que a lesão do direito do autor acontecera efetivamente em 19.08.1992, quando suspenso o pagamento das gratificações que percebia, e não em 18.08.1992, no momento da prática do ato de destituição do cargo. Indica violação dos arts. 7º, XXIX, da Constituição de 1988 e 11 da CLT, e divergência jurisprudencial.

Assim decidiu o Tribunal Regional:

“Observa a recorrente que a Meritíssima Junta, ao deixar de pronunciar a prescrição, violou o art. 7º, inciso XXIX, da atual Constituição Federal, pois teria entendido que a lesão ao direito do autor ocorreu a partir de 19.08.1992, data em que foi emitida a Resolução 19/92 que o destituiu do cargo de Assistente de Gerência, quando deveria ter levado em consideração que desde 13.08.1992 – momento da efetiva lesão – tal resolução já estaria em vigor, sendo esta data o *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional.

Correta a interpretação do primeiro grau. Ora, a citada resolução, folha 403 dos autos, passou a vigor a partir de 19.08.1992, ou seja, a partir desta data é que os empregados da reclamada passaram a ficar cientes, inclusive o reclamante, da decisão tomada pela Diretoria Executiva da reclamada de destituir o recorrido da função de Nível Superior IV, da função de Assistente de Gerência da GREG Pará.

Assim, se o citado documento passou a ter efeito a partir de 19.08.1992 e o reclamante ajuizou sua reclamatória em 18.08.1997, entendendo que seu direito de ação não foi atingido pelos efeitos da prescrição.” (fl. 494)

Não há que falar em ofensa ao art. 11 da CLT, por encontrar-se revogado pelo art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988. Quanto ao referido preceito constitucional, é impossível, também, vislumbrar a indigitada violação, pois é correto

dizer que o marco para o início da contagem da prescrição, neste particular, é a partir da data da emissão da Resolução nº 19/92, pela qual se destituiu o autor do cargo de Assistente de Gerência. Isso porque se trata de empresa pública, e como tal deve obedecer aos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, que regem os atos da Administração Pública para que sejam válidos, dentre eles o da publicidade.

Nesse sentido é o ensinamento de Lúcia Valle Figueiredo: “A Constituição de 1988, mesmo com a Emenda 19/98, colocou as empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações no capítulo pertinente à Administração Pública. Desta forma, os princípios da Administração Pública, expressos e implícitos, aplicam-se às empresas” (*Curso de direito administrativo*. 6. ed. Malheiros).

Por derradeiro, verifica-se da jurisprudência que o único paradigma concernente à matéria, transcrito à fl. 520, desserve ao fim colimado, por ser proveniente de Turma desta Corte – hipótese não contemplada no art. 896, alínea *a*, da CLT.

Não conheço.

3 Coisa julgada

Insurge-se a recorrente contra a decisão *a quo*, na qual se rejeitou a alegação de ocorrência de coisa julgada, sob o argumento de que a matéria já fora apreciada judicialmente.

Consignou o Regional:

“Em primeiro lugar, tem-se de ressaltar que a Meritíssima Junta não condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. Em seguida, vê-se que naquela reclamatória o autor postulava a anulação de suspensão e nesta vem buscando o deferimento das gratificações de função de nível VIII, mês a mês, no período de 13.08.1992 a 01.10.1993, ou seja, são parcelas que estão ligadas entre si, mas não implica dizer que buscam os mesmos efeitos, logo, deve ser afastada a preliminar de coisa julgada defendida pela recorrente.” (fl. 493)

Não se pode cogitar de ofensa ao princípio constitucional, insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, na medida em que o Tribunal Regional do Trabalho consignou expressamente a diversidade de matérias entre as decisões em que a reclamada busca identidade.

Não conheço.

4 Dano moral. Ocorrência embasada na prova dos autos. Sindicância. Veiculação na imprensa

Sustenta a reclamada, em síntese, que, para haver indenização por dano moral, necessário seria que o ofendido comprovasse a existência do vínculo entre o ato tido por dano e a lesão, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Segundo alega, a publicidade, por si só, dos possíveis atos praticados pelo reclamante não

seria motivo suficiente para a condenação em comento, uma vez que não houve a intenção da empresa em fazê-lo, e sequer há prova nos autos de que a reclamada divulgara o acontecido. Assevera que a instauração de processo disciplinar não pode ser considerado como ilícito, e, por fim, considera que inexistiu qualquer prova de lesão à moral do reclamante. Indica violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Transcreve arestos para a configuração de divergência jurisprudencial

O Colegiado de origem, dentre outros fundamentos, concluiu que “(...) o reclamante teve, de fato, conspurcado seu patrimônio imaterial, haja vista que foi acusado de ato que não cometeu e esta acusação ganhou proporções públicas, espalhando a pecha em sua conduta, honra, imagem, personalidade e imputando-lhe indevidamente a autoria de atitudes desonrosas dentro do contexto do seu ambiente de trabalho e da sociedade em que vive”. (fl. 498) “(...) No caso em tela, tem-se esclarecido que o reclamante sofreu lesão profunda em sua honra, imagem e personalidade, quando, em ato agravante, foram publicados pela imprensa escrita notas desabonadoras de sua conduta e imagem no tocante às responsabilidades que assumia na empresa reclamada” (fl. 499).

Da jurisprudência, verifica-se que o único aresto trazido ao confronto se apresenta inespecífico para o cotejo de teses. É que a condenação imposta pelo Regional não foi embasada apenas em veiculação na imprensa e de afastamento de função e de participação do empregado em processo de sindicância interna, conforme a tese do paradigma transcrito, mas, sobretudo, por ter-se revelada referida sindicância desfundamentada, indevida e abusiva, causando ao reclamante enormes prejuízos à sua imagem, diante do inevitável tratamento discriminatório que sofreria em virtude dos registros de atos duvidosos. Dessa forma, como já dito, demonstra-se inespecífico o aresto trazido para cotejo, na medida em que não abarca todos os fundamentos adotados pelo Tribunal Regional.

A caracterização do dano moral dá-se pela confirmação de uma lesão sofrida, e que esse dano deve estar ligado a direitos personalíssimos tutelados pela ordem jurídica, tais como honra, dignidade, honestidade, intimidade, entre outros. No presente caso, a controvérsia escapa da esfera do recurso extraordinário, na medida em que a confirmação da existência, ou não, de dano moral se encontra presa ao conjunto probatório. Assim, tendo o Colegiado de origem concluído pela ocorrência de dano moral, constata-se presente o fato constitutivo do direito, pelo que não se pode falar em violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Não conheço.

5 Julgamento *extra petita*

A reclamada, ao recorrer de revista, denuncia a ocorrência de possível julgamento *extra petita*, na medida em que não há pedido do reclamante no sentido de publicar o inteiro teor da decisão, inclusive a justificativa de voto convergente no jornal de maior circulação do Estado do Pará.

Conheço.

II – MÉRITO

Por conseqüência lógica do conhecimento do recurso de revista, por violação dos arts. 128 e 460 do CPC, dou-lhe provimento, para excluir da condenação a determinação de publicação do inteiro teor da decisão proferida pelo Regional no jornal de maior circulação do Estado do Pará.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista quanto aos temas “dano moral – competência da Justiça do Trabalho”, “prescrição”, “coisa julgada” e “dano moral – ocorrência embasada na prova dos autos”. Por maioria, conhecer do recurso de revista no que se refere ao tema “julgamento *extra petita*”, por violação dos arts. 128 e 460 do CPC, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a determinação de publicação do inteiro teor da decisão proferida pelo Regional (acórdão de fls. 431-503) no jornal de maior circulação do Estado do Pará. Vencido o Exmo. Senhor Ministro Lelio Bentes Corrêa.

Brasília, 25 de maio de 2005. *Emmanoel Pereira*, relator.

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

DANO MORAL – VALOR E CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

1. A imagem, honra e boa fama maculadas não têm preço que as restaure. Dai a dificuldade existente na quantificação da indenização por dano moral. No entanto, a lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação da indenização leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão à boa fama e o valor monetário da indenização imposta.

2. In casu, o ato lesivo à imagem do reclamante, gerente de relações trabalhistas, foi a dispensa motivada em improbidade, tendo o Regional reconhecido a materialidade do superfaturamento de compras, mas não demonstrada a responsabilidade do reclamante por ato de sua subordinada. Nesse contexto, o Regional arbitrou a indenização em cem vezes o salário do empregado, fixando o valor de R\$ 272.200,00.

3. Ora, tendo em vista o debate sobre a motivação da dispensa (improbidade ou desídia, em que esta segunda motivação é menos grave e mais consentânea com o ocorrido), o reconhecimento da materialidade do ato remoto ensejador da dispensa (compras superfaturadas no setor dirigido pelo reclamante) e o reduzido tempo de casa do empregado (menos de dois anos),

JURISPRUDÊNCIA

verifica-se que a imposição da indenização equivalente a mais de 8 anos de salários extrapola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre pena e falta.

4. Na ausência de parâmetros legais para a tarificação da indenização, cabe ao julgador aplicar o princípio da equidade, sopesando os elementos que caracterizaram o caso concreto, em que a controvérsia sobre a gravidade da lesão à honra e o reduzido tempo de casa do reclamante não permitiriam impor indenização tão elevada quanto à fixada pelo Regional.

5. Assim sendo, é de se dar provimento ao recurso de revista patronal, para reduzir a indenização por dano moral a cem salários mínimos.

Recurso de revista conhecido em parte e provido.

(Processo nº TST-RR-151.626-2005-900-01-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-151.626/2005-900-01-00.3, em que é recorrente Oceanus Agência Marítima S.A. e recorrido Mário César Souza da Silva.

RELATÓRIO

Contra o acórdão do 1º Regional que deu provimento ao recurso ordinário do reclamante, negou provimento ao da reclamada (fls. 199-207) e rejeitou os seus embargos declaratórios (fls. 225-226), a reclamada interpõe o presente recurso de revista, arguindo a preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional e pedindo reexame das seguintes questões: justa causa, horas extras, indenização por dano moral e valor e critério de cálculo da indenização por danos morais (fls. 230-250).

Admitido o recurso (fls. 253-254), recebeu razões de contrariedade (fls. 259-264), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

1 Pressupostos genéricos

O recurso é tempestivo (cf. fls. 227-v. e 230) e tem representação regular (fl. 188), encontrando-se devidamente preparado, com custas recolhidas (fl. 162) e depósito recursal efetuado (fl. 161).

2 Pressupostos específicos

a) Nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional

Fundamento do Recurso: Indicando como violados os arts. 832 da CLT, 5º, LIV e LV, e 93, IX, da CF, a recorrente alega ter havido omissão do Regional quanto aos seguintes tópicos: confissão do recorrido acerca dos poderes e atribuições que possuía, condenação da reclamada ao pagamento de parcelas referentes ao período posterior ao encerramento da estabilidade provisória, fato de a reclamada não ter alegado ato de improbidade para dispensar o reclamante e dano moral (fls. 232-238).

Solução: De plano, fica afastado o conhecimento do apelo por violação do art. 5º, LIV e LV, da CF, na esteira da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST, que apenas admite o recurso de revista por negativa de prestação jurisdicional calcado em vulneração dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC e 93, IX, da CF.

No entanto, o recurso de revista não pode ser impulsionado pela preliminar em liça, na medida em que a Corte *a quo*, por ocasião do julgamento do recurso ordinário patronal, afastou os argumentos ora suscitados, assentando que o reclamante não exercia cargo de confiança, foi dispensado sem justa causa e fazia jus à indenização por danos morais.

Frise-se, ainda, que é despiciendo, para a solução da controvérsia, o exame das questões ora suscitadas pela reclamada, pois o julgador não necessita examinar todos os argumentos aduzidos pelas partes se a decisão proferida se sustenta pelos demais fundamentos apresentados. Da leitura do acórdão recorrido, evidencia-se que, ao contrário da tese aduzida pela recorrente, todas as questões essenciais à solução da controvérsia foram devidamente examinadas pela Turma Julgadora *a quo*.

Verifica-se que a postura adotada pelo Regional não se confunde com a negativa de entrega da jurisdição, pois o posicionamento desfavorável à tese daquele que recorre não importa em lacuna na prestação jurisdicional, sendo certo, ademais, que restaram apresentadas as razões que levaram a reformar a sentença quanto à justa causa e aos danos morais.

Relativamente à questão do deferimento de verbas concernentes a período posterior ao fim da estabilidade provisória, verifica-se que a reclamada não buscou a manifestação do Regional sobre a matéria por meio dos embargos declaratórios opostos, incidindo à espécie o óbice da Súmula nº 297 do TST.

Ressalte-se que o intuito da reclamada, nos declaratórios, era o de compelir o Regional a rever o seu posicionamento, dando aos elementos que invocou no próprio expediente processual um novo enquadramento jurídico, restando intacta, portanto, a literalidade dos arts. 832 da CLT e 93, IX, da CF. Não conheço.

b) Justa causa

Tese Regional: O reclamante não foi o responsável pelas irregularidades cometidas na aquisição de materiais, inexistindo justa causa na dispensa do autor (fls. 201-206).

Antítese Recursal: O reclamante confessou sua responsabilidade nas compras irregulares de material para escritório, de forma que foi correta a sua dispensa por justa causa. O apelo vem calcado em violação do art. 348 do CPC (fl. 239).

Síntese Decisória: Em relação à descaracterização da justa causa, o Regional dirimiu a controvérsia com base na prova coligida nos autos. Assim, entendimento em sentido contrário implicaria revolvimento da matéria fática, o que atrai sobre a revista o óbice da Súmula nº 126 do TST.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que o Regional não se manifestou sobre o tema debatido à luz do art. 348 do CPC, nem foi instado a fazê-lo por via dos embargos declaratórios, o que atrai o óbice da Súmula nº 297 do TST. Não conheço.

c) Horas extras e cargo de chefia

Tese Regional: O reclamante não exercia cargo de confiança, sendo devidas as horas extras pleiteadas (fls. 200-201).

Antítese Recursal: O empregado exercia cargo de confiança, pois estava isento da marcação de ponto, tinha funcionários sob o seu comando e tinha poderes de admitir e demitir empregados. O apelo vem fundado em violação do art. 62, II, da CLT e em divergência jurisprudencial (fls. 239-240).

Síntese Decisória: O Regional lastreou-se na prova produzida para firmar o seu convencimento de que o cargo ocupado pelo reclamante não era de confiança, pois não tinha poder de gestão, não podia alterar seu horário de trabalho sem autorização da diretoria e não tinha o poder de admitir funcionários nem de demitir aqueles com mais de dez anos de serviço, o que somente poderia ser revisto se coubesse a reapreciação do acervo probatório, circunstância vedada nesta Instância Extraordinária, como dita a Súmula nº 126 do TST. Nessa linha, resta afastada a violação de dispositivo legal e a divergência jurisprudencial suscitadas.

Ante o exposto, não conheço da revista quanto ao tópico.

d) Indenização por dano moral

Tese Regional: Restou configurado o dano moral, haja vista a falsa acusação de improbidade (fls. 216-217).

Antítese Recursal: Não há que se falar em dano moral, porquanto não foi imputado ao reclamante ato de improbidade, mas sim desídia funcional grave, o que ensejou a dispensa por justa causa. A revista vem calcada em violação dos arts. 159 do antigo CC e 5º, X, da CF e em divergência jurisprudencial (fls. 241-245).

Síntese Decisória: O Regional lastreou-se na prova produzida para firmar o seu convencimento de que não restou comprovado o envolvimento do reclamante nas aquisições irregulares de materiais ocorridas na reclamada, de forma que não se poderia falar em dispensa por justa causa. Assentou ainda que a falsa acusação de

improbidade dirigida ao reclamante o atingiu de tal maneira que é devida a indenização por dano moral.

Dessa forma, o recurso sofre o óbice da Súmula nº 126 do TST, pois, para se concluir de forma diversa, forçoso seria o reexame das provas dos autos, conduta vedada nesta Instância Extraordinária. Não conheço.

e) Dano moral. Valor e critério para fixação da indenização. Princípio da razoabilidade

Tese Regional: O valor fixado a título de indenização por dano moral deve ser o de cem vezes o salário do empregado, que era de R\$ 2.727,00 (fl. 217).

Antítese Recursal: Deve ser reduzido o valor fixado a título de indenização por danos morais, pois deve ser calculado com base na remuneração por ano de serviço percebida pelo reclamante ou fração igual ou superior a seis meses. Transcreve arestos com o intuito de demonstrar a divergência jurisprudencial (fls. 245-249).

Síntese Decisória: O 1º aresto de fl. 247 diverge especificamente da decisão regional, na medida em que utiliza como critério para fixação do dano moral a regra da indenização por tempo de serviço, que supõe o pagamento de um salário por ano de serviço.

Assim sendo, conheço da revista, no particular, por divergência jurisprudencial.

f) Pagamento de verbas posteriores a 19.09.1997

Conforme ressaltado no exame da preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, a reclamada não provocou a manifestação do Regional, por meio dos embargos declaratórios opostos, sobre o pagamento das verbas referentes a período posterior ao fim da estabilidade provisória, nem sobre a violação do art. 460 do CPC. Dessa forma, incide como óbice ao conhecimento do apelo a Súmula nº 297 do TST. Não conheço.

II – MÉRITO

Dano moral. Valor e critério para fixação da indenização. Princípio da razoabilidade

A imagem, honra e boa fama maculadas não têm preço que as restaure. Daí a dificuldade existente na quantificação da indenização por dano moral. No entanto, a lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação da indenização leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão à boa fama e o valor monetário da indenização imposta.

In casu, o ato lesivo à imagem do reclamante, gerente de relações trabalhistas, foi a dispensa motivada em improbidade, tendo o Regional reconhecido a materialidade do superfaturamento de compras, mas não demonstrada a responsabilidade do reclamante por ato de sua subordinada. Nesse contexto, o Regional arbitrou a indenização em cem vezes o salário do empregado, fixando o valor de R\$ 272.200,00.

Ora, tendo em vista o debate sobre a motivação da dispensa (improbidade ou desídia, em que esta segunda motivação é menos grave e mais consentânea com o ocorrido), o reconhecimento da materialidade do ato remoto ensejador da dispensa (compras superfaturadas no setor dirigido pelo reclamante) e o reduzido tempo de casa do empregado (menos de dois anos), verifica-se que a imposição da indenização equivalente a mais de 8 anos de salários extrapola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre pena e falta.

Na ausência de parâmetros legais para a tarificação da indenização, cabe ao julgador aplicar o princípio da equidade, sopesando os elementos que caracterizaram o caso concreto, em que a controvérsia sobre a gravidade da lesão à honra e o reduzido tempo de casa do reclamante não permitiriam impor indenização tão elevada quanto à fixada pelo Regional.

Assim sendo, é de se dar provimento ao recurso de revista patronal, para reduzir a indenização por dano moral a cem salários mínimos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da eg. 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao valor da indenização por dano moral e, no mérito, dar-lhe provimento para reduzir a indenização a 100 (cem) salários mínimos.

Brasília, 18 de maio de 2005. *Ives Gandra Martins Filho*, relator.

DIFERENÇAS SALARIAIS. TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA

DIFERENÇAS SALARIAIS – TERCEIRIZAÇÃO – TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA E DA EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (Enunciado nº 331, II, do TST).

A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego, contudo, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumprisse função idêntica no ente estatal tomador dos serviços. Esse tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, encontrando amparo no art. 5º, caput, da

Constituição (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ...”) e também no art. 7º, inciso XXXII, da CF/88, que proibe “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

Embargos não conhecidos. (Processo nº TST-E-RR-799.073/2001 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-799.073/2001.6, em que é embargante Caixa Econômica Federal – CEF e embargadas Márcia Aparecida de Sá, Plansul – Planejamento E Consultoria Ltda. e Convip Serviços Gerais Ltda.

Havendo sido designado redator deste acórdão, adoto o relatório do Exmo. Senhor Ministro João Batista Brito Pereira, relator originário, *verbis*:

A Quarta Turma, mediante o acórdão de fls. 401/406, não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada, no tocante à isonomia – empregado de prestadora de serviços, aplicando as Súmulas nºs 126 e 297 do TST como óbice.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de embargos a fls. 411/417. Insurge-se contra a manutenção da condenação relativamente às parcelas decorrentes da condição de bancário. Sustenta que não foram comprovados os requisitos exigidos no art. 461 da CLT, na medida em que esse dispositivo estabelece a isonomia aos empregados que prestem serviços ao mesmo empregador, o que não ocorreu na hipótese. Aponta violação aos arts. 37, inc. II, da Constituição da República e 461 e 896 da CLT. Colaciona aresto para confronto de teses.

Não foi oferecida impugnação, consoante a certidão de fls. 420.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório, na forma regimental.

VOTO

“Recurso tempestivo (fls. 407 e 411), preparo efetuado (fls. 252/253 e 386) e representação processual regular (fl. 409). Autorizada a incursão quanto aos aspectos intrínsecos de cognição.”

DIFERENÇAS SALARIAIS – TERCEIRIZAÇÃO – TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA E DA EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS

O Tribunal Regional do Trabalho (fls. 268/280) negou provimento aos recursos ordinários interpostos pela empresa Plansul – Planejamento e Consultoria Ltda. e pela CEF – Caixa Econômica Federal, mantendo a decisão de primeiro grau que condenou a primeira recorrente e, subsidiariamente, a segunda, ao pagamento de diferenças salariais pela aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74. Assim, foi garantido à obreira a remuneração percebida pelos escriturários da CEF,

por ter prestado serviço em igualdade de condições com os mesmos. O TRT, após destacar que a autora não pleiteou equiparação salarial (art. 461 da CLT) e nem afirmou que o seu trabalho era temporário, consignou seu entendimento nos seguintes termos (fls. 270/272):

“Nenhum reparo está a merecer a decisão de 1º grau porque, efetivamente, restou violado o princípio constitucional da isonomia, uma vez que a autora não recebia o mesmo importe monetário que os demais funcionários da tomadora de serviços, apesar de sempre ter laborado no estabelecimento CEF, na área de processamento de dados relativos ao FGTS em igualdade de condições com os escriturários que, inclusive, lhe auxiliavam conforme depoimento da preposta da CEF (...)

Realmente não se pode proceder o vínculo direto com a CEF uma vez que a contratação esbarraria no art. 37, II, da CR/88. Entretanto, isso não impede que a autora pleiteie e lhe seja reconhecido o direito de perceber o mesmo patamar remuneratório percebido pelos empregados da tomadora nas mesmas funções, como se bancária fosse, quer pelo princípio da isonomia, já referido, quer pela proibição preceituada no art. 7º, XXXII, da CR/88 no que pertine à distinção laborativa.

Não é preciso sequer perquirir se a terceirização é ou não lícita, porque o tratamento isonômico deferido ao obreiro terceirizado em face dos trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados lhe é outorgado pelo chamado salário equitativo.

(...)

Por outro lado, se não houve a comunicação remuneratória, a fórmula terceirizante transforma-se em ‘mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a um simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea’ (Maurício Godinho Delgado, obra citada, p. 389 e 390).”

O TRT destacou uma série de dispositivos legais e constitucionais que impelem a aplicação do salário equitativo mesmo em situações de terceirização lícita, ressaltando o disposto no art. 7º, XXXII, que proíbe a distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

E continuou (fl. 273):

“Em que pese as assertivas de que a aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74, não seria possível em casos que não fossem de trabalho temporário (e, realmente, aqui não se trata de trabalho temporário), não se tem como inviabilizada a hipótese. Tal preceito é plenamente compatível

com as demais situações-tipo de terceirização aplicando-se analogicamente a tais casos – art. 8º, CLT.

Pontue-se a situação fática – a autora trabalhava em uma tomadora de serviços, como digitadora, fazendo funções que estavam inseridas em uma atividade essencial (ainda que não fosse atividade-fim, mas sim atividade-meio) e era auxiliada por funcionários desta tomadora e percebia salário menor do que esses funcionários. Não há norma regulamentando a situação para o trabalhador de serviço que não seja temporário.”

Valendo-se do processo integrativo na aplicação concreta do Direito (arts. 4º da LICC, 126 do CPC e 8º da CLT), concluiu (fls. 274/275):

“Não existe norma específica regulando o patamar salarial mínimo dos trabalhadores terceirizados em face dos trabalhadores do tomador de serviços; existe na legislação norma regulando o patamar salarial mínimo dos trabalhadores temporários em face dos trabalhadores do tomador de serviço (art. 12, *a*, Lei nº 6.019/74); e é exatamente este o ponto em comum para aplicação analógica.”

Opostos embargos de declaração pela CEF, foram desprovidos às fls. 290/291.

A Plansul – Planejamento e Consultoria Ltda. e a CEF – Caixa Econômica Federal interpuseram recursos de revista, respectivamente, às fls. 293/302 e 372/385.

A Quarta Turma não conheceu de ambos os apelos (fls. 401/406). No que se refere ao recurso da CEF, a Turma não reconheceu afronta ao art. 461 da CLT, consignando que “a reclamada pretende, na verdade, obter o seu exame a partir de quadro fático diverso daquele registrado pelo Regional, ao argumentar com a inexistência de identidade de funções (Enunciado nº 126 do TST)” (fl. 405).

A Caixa Econômica Federal interpõe embargos às fls. 411/417. Sustenta que seu recurso de revista merecia conhecimento quanto à questão da aplicação da isonomia no caso dos autos, de modo que afrontado o art. 896 da CLT. Diz que a concessão de isonomia ao empregado da empresa terceirizada quanto aos direitos dos empregados da Caixa implica reconhecimento de vínculo empregatício, afrontando o art. 37, II, da Constituição Federal, e contrariedade ao Enunciado nº 331 do TST. Afirma que o entendimento do TRT nega vigência ao art. 461 da CLT, na medida em que o citado dispositivo estabelece a isonomia aos empregados que prestem serviços ao mesmo empregador, o que não é o caso. Diz, ainda, que seu recurso de revista merecia conhecimento por divergência jurisprudencial.

O exame da alegação de que o recurso de revista da embargante merecia conhecimento por divergência jurisprudencial encontra óbice no item nº 37 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 do TST, segundo o qual “não ofende o art. 896 da CLT decisão de turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso”.

Como bem ressaltado pela 4ª Turma, não há como reconhecer afronta ao art. 461 da CLT, pois o Tribunal Regional esclareceu que a obreira não pleiteou sua equiparação salarial com os empregados da CEF com base nesse dispositivo legal e, por outro lado, as instâncias percorridas não o utilizaram para deferir à reclamante diferenças salariais. Com efeito, a condenação teve por base a aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74 (com amparo nos arts. 4º da LICC, 126 do CPC e 8º da CLT), bem como a aplicação do art. 7º, XXXII, da Constituição Federal.

Observa-se, ainda, que é inovatória a alegação de que o deferimento de diferenças salariais no caso dos autos afronta o art. 37, II, da Constituição Federal e o Enunciado nº 331 do TST. Com efeito, em seu recurso de revista, quanto ao tema “da isonomia salarial”, a parte limitou-se a apontar afronta aos arts. 461 e 818 da CLT, 333 do CPC, e a trazer arrestos.

Ainda que assim não fosse, não se verificaria a alegada contrariedade ao Enunciado nº 331, II, do TST, nem afronta ao art. 37, II, da Constituição Federal, pois as instâncias percorridas não reconheceram vínculo empregatício entre as partes, mas apenas o direito ao pagamento da mesma remuneração dos escriturários da CEF.

De fato, a Constituição Federal estabeleceu a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, inquinando de nulo o ato de admissão efetuado com a preterição dessa formalidade, conforme se infere de seu art. 37, II e § 2º.

Nesse quadro constitucional, mesmo em situações de terceirização ilícita, torna-se inviável reconhecer a formação de relação de emprego com a empresa pública tomadora dos serviços, em face da vedação constitucional prevista no art. 37, II e § 2º, da CF/88. O interesse coletivo de que se reveste essa norma, que visa a preservar a moralidade administrativa e a proteção do patrimônio público, deve prevalecer sobre o interesse particular da reclamante, conforme determina o art. 8º da CLT.

Esse entendimento encontra-se consolidado no Enunciado nº 331, II, do TST, nos seguintes termos:

“331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.” (art. 37, II, da CF/88)

A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego com ente da Administração Pública, ante a inexistência de concurso público, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumprisse função idêntica no ente estatal tomador dos serviços. O tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, encontrando amparo no art. 5º, *caput*, da Constituição (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ...”) e também no art. 7º, inciso XXXII, da

CF/88, que proíbe “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

Até antes da atual Carta Magna, já havia regras da própria legislação ordinária adotando a direção isonômica constitucionalmente determinada, conforme atesta a Lei do Trabalho Temporário, estabelecendo que, mesmo na hipótese de terceirização por ela regulada, fica assegurado ao trabalhador terceirizado “remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora...” (art. 12, alínea *a*, da Lei nº 6.019/74). Trata-se do chamado salário equitativo.

Ora, se a isonomia se impõe até mesmo na terceirização temporária de curto prazo, com maior razão é cabível a isonomia em períodos mais longos, em que a perversidade da discriminação é muito mais grave, profunda e constante.

Não se pode olvidar, ainda, os efeitos deletérios da fórmula terceirizante, que propicia, na maioria das vezes, o aviltamento das condições de trabalho, com a redução do padrão remuneratório, o que se contrapõe à essência e ao fim teleológico do Direito do Trabalho. Desse modo, tem-se que o tratamento isonômico encontra respaldo inclusive no art. 9º da CLT, pois impede que a terceirização se transforme num instrumento para se desvirtuar ou frustrar a aplicação dos preceitos trabalhistas.

A propósito, vale citar o ilustre jurista Maurício Godinho Delgado que, na sua obra *Curso de direito do trabalho*, defende a igualdade salarial entre o trabalhador terceirizado e os da empresa tomadora dos serviços, nos seguintes termos:

“Em primeiro lugar, ordens jurídicas e sociais mais avançadas e igualitárias que a brasileira expressamente já rejeitaram essa incomunicabilidade, em face da injustificável discriminação socioeconômica que ela propicia. Ilustrativamente, o Direito do Trabalho da Itália elaborou preceito claro nesse sentido:

‘Os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhadores de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham de ser executados no interior de sua propriedade sob organização e gestão do arrendador, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores de que deste dependem, de um salário mínimo não-inferior ao que percebem os trabalhadores que dele dependem, bem como lhes assegurará condições de trabalho não inferiores às que desfrutam estes trabalhadores.’ (art. 3º, Lei nº 1.369/60)

Em segundo lugar, a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força do trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.” (*Curso de direito do trabalho*. 2. ed., LTr, 2. p. 440)

Além desses aspectos, causa repulsa que o trabalhador terceirizado preste serviços de mesma valia do bancário e não tenha a contraprestação correspondente. Isso implica, na verdade, enriquecimento indevido do empregador às custas e em detrimento do trabalhador.

Aliás, com base nessa repulsa ao enriquecimento sem justa causa, que se apóia no princípio da equidade, o Tribunal Superior do Trabalho, mesmo reconhecendo a impossibilidade de se enquadrar o empregado desviado de sua função no cargo correspondente, determina o pagamento do salário referente à função desempenhada, conforme atesta a Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-1.

Assim, com aplicação analógica da Lei do Trabalho Temporário, em respeito ao princípio da isonomia, e para se evitar práticas discriminatórias, o aviltamento das condições de trabalho e o locupletamento injustificado, impõe-se que o trabalhador terceirizado tenha os mesmos direitos do empregado em idênticas condições na empresa tomadora dos serviços.

Por todo o exposto, não conheço do recurso de embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Exmos. Ministros João Batista Brito Pereira, Milton de Moura França e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, não conhecer do recurso de embargos.

Brasília, 29 de novembro de 2004. *Rider Nogueira de Brito*, redator designado.

DISSÍDIO COLETIVO. CLÁUSULAS PREEXISTENTES VINCULADAS À DOENÇA PROFISSIONAL/OCUPACIONAL

DISSÍDIO COLETIVO – CLÁUSULAS PREEXISTENTES VINCULADAS À DOENÇA PROFISSIONAL/OCUPACIONAL – Na lição de Arnaldo Süssekind, o direito à segurança e à higiene no trabalho é também, num sentido amplo, um direito humano, como prevê o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

Nesta linha, as cláusulas preexistentes vinculadas à saúde do trabalhador devem ser mantidas quando as empresas não demonstram absoluta impossibilidade de cumpri-las. Desta forma, está sendo respeitado o comando da Convenção 155, da Organização Internacional do Trabalho, que foi ratificada pelo Brasil em 18.05.1992, sendo promulgada por meio do Decreto nº 1.254, de 29.09.1994.

Recurso parcialmente provido.

(Processo nº TST-RODC-1.862-2002-000-15-00 – Ac. SDC)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-1862/2002-000-15-00.8, em que é recorrente Sindicato Nacional da Indústria de Componentes para Veículos Automotores – Sindipeças e recorrido Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Campinas e Região.

RELATÓRIO

O TRT da 15ª Região, julgando o dissídio coletivo de greve ajuizado pelo Sindipeças em face do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Campinas e Região, decidiu pela não-abusividade do movimento e pela concessão das seguintes reivindicações: ressarcimento dos dias parados, com seus reflexos; garantia de emprego por 90 dias, a partir da data da publicação do acórdão; reajuste salarial de 10,26%; piso salarial nos termos da proposta do suscitante; manutenção das cláusulas preexistentes constantes da última CCT celebrada pelas partes (1999/2000), inclusive da cláusula relativa à garantia de emprego por doença profissional, com a inserção de novo parágrafo exigindo que o trabalhador comunique ao empregador, imediatamente, sobre o ajuizamento da ação acidentária visando ao reconhecimento da doença profissional ou do acidente de trabalho havido, a fim de lhe permitir eventual intervenção no feito, como terceiro interessado. O TRT fixou em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) as custas processuais a serem pagas pelo suscitante, calculadas sobre R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), valor atribuído à causa para esse fim (fls. 572/584).

O suscitante interpõe recurso ordinário (fls. 604/622), requerendo a reforma do decidido para que seja declarada a abusividade do movimento grevista, com imposição de multa ao sindicato, e, conseqüentemente, sejam as empresas desobrigadas do pagamento dos dias parados. Insurge-se contra a garantia de emprego concedida e a manutenção das cláusulas preexistentes, especialmente aquela relativa à garantia de emprego por doença profissional. Inconforma-se também com o valor atribuído à causa para o cálculo das custas, requerendo seja ele reduzido para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Despacho de admissibilidade à fl. 624.

Contra-razões apresentadas às fls. 627/646.

O d. Ministério Público do Trabalho opina pelo provimento parcial do recurso (fls. 650/656).

É o relatório aprovado em Sessão.

VOTO

Preenchidos os pressupostos objetivos de admissibilidade do recurso. Custas satisfeitas.

1 ABUSIVIDADE DA GREVE – PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS E GARANTIA DE EMPREGO

Decidiu o TRT pela não-abusividade da greve, considerando o seguinte: a negociação chegou a um impasse irremovível, fato admitido pelo próprio suscitante; houve comunicação da greve, nos termos previstos na lei; o excesso de conduta de alguns dos participantes da greve não torna o movimento abusivo (fl. 576).

No recurso, o Sindipeças alega que:

“(...) todos os elementos e documentos dos autos comprovam que o movimento teve características abusivas, face ao impedimento dos empregados adentrarem à sede da empresa, Necessitando inclusive do concurso da polícia e de medida liminar de interdito proibitório, pois como noticiado, o sindicato suscitado, ora recorrido, utilizou de integrantes do MST para promover a desordem na porta das fábricas (...)” (fl. 608)

Embora garantido constitucionalmente, o direito de greve não é absoluto, irrestrito e ilimitado. Ao contrário, deve observar os limites, pressupostos e requisitos legais para ser regularmente exercido.

Neste caso, como registrado na decisão recorrida, o próprio suscitante reconhece que a negociação restou frustrada e que houve a devida notificação do movimento às empresas.

O acórdão recorrido também reconhece que os trabalhadores se excederam na conduta, embora considere que tal fato não importa em abuso no exercício de seu direito de greve. Consigna a decisão:

“(...)”

A documentação acostada às fls. 557-568, inclusive com despacho favorável do Juízo Cível, determinando que os grevistas se abstenham de impedir o livre acesso às empresas, não torna abusiva a greve. Evidencia, sim, eventual excesso na ação sindical, sem ferir o exercício legítimo do direito de greve. Daí porque o Constituinte de 1988 ressaltou as penalidades pelos abusos cometidos que, no campo trabalhista, adentram na figura da falta grave, com possíveis repercussões na ruptura dos contratos individuais de trabalho.

O exercício do direito não se torna abusivo em função do excesso de conduta de alguns de seus participantes. Ademais, ilógico pensar em greve sem os chamados ‘piquetes’. A greve é um fato anormal, tratado, muitas vezes, como caso de polícia, enfrentado com as pontas das baionetas ou tanques de guerra, inclusive com derramamento de sangue, como ocorreu, na atualidade, na Capital Venezuelana; na Praça Celestial, num passado mais remoto, ou, ainda, na região do ABC, nos idos de 1980.

O Estado de Direito Democrático deve estar preparado para assimilar movimentos de anormalidades, às vezes brandos, outras mais recrudescidos (...)” (fls. 576/577)

O sindicato-profissional, na contestação, alegou que as mobilizações dos trabalhadores estavam ocorrendo “(...) sob fortíssima repressão policial, com comando explícito das fábricas, em autêntica privatização da força pública (...)”, fl. 214, juntando fotografias que mostram policiais e grevistas (fls. 516/542).

O sindicato-patronal, por sua vez, informando o juízo de que a greve eclodira também na empresa Robert Bosch Ltda., juntou cópia de despacho proferido por Juiz de Direito da Comarca de Campinas, em autos de interdito proibitório, de seguinte teor:

“(...) há nos autos prova do exercício de violência física reprovável e inaceitável em um Estado de Direito (...)

Assim, presentes os requisitos legais que autorizam a concessão da medida *initio litis*, defiro a liminar para determinar que os grevistas presentes no local se abstenham de impedir o livre acesso à empresa, bem como o livre exercício das atividades laborais por parte dos trabalhadores que não tenham aderido ao movimento, determinando-se, outrossim, que se abstenham de promover imediatamente a turbação e esbulho na firma, retirando, destarte, todos e quaisquer obstáculos e/ou pessoas que venham a se deslocar para este fim, fazendo com que a normalidade volte a reinar (...)” (fls. 560/561)

Acompanha esse despacho também cópia de dois Boletins de Ocorrência registrados no 8º Distrito de Polícia de Campinas, o primeiro relativo ao impedimento, pelos manifestantes, da entrada de veículos da empresa na Bosch Ltda. e o segundo referente a empregado impedido de adentrar o recinto dessa empresa (fls. 562/563). Há outro Boletim de Ocorrência nos autos, à fl. 187, registrado também por ocasião de piquete na Bosch, relativo à agressão de empregado e dano ao seu veículo.

São considerados como elementos caracterizadores do abuso do direito de greve: a deflagração do movimento sem o aviso prévio legal; a negativa do sindicato de negociar a manutenção dos serviços mínimos indispensáveis às necessidades inadiáveis da comunidade ou à não-danificação irreparável à propriedade da empresa; a utilização de meios violentos para aliciar trabalhadores para a greve ou para danificar a propriedade da empresa; a organização de piquetes para constranger empregados a não trabalharem e a manutenção da greve após decisão da Justiça do Trabalho.

Neste caso, a greve, segundo informações do suscitante, teve grande proporção, sendo desencadeada na forma de dominó, afetando várias empresas: Magnetti Marelli, COFAP, Spring do Brasil, Indisa, Eaton Ltda. (fls. 181/182), Benteler Ltda. (fls. 192/193). Os documentos dos autos, no entanto, comprovam que, apenas em uma empresa (Bosch Ltda.), houve a tentativa dos grevistas de impedir empregados de trabalhar, com o registro de agressão a dois trabalhadores e de dano a veículos da empresa, que tiveram os pneus perfurados por grampos de ferros pontiagudos, colocados no chão para impossibilitar que entrassem nas dependências da empresa.

Como já registrado, a greve foi levada a efeito após frustrada a negociação, havendo sido o suscitante devidamente notificado. Diante disto e considerando a

circunstância, alegada pelo suscitado, confirmada por fotografias e admitida pelo suscitante, de que as mobilizações foram feitas sob forte repressão policial, concluo que o fato de ter havido excesso na conduta dos grevistas de maneira isolada, em apenas uma empresa, enquanto o movimento se estendeu por várias outras, não caracteriza abuso do exercício do direito de greve.

Dou provimento parcial ao recurso para declarar a não-abusividade da greve, restando prejudicado, em consequência, o exame do pedido de imposição de multa ao suscitado.

Esta é a decisão do Relator, que neste ponto acompanho.

2 PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS

Se se decide que a greve não é abusiva, por consequência lógica ela não pode provocar prejuízos aos trabalhadores.

No presente caso, decidiu-se que a greve foi o caminho legal e constitucional que ficou aberto aos trabalhadores, já que frustrada a negociação.

Ora, se o caminho aberto é a greve e se ela realizou-se dentro da lei, como deixar de pagar os salários?

Nós não vivemos em regime de pleno emprego, com altos salários a permitir a criação de um fundo de greve.

Logo, ou o empregador arca com os salários, ou a greve, de fato, não pode ser realizada.

Decido, pois, pelo pagamento dos dias parados, tal como foi posicionado por esta Sessão quando do julgamento do processo do BASA.

Assim, nego provimento ao recurso.

3 GARANTIA DE EMPREGO

Quanto à garantia de emprego, o TRT de Campinas assegurou tal garantia por noventa dias, ressalvada a hipótese de dispensa por justa causa.

Recorre o Sindipeças aludindo que a garantia de emprego concedida está em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal, que estaria se louvando em julgado do STF, de setembro de 1996, da lavra do Ministro Gallotti. O recorrente aponta acórdãos desta Seção, de 1996, 1998 e 2000, no sentido de sua tese.

O recurso foi acolhido pelo eminente Ministro Relator, sustentando ser a estabilidade no emprego impossível de ser assegurada por sentença normativa. Com todas as vênias, divirjo do douto Relator. Na realidade, o que se está assegurando é a liberdade de participação em greve não-abusiva, sem os riscos da despedida, com todas as cores da retaliação, que, como se sabe, existe. É uma garantia curta e não impede a despedida por justa causa. Não há como se descobrir, aqui, qualquer inconstitucionalidade.

Todavia, para evitar este debate, dou parcial provimento ao recurso para adaptar a cláusula aos termos do Precedente Normativo nº 82 deste Tribunal, que dispõe:

“Defere-se a garantia de salários e consectários ao empregado despedido sem justa causa, desde a data do julgamento do dissídio coletivo até noventa dias após a publicação do acórdão, limitado o período total a 120 dias.”

4 MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS PREEXISTENTES – CLÁUSULA DE GARANTIA DE EMPREGO POR DOENÇA PROFISSIONAL

Decidiu o TRT acolher a manutenção das cláusulas preexistentes constantes da última CCT firmada pelas partes, inclusive aquela relativa à garantia de emprego por doença profissional, inserindo nesta um parágrafo exigindo que o trabalhador comunique ao empregador, imediatamente, sobre o ajuizamento da ação acidentária visando ao reconhecimento da doença profissional ou do acidente de trabalho havido, a fim de lhe permitir eventual intervenção no feito, como terceiro interessado (fl. 581). Destacou o TRT que a proposta de conciliação apresentada pela categoria econômica encampa as condições previstas na referida CCT, com pequenas alterações, sem apresentar justificativas capazes de demonstrar a incapacidade das empresas para suportarem os encargos decorrentes daquela norma coletiva.

Quanto à manutenção genérica das cláusulas anteriores, insurge-se o recorrente, alegando apenas que a Constituição Federal e a Lei nº 10.192/01 dispõem textualmente que os salários e demais condições inerentes ao trabalho serão fixados e revistos anualmente, na data-base, por intermédio de livre negociação, portanto os fundamentos da decisão não garantem a manutenção de cláusulas preexistentes. Não indica quais as cláusulas, entre todas constantes do instrumento normativo anterior, cuja manutenção é inaceitável. Assim, considero que o suscitante não tem verdadeiro interesse na reforma do decidido quanto a essa questão, mesmo porque, como bem registrou o acórdão recorrido, na sua proposta conciliatória encampou as condições previstas na CCT anterior.

Na verdade, dos termos da inicial e das razões deste recurso constata-se que o inconformismo do Sindipeças direciona-se unicamente para a manutenção de uma determinada cláusula: aquela que estabelece garantia de emprego por doença profissional e que foi o principal motivo do impasse nas negociações, conforme se vê da ata de reunião de fl. 280.

A cláusula discutida tem o seguinte teor:

“GARANTIA DE EMPREGO AO EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA PROFISSIONAL OU OCUPACIONAL

Esta cláusula está sendo concebida nas condições abaixo:

A) O empregado, que comprovadamente se tornar ou for portador de doença profissional ou ocupacional, deverá sempre que exigido ser atestado

pelo INSS, e que a mesma tenha sido adquirida na atual empresa, e que tenha sofrido redução parcial de sua capacidade laboral, terá garantido sua permanência na empresa, sem prejuízo do salário base antes percebido, desde que atendidas as seguintes condições, cumulativamente:

A.1 – que apresente redução da capacidade laboral;

A.2 – que tenha se tornado incapaz de exercer a função que vinha exercendo;

A.3 – que apresente condições de exercer qualquer outra função compatível com sua capacidade laboral após o advento da doença.

B) As condições supra da doença profissional ou ocupacional, garantidoras do benefício, deverão, sempre que exigidas, ser atestadas pelo INSS. Divergindo qualquer das partes quanto ao resultado do laudo, é facultado buscar a prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho;

C) Está abrangido pela garantia desta cláusula o já portador de doença profissional ou ocupacional, adquirida na atual empresa, que atenda as condições acima;

D) O empregado contemplado com a garantia prevista nesta cláusula não poderá servir de paradigma para reivindicações salariais, nem ter seu contrato de trabalho rescindido pelo empregador, a não ser em razão de prática de falta grave, mútuo acordo entre as partes, com assistência do sindicato representativo da categoria profissional, ou quando tiver adquirido direito à aposentadoria, nos seus prazos máximos;

E) Os empregados garantidos por esta cláusula se obrigam a participar dos processos de readaptação às novas funções indicadas pela empresa. Tais processos, quando necessários, serão preferencialmente aqueles orientados pelo Centro de Reabilitação Profissional do INSS;

F) As garantias previstas nesta cláusula não se aplicam quando o empregado comprovadamente não colaborar no processo de readaptação às novas funções;

G) A garantia desta cláusula se aplica ao portador de doença profissional ou ocupacional cuja ocorrência coincidir com a vigência do contrato de trabalho, além das condições previstas na letra A acima.

§ 1º Ao empregado vítima de acidente no trabalho aplica-se a Cláusula 69.

§ 2º As partes ora acordantes estabelecem que, na vigência desta Convenção Coletiva de Trabalho, através de uma Comissão Paritária, discutirão os termos e condições da presente cláusula para vigor a partir de 1º de novembro de 2000. Esta comissão será composta por 3 (três) membros de cada lado, podendo cada uma das representações indicar um assessor técnico e um assessor jurídico para acompanhar as reuniões.” (fls. 172/173)

O TRT deferiu o pedido e inseriu mais um parágrafo nessa cláusula, nos seguintes termos:

“(...) exigindo que o trabalhador comunique ao empregador, imediatamente, sobre o ajuizamento da ação acidentária visando ao reconhecimento da doença profissional ou do acidente de trabalho havido, a fim de permitir-lhe eventual intervenção no feito, como terceiro interessado.”

No acórdão, consignou o TRT:

“(...) entendo ser justa a manutenção da cláusula relativa à garantia de emprego em razão da doença profissional, conseguida a duras penas pela classe obreira, nas greves reivindicatórias do início da década de 1980, século XX, mediante exaustivos processos de negociação, com Assembléias realizadas nos gramados do Estádio da Vila Euclides, no ABC Paulista, enfrentando-se a repressão do regime militar, com as intervenções nos sindicatos, o confronto com as tropas de choques e as montarias das cavalarias e, por vezes, noites de prisões do DOPS da Capital do Estado.

Não vejo tenha o sindicato-suscitante apresentado dados estatísticos aptos a demonstrar que a manutenção da cláusula em tela possa colocar em risco ou imobilizar o setor industrial representado.

Ainda que se vislumbre excessos em algumas situações do passado, como nos casos de lombalgia, que surgiam com os famosos ‘estalos na coluna’, tem-se que, em duas décadas de vigência, a utilização da cláusula pelos trabalhadores tem sido de pouca preocupação financeira, uma vez que não se retira do empregador o direito de exigir a prestação dos serviços, ainda que em outras funções.

A proteção do trabalhador contra o risco profissional é questão que está a exigir atuação daqueles que detêm o poder de disciplinar a matéria, ante a alcunha já alcançada neste País como o ‘campeão mundial’ em acidentes do trabalho, onde se insere a doença profissional.

Ante o vazio do campo legislativo e tratando-se de condições de trabalho preexistentes há mais de duas décadas, cabe ao Poder Normativo nesta Justiça Especializada o papel de guardião da conquista da classe trabalhadora representada pelo suscitado, salvo prova inafastável da inviabilidade econômica de sua manutenção que, repetimos, não se encontra nos presentes autos.” (fls. 580/581)

O recorrente apresenta os seguintes argumentos contrários à manutenção da cláusula:

- a) a matéria tem disciplina legal, não havendo vazio na legislação que justifique a inclusão da cláusula em sentença normativa, pois a Lei nº 8.213/91 garante ao beneficiário 365 dias de permanência no emprego, no caso de acidente de trabalho ou doença profissional;
- b) o Decreto nº 3.048/99 relaciona como doença profissional ou ocupacional cerca de 234 moléstias, provocadas por causas variadas, que podem evoluir para 550 tipos, de que são exemplo conjuntivite, hipertensão, arritmia, asma, diabetes, transtornos de personalidade, bronquite, alergia,

urticária, úlcera, coriza, infertilidade masculina, tidas, alguma delas, como adquiridas por problemas relacionados ao emprego;

- c) a manutenção de cláusula dessa natureza engessa as empresas em um quadro cada vez maior de empregados que se dizem portadores de doenças decorrentes do trabalho;
- d) a facilidade de invocar uma entre 550 doenças vem acarretando uma avalanche de processos trabalhistas, agravada pelas ações de indenização e dano moral, razão por que não podem tais doenças ser equiparadas ao acidente de trabalho.

Quanto às cláusulas preexistentes, com habitual acuidade o Ministro Relator constatou que a irresignação do recorrente endereça-se apenas à garantia de emprego por doença profissional. Logo, todas as outras são mantidas. Foi dado provimento ao recurso para excluir a cláusula mencionada.

A cláusula foi concedida pelo Regional, sendo que o Relator, o Juiz Luiz Antônio Lazarim, fez uma longa fundamentação para assegurar essa cláusula, sobretudo dizendo que as empresas, em nenhum momento, conseguiram provar que esta cláusula poderia inviabilizar a vida delas.

O Juiz Lazarim indicou, às fls. 577, o seguinte:

“As partes noticiam que, no âmbito das negociações coletivas, houve consenso em parte das negociações, figurando como maior impasse a garantia de emprego relativa à doença profissional.”

Essa matéria foi apreendida pelo Ministro Relator neste Tribunal, ao dizer o seguinte:

“Na verdade, dos termos da inicial e das razões deste recurso, constata-se que o inconformismo do Sindipeças direciona-se unicamente para a manutenção de uma determinada cláusula: aquela que estabelece a garantia de emprego por doença profissional e que foi o principal motivo do impasse das negociações, conforme se vê na ata de reunião de fl. 280.” (*sic*)

Ao apresentar seu recurso ordinário, o Sindipeças sustenta que: “(...) é necessário moderar o excesso de protecionismo existente, mantendo-se cláusula desta natureza nos dias de hoje, engessando as empresas com quadros, cada vez maiores, de empregados que se dizem portadores de doenças decorrentes do trabalho.

Aliás, nesta condição, qualquer empregado vai optar por não aposentar, pois é mais vantajoso manter o emprego (...)” (fl. 615).

E continua a empresa:

“(...) A facilidade de invocar uma doença entre as 550 situações existentes vem acarretando avalanche de processos trabalhistas nesta especializada, agravado peças ações de indenização e dano moral, aliás, muito mais vultosas que as reclamações trabalhistas, por isso não podem ser no mesmo nível do acidente de trabalho, pois, se assim fossem, pelo menos 80% dos empregados teriam a garantia de emprego *ad perpetuam*. Quem

não tem uma pequena úlcera, *stress*, conjuntivite, coriza, asma desde tenra idade ou um enfisema na terceira idade? (...)” (fl. 616)

Isso é o que está argumentando a empresa à fl. 616.

Com a correção habitual, o Ministro Relator assim colocou o tema à fl. 9 do seu voto.

Essa é a posição do Ministro Rider de Brito, no sentido de “De fato, a cláusula é preexistente e traduz relevante conquista dos trabalhadores. Não há dúvida de que a condição é extraordinariamente importante e benéfica para os trabalhadores que terão assegurado o seu emprego para sempre, caso a doença profissional que tenham adquirido permita que exerçam qualquer outra atividade na empresa. Porém, a questão da doença profissional, ocupacional, envolve um cem números de particularidades e, por sua complexidade, tem órgãos governamentais específicos dedicados a ela. É fato que a matéria objeto da cláusula tem regulamentação legal, circunstância que não impede a Justiça do Trabalho de, no exercício do poder normativo, estabelecer condições de trabalho que julgue convenientes. É fato também que a cláusula existe há duas décadas nos instrumentos normativos da categoria e que a Justiça do Trabalho, no exercício do poder normativo, pode manter conquistas preexistentes dos trabalhadores, se considerar que as circunstâncias sociais e econômicas atuais permitam sua continuação. Porém, entendo que neste caso específico a cláusula somente poderá ser instituída pela vontade das partes envolvidas, sendo temerária sua imposição pela Justiça do Trabalho, em face do universo de assuntos peculiares que caracteriza a questão dela tratada. De forma como posta, a cláusula confere às empresas atribuição de órgão vinculado à Previdência Social, o que desvirtua a sua finalidade”.

Logo, o voto do Ministro Rider de Brito é no sentido de que a cláusula é preexistente há mais de vinte anos, que a Justiça do Trabalho pode atuar nessa área, mas S. Exa. acha que, nesse caso em concreto, só por negociação coletiva.

Com todas as vênias, abro divergência para negar provimento ao recurso.

O que tem sido sustentado nesta SDC, de algum tempo a esta parte? Manter as cláusulas preexistentes, salvo inequívoca demonstração de que é impossível cumpri-las no todo ou em parte. Não há essa demonstração de impossibilidade. Salvo se for possível que a doença se comprove pela alegação do empregado, o que não acontece. Se bastasse ele alegar, eu seria contra, mas tem de ser comprovado. Não estou pregando ou sustentando a proteção exagerada, apenas proponho que seja mantido o que vem sendo pactuado pelas partes há muito tempo. Quando se fala em mudar as leis trabalhistas e sindicais, quando se pensa em instituir multas ou dificultar recursos para diminuir a litigiosidade, não se está dizendo uma verdade na área trabalhista. O que diminuirá a litigiosidade é um bom relacionamento entre empregados e empregadores, sobretudo nesta área vinculada à saúde do trabalhador.

No seu livro *Direito constitucional do trabalho*, (2. ed., Renovar, 2001, p. 250), Arnaldo Süssekind afirma, em “Uma Perspectiva dos Estudos da OIT”, que o direito à segurança e à higiene no trabalho é também, no sentido amplo, um direito

humano, tal como prevê o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, pois corresponde ao direito à vida, vinculativo da saúde do trabalhador aos direitos humanos, que resultou na Convenção nº 155 da OIT, que o Brasil ratificou em 18 de maio de 1992, sendo promulgada através do Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. Há alguma norma legal que obrigue os empregadores a cuidar da saúde dos empregados? O art. 16 da Convenção nº 155, que tem *status* de lei ordinária, na organização jurídica brasileira, diz: “Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida em que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, maquinários, equipamentos e as operações dos processos que estiverem sobre seu controle são seguros e não envolvam em risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida em que for razoável e possível, garanta que os agentes das substâncias químicas, físicas, biológicas, que estiverem sob seu controle, não envolvam riscos para a saúde”.

Se as empresas provassem a impossibilidade do cumprimento da cláusula, estar-se-ia diante de grave problema a ser resolvido na medida em que teria que ser resolvida a fundamental questão e se decidir entre a vida econômica das empresas e o direito econômico dos trabalhadores.

Mas não há esse debate nos autos.

Deve ainda ser dito que muitas empresas já fizeram negociação coletiva assegurando cláusulas ora mantidas neste voto. Se houvesse o provimento do recurso para desobrigar as empresas de cumpri-las, estar-se-ia diante de grande incentivo à não-negociação. Pois quem negociou ficou em desvantagem em relação àqueles que resistiram à pretensão obreira e aguardou a decisão da Justiça.

Essas são as razões pelas quais mantenho a v. decisão regional, negando provimento ao recurso, e acrescentando, ainda na redação da cláusula, a obrigatoriedade de que a doença profissional seja comprovada, exclusivamente, por atestado médico do INSS que demonstre o nexo de causalidade e a incapacitação do empregado para o exercício da função que ocupava, mas não para outra atividade que seja compatível com o seu estado físico ou psíquico.

5 VALOR DADO À CAUSA

O suscitante dera à causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O Tribunal Regional arbitrou esse valor em R\$ 500.000,00, ficando as custas no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O Sindipeças, alegando ser excessivo esse valor, requer seja ele reduzido para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Diz que o excesso de rigor no arbitramento do valor da causa só se justifica como punição à conduta processual das partes.

Entendo que o valor estabelecido pelo TRT para critério de cálculo das custas processuais não é excessivo e, portanto, não tem motivação punitiva; antes, foi fixado em razão da importância dos interesses defendidos na causa. Ademais, nn

qualidade de entidade representativa da categoria econômica, detém autonomia e capacidade financeira e administrativa suficiente para arcar com o recolhimento das custas processuais no valor fixado pelo Tribunal Regional, sem que isso resulte em alguma espécie de prejuízo às empresas por ela representadas.

Nego provimento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho: I – por unanimidade: a) dar provimento parcial ao recurso para declarar a não-abusividade do movimento grevista, restando prejudicado, em consequência, o exame do pedido de imposição de multa ao suscitado; b) dar provimento parcial ao recurso quanto à Cláusula Garantia de Emprego, para adaptá-la ao Precedente Normativo nº 82/TST; c) negar provimento ao recurso quanto ao valor da causa; II – por maioria: a) negar provimento ao recurso para determinar o pagamento, pela empresa, dos dias de paralisação, vencidos integralmente os Exmos. Ministros Relator e Gelson de Azevedo e, parcialmente, o Exmo. Ministro Vantuil Abdala, que determinava o pagamento, pela empresa, de 50% (cinquenta por cento) dos dias parados e a compensação, pelos trabalhadores, dos outros 50% (cinquenta por cento); b) negar provimento ao recurso no tocante à Cláusula Garantia de Emprego aos Portadores de Doença Profissional/Ocupacional, para mantê-la, acrescentando em sua redação a obrigatoriedade de que a doença profissional seja comprovada, exclusivamente, por atestado médico do INSS que demonstre o nexo de causalidade e a incapacitação do empregado para o exercício da função que ocupava, mas não para outra atividade que seja compatível com o seu estado físico ou psíquico, vencidos os Exmos. Ministros Relator e Gelson de Azevedo. Redigirá o acórdão o Exmo. Ministro José Luciano de Castilho Pereira.

Brasília, 14 de dezembro de 2004. *José Luciano de Castilho Pereira*, redator designado.

HORAS EXTRAS. EMPREGADO ADVOGADO

HORAS EXTRAS – EMPREGADO ADVOGADO – PERÍODO DE 01.09.1995 A 12.03.1996 – 1. O reclamado investe contra o deferimento, como extraordinárias, das horas laboradas após a 4ª diária no período compreendido entre 01.09.1995 e 11.03.1996, com adicional de 100% e divisor 120. 2. Não diviso ofensa aos arts. 7º, XXVI, da Constituição da República e 613, inciso II, da CLT, pois o TRT, verificando a existência de lapso temporal em que não vigoraram regras coletivas fixando jornada diversa daquela prevista na Lei nº 8.906/94, considerou que a jornada normal do autor seria de quatro horas, não havendo, assim, que se cogitar de desrespeito às convenções e acordos coletivos de trabalho, nem de inobservância à obrigatoriedade de os acordos e convenções conterem prazo de vigência. 3. Recurso não conhecido. HORAS EXTRAS – BASE DE CÁLCULO – 1. Neste tema, o único aresto apresentado é

inespecífico, à luz do Enunciado nº 296/TST. 2. Recurso não conhecido. GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL – ENUNCIADO Nº 253/TST – 1. Uma vez evidenciada a habitualidade no pagamento da parcela, desvirtuando-se a sua natureza, não há falar em aplicação do Enunciado nº 253/TST, por impertinente. 2. Recurso não conhecido. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS PREVISTO NA LEI Nº 8.906/94 – REDUÇÃO VIA AJUSTE COLETIVO – FLEXIBILIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – O acórdão recorrido não consigna tenha havido a concessão de outras vantagens em substituição ao pactuado no instrumento normativo, pelo qual o adicional de horas extras de 100%, previsto no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.906/94, fora reduzido ao patamar de 50%. Ali ao contrário o Regional limitou-se a ressaltar que a autonomia negocial delegada às partes não pode se sobrepor ao valor que singulariza o Direito do Trabalho, consistente na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem sócio-econômica (sic). Sendo assim, não se visualiza a hipótese de flexibilização, mas de pura e simples subtração do direito assegurado pelo § 2º do art. 20 da Lei nº 8.906/94, de o advogado-empregado perceber um adicional mínimo de 100% pelas horas extras prestadas. Acresça-se a isso a constatação de o sobretabalho ter implicações não só no âmbito da higiene do trabalho, pelo dano que pode causar à saúde do empregado, mas também no âmbito da política de combate ao desemprego, considerando que o adicional mais elevado visa dissuadir o empregador de adotar o regime de hora extra em detrimento da contratação de novos empregados. Por conta disso, firma-se a certeza de a norma contida no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.906/94 qualificar-se como norma de ordem pública, insuscetível da pretendida e danosa flexibilização. Negado provimento. EMPREGADO ADVOGADO – ACORDOS COLETIVOS CELEBRADOS COM A CONTEC – VALIDADE – 1. Não há falar em violação aos arts. 7º, XXVI, da Carta Magna, 511, § 2º, 581, § 2º, da CLT e 20 da Lei nº 8.906/94, em razão da afirmada inexistência de acordos coletivos firmados com a CONTEC prevendo especificamente regras atinentes à jornada de trabalho, nem mesmo do empregado advogado. 2. Recurso não conhecido. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS – INCIDÊNCIA MÊS A MÊS

1. O apelo deve ser provido para adequar o acórdão regional aos termos da Orientação Jurisprudencial nº 228/TST.

2. Recurso provido.

(Processo nº TST-RR-677-2001-001-09-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-677/2001-001-09-00.4, em que é recorrente Banco do Brasil S.A. e recorrido José Carlos Soares Souto.

O Tribunal do Trabalho da 9ª Região, pelos acórdãos de fls. 521/530, 540/543 e 552/553, negou provimento ao recurso ordinário do reclamado e deu parcial

JURISPRUDÊNCIA

provimento ao apelo do reclamante, para incluir os valores pagos a título de adicional de função e gratificação semestral na base de cálculo das horas extras, excluir o abatimento do adicional de função da apuração das horas extras e deferir o pagamento, como extras, das horas laboradas após a 4ª diária no período de 01.09.1995 a 12.03.1996, com reflexos.

Irresignado, o Banco recorre de revista, com fundamento no art. 896 da CLT.

Admitida pelo despacho de fls. 614, a revista recebeu razões de contrariedade às fls. 617/625.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade tempestividade (fls. 555/556), representação processual (fls. 150/152) e preparo (fls. 497/498 e 568/569), passo ao exame dos específicos do apelo.

1 CONHECIMENTO

1.1 Fato novo. Horas extras. Advogado empregado de banco. Jornada. Medida Provisória nº 1.522/96

O Banco-reclamado sustenta que as decisões prolatadas nas ADINs 1.552-4 e 1.588-5, publicadas em 17.04.2002, julgaram prejudicadas as ações diretas pela perda de objeto, fazendo cessar a liminar anteriormente concedida para suspender os efeitos da Medida Provisória nº 1.522/96 e da Lei nº 9.527/97, que excluíam o direito à jornada diária de quatro horas ao advogado empregado de, dentre outros entes, sociedades de economia mista, caso do reclamado.

Requer, que, diante do “fato novo” relatado, os direitos deferidos se limitem a 14.10.1996, data de vigência da Medida Provisória nº 1.522/96.

Embora esta seja a primeira oportunidade de o reclamado falar nos autos após a declaração de perda de objeto das ADINs referidas, a lei prevendo a inexistência do direito à jornada de quatro horas é anterior ao próprio ajuizamento da reclamação, razão por que deveria a reclamada, desde a defesa, ter argüido o teor dos diplomas legais em seu favor.

Não se trata, portanto, de fato novo, mas, sim, de aspecto não prequestionado, restando preclusa qualquer discussão a respeito, à luz do Enunciado nº 297/TST.

Não conheço.

1.2 Horas extras. Período de 01.09.1995 A 12.03.1996

O Colegiado de origem reformou a sentença para deferir, como extraordinárias, as horas laboradas após a 4ª diária no período compreendido entre

01.09.1995 e 11.03.1996, com adicional de 100% e divisor 120, sob o fundamento de que, neste lapso temporal, as condições laborais atinentes à jornada estiveram regidas pela Lei nº 8.906/94.

Asseverou o Tribunal Regional:

“Através do documento de fl. 368, que, saliente-se, foi pactuado justamente em função das disposições da Lei nº 8.906/94, reclamado e federação ajustaram manter todas as cláusulas do ACT com vigência de 01.09.1994 a 31.08.1995, até que estabelecidas novas condições para o período de 01.09.1995 a 31.08.1996.

Referido documento foi firmado em 12.03.1996. Não poderia retroagir a 01.09.1995 para regular situação pretérita, estipulando condições de trabalho inferiores às que vigiam no período (de 01.09.1995 a 12.03.1996). Nesse período, por não haver nenhuma norma coletiva regendo as condições de trabalho do autor, aplicável a Lei nº 8.906/94. Esta, como mencionado, prevê jornada de 4 (quatro) horas. O instrumento de fl. 368, repita-se, foi firmado apenas em 12.03.1996 e teve a pretensão de restabelecer condição vigente até 31.08.1995, ou seja, jornada de 6 horas.

Invocando-se a atuação do princípio da norma mais favorável, na sua dimensão hierarquizante, entendo que diante do conflito de regras impõe-se eger como regra prevalente aquela que foi mais favorável ao trabalhador. Ressalte-se que nessa eleição da norma mais favorável não se está levando em conta o trabalhador específico (no caso, profissional advogado), mas o trabalhador enquanto ser componente de um universo mais amplo, com o que se afastam discussões sobre aplicabilidade ou não desse princípio a profissional com elevado grau de cultura ou discernimento, como o autor.” (fls. 258)

O reclamado investe contra o julgado, invocando os arts. 7º, XXVI, da Constituição da República e 613, inciso II, da CLT.

Não diviso a ofensa alegada, pois o TRT, verificando a existência de lapso temporal em que não vigoraram regras coletivas fixando jornada diversa daquela prevista na Lei nº 8.906/94, considerou que a jornada normal do autor seria de quatro horas, não havendo, assim, que se cogitar de desrespeito às convenções e acordos coletivos de trabalho, nem de inobservância à obrigatoriedade de os acordos e convenções conterem prazo de vigência.

Não conheço.

1.3 Horas extras. Base de cálculo

Investe o reclamado contra o acórdão regional, na parte em que incluiu na base de cálculo das horas extras o adicional de função, excluindo do comando sentencial a determinação de que os valores pagos a título do referido adicional sejam compensados daqueles apurados a título de horas extras.

O apelo vem fundamentado em dissenso pretoriano.

O único aresto apresentado é inespecífico, por discutir a possibilidade de o pagamento equívocado de diferenças salariais ser suprimido por decisão administrativa posterior, sem que isso importe em alteração contratual lesiva, matéria totalmente estranha aos autos.

Não conheço, por incidência do Enunciado nº 296/TST.

1.4 Gratificação semestral. Enunciado nº 253/TST

A verba em epígrafe foi incluída pelo Tribunal de origem na base de cálculo das horas extras, por estes fundamentos, *in verbis*:

“Conforme demonstram os recibos salariais, os pagamentos foram efetuados habitualmente, mês a mês, aspecto que desconfigura a verba reconhecida como gratificação semestral, que é aquela paga de forma semestral, e que não repercute em horas extras (Enunciado nº 253 do TST). Portanto, por compor o conjunto remuneratório, deve integrar a base de cálculo das horas extras.” (fls. 529)

O Banco insurge-se contra o acórdão, apontando contrariedade ao Enunciado nº 253/TST.

Sem razão, contudo, pois, uma vez evidenciada a habitualidade no pagamento da parcela, desvirtuando-se a sua natureza, não há falar em aplicação do referido verbete sumular, por ser impertinente.

Não conheço.

1.5 Adicional de horas extras previsto na Lei nº 8.906/94. Redução via ajuste coletivo. Flexibilização. Possibilidade

Relativamente ao período em que vigorou acordo coletivo firmado entre o Banco e a Associação Nacional dos Advogados fixando jornada de seis horas e adicional de horas extras em 50% –, o Tribunal Regional considerou como extras as excedentes à sexta diária, mas afirmou a impossibilidade de ajuste coletivo reduzir o percentual relativo ao adicional, asseverando:

“Nos períodos em que as horas extras após a sexta diária são devidas por força de ACT firmado com a entidade representativa da categoria do reclamante, entendendo que há óbice legal em se adotar outro adicional que não seja o previsto na Lei nº 8.906/94, equivalente a 100% sobre o valor da hora normal.

(...)

A regra da jornada de 4 horas ao profissional advogado empregado, portanto, poderá ser excepcionada para sofrer majoração em duas hipóteses: a) por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho; b) em caso de dedicação exclusiva. O que essa norma legal não autoriza, contudo, é que o adicional mínimo de 100% seja reduzido. O § 2º do art. 20 estabelece esse

percentual como sendo o mínimo devido, mesmo havendo contrato escrito. Nesta expressão em destaque, entendo haver proibição a que se reduza o adicional por qualquer instrumento afeto ao contrato de trabalho, seja contrato individual ou coletivo.

(...)

As normas coletivas, que por autorização legal puderam ampliar a jornada de 4 para 6 horas, não encontram a mesma autorização legal para reduzir o percentual mínimo de 100% para 50%. Imperativa, por outro lado, a aplicação ao caso do princípio da norma mais favorável: a Lei nº 8.906/94, art. 20, § 2º." (fls. 522/524)

Do trecho transcrito, conclui-se que o Tribunal *a quo*, conquanto tenha admitido a existência de norma coletiva fixando adicional de horas extras em 50%, afirmou a impossibilidade de redução do percentual de 100%, porque previsto como mínimo devido no art. 20, § 2º, da Lei nº 8.906/94.

O recorrente sustenta que a condenação ao pagamento do adicional de 100% sobre as horas extras deferidas não atende ao que ficou pactuado entre o Banco do Brasil e a Associação Nacional dos Advogados, que fixaram o percentual em 50%. Aduz que o acórdão violou os incisos XXVI e VI do art. 7º da Constituição da República e divergiu do aresto de fls. 563.

A jurisprudência transcrita credencia o apelo ao conhecimento, pois espelha tese oposta à adotada no acórdão recorrido, no sentido de que o percentual de 100% previsto na Lei nº 8.906/94 pode ser reduzido em razão da flexibilização dos direitos trabalhistas admitida pela Constituição da República, no art. 7º, VI.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

1.6 Acordos coletivos. Validade

Em relação ao tema em epígrafe, foram estes os termos do acórdão regional:

"Para o período posterior a 31.08.1996, foram deferidas horas extras após a quarta diária. Discorda o reclamado pugnando pela aplicação dos ACTs firmados com a CONTEC, principalmente no que diz respeito à fixação da jornada de seis horas e adicional de 50% para as excedentes. Reforça seu requerimento afirmando que os ACTs têm validade assegurada constitucionalmente, e que não foi impugnada alegação de defesa sobre a existência de contrato de trabalho anterior à Lei nº 8.906/94, fato que impede a redução da jornada para quatro horas. No mais, alega que no contexto os acordos foram mais benéficos que o texto da Lei nº 8.906/94.

Razão não lhe assiste.

É certo que acordos coletivos de trabalho têm validade assegurada constitucionalmente. Todavia, este não é o caso dos autos, mormente quando a partir de 31.08.1996 não mais existiram acordos firmados com a Federação Nacional dos Advogados. Importante ressaltar que, no acordo que o reclamado

pretende fazer valer, firmado com a CONTEC, ao contrário dos anteriormente firmados com a Federação Nacional dos Advogados, nada foi pactuado relativamente à jornada, sequer de advogado, prevalecendo, portanto, aquela prevista no art. 20 do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94). A mesma sorte segue o adicional, que, no caso, deve ser considerado 100%.

Quanto à afirmação de que no contexto os acordos foram mais benéficos, o reclamado nada demonstrou e não se extrai semelhante conclusão dos autos.” (fls. 524)

Instado a se pronunciar pelo prisma dos arts. 511, § 2º, e 581, § 2º, da CLT, o Tribunal *a quo* registrou que esses dispositivos não foram apontados como violados no recurso ordinário e, ademais, que, em razão da ausência de acordos firmados com a CONTEC, prevaleceu o disposto no art. 20 da Lei nº 8.906/94, sem qualquer ofensa aos mencionados preceitos da CLT.

Na revista, o Banco propugna pela aplicação dos acordos firmados com a CONTEC, aduzindo que estes têm validade assegurada no art. 7º, XXVI, da Constituição da República. Acresce que nas empresas que possuem várias atividades os empregados são enquadrados segundo aquela que for preponderante, na forma dos arts. 511, § 2º, e 581, § 2º, da CLT, apontados como violados. Transcreve um aresto às fls. 564 e aponta ofensa ao art. 20 da Lei nº 8.906/94.

O paradigma colacionado é inservível, por ser oriundo de Turma do TST, em desatenção ao art. 896, *a*, da CLT.

Não há falar em violação aos arts. 7º, XXVI, da Carta Magna (reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho), 511, § 2º, 581, § 2º, da CLT (definições de categoria profissional e de atividade preponderante) e 20 da Lei nº 8.906/94, em razão da afirmada inexistência de acordos coletivos firmados com a CONTEC prevendo especificamente regras atinentes à jornada de trabalho, nem mesmo do empregado advogado.

Diante do exposto, não conheço.

1.7 Descontos previdenciários e fiscais. Incidência mês a mês

O recorrente não se conforma com o acórdão que manteve a determinação de incidência dos descontos previdenciários e fiscais pelo critério de dedução mês a mês.

Argumenta não ser pacífico esse entendimento, transcrevendo jurisprudência para corroborar a sua tese.

O aresto de fls. 565, oriundo da SBDI-1 do TST, autoriza o conhecimento do apelo, por versar a tese de que os descontos previdenciários e fiscais devem incidir sobre a totalidade dos créditos decorrentes da condenação judicial, apurada em liquidação.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

2 MÉRITO

2.1 Adicional de horas extras previsto na Lei nº 8.906/94. Redução via ajuste coletivo. Flexibilização. Possibilidade

O douto Ministro Ives Gandra, em artigo intitulado *Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa* salienta que “a flexibilização representa a atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições trabalhistas menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, em que a perda de vantagens econômicas poderá ser compensada pela instituição de outros benefícios, de cunho social, que não onerarão excessivamente a empresa, nos períodos de crise econômica (efeito da globalização) ou de transformação na realidade produtiva (efeito do avanço tecnológico)”.

Significa dizer que a flexibilização pressupõe a concessão de outros benefícios em substituição daqueles que tenham sido objeto de negociação coletiva, determinada por períodos de crise econômica ou de transformação na realidade produtiva. Extrai-se da lição do eminente Ministro que a flexibilização não é pretexto para precarização ou subtração de direitos trabalhistas previstos em lei. É instrumento louvável de negociação pelo qual a categoria profissional cede alguns dos direitos assegurados por lei em prol de outras vantagens similares, de modo a garantir a higidez financeira da empresa, em casos de crise econômica ou de alteração na realidade produtiva.

O acórdão recorrido de fls. 521/530, na fundamentação de fls. 522/524, não consigna tenha havido a concessão de outras vantagens em substituição ao pactuado no instrumento normativo, pelo qual o adicional de horas extras de 100%, previsto no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.906/94, fora reduzido ao patamar de 50%.

Ali ao contrário o Regional limitou-se a ressaltar que a autonomia negocial delegada às partes não pode se sobrepor ao valor que singulariza o Direito do Trabalho, consistente na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem sócio-econômica (*sic*). Sendo assim, não se visualiza a hipótese de flexibilização, mas de pura e simples subtração do direito assegurado pelo § 2º do art. 20 da Lei nº 8.906/94, de o advogado-empregado perceber um adicional mínimo de 100% pelas horas extras prestadas.

Acresça-se a isso a constatação de o sobretabalho ter implicações não só no âmbito da higiene do trabalho, pelo dano que pode causar à saúde do empregado, mas também no âmbito da política de combate ao desemprego, considerando que o adicional mais elevado visa dissuadir o empregador de adotar o regime de hora extra em detrimento da contratação de novos empregados. Por conta disso, firma-se a certeza de a norma contida no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.906/94 qualificar-se como norma de ordem pública, insuscetível da pretendida e danosa flexibilização.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

2.2 Descontos previdenciários e fiscais. Incidência mês a mês

Esta Corte, por meio da SDI, já pacificou o entendimento de que o recolhimento dos descontos legais – resultante de créditos do trabalhador, reconhecidos por meio de condenação judicial – deve incidir sobre o valor total da condenação e ser calculado ao final (Orientação Jurisprudencial nº 228).

No tocante aos descontos previdenciários, devem ser suportados tanto pelo reclamante quanto pelo reclamado, responsáveis, cada qual com sua cota-parte, pelo custeio da Seguridade Social, na forma do art. 195 da Constituição. Além disso, devem ser observados os critérios de apuração definidos pelo Decreto nº 3.048/99, que regulamentou a matéria.

Dou provimento ao recurso de revista para determinar que os descontos do imposto de renda sejam retidos pelo empregador e incidam sobre a totalidade dos rendimentos tributáveis, e que os descontos previdenciários incidam sobre as parcelas salariais, na forma da lei, devendo ser suportados pelo reclamante e pelo reclamado, cada qual com sua quota-parte.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista quanto ao tema “Adicional de horas extras previsto na Lei nº 8.906/94 – Redução via ajuste coletivo flexibilização possibilidade”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento, bem como quanto ao tema “Descontos previdenciários e fiscais incidência mês a mês”, também por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que os descontos do imposto de renda sejam retidos pelo empregador e incidam sobre a totalidade dos rendimentos tributáveis, e que os descontos previdenciários incidam sobre as parcelas salariais, na forma da lei, devendo ser suportados pelo reclamante e pelo reclamado, cada qual com sua quota-parte.

Brasília, 13 de abril de 2005. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

MÃE ADOTANTE. LICENÇA-MATERNIDADE

RECURSO DE REVISTA – MÃE ADOTANTE – LICENÇA-MATERNIDADE – LEI Nº 10.421/02 – ART. 392-A DA CLT – CONCESSÃO

O silêncio de norma específica concessiva de licença-maternidade à mãe adotante no âmbito da relação de emprego, anteriormente à Lei nº 10.421/02, que acrescentou o art. 392-A à CLT, não pode justificar tratamento distinto daquele dispensado à mãe biológica. “O silêncio do legislador apenas evidencia menor desenvolvimento da ciência jurídica. Não inibe, de nenhuma maneira, a afirmação da existência de direitos” (Estêvão Mallet).

O art. 227, caput, da Constituição da República foi a fonte inspiradora de todos os projetos de lei tendentes a reconhecer à mãe adotante o direito à

licença-maternidade. Inserindo-se o citado artigo no Título da Ordem Social, não pode a Constituição da República promover a exclusão social, quando tem por fim maior exatamente o inverso: a inclusão social.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-RR-691.952/00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-691.952/2000.6, em que é recorrente Maria Alice Matias e recorrido Município de Americana.

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, mediante o acórdão de fls. 118/121, complementado pelo de fls. 131/132, concluiu que a mãe adotante não tem direito à licença-gestante e deferiu ao reclamado a devolução dos valores pagos a título de licença-maternidade, que havia sido objeto de antecipação de tutela.

Inconformada, interpõe recurso de revista a reclamante, a fls. 135/144, pretendendo a reforma da decisão regional, sustentando que “a licença-maternidade se estende ao próprio recém-nascido, que necessita de maiores e melhores cuidados nos primeiros meses de sua vida”. (fls. 137)

O recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 155.

Foram oferecidas contra-razões pela reclamada a fls. 157/162.

O Ministério Público do Trabalho, no parecer da lavra do Dr. Levi Scatolin, opina pelo conhecimento e pelo provimento do recurso (fls. 166/169).

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo, parte legítima e bem representada.

1 CONHECIMENTO

1.1 Licença-maternidade. Mãe adotante

O Tribunal Regional reformou a sentença de primeiro grau, em que se concluíra pelo deferimento da licença-maternidade à mãe adotante, sob o fundamento de que esta não pode ser tratada da mesma forma que a mãe biológica, pois não sofre as alterações físicas e não tem seu estado emocional abalado com o novo ser sob sua responsabilidade, e deferiu ao reclamado a devolução dos valores pagos a título de licença-maternidade, por força de antecipação de tutela (fls. 119/121).

Inconformada, interpõe recurso de revista a reclamante, a fls. 135/144, sustentando que o entendimento do Tribunal de origem importou em violação ao art. 227, § 6º, da Constituição da República. Transcreve arestos para o confronto de teses.

O aresto de fls. 141, acostado na íntegra a fls. 150/152, permite o conhecimento do recurso por divergência jurisprudencial, pois abriga a tese segundo a qual “a licença-maternidade, de que trata o art. 7º, XVIII, da Carta Magna, se estende à empregada adotante...”.

Conheço por divergência jurisprudencial.

2 MÉRITO

2.1 Licença-maternidade. Mãe adotante

Discute-se nos autos se a mãe adotante também tem direito à licença-maternidade de 120 dias, em se tratando de hipótese de adoção antes da vigência da Lei nº 10.421/02, de 16.04.2002, que incluiu o art. 392-A da CLT.

Consignou o Tribunal Regional que “urge que se regulamente a situação da mãe adotante (...). Entretanto, inexistindo lei que a ampare, no caso presente, não pode o juiz fazê-lo, sob pena de violação frontal ao art. 5º, inc. II, da Lei Maior” (fls. 120).

Todavia, entendo que o acórdão regional, ao pronunciar não haver lei a respaldar a pretensão da reclamante, inobservou o disposto no art. 8º da CLT, cuja disposição é clara no sentido de que, “na falta de disposições legais ou contratuais”, deverá o julgador decidir a lide “pela jurisprudência, por analogia, por equidade, e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado”.

A Lei de Introdução ao Código Civil assenta a mesma diretriz no seu art. 5º, ao autorizar o juiz a aplicar a lei “atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nesse sentido, é de se invocar o art. 227, § 6º, da Constituição da República, que preconiza a igualdade jurídica entre os filhos, adotivos ou não:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, 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.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O art. 227, § 6º, acima transcrito, encontra-se inserido no Capítulo VII do Título VIII da Constituição da República, cuidando especificamente dos direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso. Por essa razão, ainda que se diga que o referido dispositivo cuida do direito da criança, ao passo que a licença-maternidade

toca apenas à mãe, não se poderá negar que distinguir os filhos implica necessariamente distinguir as mães.

O princípio constitucional insculpido no artigo é o de proteção da família e da criança, atingindo diretamente a mãe, seja ela mãe adotante ou biológica.

O art. 227, *caput*, da Constituição da República foi a fonte inspiradora de todos os projetos de lei tendentes a reconhecer à mãe adotante o direito à licença-maternidade. Se assim o é, então o que se procurou garantir foi o direito da criança ao seu convívio materno, não havendo, por conseguinte, de onde se extrair do referido dispositivo que a licença-maternidade reconhecida à mãe biológica tem por fim resguardá-la das alterações fisiológicas sofridas no período gestacional.

O art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) tem redação idêntica ao art. 227, § 6º, da Constituição da República:

“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Em conformidade com este entendimento, Elenita Batista Borges, em seu artigo *A extensão da licença-maternidade à mãe adotiva*, preconiza:

“Há que se fazer, porém, um exercício de racionalidade rica e inteligente ao se interpretar a norma, não se limitando apenas às letras e às palavras, pois, como diz Danielle Lucy Lopes de Sehli, em seu artigo *Licença gestante à mãe adotante*, inserido na obra *Direito do trabalho: estudos*, ‘a Constituição Federal não deve ser manuseada com uma lupa, a fim de somar as letras e formar as palavras’. Considerando-se todos os princípios inseridos no texto constitucional, é cristalina a idéia de que a proteção à maternidade é nele prevista de forma global, em benefício tanto da mãe quanto da criança, e quanto a esta, independente de sua origem. Não poderá a atividade interpretativa ficar restrita a uma expressão, licença-gestante, ignorando e, em detrimento de todas as outras previsões benéficas, de cunho social e humanitária que o mesmo texto apresenta.” (destaques no original)

Ante tais fundamentos, é de se reformar a decisão do Tribunal Regional, que concluiu não ser possível conceder à mãe adotante a licença-maternidade pela singela razão de que, “inexistindo lei que a ampare, no caso presente, não pode o juiz fazê-lo, sob pena de violação frontal ao art. 5º, inc. II, da Lei Maior” (fls. 120). Na lição do Prof. Estêvão Mallet, da USP, “... o silêncio do legislador apenas evidencia menor desenvolvimento da ciência jurídica. Não inibe, de nenhuma maneira, a afirmação da existência de direitos...”.

Assim, o silêncio de norma específica concessiva de licença-maternidade à mãe adotante no âmbito da relação de emprego, anteriormente à Lei nº 10.421/02, que acrescentou o art. 392-A à CLT, não pode justificar tratamento distinto daquele dispensado à mãe biológica. O já citado art. 227 da Constituição da República insere-se no âmbito da Ordem Social, de sorte que a ordem jurídica constitucional, ao tempo em que proíbe qualquer designação discriminatória atenta à filiação, assegura

isonomia de tratamento entre os filhos biológicos e adotivos, isonomia que alcança a família e, em particular, a mãe, a quem deve ser garantidos os mesmos direitos, seja mãe biológica, seja adotante. Não é por outra razão que o *caput* do art. 227 da Constituição da República enuncia 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 família, neste aspecto, é objeto de proteção social, a salvo de qualquer critério de discriminação. A empregada que adota uma criança é mãe sem qualquer distinção comparativa a outra forma de maternidade, merecendo tratamento isonômico, por ser medida que atende ao princípio da dignidade humana e valor social do trabalho. Tais princípios – dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho – são fundamentos do Estado inspirados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, vinculando a dignidade humana ao trabalho, enuncia: “Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegura, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”. Nesse contexto, conforme já afirmado, a família (englobado a maternidade) é alvo de proteção social.

Por fim, vale lembrar precedente desta Turma no sentido que ora propugno:

“LICENÇA-MATERNIDADE – MÃE ADOTANTE – A mãe adotante de recém-nascido, cuja integridade objetivam a Constituição e a lei proteger, tem direito à licença-maternidade, em igualdade de condições com a mãe biológica. Inteligência do art. 227, § 6º, da Constituição Federal.” (RR 240.925/96, Rel. Min. Gelson de Azevedo, DJ 11.12.1998)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Brasília, 1º de junho de 2005. *João Batista Brito Pereira*, relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ENTE MUNICIPAL

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR CÂMARA MUNICIPAL – EXECUÇÃO PROCESSADA CONTRA ENTE MUNICIPAL – Ordem judicial em que se determina o seqüestro de valores existentes em conta corrente do ente municipal, executado. Mandado de segurança impetrado pela Câmara

Municipal. Falta de capacidade processual. Processo que se extingue sem julgamento do mérito.

(Processo nº TST-RXOF-ROMS-3.634-2002-000-11-00 – Ac. SBDI-2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa *Ex Officio* e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-RXOF-ROMS-3.634/2002-000-11-00.4, em que é remetente Tribunal Regional do Trabalho da Décima Primeira Região, recorrente Câmara Municipal de Manaus, recorridos Município de Manaus e Marileia Thomé Conceição e Autoridade Coatora Juiz Titular da Oitava Vara do Trabalho de Manaus – AM.

A Câmara Municipal de Manaus impetrou mandado de segurança (fls. 02/13), com pretensão liminar, com fulcro no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal c/c o art. 1º da Lei nº 1.533/51 e arts. 678, I, letra b, item 3, e 679 da CLT, sustentando a ilegalidade do ato do Juiz Titular da Oitava Vara do Trabalho de Manaus, que determinou o seqüestro da quantia referente ao crédito da exequente, Maria Thomé Conceição, diretamente da sua conta corrente, e, não, na conta do Município de Manaus, como seria o correto.

Deferida parcialmente a liminar (fls. 85), o Tribunal Regional denegou segurança, por não vislumbrar nenhuma ilegalidade no ato impugnado (fls. 127/130).

Sobem os autos a esta Corte por força do processamento da remessa necessária e do recebimento do recurso ordinário (fls. 159) interposto pela impetrante mediante as razões de fls. 137/156, em que esta insiste na concessão da segurança.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certificado a fls. 158.

O representante do Ministério Público do Trabalho opinou pelo provimento da remessa necessária e do recurso ordinário (fls. 163/164).

É o relatório.

VOTO

EXTINÇÃO DO PROCESSO

O Juiz Titular da Oitava Vara do Trabalho de Manaus, nos autos da execução relativa à Reclamação Trabalhista nº 15.798/1997, expediu o seguinte mandado de seqüestro:

“Manda ao Sr. Oficial de Justiça que, à vista do presente mandado, passado a favor de Marileia Thomé Conceição, reclamante(s), nos autos do Processo nº R-15.798/1997-008-11-00, contra o Município de Manaus – Câmara Municipal de Manaus, reclamada(o), e em seu cumprimento, dirija-se ao Banco do Estado do Amazonas, situado na Av. Silva Ramos, 368 –

Centro, e aí sendo, proceda ao seqüestro da quantia de R\$ 2.684,06, da conta bancária pertencente a(o) executado(a), para pagamento integral da dívida trabalhista.” (fls. 49)

Contra esse ato, a Câmara Municipal de Manaus impetrou este mandado de segurança, sustentando que o executado é o Município de Manaus, e que, entretanto, o seqüestro do numerário se deu em sua conta bancária, conforme se comprova pelo documento de fls. 62.

Deferida parcialmente a liminar (fls. 85), o Tribunal Regional denegou segurança, por não vislumbrar nenhuma ilegalidade no ato impugnado (fls. 127/130).

Sobem os autos a esta Corte por força do processamento da remessa necessária e do recebimento do recurso ordinário (fls. 159) interposto pela impetrante mediante as razões de fls. 137/156, em que esta insiste na concessão da segurança.

À análise.

Constata-se que a ordem de seqüestro (fls. 49), na realidade, foi passada contra o Município de Manaus, que figurou como reclamado no processo de conhecimento (fls. 27/30).

Ressalte-se, ainda, que a ordem de bloqueio se deu com a determinação de que fosse bloqueada quantia depositada no Banco do Estado do Amazonas S.A., enquanto o documento de fls. 62, a que faz referência a impetrante, está assinado pelo gerente geral do Banco Bradesco S.A., instituição bancária não mencionada no ato reputado de abusivo e ilegal.

Ocorre, ainda e sobretudo, que não tem a Câmara Municipal de Manaus capacidade de figurar como parte em juízo, por não deter personalidade jurídica própria.

Cite-se, a propósito, o seguinte julgado, em que se corrobora tal entendimento:

“CÂMARA MUNICIPAL – ILEGITIMIDADE – À Câmara Municipal, não sendo pessoa jurídica de direito público interno, falta capacidade para figurar no pólo passivo de reclamação trabalhista. No caso, a parte legítima é o Município, nos termos do art. 12, inciso II, do CPC.

Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR 88.291/2003-900-02-00.3, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, DJ 10.10.2003)

Ante o exposto, decreto a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em decretar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inc. IV, do Código de Processo Civil.

Brasília, 26 de abril de 2005. *Gelson de Azevedo*, relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE

MANDADO DE SEGURANÇA – LIBERAÇÃO AO EXEQÜENTE, EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA, DOS VALORES PENHORADOS, ORIUNDOS DE DEPÓSITO RECURSAL E DA CONTA BANCÁRIA DA IMPETRANTE – IMPOSSIBILIDADE – No caso, mesmo tendo a executada ofertado bens à penhora, o Juízo coator atendeu ao pedido do exeqüente formulado nos autos de carta de sentença, no sentido de convolar em penhora o numerário do depósito recursal, determinando ainda o bloqueio e a penhora de dinheiro da impetrante existente em conta corrente. O entendimento dominante desta Subseção Especializada é no sentido de que fere o direito líquido e certo da impetrante a ordem de penhora em dinheiro quando a execução ainda é provisória, desde que nomeados outros bens à penhora, pois a execução deve ser processada pela forma menos gravosa à executada, a teor do art. 620 do CPC (Orientação Jurisprudencial nº 62). Se nem a realização das constrições sobre os valores oriundos do depósito recursal e da conta bancária da impetrante era possível, o ato impugnado também não poderia ter expedido alvará de liberação ao exeqüente do montante à disposição do Juízo, uma vez que se trata de execução provisória, nos termos do art. 899, caput e § 1º, da CLT, norma específica do processo do trabalho a regular a hipótese dos autos, dispondo que o levantamento do depósito recursal somente é possível após o trânsito em julgado da decisão exequenda. Precedentes desta col. SBDI-2. Ademais, desnecessária a transformação em penhora dos valores a título de depósito recursal, que já estavam indisponíveis para a impetrante. Logo, dá-se provimento ao recurso ordinário, para conceder a segurança, ordenando a desconstituição da penhora efetuada sobre o depósito recursal, por inócua, a sua não-liberação ao exeqüente e a devolução à impetrante do numerário encontrado em sua conta corrente e indevidamente penhorado, enquanto provisória a execução.

(Processo nº TST-ROMS-544-2002-000-17-00 – Ac. SBDI-2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-544/2002-000-17-00.9, em que é recorrente a Companhia Siderúrgica Belgo Mineira, recorrido Leomar Barboza e Autoridade Coatora o Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Vitória.

A ora recorrente impetrou mandado de segurança às fls. 2/21, com pedido de liminar, fundado no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e na Lei nº 1.533/51, contra o ato judicial, que, nos autos da Carta de Sentença nº 41/2001, extraída da Reclamação Trabalhista nº 2/2001-001-17-01-4, em sede de execução provisória, apesar da nomeação de bens móveis à penhora pela empresa executada, atendeu

JURISPRUDÊNCIA

aos requerimentos formulados pelo exequente, convolvando o depósito recursal em penhora e determinando a constrição de numerário da impetrante existente em sua conta corrente, tudo para saldar a dívida trabalhista (*vide* fls. 251, 253 e 257).

Sustentou a impetrante que teve violado o seu direito líquido e certo ao processamento da execução pela forma menos gravosa ao devedor (art. 620 do CPC), sendo que a conta bloqueada se destinaria ao pagamento dos salários de seus empregados. Argumentou também que a penhora em dinheiro, sem que tenha havido justo motivo para recusa dos bens oferecidos em substituição, implicaria violação aos princípios do devido processo legal e do contraditório.

A liminar foi deferida à fl. 276, para determinar a suspensão do ato coator até o julgamento final *do mandamus*. A autoridade coatora prestou informações às fls. 279/280. O litisconsorte passivo necessário se manifestou à fl. 286.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, às fls. 290/293, resolveu, unanimemente, admitir, mas denegar a segurança, tornando sem efeito a liminar antes concedida, sob o fundamento de que “a determinação da penhora em dinheiro, ainda que em sede de execução provisória, não é ilegal ou abusiva, na medida em que o art. 655 do CPC arrola o dinheiro em primeiro lugar na ordem preferencial dos bens passíveis de constrição”.

Irresignada, recorre ordinariamente a impetrante, às fls. 297/313, defendendo a reforma da decisão regional e a existência de direito líquido e certo a ser protegido, nos termos dos arts. 620 do CPC e 899 da CLT, dentre outros, pois se trata de execução provisória e houve a nomeação de bens à penhora pela executada, consoante dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 62 da SBDI-2 do TST. Esperando ver abonada sua tese, transcreve trechos de julgados deste Tribunal, além de lições doutrinárias.

Despacho de admissibilidade à fl. 297.

Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 316-v.

A douta Procuradoria-Geral do Trabalho, às fls. 320/321, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 294 e 297), há capacidade postulatória (fl. 22) e as custas processuais foram devidamente recolhidas (fl. 314). Conheço.

II – MÉRITO

Trata-se da conhecida questão afeta à ilegalidade das constrições levadas a efeito em sede de execução provisória e incidentes sobre os valores advindos de depósito recursal e àqueles pertencentes à empresa executada.

De início, cumpre gizar, no que concerne ao cabimento do *mandamus*, que a jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal, abrandando o rigor do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, tem se firmado no sentido de admitir o mandado de segurança, mesmo quando a decisão for passível de recurso (*lato sensu*), se este não possuir efeito suspensivo e se o ato combatido puder ensejar ao impetrante dano irreparável ou de difícil reparação.

Por seu turno, o Tribunal Superior do Trabalho endossa amplamente tal posicionamento, mormente quando, como no caso em tela, a impetrante, na propositura da segurança, realmente se encontrava na iminência de sofrer prejuízos dificilmente reparáveis (originados das determinações, em sede de execução provisória, de penhora sobre o dinheiro existente na conta corrente da executada e de expedição de alvarás de autorização para levantamento dos valores penhorados, oriundos do depósito recursal efetuado pela reclamada no processo de conhecimento da reclamação trabalhista originária), a merecer o exercício de medida urgente, ainda que, de outra parte, pudesse o ato judicial impugnado ser, em tese, alvejado por recurso previsto na legislação processual e dotado de efeito suspensivo.

Daí ser cabível a ação mandamental na hipótese vertente como o único remédio processual apto a impedir, eficaz e prontamente, a consumação da ilegalidade ou abusividade do ato atacado, conforme se verá adiante.

É cediço que, em se tratando de execução provisória, a tese da existência de recurso próprio para atacar o ato impugnado – mesmo que lhe possa ser atribuído efeito suspensivo – não afasta a possibilidade de ocorrência de eventual prejuízo à impetrante, decorrente da constrição de numerário a ela pertencente e, mais ainda, de sua liberação ao exequente, devido à incerteza sobre o valor líquido final dos créditos trabalhistas deferidos, máxime em se considerando que a decisão exequenda ainda não transitou em julgado.

Com efeito, a vedação da prática, na fase de execução provisória, de atos expropriatórios e satisfativos, ou seja, que impliquem gravame econômico irreversível para a executada, deriva do fato de que a decisão exequenda pode ainda ser reformada, hipótese em que o ressarcimento, pelo trabalhador, das verbas por ele já recebidas antecipadamente afigura-se obviamente inviável ou praticamente impossível de se realizar, tanto assim o é que o art. 588, incisos I e II, do CPC dispõe correr a execução provisória por conta e responsabilidade do credor, que deve prestar caução idônea nos casos ali previstos.

Assim sendo, enquanto a dívida não assumir caráter definitivo, ou melhor, até que se forme a coisa julgada da fase de conhecimento, imperioso é admitir o manejo da ação mandamental para se discutir a aceitação ou não da nomeação dos bens oferecidos, os atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano à executada, como aqueles atos objeto da presente impetração.

Aliás, esta col. 2ª Subseção Especializada em Dissídios Individuais vem decidindo neste mesmo sentido, dispensando, portanto, maiores considerações a respeito.

Quanto à questão de fundo da lide, note-se que, no caso, mesmo tendo a executada ofertado bens à penhora, o Juízo Coator atendeu ao pedido do exequente formulado nos autos de carta de sentença, no sentido de convolar em penhora o numerário do depósito recursal, determinando ainda o bloqueio e a penhora de dinheiro da impetrante existente em conta corrente. Tais atos judiciais não encontram respaldo na lei e tampouco no entendimento dominante desta Corte, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 62/SBDI-2, segundo a qual fere o direito líquido e certo da impetrante a ordem de penhora em dinheiro quando a execução ainda é provisória, desde que nomeados outros bens à penhora, pois a execução deve ser processada pela forma menos gravosa à executada, a teor do art. 620 do CPC, que consagra o princípio da menor onerosidade, uma vez que não se tem ainda o valor líquido do crédito exequendo.

Isso porque a gradação legal dos bens penhoráveis, apesar de preferencial e estabelecer o dinheiro em primeiro lugar (art. 655, I, do CPC), diz respeito somente à execução definitiva, tendo como objetivo assegurar o valor líquido e certo do crédito, não se aplicando, em princípio, à execução provisória, desde que existentes outros bens capazes de garantir a execução, circunstância não configurada nos autos. Por isso, o rigoroso procedimento judicial consistente em ordenar que a constrição incidisse sobre os valores à disposição do Juízo a título de depósito recursal e sobre aqueles encontrados na conta bancária da executada fere, a toda evidência, o direito líquido e certo da impetrante, sobretudo porque nomeados outros bens para a garantia do débito ainda em execução provisória.

Ora, se nem a realização das constrições sobre os valores oriundos do depósito recursal e da conta bancária da impetrante era possível, o ato impugnado também não poderia ter expedido alvará de liberação ao exequente do montante à disposição do Juízo, uma vez que se trata de execução provisória, nos termos do art. 899, *caput* e § 1º, da CLT, independentemente da oposição de embargos à execução pela executada com vistas a suspender o curso da execução e discutir a regularidade da nomeação de bens ou mesmo da penhora deles.

Cumpra transcrever o teor da mencionada regra de direito processual trabalhista, norma específica a regular a hipótese dos autos, dispondo que o levantamento do depósito recursal somente é possível após o trânsito em julgado da decisão exequenda, *verbis*:

“Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste título, *permitida a execução provisória até a penhora.*”

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o valor de referência regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso, inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. *Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.*” (grifamos)

Nesse sentido, vale citar os seguintes precedentes desta col. SBDI-2:

“MANDADO DE SEGURANÇA – LIBERAÇÃO DE DEPÓSITO RECURSAL – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – O art. 899 da CLT, em seu § 1º, dispõe sobre o levantamento do depósito recursal, sendo, portanto, inaplicável a norma prevista no art. 588, § 2º, do CPC, por ser ela incompatível com a previsão contida no direito processual do trabalho. O referido dispositivo é claro ao estabelecer que, após transitada em julgado a decisão, será ordenado o levantamento imediato da importância do depósito recursal, em favor da parte vencedora, mediante simples despacho do juiz. Na questão *sub judice*, trata-se de execução provisória, uma vez que pendente de julgamento o recurso de revista interposto pelo litisconsorte.” (ROMS-771/2002-000-17-00.4, Min. Emmanoel Pereira, DJ 25.02.2005)

“MANDADO DE SEGURANÇA – LIBERAÇÃO DE DEPÓSITO RECURSAL – O art. 899, § 1º, da CLT é taxativo ao ordenar o levantamento imediato da importância do depósito recursal, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz, quando transitada em julgado a decisão recorrida. Não ofende direito líquido e certo decisão que indefere pedido de expedição de alvará judicial para liberação do depósito, porque em curso agravo de instrumento.” (ROMS-378.420/97.1, Min. Luciano de Castilho, DJ 09.04.1999)

Ademais, seria até desnecessária a transformação em penhora dos valores a título de depósito recursal, os quais, de qualquer maneira, já estavam indisponíveis para a impetrante, visto que se encontravam à disposição do Juízo.

Nesse contexto, a penhora a ser eventualmente efetuada em dinheiro (na execução definitiva) somente se daria sobre o saldo devedor remanescente, abatendo-se o valor do depósito recursal, porquanto ele já estaria garantindo ao menos parte da execução.

Logo, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança, ordenando a desconstituição da penhora efetuada sobre o depósito recursal, por inócua, a sua não-liberação ao exequente e a devolução à impetrante do numerário encontrado em sua conta corrente e indevidamente penhorado, enquanto provisória a execução promovida nos autos da Reclamação Trabalhista nº 2/2001-001-17-01-4 (Carta de Sentença nº 41/01).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso ordinário, para conceder a segurança, ordenando a desconstituição da penhora efetuada sobre o depósito recursal, por inócua, a sua não-liberação ao exequente e a devolução à impetrante do numerário encontrado em sua conta corrente e indevidamente penhorado, enquanto provisória a execução promovida nos autos da Reclamação Trabalhista nº 2/2001-001-17-01-4 (Carta de Sentença nº 41/01). Inverta-se o ônus sucumbencial em relação às custas.

Brasília, 9 de agosto de 2005. *Renato de Lacerda Paiva*, relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

REMESSA NECESSÁRIA – RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Ato impugnado praticado por Gerente Regional do Instituto Nacional de Seguridade Social, mediante o qual se determinou a desincorporação de vantagem incidente sobre os vencimentos dos impetrantes, originariamente integrante de seus salários por força de decisão judicial transitada em julgado. Alteração da natureza jurídica do vínculo existente entre os impetrantes e o ente da administração pública, de empregaticia para estatutária, por força do disposto na Lei nº 8.112/90. Ato de natureza administrativa. Incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a controvérsia dele decorrente. Declaração de nulidade dos atos decisórios e encaminhamento dos autos à Justiça Federal de primeiro grau.

(Processo nº TST-RXOF e ROMS-13.863-2002-000-14-00 – Ac. SBDI-2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa *Ex Officio* em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-RXOF e ROMS-13.863/2002-000-14-00.0, em que é remetente Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região, recorrente União, recorrido Sindicato dos Servidores Públicos Federais no Estado de Rondônia – SINDSEF e Autoridade Coatora Gerente Regional do Instituto Nacional de Seguridade Social no Estado de Rondônia.

O Sindicato dos Servidores Públicos Federais no Estado de Rondônia – SINDSEF impetrou mandado de segurança, com pretensão liminar, contra ato do Gerente Regional do Instituto Nacional de Seguridade Social no Estado de Rondônia, pelo qual se determinou a suspensão do pagamento do percentual de 26,06%, relativo ao Plano Bresser, incorporado na remuneração dos substituídos em virtude de decisão judicial transitada em julgado.

Indeferida a liminar a fls. 592, a autoridade indicada como coatora prestou as informações constantes de fls. 591/598.

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região, após rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, concedeu a segurança a fim de determinar que a autoridade coatora restabelecesse o pagamento do percentual de 26,06% referente às diferenças salariais decorrente do Plano Bresser (fls. 667/672).

A União, a fls. 687/691, interpôs recurso ordinário, pretendendo a reforma da decisão regional.

Recebido o recurso a fls. 693, foram apresentadas contra-razões a fls. 698/704.

JURISPRUDÊNCIA

O representante do Ministério Público do Trabalho opinou pelo não-provimento do recurso ordinário e da remessa necessária (fls. 716/719).

É o relatório.

VOTO

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Sindicato dos Servidores Públicos Federais no Estado de Rondônia – SINDSEF impetrou mandado de segurança, com pretensão liminar, contra ato do Gerente Regional do Instituto Nacional de Seguridade Social no Estado de Rondônia, pelo qual se determinou a suspensão do pagamento do percentual de 26,06%, relativo ao Plano Bresser, incorporado na remuneração dos substituídos em virtude de decisão judicial transitada em julgado.

Indeferida a liminar a fls. 592, a autoridade indicada como coatora prestou as informações constantes de fls. 591/598.

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região, após rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, concedeu a segurança a fim de determinar que a autoridade coatora restabelecesse o pagamento do percentual de 26,06% referente às diferenças salariais decorrentes do Plano Bresser (fls. 667/672).

A União, a fls. 687/691, interpõe recurso ordinário, pretendendo a reforma da decisão regional.

À análise.

Observa-se que o mandado de segurança se dirige contra ato do Gerente Regional do Instituto Nacional de Seguridade Social no Estado de Rondônia.

Verifica-se, pois, que a pretensão do impetrante, cujos substituídos por ele estão vinculados à litisconsorte necessária por regime estatutário (fls. 376), tem como pressuposto a impugnação de ato praticado por autoridade administrativa e incidente sobre os vencimentos daqueles, ainda que, originariamente, a incorporação da vantagem tenha sido realizada sobre os salários (anteriormente a 11.12.1990). O ato impugnado, portanto, tem natureza inequivocamente administrativa, do que decorre a incompetência desta Justiça Especializada para apreciar o respectivo mérito.

Registre-se, por demasiado, que a jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que a superveniência de regime jurídico único estatutário, por extinguir o contrato de trabalho, limita à data da extinção o comando jurisdicional trabalhista exarado em relação ao regime originariamente empregatício. Precedentes: E-RR-266.450/1996, julgado em 29.06.2000, RXOFROAR-313.227/96, DJU 28.04.2000 e RXOFROAG-685.068/2000, DJU 16.03.2001.

Mencionem-se, por fim, decisões da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais a respeito da matéria, *verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM DE DESINCORPORAÇÃO DO REAJUSTE DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO IPC DE MARÇO/90 – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1. Em se tratando de mandado de segurança, a competência do órgão jurisdicional define-se pela natureza da autoridade apontada como coatora.

2. Diante desse contexto, a jurisprudência assente deste TST entende que à Justiça do Trabalho compete, tão-somente, processar e julgar *mandamus* avariado em desfavor de ato praticado por seus próprios agentes, no exercício da função jurisdicional ou administrativa.

3. Na hipótese vertente, como o ato impugnado foi perpetrado pelo Reitor da Universidade Federal de Rondônia, exsurge a incompetência absoluta desta Justiça Especializada, *ex vi* do contido no art. 109, VIII, da Carta Magna.

4. Some-se, ainda, o fato de que, quando da propositura do *writ*, os impetrantes já ostentavam a condição de servidores estatutários, regidos pela Lei nº 8.112/90, sendo certo que a demanda não diz respeito ao tempo pretérito, no qual a sua relação jurídica com a Administração Pública ainda era regida pelas normas trabalhistas.

5. Incompetência absoluta da Justiça do Trabalho que se declara para, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC, cassar os atos decisórios proferidos no presente feito e determinar a remessa dos autos à Justiça Federal, para os fins de direito.” (RXOFROMS-15.016/2002-900-14-00, Min. José Simpliciano Fernandes, DJ 04.04.2003)

“MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM DE DESINCORPORAÇÃO DE REAJUSTE SALARIAL DOS VENCIMENTOS DOS IMPETRANTES – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Na conformidade da pacífica jurisprudência desta Corte, a competência para julgamento de mandado de segurança no âmbito da Justiça do Trabalho se restringe às hipóteses em que os atos impugnados tenham sido praticados por seus próprios agentes, seja no exercício da função jurisdicional, seja no exercício da função administrativa. Em se tratando de ordem de desincorporação de reajuste salarial emanada do Magnífico Reitor da Universidade Federal de Rondônia, avulta a convicção sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento do *mandamus*, enquadrando-se a hipótese na disposição contida no art. 109, VIII, da Constituição. Associe-se a essa circunstância o fato de que, com o advento da Lei nº 8.112/90, a competência para conciliar e julgar os litígios envolvendo servidores federais e a Administração Direta, Indireta e Fundacional deslocou-se para a Justiça Federal. Considerando que, quando ajuizada a ação, os impetrantes já se encontravam sob a égide do Regime

Jurídico Único, afigura-se a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o mandado de segurança, impondo-se a observância do comando do art. 113, § 2º, do CPC.” (RXOFROMS-16.237/2002-900-14-00, Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 04.10.2002)

Diante do exposto, declaro, de ofício, a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito, cassando os atos decisórios e determinando o encaminhamento dos autos à Justiça Federal, para os fins de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em declarar a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento do feito, cassando os atos decisórios e determinando o encaminhamento dos autos à Justiça Federal, para os fins de direito.

Brasília, 26 de abril de 2005. *Gelson de Azevedo*, relator.

NULIDADE. CONFIGURAÇÃO

NULIDADE DA SENTENÇA – NOTIFICAÇÃO – VÍCIO – AUSÊNCIA DO LUGAR DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA – VARA DO TRABALHO ITINERANTE – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 225, IV, DO CPC – CONFIGURAÇÃO

1. A notificação de parte para comparecimento à audiência a ser realizada em Vara do Trabalho itinerante não atende à formalidade descrita no inciso IV do art. 225 do Código de Processo Civil, quando, no documento, não se identifica o endereço, notadamente provisório, onde estará funcionando o juízo.

2. Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-499.447/98 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-499.447/1998.2, em que é recorrente Erco Engenharia S.A. e recorrido Juscelino da Silveira Teles.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, mediante o acórdão de fls. 83-85, ao analisar o recurso ordinário interposto pela reclamada, negou-lhe provimento, mantendo a sentença pela qual se julgou parcialmente procedentes os pedidos elencados na exordial.

A reclamada interpõe recurso de revista às fls. 86-89, insurgindo-se contra a manutenção da pena de confissão. Aponta afronta ao art. 225, IV, do CPC.

Despacho de admissibilidade juntado à fl. 92.

Não há a apresentação de contra-razões.

JURISPRUDÊNCIA

Sem remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, por força do disposto no art. 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Nulidade da sentença. Notificação. Vício

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, adotando os seguintes fundamentos:

“A reclamada teve ciência da audiência em 03.08.1994 (fls. 14-v.).

A audiência se realizaria em 04.10.1994, ou seja, quase sessenta dias depois da notificação da reclamada.

Caberia, pois, à reclamada verificar o local onde seria realizada a audiência.

O argumento utilizado pela recorrente, por ser a Junta itinerante, não merece acolhida. Tal argumento, se aceito, seria válido para qualquer outra Junta, que eventualmente se mudasse para outras instalações.” (fl. 84)

A reclamada insiste na alegação de ofensa ao art. 225, IV, do CPC. Argumenta que deve ser declarada a nulidade de todos os atos praticados a partir da citação, uma vez que não havia menção no documento de notificação da localização precisa de onde se realizaria a audiência, já que se tratava de Juízo Móvel.

Conclui-se, diante da transcrição acima, que foi perpetrada ofensa ao inciso IV do art. 225 do CPC, uma vez que não constou do documento de notificação inicial da reclamada, conforme determina o referido dispositivo legal, “o lugar do comparecimento”, ou seja, o endereço completo da Vara do Trabalho onde se realizaria a audiência. Da forma como foi realizada a notificação, a reclamada viu-se impossibilitada de comparecer à audiência e oferecer a sua defesa, restando evidente o seu prejuízo, que é a medida legal da nulidade.

Conheço do recurso de revista, por violação do inciso IV do art. 225 do Código de Processo Civil.

II – MÉRITO

Havendo desobediência à orientação emanada do inciso IV do art. 225 do Código de Processo Civil, no mérito, dou provimento ao recurso, para declarar nulos e sem quaisquer efeitos os atos praticados a partir da fl. 12 e determinar que seja providenciada a correta notificação da reclamada.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista, por violação do art. 225, inciso IV, do Código de Processo Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento, para declarar nulos e sem efeitos os atos praticados a partir da fl. 12, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que seja providenciada a correta notificação da Reclamada.

Brasília, 27 de abril de 2005. *Emmanoel Pereira*, relator.

OPERADOR CINEMATOGRAFICO. JORNADA DE TRABALHO. HORA EXTRA

OPERADORES CINEMATOGRAFICOS – JORNADA – HORAS EXTRAS – RECURSO – ADMISSIBILIDADE

A jornada para os operadores cinematográficos é fixada em seis horas, a teor do disposto no art. 234 da CLT, porém, não se deve perder de vista que o legislador definiu expressamente a forma como deveria ser desempenhada. Assim, para se concluir por afronta ao disposto na citada norma consolidada, não basta a constatação de que o empregado tenha trabalhado seis horas, há que se perquirir sobre o atendimento das exigências contidas nas alíneas a e b da norma em referência. In casu, o cumprimento da jornada se deu em desacordo com as disposições especiais sobre a duração do trabalho para os operadores cinematográficos, visto que excedeu as cinco horas corridas estipuladas na alínea a do art. 234 da CLT, importando em acréscimo de uma hora na execução do serviço no interior da cabina, motivo pelo qual deve ser remunerada a sexta hora não como a normal, mas, sim, como extra, razão pela qual é devido o adicional para a sexta hora de trabalho.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST-AIRR-753.315/2001 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-753.315/2001.5, em que é agravante Empresa Cinemas São Luiz Ltda. e agravado Almir da Conceição Oliveira.

A reclamada interpõe agravo de instrumento ao despacho de fl. 77, mediante o qual foi denegado seguimento ao recurso de revista, com fundamento na Súmula nº 221 desta Corte e no art. 896, alínea a, da CLT.

Não foi apresentada contraminuta ao agravo de instrumento.

Sem remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, porque se encontra regular e tempestivo.

II – MÉRITO

Operadores cinematográficos. Jornada. Horas extras

A 45ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro, atual Vara do Trabalho, condenou a reclamada ao pagamento de adicionais de horas extras, assim consignando:

“I – A JORNADA DE TRABALHO, ...

Antes de interpretarmos o art. 234 da CLT, pedimos vênias para o transcrever:

‘Art. 234. A duração normal do trabalho dos operadores cinematográficos e seus ajudantes não excederá de seis horas diárias, assim distribuídas:

a) cinco horas consecutivas de trabalho em cabina, durante o funcionamento cinematográfico;

b) um período suplementar, até o máximo de uma hora para a limpeza, lubrificação dos aparelhos de projeção, ou revisão de filmes.

Parágrafo único. Mediante remuneração adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o salário da hora normal e observado um intervalo de duas horas para folga, entre o período a que se refere a alínea *b* deste artigo e o trabalho em cabina de que trata a alínea *a*, poderá o trabalho dos operadores cinematográficos e seus ajudantes ter a duração prorrogada por duas horas diárias, para exhibições extraordinárias.’

Assim sendo, *concluímos da leitura do artigo que o legislador estabeleceu que o trabalho em cabinas de exibição deve durar cinco horas, podendo chegar a sete horas, desde que observado o intervalo de duas horas até que seja prestado o serviço suplementar.*

O serviço suplementar deve ser prestado fora das cabinas e poderá durar no máximo 01 hora.

A reclamada, alegando as modificações nas condições de trabalho, sustenta que pode exigir a prestação de seis horas de trabalho na cabina.

Ora, as modificações nas condições de trabalho não têm efeito de fazer desaparecer, do ordenamento jurídico, artigos de lei. Somente leis posteriores o podem. Tais leis que tenham revogado o art. 234 ou suas alíneas não existem. Não pode a ré, ao seu alvedrio, deixar de aplicar a lei, pena de responder as sanções correspondentes.

No caso, *data venia* dos entendimentos em contrário, a jornada ‘suplementar’ à quinta hora de trabalho deve ser prestada fora das cabinas, se

trabalhadas seis horas dentro da cabina, o reclamante terá cumprido a jornada prevista na alínea *a* e parte das horas extraordinárias previstas no parágrafo único e, pelo interesse de seu empregador, terá deixado de prestar o serviço suplementar. Não se vá dizer que um compensa o outro, porque um é pago com acréscimo de 50% (desde 05.10.1988) e o outro pago como hora normal.

Assim, trabalhando o reclamante seis horas por dia na cabina (fato incontroverso), deveria receber a sexta não como hora normal de trabalho, e sim como hora extra. Resta, portanto, devido o adicional para a sexta hora de trabalho.

É de se observar que não se está permitindo compensação não requerida, e sim se determinando a dedução no cálculo da hora extra do valor da hora normal já paga – o pagamento é exceção substancial e deve ser conhecido de ofício.” (fls. 58-59, grifo nosso e no original)

O Regional, por sua vez, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, mantendo a sentença no tocante à condenação ao pagamento de horas extras, por concluir que a jornada normal para os operadores cinematográficos é de cinco horas dentro da cabina e, tendo sido prorrogada esta jornada em uma hora, tal período é considerado extraordinário, ante o desrespeito ao preceituado no art. 234, alínea *a*, da CLT, com a seguinte fundamentação:

“Irrepreensível a decisão que condenou a reclamada ao pagamento das horas extras, eis que a determinação do art. 234 da CLT é insofismável: a jornada dos operadores cinematográficos é de cinco horas.

De sorte que, quando uma norma existe, não é possível substituir-se o legislador. Muito menos é possível interpretar-se de forma diferente da norma cogente, para afastar-se do significado claro da lei, ou atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto.” (fls. 71-72)

Nas razões de revista, a reclamada sustentou que a fixação em cinco horas da jornada de trabalho dos operadores cinematográficos afronta o disposto no art. 234 da CLT, que prevê a sua duração de seis horas. Alega, em face disso, ser indevido o pagamento do adicional de 50% sobre o valor de uma hora diária, ressaltando que o reclamante nunca extrapolou o limite da jornada. Indicou violação do art. 234, *caput*, da CLT e colacionou arestos ditos divergentes.

O recurso não se justifica por conflito jurisprudencial, pois o primeiro aresto de fl. 75 desatende à orientação contida na Súmula nº 337 desta Corte, por indicar repositório não autorizado por este Tribunal, a saber: *in* João Augusto da Palma, *Profissões regulamentadas*, p. 155, 1ª edição, 1997, LTr Editora. O segundo aresto de fls. 75-76 igualmente desserve ao confronto pretendido, por ser oriundo do mesmo Tribunal prolator do acórdão recorrido, infringindo, assim, o disposto na alínea *a* do art. 896 da CLT.

O art. 234 da CLT, em seu *caput*, de fato prevê uma jornada máxima de seis horas para os operadores cinematográficos, mas, por outro lado, define em suas

alíneas *a* e *b* como esta jornada deverá ser cumprida, ou seja, ela terá de ser composta por “cinco horas consecutivas de trabalho em cabina, durante o funcionamento cinematográfico”, mais um período de uma hora no máximo, destinada a cuidados específicos com os aparelhos de projeção ou na revisão de filmes, o que totaliza seis horas de trabalho.

Ocorre que o Regional, ao confirmar o *decisum*, concluiu que o reclamante desempenhava jornada normal de cinco horas corridas dentro da cabina, nos termos da alínea *a* do art. 234. Assim, como a prorrogação da jornada em uma hora se deu dentro da cabina, foi reconhecida como extraordinária, por extrapolar o horário máximo estabelecido para desempenhar o trabalho relativo ao funcionamento cinematográfico.

Não obstante a jornada para os operadores cinematográficos seja fixada em seis horas, não se deve perder de vista que o legislador definiu expressamente a forma como deveria ser desempenhada, não podendo, agora, a reclamada ignorar os ditames legais e pretender que o reclamante execute o trabalho ao seu alvedrio.

Assim, para se adotar tese contrária à defendida pelo Regional, ou seja, concluir por afronta ao disposto no art. 234 da CLT, não basta a constatação de que o empregado tenha trabalhado seis horas, há que se perquirir sobre o atendimento das exigências contidas nas alíneas *a* e *b* da norma em referência.

Tem-se, portanto, que, *in casu*, o cumprimento de jornada em desacordo com as disposições especiais sobre a duração do trabalho para os operadores cinematográficos, importando em acréscimo de uma hora na execução do serviço no interior da cabina, deve ser, realmente, remunerado não como hora normal, mas, sim, como extra, razão pela qual é devido o adicional para a sexta hora de trabalho.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 29 de junho de 2005. *Emmanuel Pereira*, relator.

PRESCRIÇÃO. MULTA. FGTS

PRESCRIÇÃO – DIFERENÇA DE MULTA DE 40% DO FGTS – A doutrina e a jurisprudência trabalhistas, com base no princípio da actio nata, reconhecem que a prescrição extintiva começa a partir de quando o direito se torna exigível, e, relativamente às diferenças da multa de 40% do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, a prescrição é quinquenal.

Recurso em parte conhecido e desprovido.

(Processo nº TST-RR-926-2003-014-03-00 – Ac. 2ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-926/2003-014-03-00.2, em que é recorrente Caixa Econômica Federal – CEF e recorridos Carlos Henrique da Cunha Pereira e outros.

RELATÓRIO

O TRT da 3ª Região, por meio do acórdão de fls. 288/294, deu provimento parcial ao recurso ordinário dos reclamantes, interposto em procedimento sumaríssimo, a fim de afastar a prescrição total reconhecida na origem e condenar a reclamada ao pagamento da complementação da indenização compensatória de 40% sobre os depósitos do FGTS efetuados nas contas vinculadas dos trabalhadores, de acordo com a execução da sentença proferida pela Justiça Federal nas ações ordinárias propostas para aplicação de percentuais expurgados, conforme se apurar em liquidação de sentença, com acréscimo de juros de mora e correção monetária nos termos da lei.

Dessa decisão, a reclamada interpôs a revista de fls. 296/302, alegando contrariedade à Súmula nº 362/TST e violação dos arts. 5º, XXXVI, e 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

Contra-razões às fls. 307/318.

Os autos não foram remetidos ao d. Ministério Público do Trabalho, o qual, no entanto, poderá opinar na sessão de julgamento de acordo com a Lei Complementar nº 75/93.

VOTO

Apelo tempestivo (fls. 295/296). Preparo correto (fls. 303/304). Representação regular (fls. 183/184).

1 PRESCRIÇÃO – DIFERENÇA DE MULTA DE 40% DO FGTS

1.1 Conhecimento

A Instância Ordinária afastou a prescrição total reconhecida na origem, ao fundamento de que “(...) à fluência do prazo prescricional, que somente tem início após a efetiva incorporação do direito aos seus patrimônios, ou seja, após o trânsito em julgado da decisão que garantiu, definitivamente, a complementação dos depósitos havidos em suas contas vinculadas, por reposição de expurgos inflacionários. Pelos documentos de fls. 236-255, vê-se que as ações ajuizadas pelos reclamantes perante a Justiça Federal ainda não transitaram em julgado, sendo que, quanto aos reclamantes Pedro Alípio e Waldira Fernanda Carvalho, o trânsito em julgado se deu em 26.09.2001 (ver fl. 243) e 13.11.2002 (fl. 252), respectivamente, com o ajuizamento da ação dentro do biênio, em 27.06.2003 (...), fl. 290.

A reclamada recorre de revista, alegando a ocorrência de prescrição do direito de ação dos reclamantes, quanto às diferenças de multa do FGTS, porque interposta

a ação quando decorridos mais de dois anos da extinção do contrato de trabalho dos autores. Alega, neste ponto, dissenso de teses e ofensa ao art. 7º, XXIX, da Lei Fundamental.

Sustentou que o deferimento do pedido de complementação dos valores pagos a título de FGTS implicou violação do art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental, uma vez que a Lei Complementar nº 110/01 não poderia alterar ato jurídico perfeito e acabado ou retroagir seus efeitos, atingindo um direito adquirido do devedor, a saber, o de ver fulminado pela prescrição o direito de ação dos reclamantes. Colaciona, também, aresto.

O primeiro julgado estabelece o dissenso jurisprudencial ensejador da revista, na medida em que traduz tese de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação atinente às diferenças da indenização da multa do FGTS flui a partir da rescisão contratual.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

1.2 Mérito

Ao contrário do que sustentado pela reclamada, não se encontra consumado o prazo prescricional para os reclamantes postularem a diferença de 40% sobre os depósitos do FGTS, oriunda dos reajustes inflacionários dos Planos Collor e Verão.

A doutrina e a jurisprudência trabalhistas, com base no princípio da *actio nata*, reconhecem que a prescrição extintiva começa a partir de quando o direito se torna exigível.

Com efeito, não há falar em prescrição bienal, porque, nas questões relativas aos expurgos inflacionários, que foram reconhecidos como devidos aos trabalhadores, a prescrição é quinquenal.

O art. 11 da CLT dizia que a prescrição trabalhista era de dois anos.

Esta previsão foi alterada pela Constituição Federal de 1988, que, no seu art. 7º, XXIX, elevou o prazo prescricional para cinco anos, e tal alteração era de aplicação imediata, segundo interpretação dada pelo TST, na Súmula nº 308.

Por consequência lógica, deve ser afirmado que desde outubro de 1988 não há mais prescrição bienal no Direito do Trabalho.

Como então interpretar a parte final do mencionado dispositivo constitucional?

É que depois de fixar o prazo prescricional de cinco anos, acrescentou-se:

“(…) até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”

Evidentemente, não se cuida de prescrição bienal. Tanto que, ajuizada ação no último dia do vigésimo quarto mês após o término do contrato de trabalho, estarão prescritos os direitos anteriores aos últimos cinco anos, e não *aos últimos dois anos*.

Essa regra conduziu, v.g., à alteração da Súmula nº 327/TST, que não mais fala em parcelas anteriores ao último *biênio*, mas ao último *quinquênio*.

Logo, repito, não se pode mais falar em prescrição bienal.

E se o direito somente surgir após extinto o contrato de trabalho?

Desta hipótese não cuida a Constituição Federal.

Neste caso, a partir de quando surgir o direito, começa a correr o prazo prescricional de cinco anos.

É a regra geral.

Não é possível que se faça interpretação analógica para tornar geral aquilo que a Constituição pretendeu restringir.

Por tudo isso, se o TST entende que o direito às diferenças decorrentes dos expurgos inflacionários surgiu com a Lei Complementar nº 110/01, é a partir de tal data que começa a correr o prazo quinquenal para o ajuizamento da ação trabalhista.

Nunca poderia ser aplicável a restrição da parte final do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal.

Cumpra ainda destacar que a Súmula nº 362 do TST relaciona-se ao prazo prescricional para ação envolvendo o não-recolhimento do FGTS em si, e não especificamente quanto às diferenças nos valores das parcelas; o verbete nº 173 não trata de prescrição, mas sim de extinção de empresa, e a Súmula nº 350 aborda a prescrição em se tratando de ação de cumprimento. Logo, tratando a hipótese dos autos de direito à correção do saldo existente na conta vinculada do FGTS, em decorrência da aplicação dos índices inflacionários expurgados pelo Governo Federal e não observados pelo órgão gestor e cabendo ao empregador a obrigação pela respectiva diferença do percentual da multa de 40% do FGTS, objeto da reclamação, não há falar em contrariedade às mencionadas súmulas, por se tratar de assuntos distintos.

Em face do exposto, não há como entender violado o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

Também não se constata qualquer infringência ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, porque a referida Lei Complementar nº 110/01 somente veio reconhecer direito já existente à época da relação jurídica havida entre as partes, a saber, direito às diferenças da multa do FGTS em decorrência dos expurgos inflacionários, não havendo, portanto, falar em ofensa ao ato jurídico perfeito.

Nesse passo, nego provimento à revista.

2 DIFERENÇA DA MULTA DE 40% SOBRE O FGTS

2.1 Conhecimento

Entendeu o TRT que, em sendo superveniente a recomposição da conta vinculada do trabalhador, pela incidência de expurgos inflacionários, cabe à empregadora pagar a diferença da multa de 40% do FGTS, como mera complementação do valor já quitado por ocasião da rescisão contratual.

Alega a recorrente que a pretensão dos autores carece de amparo legal, haja vista que quitada por ocasião da rescisão do contrato, na forma prevista no art. 477 da CLT, a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, tendo sido extinta a obrigação do empregador quanto à multa rescisória. Além do citado preceito legal, faz menção, ainda, aos arts. 2º, § 2º, do Decreto nº 3.913/01 e 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90. Aponta, também, contrariedade à Súmula nº 362 desta Corte.

A indicação de infringência ao art. 2º, § 2º, do Decreto nº 3.913/01 não se revela hábil a autorizar o conhecimento do apelo, ante os termos da alínea *c* do art. 896 da CLT.

Não se cogita tampouco de violação do art. 477 da CLT, porque tal preceito não disciplina especificamente a matéria debatida nestes autos, a saber, diferença da multa do FGTS decorrente de expurgos inflacionários.

Também não caracteriza afronta à literalidade do art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 o entendimento adotado pelo Regional, no sentido de que, “(...) em se tendo superveniente recomposição da conta vinculada do trabalhador, pela incidência de expurgos inflacionários, à empregadora compete pagar a diferença da multa de 40%, como mera complementação do valor já quitado no ensejo da rescisão contratual, pelo que são devidas as diferenças pleiteadas, já que é a empregadora, e mais ninguém, a devedora da mencionada indenização, nos casos de dispensa sem justa causa, a teor do art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 (...)”, fl. 292.

Por fim, como já assinalado acima, a Súmula nº 362 do TST invocada refere-se ao prazo prescricional para ação envolvendo o não-recolhimento do FGTS em si, não tratando especificamente de diferenças nos valores das parcelas.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso quanto à prescrição do direito de ação em relação às diferenças da multa de 40% do FGTS e, no mérito, negar-lhe provimento. Por unanimidade, em não conhecer do recurso quanto às diferenças da multa de 40% sobre o FGTS.

Brasília, 15 de junho de 2005. *José Luciano de Castilho Pereira*, presidente e relator.

PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

PROVA ILÍCITA – E-MAIL CORPORATIVO – JUSTA CAUSA – DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunica-

ção estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente, o e-mail corporativo não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à Internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inciso III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a

JURISPRUDÊNCIA

despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e XVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de instrumento do reclamante a que se nega provimento.

(Processo nº TST-RR-613-2000-013-10-00 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7, em que é recorrente HSBC Seguros Brasil S.A. e recorrido Elielson Lourenço do Nascimento.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 531/566, deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para reconhecer a dispensa por justa causa do reclamante, afastando a condenação em verbas rescisórias e de entrega de guias do seguro-desemprego. Ao recurso ordinário do reclamante, por sua vez, deu provimento parcial para acrescentar à condenação o pagamento de horas extras referentes ao período compreendido entre março de 1997 e junho de 1999.

Interpostos embargos de declaração pelo reclamante e pela reclamada, ambos foram conhecidos e parcialmente providos para prestar esclarecimentos (fls. 589/597).

Inconformadas, as partes interpuseram recurso de revista.

O Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento a ambos os recursos. Ao recurso de revista do reclamante, com apoio nas Súmulas nºs 23, 126, 296 e 297 do TST, assim como por inexistência de ofensa direta à Constituição da República. A seu turno, o recurso de revista da reclamada foi trancado com amparo nas Súmulas nºs 23, 126 e 297 do TST. Entendeu, ainda, que o eg. Tribunal *a quo* não negou prestação jurisdicional às partes, apenas decidiu contrariamente aos seus interesses.

Contra essa decisão, ambas as partes interpuseram agravo de instrumento. O reclamante, alegando que o recurso de revista é admissível por violação a dispositivos constitucionais e legais, bem assim por divergência jurisprudencial. A reclamada, aduzindo que o recurso é admissível, na forma do disposto nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT.

Contraminuta da reclamada às fls. 698/702.

Contraminuta do reclamante às fls. 703/710.

É o relatório.

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

I CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2 MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2.1 Preliminar. Nulidade. Negativa de prestação jurisdicional

Alega o reclamante, no recurso de revista, que o eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar a questão referente à dinâmica da investigação dos *e-mails* e tampouco discorreu acerca da participação das partes que receberam a mensagem eletrônica.

Inconformado, aponta violação aos seguintes preceitos legais: art. 538 do CPC; arts. 769, 832 e 897-A da CLT; arts. 5º, II e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

O inconformismo, contudo, não merece prosperar.

O eg. Regional, ao apreciar e julgar os embargos de declaração do reclamante, assim consignou:

“No que toca ao rastreamento das mensagens, cumpre lembrar, inicialmente, que o preposto, em depoimento pessoal, detalhou o encadeamento dos fatos e o *modus operandi* da investigação (a fls. 351/352).

O rastreamento executado pela reclamada foi explicitado na defesa, a fls. 120, e confirmado pelas testemunhas Claudemir Borin Meira (a fls. 296/297) e Guilherme de Almeida Mendes (a fls. 318/319), despiendo discorrer, como pretende o embargante, sobre a ‘(...) participação ou envolvimento das partes que as mensagens eletrônicas se dirigiam’ nos trabalhos de rastreamento, eis que a sua realização se deu em nível de processamento de dados, internamente na empresa.

Tal conclusão está exposta a fls. 537, 2º/5º parágrafos, do acórdão.

Improcede a obscuridade apontada no particular.” (fl. 593)

Diante do quadro ora delineado, não vislumbro nulidade a ser acolhida, tendo-se manifestado o eg. Regional sobre todos os aspectos relevantes para a solução da lide, conforme o seu livre convencimento motivado (arts. 125 e 131 do CPC).

O fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Com efeito, observa-se que o v. acórdão recorrido atendeu ao comando do art. 458 do CPC e ao art. 832 da CLT, embora de forma diversa da pretendida pelo reclamante.

Desse modo, incólumes os referidos preceitos legais.

No tocante aos arts. 538 do CPC, 769, 832 e 897-A da CLT e 5º, incisos II e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam, sequer em tese, à arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST:

“Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Conhecimento por violação. Art. 458 do CPC ou art. 93, IX, CF/88. (Inserido em 20.11.1997)

Admite-se o conhecimento do recurso, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, por violação do art. 832 da CLT ou do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/88.”

Inadmissível o recurso de revista, no particular.

2.2 Horas extras. Desconhecimento da preposta. Confissão ficta

Após detalhada análise do conjunto probatório, o eg. Tribunal *a quo* condenou a reclamada em horas extras, sob os seguintes fundamentos:

“No que tange aos cartões de ponto, entendo válidos os registros neles contidos, à vista da constatação de que todos os documentos contêm a assinatura do reclamante e espelham jornadas não rígidas, fato que denota a liberdade do autor em registrar os horários trabalhados. Vale ressaltar que algumas folhas de presença contêm anotações de jornada, ora superior, ora inferior à descrita pela reclamada, circunstância não negada na defesa.

Considerando a existência de pagamento de sobrejornada nos contracheques, passo à análise da prova oral, observando, mais uma vez, que incumbia ao reclamante provar, de forma incontestada, o cumprimento da jornada descrita na inicial.

(...)

Em relação ao período anterior a 28.07.1998, as duas testemunhas do acionante, às fls. 352/353, foram imprecisas na indicação dos horários, valendo frisar que a prova operária cingiu-se a uma jornada média, não alegada pelo obreiro. Também em relação ao intervalo intrajornada, não houve coerência probatória.

Dentro de tal contexto, mereceria provimento o recurso patronal e desprovimento o arrazoado obreiro, que, pela prova testemunhal produzida, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, restando verossímeis as jornadas estampadas nos controles de frequência.

Entretanto, não é o que ocorre.

No caso dos autos, a distribuição do ônus da prova resta prejudicada pelo teor das alegações feitas pela preposta ouvida, que revelou desconhecimento da jornada obreira em relação ao período compreendido entre o início da relação de emprego e o mês de junho de 1999.

(...)

À vista do § 1º do art. 843 consolidado, o preposto deve ter conhecimento dos fatos alegados em juízo, sendo certo que suas declarações obrigam a empresa.

JURISPRUDÊNCIA

Assim, o preposto está obrigado ao conhecimento de todos os fatos do relacionamento entre empregado e empregador que tenham sido trazidos a juízo.

Ainda que a inicial descreva jornada rígida durante todo o período ali indicado, fato impugnado pelo empregador, tal horário de trabalho deve preponderar em detrimento do desconhecimento das alegações patronais em juízo por parte da preposta.

Não socorre à reclamada, *data venia*, o esforço em fazer crer que a preposta reiterou as jornadas contidas nos cartões de ponto em relação ao período anterior a julho de 1999, pois o desconhecimento revelado encerra inarredável confissão sobre os fatos ignorados.” (fls. 549/554)

O eg. Regional considerou, assim, a reclamada confessa quanto ao período de março de 1997 (admissão do reclamante na empresa) até junho de 1999, inclusive, no tocante à jornada extraordinária declinada na petição inicial.

O reclamante, nas razões do recurso de revista, sustenta que lhe são devidas todas as horas extras descritas na petição inicial e não somente as trabalhadas no período antes delimitado.

Alega violação aos seguintes preceitos legais: arts. 333, inciso I, 348, 349 e 350 do CPC e art. 818 da CLT. Fundamenta:

“Quando o empregador usa da faculdade de se fazer substituir por preposto, este deve conhecer todos os fatos que deram origem ao dissídio (art. 843, da CLT c/c art. 345 do CPC); pois o contrário seria admitir a frustração da norma inserida no art. 848 consolidado.

No caso concreto, não foge à regra, o que resta desconhecido pela preposta na audiência realizada no dia 19.09.2001, deverá ser aplicada a pena de confissão, nos estritos termos dos arts. 343, § 2º, CPC c/c art. 769 da CLT, reformando a decisão primária neste particular, para ser deferido todas as horas extras reclamadas na inicial.” (fls. 643/644)

O eg. Tribunal *a quo* denegou seguimento ao recurso de revista, no particular, com supedâneo no óbice encontrado na Súmula nº 126 do TST.

A decisão há de ser mantida.

Com efeito, constata-se das argumentações do reclamante a nítida pretensão de revolver a matéria fático-probatória carreada aos autos: requer seja reanalisado o depoimento da preposta para, daí, aferir se esta desconhecia os fatos apenas até junho de 1999, inclusive, ou até o período da dispensa do empregado.

Tal análise, entretanto, revela-se inviável em sede de recurso de revista, motivo pelo qual este efetivamente não merecia seguimento.

Incide, no caso, o entendimento consagrado na Súmula nº 126 desta eg. Corte.

2.3 Prova ilícita. Justa causa. E-mail. Rastreamento. Intimidade.
Inviolabilidade

A empresa ora agravada despediu o ora agravante por justa causa, depois de constatar que o reclamante, no exercício de suas funções, teria expedido comunicações eletrônicas – *e-mails* – com fotos pornográficas, utilizando-se do computador e do provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico da empresa que lhe foi disponibilizado para a execução de suas tarefas profissionais.

Insurge-se o reclamante no tocante à admissão das provas apresentadas pela reclamada para comprovar a justa causa. Aduz que a reclamada teria violado o seu *e-mail*, sem a sua anuência, contaminando, assim, as provas obtidas mediante esse acesso “ilegal”.

O eg. Tribunal Regional consignou, no particular (sem grifo no original):

“JUSTA CAUSA – MEIO DE PROVA – LICITUDE

O juízo *a quo* não acolheu a justa causa pretendida pela reclamada, alegando que as provas obtidas o foram de modo ilegal, com violação ao art. 5º, XXII, da Constituição, razão pela qual condenou a reclamada no pagamento das seguintes verbas rescisórias de direito.

Renova a reclamada, em sede de recurso ordinário, a tese da justa causa. Diz que o autor utilizou-se indevidamente do correio eletrônico e do *e-mail* da empresa, os quais lhe foram concedidos para o exercício regular das suas atividades, para a transmissão de fotos de conteúdo pornográfico.

Aduz, ainda, que existe norma do Banco determinando que *e-mail* recebido por empregado deverá ficar restrito a assuntos inerentes ao trabalho.

Alega a reclamada que, ainda que assim não se considere, mesmo na hipótese de se entender que tenha sido a prova produzida através de meio ilícito, é importante que seja utilizado no presente caso o princípio da proporcionalidade, de forma a afastar os extremos, qual seja, a total inadmissibilidade da prova considerada ilícita.

Comungo dos fundamentos lançados nas razões de recurso da reclamada acerca do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que, através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada.

A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

De acordo com a decisão de 1º grau, a reclamada teria utilizado meios ilícitos, substanciados no rastreamento do *e-mail* do reclamante, para descobrir quem teria passado as fotos pornográficas para outras pessoas dentro da empresa.

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o *e-mail* do reclamante, como o seu próprio provedor.

Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge urna dúvida de uso indevido dos *e-mails*, por um certo grupo, só se poderá tirar essa dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o *e-mail* não poderia ser utilizado para fins particulares.

É importante frisar que o obreiro, em seu depoimento, conforme se vê às fls. 117, não infirmou as alegações patronais no sentido de que a utilização do *e-mail* estaria restrita para fins de trabalho, tendo em vista ter declarado ‘... que o depoente não tem certeza se a reclamada tinha restrição em relação ao uso de *e-mail* para assunto que não de serviço...’.

Nestas circunstâncias, sequer se poderia falar em privacidade; o fato é que a reclamada concedeu ao autor um *e-mail* com vistas à exclusiva utilização para o trabalho, visto que o provedor era do HSBC.

Não há qualquer violação ao *e-mail* do reclamante, posto que isto não era de sua propriedade. Sendo o *e-mail* propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado.

Ocorre que muitos funcionários vêm se utilizando da Internet e da intranet para fins outros que não os inerentes às atividades da empresa. Tal conduta traduz-se em ato faltoso e, do ponto de vista de muitos juristas, inclusive, ensejador de rescisão contratual por justa causa. Há que se concordar que tal situação não pode ser enquadrada no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal (...).

O legislador constituinte, ao criar este dispositivo, o fez com o intuito de proteger a intimidade das pessoas, em situações que comumente ocorrem em locais privados. Entretanto, é evidente que dentro de uma empresa, onde

todos os instrumentos são de sua propriedade e disponibilizados aos empregados com o único objetivo de melhor desenvolverem suas atividades, a situação é diversa, sendo até mesmo óbvio que não exista ‘confidencialidade’ dentro das empresas e que os usuários, acima de tudo, não confundam sua vida particular com a atividade profissional.

Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do *e-mail* da empresa, esta, em regra, responde solidariamente por tal ato. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado.

Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do *e-mail* apresenta-se como a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização às informações que tramitam no âmbito da empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso do sistema Internet, que pode, inclusive, atentar contra a moral e os bons costumes, causando a imagem da empresa prejuízos de larga monta.

Desta forma, não ha qualquer indício de que a reclamada tenha tentado invadir, deliberadamente, a suposta privacidade do autor, ressaltando-se que, diante da gravidade das denúncias recebidas, cabia ao empregador promover as diligências necessárias à apuração dos fatos denunciados, sob pena de incorrer em omissão.

Assim, não vejo, com a mesma clareza do Juízo *a quo*, a suposta violação à garantia da intimidade do reclamante, razão pela qual, no presente caso, não ha que se falar na obtenção de provas por meio ilícito.” (fls. 535/540)

Interessante, também, transcrever alguns trechos do voto do Juiz Douglas Alencar Rodrigues, Revisor:

“Sr. Presidente,

Estou de acordo com o bem cuidado voto-condutor, mas peço permissão para tecer algumas breves considerações apenas acerca da falta grave discutida no recurso empresarial.

Como esclareceu a d. Juíza Relatora, o Banco recorrente deliberou rescindir por falta grave o contrato de trabalho mantido com o reclamante, após constatar que ele, no exercício de suas funções, fez expedir comunicações eletrônicas – *e-mails* – com fotos pornográficas, utilizando-se do computador da empresa, de seu provedor e do próprio endereço eletrônico que lhe foram disponibilizados para a execução de suas atribuições.

A matéria é inédita e suscita uma série infundável de questões, como a que foi tratada na instância primária, envolvendo a natureza ilícita do acervo

probatório construído pelo reclamado, a partir do rastreamento de seu próprio provedor para identificação da unidade responsável pela remessa dos *e-mails* com aquele conteúdo pornográfico.

Na opinião do il. Julgador Primário, porque obtidas a partir da quebra do sigilo de correspondência do reclamante, as provas obtidas seriam ilícitas, por isso não se prestando à justificação da falta grave aplicada, ante a ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da CF.

Penso, porém, que a solução é diversa, reclamando o percurso prejudicial de algumas etapas de raciocínio.

Em primeiro plano, cabe aferir se o *e-mail* concedido para o exercício funcional pode ou não ser equiparado às correspondências postais e telefônicas e, nessa condição, se estaria alcançado pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Em segundo lugar, se a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas, teria ou não violado alguma garantia constitucional, contaminando as provas obtidas.

E, finalmente, em terceiro plano, cumpre decidir se os fatos apurados justificaram ou não a resolução contratual praticada pelo reclamado.

Em relação ao primeiro aspecto, não vejo, com todas as *venias* devidas ao il. Juízo Primário, como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador.

Relembro, inicialmente, que o art. 5º, inciso IX, da CF consagra a todos os cidadãos a liberdade de expressão comunicativa, independentemente de censura ou licença, igualmente assegurando, em seu inciso X, a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a previsão de indenização quando violadas.

Preconiza, também, o inciso XII do mesmo art. 5º da CF (...).

No caso concreto, contudo, nenhum desses dispositivos restou malferido, como passo a evidenciar.

Definitivamente, não há como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho.

Titular do poder diretivo, o empregador assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas por seus empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas.

(...)

Parece certo, portanto, que, na ausência de regras expressas que viabilizem a utilização dos equipamentos da empresa para fins privados, não há como admitir sejam eles manipulados com esse propósito, a tal modo

que se possa reconhecer ao empregado direito ao sigilo de correspondência eletrônica.

Muito embora dos autos aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão, o que poderia sugerir a inexistência de qualquer restrição para a utilização do *e-mail* para fins pessoais, é certo que — como consignado no parecer ministerial emitido em sessão — em todos os *e-mails* acionados pelos empregados do reclamado consta um breve texto em inglês, ressaltando o caráter confidencial das comunicações trocadas por aquele sistema eletrônico e a nota de que deveriam restituir mensagens recebidas com equívoco, apagando-as em seguida do próprio programa de comunicação.

Ainda que fosse absolutamente silente o contrato ou os sistemas operados, é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis.

Considerando os objetivos que justificaram a concessão de *e-mail* pelo reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

(...)

Seja como for, não sendo possível, na visão deste juízo (CPC, art. 131), reconhecer privacidade no sistema de comunicação eletrônico disponibilizado pelo reclamado para a execução pelo reclamante de suas atividades profissionais, resta claro que a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, não violou qualquer garantia constitucional, tampouco contaminando as provas colhidas pela empresa, ao contrário do que inteligiu o d. juízo primário.

Fixadas essas premissas, tenho como nítida a prática de ato suscetível de autorizar a resolução do contrato, por mau procedimento (...).

Merece, pois, provimento a irresignação patronal.

Se o *e-mail* é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de

correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).

Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de fotos pornográficas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando a resolução do pacto laboral.

Com essas breves considerações, acompanho o voto-condutor.

É como voto, Sr. Presidente.”

Sustenta o reclamante no recurso de revista que o eg. Tribunal *a quo* teria violado o art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal, particularmente ao admitir as provas ilícitas apresentadas pela reclamada.

Argumenta o agravante:

“Temos que a prova produzida pela empresa para substanciar a censurável justa causa alegada em sua defesa e reconhecida pelo Regional não pode ser admitida em juízo, pois totalmente contaminada, em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do autor.

(...)

Ficou, portanto, patente que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (*e-mail*) – o que abrange o conhecimento das fotos a ela anexadas – foi feito *sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia eletrônica*, o que, por si só, caracteriza violação da correspondência e a quebra da legalidade.

Apesar de o reclamado ter dito que a conta de *e-mail* por ela fornecida ao autor foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, isso não significa dizer que o autorizaria quebrar o sigilo da correspondência e ter acesso ao teor dos *e-mails* do recorrente sem sua anuência, ou de algum dos integrantes da cadeia.

(...)

O fato do (*sic*) autor descumprir a determinação do reclamado para somente usar sua conta de *e-mail* para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão contratual por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o reclamado teve acesso ao teor do *e-mail*, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 5º, LVI, c/c art. 332 do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII).” (fls. 634/636)

A peculiaridade e a estúpida relevância do presente caso recomendam uma abordagem particularizada dos seus múltiplos aspectos.

2.3.1 A Internet no ambiente de trabalho

Sabe-se que a Internet e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas empresas, que se utilizam desse novo meio de comunicação para desenvolver os meios de produção, proporcionando, dentre outras vantagens, maior eficiência para as suas atividades.

O número expressivo de empregados trabalhando *online* é uma indicação clara da eficiência e utilidade das comunicações eletrônicas, tais como *e-mail* e acesso à Internet para fins profissionais. De baixo custo e rápidas, as comunicações eletrônicas podem melhorar a eficiência e produtividade dos empregados, propiciando formas convenientes de comunicação com clientes, colegas de trabalho, além de transmissão de informações de modo infinitamente mais eficiente. Dadas as óbvias vantagens, inquestionável o fato de as empresas estarem cada vez mais lançando mão de tais recursos tecnológicos.

Sabe-se, todavia, que alguns empregados, com relativa frequência, abusam na operação do *e-mail* corporativo e da própria Internet, sob múltiplas formas, bem conhecidas: envio a terceiros de fotos pornográficas ou a divulgação de mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo empresarial, ou contendo vírus etc. Outras vezes o empregado, em terminal de computador da empresa, no horário de trabalho, vale-se da Internet para baixar músicas e filmes, ou acessa *sites* “adultos” e, enfim, consome tempo e recursos preciosos do empregador, para tratar de assuntos não relacionados ao serviço, acarretando sensível queda da produtividade, quando não lentidão no sistema de informática da empresa.

Essas e muitas outras situações bem conhecidas denotam que a tecnologia da Internet, mormente da correspondência eletrônica, com seus encantos e mazelas, tem suscitado um elenco infindável de tormentosas e atormentadoras questões jurídicas.

Uma de tais questões consiste em saber se o empregador tem direito de rastrear ou monitorar o *e-mail* corporativo disponibilizado ao empregado para uso em serviço e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida, destinada à apuração de justa causa em processo judicial.

2.3.2 *E-mail* corporativo e *e-mail* particular

Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o *e-mail* apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema (*O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 64).

Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: *e-mail* particular ou pessoal do empregado e *e-mail* corporativo.

No caso de *e-mail* particular ou pessoal do empregado – em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador –, ninguém pode exercer controle algum *de conteúdo* das mensagens, porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade, como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em *e-mail* particular.

Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado *e-mail* corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o *e-mail* corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa.

O *e-mail* corporativo distingue-se do *e-mail* pessoal ou particular do empregado, na medida em que aquele equivale a uma *ferramenta de trabalho* que a própria empresa coloca à sua disposição *para utilização em serviço*.

O *e-mail* corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética.

A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de *e-mail* não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio empregador utilizada para evitar que *terceiros*, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de *e-mail* da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos internos e confidenciais.

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização *comedida* do *e-mail* (enviando uma mensagem eventual) ou da Internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do *e-mail* corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico.

Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do *e-mail* corporativo na empresa.

Cumprir ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência em relação ao empregado, no tocante ao uso do *e-mail* corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade.

Se o *e-mail* é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional. Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins *pessoais*, muito menos para provocar

prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade.

Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o *e-mail* corporativo, poderá a empresa, em tese, responder perante terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia com a utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III).

Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra Belmonte:

“Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e *e-mails* diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa.

No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados *legal disclaimers* ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário – e não à empresa – a responsabilidade pelo envio de *e-mail* causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abaloamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto.” (*In Monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*, LTr, 2004, p. 113)

2.3.3 Monitoramento do *e-mail* corporativo no direito comparado

Uma vez que o Brasil, como visto, resente-se da ausência de normatividade específica a respeito da correta utilização do *e-mail* corporativo pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo empregador, revela-se pertinente um rápido exame dessas questões sob o prisma do Direito Comparado.

Em termos legislativos, o Reino Unido é o país que mais evoluiu nesta área: o Parlamento aprovou lei, conhecida como RIP (*Regulation of Investigatory Powers Act*), que autoriza os empregadores, desde 24.10.2000, a promover o monitoramento de *e-mails* e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais:

“(3) *Conduct consisting in the interception of a communication is authorised by this section if—*

(a) *it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and*

(b) *it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services.”* (Part I, Chapter 1, Section 3)

Mais adiante dispõe ainda a referida lei inglesa:

“(3) *Nothing in any regulations under subsection (2) shall authorise the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business.*” (Part I, Chapter 1, Section 4)

Nos Estados Unidos da América, há diversos precedentes que, a meu ver, merecem realce.

A eg. Corte Suprema dos Estados Unidos analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso *O'Connor v. Ortega*. (480 U.S., 107 S.Ct. 1492, 94 L.Ed.2d 714 – de 1987).

À época, a eg. Suprema Corte norte-americana reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de proteção legal. Entretanto, deve-se ponderar essa privacidade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho.

A eg. Corte assentou que, em certas áreas, os empregados podem ter uma razoável expectativa de privacidade (*expectation of privacy*). Mas, ressalva-se, *nunca de forma absoluta*:

“*The decision recognized that with the question of privacy in the workplace there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is a question of specific practices within the employee's workplace, and the issue of whether an employee has a reasonable expectation of privacy 'must be addressed on a case-by-case basis'.*” (*Id.* IN 716, 1497)

Sob tal entendimento, diversos cidadãos daquele país moveram ações em desfavor do empregador ao argumento de que este, supostamente, teria violado sua privacidade ao monitorar o *e-mail* corporativo.

A maioria das Cortes americanas, porém, tende a assentar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador, *não tem expectativa de privacidade* quanto a esta.

Vale dizer: tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador, os referidos Tribunais americanos vêm consignando que o empregado *não* tem razoável expectativa de privacidade quanto à utilização do *e-mail* corporativo e do acesso à Internet através do sistema operacional da empresa. Acentuam, inclusive, que mesmo que houvesse uma razoável expectativa de privacidade, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do *e-mail* da empresa e dos sistemas de Internet.

No *leading case* de *Smyth v. Pillsbury Co.*, determinado empregado alegou que havia sido dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade teria sido violada.

Neste caso, a eg. *United States Court for the Eastern District of Pennsylvania* entendeu que o empregado havia enviado várias mensagens de *e-mail* através do

sistema da empresa, que vieram a ser acessadas pelo seu empregador, sem a sua anuência. Devido ao conteúdo impróprio destas mensagens, o empregador rescindiu o contrato de emprego.

Esta eg. Corte da Pennsylvania, entretanto, negou procedência ao pedido do empregado, a despeito de resultar comprovado que o empregador havia reiterado aos seus empregados que o *e-mail* poderia ser utilizado para fins pessoais e que as mensagens não seriam, em momento algum, interceptadas, mantendo-se confidenciais.

A aludida Corte americana entendeu que, mesmo com as referidas concessões do empregador, o empregado *não* tinha expectativa de privacidade ao utilizar o sistema da empresa para enviar suas mensagens de *e-mail*.

Releva transcrever alguns trechos da decisão em apreço:

“Liability only attaches when the ‘intrusion is substantial and would be highly offensive to the ‘ordinary reasonable person’”. Borse, 963 F.2d at 621 (citation omitted). Although the Court of Appeals in Borse observed that ‘the Pennsylvania courts have not had occasion to consider whether a discharge related to an employer’s tortious invasion of an employee’s privacy violates public policy’, the Court of Appeals predicted that in any claim where the employee claimed that his discharge related to an invasion of his privacy ‘the Pennsylvania Supreme Court would examine the facts and circumstances surrounding the alleged invasion of privacy. If the court determined that the discharge was related to a substantial and highly offensive invasion of the employee’s privacy, believe that it would conclude that the discharge violated public policy’. Id. at 622. In determining whether an alleged invasion of privacy is substantial and highly offensive to a reasonable person, the Court of Appeals predicted that Pennsylvania would adopt a balancing test which balances the employee’s privacy interest against the employer’s interest in maintaining a drug-free workplace. Id. at 625. Because the Court of Appeals in Borse could ‘envision at least two ways in which an employer’s drug and alcohol program might violate the public policy protecting individuals from tortious invasion of privacy by private actors’ id. at 626, the Court vacated the district court’s order dismissing the plaintiff’s complaint and remanded the case to the district court with directions to grant Borse leave to amend the Complaint to allege how the defendant’s drug and alcohol program violates her right to privacy.

Applying the Restatement definition of the tort of intrusion upon seclusion to the facts and circumstances of the case sub judice, we find that plaintiff has failed to state a claim upon which relief can be granted. In the first instance, unlike urinalysis and personal property searches, we do not find a reasonable expectation of privacy in e-mail communications voluntarily made by an employee to his supervisor over the company e-mail system notwithstanding any assurances that such communications would not be intercepted by management. Once plaintiff communicated the alleged

unprofessional comments to a second person (his supervisor) over an e-mail system which was apparently utilized by the entire company, any reasonable expectation of privacy was lost. Significantly, the defendant did not require plaintiff, as in the case of an urinalysis or personal property search to disclose any personal information about himself. Rather, plaintiff voluntarily communicated the alleged unprofessional comments over the company e-mail system. We find no privacy interests in such communications.

In the second instance, even if we found that an employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we do not find that a reasonable person would consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of his privacy. Again, we note that by intercepting such communications, the company is not, as in the case of urinalysis or personal property searches, requiring the employee to disclose any personal information about himself or invading the employee's person or personal effects. Moreover, the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments.

In sum, we find that the defendant's actions did not tortiously invade the plaintiff's privacy and, therefore, did not violate public policy. As a result, the motion to dismiss is granted." (Smyth v. Pillsbury Co., 914 F.Supp. 97, 100 – E.D. Pa. 1996)

Outro caso famoso ocorreu no Estado do Texas, onde o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas também se posicionou favoravelmente em relação ao empregador.

No aludido processo, independentemente de a Empresa Microsoft haver providenciado ao empregado uma senha de acesso para o *e-mail* e uma pasta pessoal para arquivar suas mensagens, a eg. Corte do Texas também decidiu que ao empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens arquivadas dentro daquela pasta ou dentro de sua caixa de *e-mail*.

A mencionada conclusão fundou-se no argumento de que as mensagens de *e-mail* primeiro teriam circulado dentro de vários pontos do sistema de *e-mail* da Microsoft, onde poderiam ser acessadas a qualquer hora pela empresa e, somente depois, viriam a compor a esfera privada do empregado. Importa transcrever o seguinte trecho da decisão:

“As asserted by McLaren in his petition, e-mail was delivered to the server-based 'inbox' and was stored there to read. McLaren could leave his e-mail on the server or he could move the message to a different location. According to McLaren, his practice was to store his e-mail messages in 'personal folders'. Even so, any e-mail messages stored in McLaren's personal folders were first transmitted over the network and were at some point accessible by a third-party. Given these circumstances, we cannot

conclude that McLaren, even by creating a personal password, manifested – and Microsoft recognized – a reasonable expectation of privacy in the contents of the e-mail messages such that Microsoft was precluded from reviewing the messages.” (Case nº 05-97-00824, 1999 Tex.App.Lexis 4103 – Tex. Cr. Of App., May 1999)

A eg. Court of Appeal of the State of California, por sua vez, no caso Bourke v. Nissan Motor Corporation, manifestou-se no mesmo sentido:

“Whether an individual’s constitutional right to privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed. (Alarcon v. Murphy (1988) 201 Cal.App.3d1, 5; People ex rel. Franchise Tax Bd. v. Superior Court (1985) 164 Cal.App.3d 526, 540-541). Nissan maintains that the evidence conclusively establishes that plaintiffs had no reasonable expectation of privacy in their E-mail messages. In support of this contention, they cite the following undisputed facts: (1) Plaintiffs each signed a Computer User Registration Form, which states that ‘[I]tis company policy that employees and contractors restrict their use of company-owned computer hardware and software to company business’. (2) In November or December of 1989, more than a year before her termination, Hall learned from co-workers that E-mail messages were, from time to time, read by individuals other than the intended recipient. Hall relayed this information to Bourke in March of 1990. (3) In June 1990, a full six months before Bourke’s termination, a fellow employee, Lori Eaton, contacted Bourke to complain about the personal, sexual nature of Bourke’s E-mail message which Eaton had retrieved for demonstration purposes during a training session at an Infiniti dealership.

Nissan contends that the foregoing uncontroverted facts regarding plaintiffs knowledge that E-mail messages could in fact be read without the author’s knowledge or consent establishes as a matter of law that plaintiffs had no objectively reasonable expectation of privacy in those messages. In contradiction of that conclusion, plaintiffs assert that they had such an expectation because they were given passwords to access the computer system and were told to safeguard their passwords. While plaintiffs’ statements that they believed that their E-mail messages would remain private may be sufficient, on a motion for summary judgment, to raise the issue of plaintiffs’ subjective understanding, the question presented to us is whether their expectations of privacy were objectively reasonable as a matter of law. We agree with the trial court that they were not.

In the absence of a reasonable expectation of privacy, there can be no violation of the right to privacy. (Alarcon v. Murphy, supra, 201 Cal.App.3d 1, 5). Thus, plaintiffs’ causes of actions for common law invasion of privacy and violation of the constitutional right to privacy were properly dismissed on summary judgment.” (Case nº B068705 – July 2003)

Abraçaram igualmente tal diretriz os seguintes precedentes norte-americanos: *Restuccia v. Burk Technology, Inc.*, julgado pela eg. *Supreme Judicial Court of Massachusetts* em 12.08.1996; *Fraser v. Nationwide Life Insurance Co.*, julgado pela eg. *United States Court of Appels for the Third Circuit* em 23.06.2003.

Perceba-se, assim, dessa rápida menção ao Direito Comparado, que dois países – paladinos do respeito às liberdades civis e aos direitos e garantias individuais do cidadão – EUA e Reino Unido – não ousaram estender ao *e-mail* corporativo a proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No Brasil, penso que não há razão para adotar solução diferente.

Sem mais, é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do *princípio da proporcionalidade* como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

KARL LARENZ, em clássica obra, após assinalar que se alude ao princípio da proporcionalidade para designar “*las limitaciones o desventajas, que alguien tiene que tolerar en un caso concreto, en interés de otro o de la generalidad*” e depois de referir ao “*principio de que la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección otro bien o de un interés de mayor peso*”, arremata:

“El principio de proporcionalidad suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra. Ello significa, ante todo, que ‘los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular’. Con el rasero de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional federal mide, entre otras cosas, la necesidad y la duración de la prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia, indudablemente concecta com la idea de ‘moderación’ y de ‘medida justa’ en el sentido de equilibrio.” (Derecho justo, Civitas, 1985, p. 144/145)

Na espécie, a invocação do princípio da proporcionalidade vem a propósito da necessidade de sopesarem-se os múltiplos valores jurídicos em xeque, e não apenas o direito do empregado, como qualquer cidadão, à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No caso concreto, de um lado, *não* há, como ressaltado, identidade de *fins* entre o correio eletrônico particular e o corporativo, para que se pudesse cogitar de transgressão ao princípio da inviolabilidade da comunicação.

De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão – valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de *e-*

mail corporativo, dada a sua finalidade –, não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o *direito do empregador à imagem*. Ora, ocioso repisar quão comprometedor e danosa pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da Internet e do correio eletrônico da empresa.

Ademais, se se cuida de *e-mail* corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à Internet e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.

Tecidas essas considerações, passo ao exame objetivo do agravo de instrumento do reclamante.

A insurgência do agravante não merece prosperar.

No caso, o próprio reclamante, nas razões do recurso de revista, reconhece que o *e-mail* corporativo foi disponibilizado pela reclamada para ser utilizado “somente para assuntos e matérias afetas ao serviço”. (fl. 636)

Fixada tal premissa, e a exemplo do que já se delineia, como visto, no Direito Comparado, *não diviso razoável expectativa de privacidade* do empregado na utilização de *e-mail* corporativo fornecido pela empresa.

Em meu entender, o *e-mail* corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o empregador confia ao empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais.

Penso, por conseguinte, que se o *e-mail* corporativo pertence à reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o empregador monitorar a atividade do empregado, no horário de trabalho.

Bem se compreende que assim seja, porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do empregador *exclusivamente* para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, *sem* a proteção do sigilo pessoal de correspondência.

Não colhe o argumento do reclamante de que a empresa agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do *e-mail* corporativo, ao providenciar para o ora agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico.

Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao *e-mail* corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens.

Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da *inviolabilidade do sigilo das correspondências* (art. 5º, XII, CF/88), porquanto o *e-mail* corporativo era concedido ao reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o

trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas.

Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que *não há intimidade ou privacidade* do empregado a ser resguardada no tocante ao uso de *e-mail corporativo* disponibilizado pela empresa. Afora isso, no caso, o empregado *não tinha razoável expectativa de privacidade*, o que se extrai da declaração de que o *e-mail corporativo* destinava-se “somente para assuntos e matérias afetas ao serviço” (fl. 636).

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI), por isso que, sendo o *e-mail corporativo* propriedade da empresa, meramente cedido ao empregado para fins corporativos, o empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional.

O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamante.

B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

1 CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2 MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conforme fundamentos expostos em item anterior, o eg. Tribunal *a quo* acolheu o pedido de pagamento de horas extras, referentes ao período entre março de 1997 a junho de 1999, conforme jornada descrita na petição inicial, ao fundamento de que a preposta revelou desconhecimento da jornada de labor efetiva do reclamante no aludido período.

A reclamada, no recurso de revista, aponta violação ao art. 333, incisos I e II, do CPC e ao art. 843, § 1º, da CLT. Sustenta que o desconhecimento dos fatos, por parte da preposta, acarreta *confissão ficta* que, por sua vez, poderá ser infirmada mediante prova em contrário.

Aduz, ainda, que o próprio eg. Regional considerou válidos os cartões de ponto carreados aos autos, porquanto a prova testemunhal não se mostrou suficiente para afastar a fidelidade dos registros.

Traz arestos para confronto.

Assiste razão à reclamada, ora agravante.

Conforme visto, o próprio eg. Regional acentuou que a reclamada produziu prova válida e idônea da jornada de labor do empregado, no caso os cartões de ponto assinados pelo reclamante.

Não obstante, constata-se dos fundamentos do v. acórdão regional que a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, no período entre março de 1997 a junho de 1999, fundou-se, tão-somente, no fato de a preposta não ter demonstrado conhecimento de todos os fatos controvertidos.

Por conseguinte, o eg. Regional presumiu, de forma *absoluta*, que a circunstância de a preposta desconhecer a jornada de trabalho do reclamante seria o suficiente para afastar todo o conjunto probatório dos autos e para permitir o reconhecimento da jornada declinada na petição inicial.

Ora, a confissão tácita decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas *relativa* de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário.

Nada obsta, desse modo, a que o órgão julgante, a despeito da confissão tácita em apreço, rejeite o pleito das horas extras em conformidade com a jornada declinada pelo reclamante na petição inicial, se as folhas individuais de presença carregadas aos autos registram jornada diversa, com intervalo e marcação de horários extras, e o reclamante, por qualquer outro meio de prova, não consegue demonstrar a prestação das horas extraordinárias postuladas.

Desse modo, o eg. Regional, ao não acolher o pedido de horas extras, com amparo nas folhas individuais de presença carregadas aos autos, cuja idoneidade não foi desconstituída, afrontou o art. 843, § 1º, da CLT.

Tal dispositivo legal não reza que o desconhecimento de fatos controvertidos e relevantes pelo preposto gera presunção *absoluta* das alegações da parte contrária.

Nesta diretriz, o seguinte precedente desta eg. Corte:

“PREPOSTO – CONFISSÃO FICTA – DESCONHECIMENTO DE FATOS – PRESUNÇÃO RELATIVA – 1. A confissão ficta decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário. 2. Nada obsta a que o órgão julgante, a despeito da confissão ficta em apreço no tocante à efetiva jornada de labor, rejeite o pleito de horas extras se as folhas individuais de presença carregadas aos autos registram jornada normal do empregado, com intervalo e marcação de horários extras, e o reclamante, por qualquer outro meio de prova, não demonstra a prestação das horas extraordinárias postuladas. Inexistência de afronta ao art. 334, II, do CPC. 3. Recurso de revista de que não se conhece.” (TST-RR-803831/2001, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 03.12.2004)

Portanto, admito o recurso de revista, na forma da alínea *b* do art. 896 da CLT, por vulneração ao art. 843, § 1º, da CLT.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso de revista interposto pela reclamada.

Com fulcro no art. 897, § 7º, da CLT (Lei nº 9.756/98), passo, desde logo, ao julgamento do recurso principal ora admitido, uma vez observadas as formalidades traçadas na Resolução Administrativa nº 736/2000 do TST (DJU 11.10.2000, p. 279/280).

C) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

1 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1.1 Preliminar. Nulidade. Negativa de prestação jurisdicional

Alega a reclamada, no recurso de revista, que o eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar as seguintes questões: quanto à inexistência de atestado médico nos autos, referente aos dias 5, 6 e 7 de outubro de 1998; e quanto à juntada de cartões de ponto válidos, elidindo a condenação em horas extras, no período de março de 1997 a junho de 1999.

Aponta vulneração ao art. 832 da CLT e ao art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal.

Não assiste razão à reclamada.

Com efeito, o eg. Regional, ao apreciar e julgar o recurso ordinário da reclamada, analisou todo o conjunto probatório carreado aos autos e apenas não acolheu os seus argumentos.

Não vislumbro nulidade a ser declarada, porquanto o v. acórdão regional emitiu pronunciamento a respeito do tema cuja omissão se alega, consignando que resultou comprovada a emissão de atestado médico, assim como se manifestou acerca dos cartões de ponto trazidos pela reclamada.

Como já assentado em item anterior, o fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Assim, não diviso violação aos arts. 832 da CLT e 93, IX, da Constituição da República.

No tocante ao art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam à arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST.

Não conheço, pois, do recurso de revista.

1.2 Atestado médico. Impugnação

No particular, o eg. Regional consignou:

JURISPRUDÊNCIA

“Recorre a reclamada contra a condenação ao pagamento do período que vai de 05 a 07.10.1998, alegando que o reclamante não deu ciência a ela da sua condição.

O ônus de provar o fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito era da reclamada (CLT, art. 818, c/c CPC, art. 333, II) e esta não se desincumbiu de tal tarefa.

Admitido pela reclamada o trabalho no período de 5 a 7 de outubro de 1998 (às fls. 455) e comprovada a emissão de atestado médico próprio (às fls. 104), não impugnado, tem-se que restou observado o mister do recorrido.

Acertada a decisão primária, pelo que merece ser mantida neste item.”
(fl. 544)

No recurso de revista, a reclamada sustenta violação aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Aduz que o reclamante não juntou o atestado médico aos autos, sendo indevida a condenação da empresa-agravante no tocante ao período de 5 a 7 de outubro de 1998.

A irrisignação, contudo, resulta infundada.

Com efeito, o eg. Regional, analisando as provas carreadas aos autos, assentou que o reclamante havia efetivamente trabalhado no referido período e, também, comprovado a emissão do atestado médico.

Inviável, em sede de cognição extraordinária e restrita, o eg. TST reexaminar a matéria, sob pena de contrariedade à Súmula nº 126/TST.

Não conheço, portanto, do recurso de revista.

1.3 Horas extras. Ônus da prova. Confissão. Preposto. Desconhecimento dos fatos

Conheço do recurso de revista, no particular, por violação ao art. 843, § 1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, remetendo, para tal, aos fundamentos expendidos no julgamento do agravo de instrumento da reclamada.

2 MÉRITO DO RECURSO DE REVISTA

Como corolário do conhecimento por contrariedade ao art. 843, § 1º, da CLT e ao art. 333, inciso II, do CPC, dou parcial provimento ao recurso de revista da reclamada para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da reclamada e determinar seja apurada a jornada do reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, em negar provimento ao agravo de instrumento do reclamante e dar

provimento ao agravo de instrumento da reclamada, determinando o processamento do recurso de revista; conhecer do recurso de revista da reclamada, por contrariedade ao art. 843, § 1º, da CLT, e ao art. 333, inciso II, do CPC, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da reclamada e determinar seja apurada a jornada do reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

Brasília, 18 de maio de 2005. *João Oreste Dalazen*, relator.

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. REINTEGRAÇÃO

RECURSO DE REVISTA – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL RECUSADA, EM FACE DE TRABALHO EM OUTRO ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL (TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL) – VANTAGENS DEFERIDAS ATÉ A DATA DA RECUSA DO CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DE REINTEGRAÇÃO, QUE SE ARRASTOU POR MAIS DE DEZ ANOS – VIOLAÇÃO DO ART. 37, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ACUMULAÇÃO DE CARGOS) CONFIGURADA

1. Tendo o recurso de revista sido interposto em processo de execução de sentença, o apelo somente pode ser admitido por violação direta e inequívoca de dispositivo constitucional (CLT, art. 896, § 2º; Súmula nº 266 do TST).

2. A recorrente manejou o seu recurso calcada unicamente em violação do art. 37, XVI, da Constituição Federal, que veda a acumulação de cargos públicos, tendo em vista que estava sendo condenada a pagar indenização pelo período em que o recorrido já ocupava outro cargo público.

3. No caso, destacou o Regional ser irrelevante o fato de o exeqüente ter tomado posse em outro cargo público, no Tribunal Regional Eleitoral, pois isso não implica impossibilidade de receber a indenização até a data em que lhe foi assegurado o direito de manifestar seu interesse na reintegração em emprego público, garantida pela sentença prolatada no processo de conhecimento, que se arrastou por cerca de dez anos.

4. Ora, a proibição de acumulação de cargo e emprego público tem como fundamento maior a impossibilidade de o erário arcar com o pagamento pelo trabalho de um mesmo servidor duas vezes, de forma que se revela impossível a Fazenda Pública suportar dupla remuneração, ainda que sob rubricas diferentes: indenização por força de reintegração em emprego público e remuneração propriamente dita em virtude de exercício de cargo público.

5. Dessa forma, porque o intérprete está vinculado à finalidade da própria norma, que, no caso, é o inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, tem-se que o reconhecimento do direito à indenização para o período em que o funcionário estava recebendo remuneração pelo exercício do cargo público viola o dispositivo constitucional supramencionado, principalmente se for considerado o disposto no inciso XVII do próprio art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual a “proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-688-2003-921-21-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-688/2003-921-21-00.9, em que é recorrente Caixa Econômica Federal – CEF e recorrido Ricardo Morais.

RELATÓRIO

O 21º Regional deu provimento ao agravo de petição interposto pelo exequente, para limitar os cálculos de liquidação a 14.02.2001, quando o reclamante manifestou intenção de não ser reintegrado no quadro de pessoal da reclamada (fls. 2.884-2.888).

Inconformada, a executada manifesta o presente recurso de revista, calcado em violação do art. 37, XVI, da Constituição Federal, sustentando que é inviável a acumulação de cargos na administração pública direta ou indireta (fls. 2.893-2.897).

Admitido o apelo (fls. 2.901-2.902), recebeu contra-razões (fls. 2.905-2.911), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, do RITST.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

I Pressupostos genéricos

O apelo é tempestivo (cf. fls. 2.892 e 2.893), tem representação regular (fls. 2.872-2.873), foram recolhidas as custas (fl. 2.563) e efetuado o depósito recursal (fl. 2.898). Preenche, portanto, os pressupostos de admissibilidade comuns a qualquer recurso.

2 Pressupostos específicos

Para dar provimento ao agravo de petição interposto pelo exeqüente, o Regional assentou que:

- após o exaurimento de todas as instâncias recursais, foi assegurado ao reclamante o direito de ser reintegrado no seu antigo posto na Caixa Econômica Federal (CEF);
- até que a última decisão transitasse em julgado e fosse iniciada a execução da obrigação de fazer, transcorreram dez anos (de 1990 a 1999), sendo que somente em 14.02.2001 foi assegurado o direito do reclamante de manifestar-se sobre a reintegração;
- o reclamante não permaneceu inerte durante a tramitação do seu processo trabalhista, pois necessitava de recursos financeiros para sua sobrevivência e de seus familiares e dependentes, já que a CEF não disponibilizou os seus salários durante o curso da demanda;
- o fato de o exeqüente ter tomado posse em outro cargo público, no caso, no Tribunal Regional Eleitoral (TRE), não implica impossibilidade de receber a indenização até a data em que lhe foi assegurado o direito de manifestar seu interesse na reintegração garantida pela sentença prolatada no processo de conhecimento;
- não há que se falar em acumulação de cargo público no TRE com emprego público na CEF, pois tal somente ocorreria se a CEF tivesse colocado o cargo à disposição do reclamante quando este tomou posse perante o TRE, fato que não aconteceu;
- a opção expressa, em 14.02.2001, de desistência da reintegração ao quadro de pessoal da CEF tornou-se o marco derradeiro para o recebimento da indenização pela conversão da obrigação de fazer (fls. 2.886-2.888).

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente que a indenização é indevida a partir de 04.07.1994, data em que o exeqüente tomou posse no TRE. Aduz que o art. 37, XVI, da Carta Magna, único preceito tido por violado, proíbe a acumulação de cargos públicos.

Tendo o recurso de revista sido interposto em processo de execução de sentença, o apelo somente pode ser admitido por violação direta e inequívoca de dispositivo constitucional (CLT, art. 896, § 2º; Súmula nº 266 do TST).

No caso, o único dispositivo constitucional indicado por transgredido assim está vazado:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.”

A hipótese dos autos traz à discussão a possibilidade de acumulação de indenização referente a emprego público com a remuneração decorrente de cargo público. A situação é peculiar, pois o empregado público foi dispensado sem fundamento legal e, no intervalo entre a ruptura do pacto laboral e a determinação de sua reintegração por força de sentença judicial, ingressou, por concurso público, em cargo público, de forma que, quando sobreveio a sentença trabalhista a ele favorável, já não mais dispunha das condições necessárias para a reintegração.

A questão deve ser discutida levando em conta a teleologia da norma constitucional supramencionada, que pode ser interpretada sob o enfoque da proibição de que o erário disponibilize recursos duas vezes para suportar o pagamento pelo trabalho de um mesmo funcionário.

Não seria razoável admitir a distinção entre emprego e cargo público, na hipótese, tão-somente para tornar constitucionalmente aceita, nos termos do art. 37, XVI, da Constituição Federal de 1988, a acumulação no caso em questão, considerando as circunstâncias específicas da hipótese, pois, a pretexto de restringir o conteúdo semântico da expressão cargo público, para poder aí contemplar a situação de empregado ilegalmente demitido que, por força de decisão judicial, teve seu direito à indenização reconhecido em processo trabalhista, estar-se-ia admitindo a possibilidade material de o erário suportar dupla remuneração, ainda que sob rubricas diferentes: indenização por força de reintegração em emprego público e remuneração propriamente dita em virtude de exercício de cargo público.

Dessa forma, porque o intérprete está vinculado à finalidade da própria norma, a qual impôs restrição, tem-se que o reconhecimento do direito à indenização para o período em que o funcionário estava recebendo remuneração pelo exercício do cargo público viola o dispositivo constitucional em questão, que deve ser interpretado de forma a alcançar os conceitos tanto de cargo quanto de emprego público, tendo em vista a sua própria finalidade no sistema constitucional em que está inserido.

Ora, tal entendimento pode ser autenticamente avalizado pelo inciso XVII do próprio art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público”.

Diante do exposto, não resta nenhuma dúvida de que, na hipótese dos autos, não era possível a cumulação da indenização com a remuneração do cargo, merecendo, portanto, conhecimento o recurso de revista por violação do art. 37, XVI, da Constituição Federal.

II – MÉRITO

Conhecida a revista por violação, a consequência lógica é o seu provimento para, reformando o acórdão regional, restabelecer a sentença.

Isto posto,

Acordam os Ministros da eg. 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista por violação do art. 37, XVI, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, restabelecer a sentença.

Brasília, 16 de junho de 2004. *Ives Gandra Martins Filho*, relator.

**RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO POR E-MAIL.
VALIDADE**

**PETIÇÃO DE RECURSO DE REVISTA INTERPOSTA VIA E-MAIL –
LEI Nº 9.800/99 – VALIDADE**

A Lei nº 9.800/99 autoriza, além do uso do fac-símile, outros meios de transmissão de dados e imagens similares, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita. A referida lei estabelece as cautelas necessárias à utilização do correio eletrônico porque impõe que a parte envie posteriormente os originais no prazo de 05 (cinco) dias.

Logo, a petição de recurso de revista enviada por e-mail, que não contém a assinatura de seu subscritor, não torna a peça recursal inexistente se, no prazo legal, vier o original devidamente assinado. A apresentação do original, no entanto, deve estar em perfeita concordância, quanto ao conteúdo, com a petição remetida pelo correio eletrônico.

Embargos providos para, afastando a intempestividade do recurso de revista, determinar o retorno dos autos à Turma de origem para que prossiga no julgamento do recurso.

(Processo nº TST-E-AIRR-793.624/2001 – Ac. Tribunal Pleno)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-E-AIRR-793.624/2001.1, em que é embargante Teksid do Brasil Ltda. e embargado Milton Gomes de Lima.

Havendo sido designado o Redator deste acórdão, adoto o relatório do Relator originário, *verbis*:

“A Quarta Turma, por meio do acórdão de fls. 400/402, negou provimento ao agravo regimental interposto pela reclamada, consignando os fundamentos do *decisum* na ementa a seguir transcrita:

‘RECURSO – *E-MAIL* – LEI Nº 9.800/99 – O art. 1º da Lei nº 9.800/99 permite às partes ‘a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita’. Diferentemente da interposição por fac-símile, na transmissão por *e-mail*, o ato processual revela-se apócrifo, pois falta requisito essencial para conferir autenticidade ao documento, ou seja, a assinatura do procurador da parte. Nesse sentido, a utilização de *e-mail* para a prática de ato processual não guarda semelhança com a utilização do fac-símile, pelo que não é autorizada a aplicação analógica da Lei nº 9.800/99. Agravo regimental não provido.’ (fls. 400)

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de embargos a fls. 404/407. Aduz haver-se caracterizado ofensa aos arts. 896 da CLT, 1º e 2º da Lei nº 9.800/99, 5º, incisos II, XXXV, XXXVI e LV, da Constituição da República. Sustenta que, de acordo com a Lei nº 9.800/99, a utilização de *e-mail* é válida para a interposição de petição. Conclui que tendo sido apresentados os originais dentro do prazo de 5 (cinco) dias a que alude o art. 2º do referido diploma legal, há de ser considerado tempestivo o recurso de revista. Colaciona arestos para confronto de teses.

Não foi oferecida impugnação, consoante a certidão de fls. 409.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório”, na forma regimental.

VOTO

Cumpriram-se os pressupostos de admissibilidade relativos à tempestividade e representação processual.

I – CONHECIMENTO

Petição de recurso de revista interposta via E-mail – Lei nº 9.800/99 – Validade

A 4ª Turma negou provimento ao agravo regimental interposto pela reclamada, mantendo o despacho do Ministro Relator que concluiu em negar processamento ao agravo de instrumento, porque intempestivo o recurso de revista. Destacou que a utilização do *e-mail* para a prática de ato processual não guardava semelhança com a utilização do fac-símile, não se aplicando a Lei nº 9.800/99 à hipótese (fls. 400/402).

Depreende-se dos autos que a petição do recurso de revista foi enviada ao Tribunal via *e-mail* sem a assinatura do seu subscritor, e os originais apresentados posteriormente vieram regularmente assinados. Discute-se se a Lei nº 9.800/99 aplica-se à hipótese.

O art. 1º da referida lei estabelece o seguinte:

“É permitida às partes a utilização do sistema de transmissão de dados de imagens, tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.”

Verifica-se que a Lei nº 9.800/99 autoriza, além do uso do fac-símile, *outros* meios similares de transmissão de dados para a prática de atos processuais que dependam de petição. Com o advento da informática, o correio eletrônico tornou-se um meio de transmissão de dados e imagens largamente utilizado. Desse modo, pela própria dinâmica das relações sociais, e em nome da celeridade, praticidade e economia, não se pode negar a utilização desse instrumento para a prática de atos processuais, ainda mais quando a própria lei prevê expressamente a possibilidade de utilização de meios de transmissão de dados similares ao fac-símile.

A referida lei estabelece as cautelas necessárias à utilização do correio eletrônico, porque impõe que a parte envie posteriormente os originais no prazo de 05 (cinco) dias. Estabelece, ainda, que a autenticidade da cópia transmitida por *e-mail* é de inteira responsabilidade do usuário, nos seguintes termos:

“Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.”

“Art. 4º Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo.”

Na transmissão por *e-mail*, não haverá assinatura do subscritor, e isso não poderá ser exigido porque a própria lei não o exige. O que deve ser conferido é o inteiro teor do texto enviado por correio eletrônico com os originais que virão. No caso dos autos, não há notícias de que o conteúdo do documento transmitido via correio eletrônico não corresponde com o texto do documento original; além disso, foi encaminhado no prazo estabelecido na Lei nº 9.800/99.

Enfim, a ausência da assinatura do advogado na petição de interposição do recurso, enviado por correio eletrônico, não tem o condão de tornar a peça recursal inexistente se, no prazo legal, segue o original devidamente assinado.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando a Lei nº 9.800/99, proferiu decisão no sentido da admissibilidade da interposição de recurso via correio eletrônico, nos seguintes termos:

“PROCESSUAL CIVIL – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO POR MEIO DE CORREIO ELETRÔNICO (*E-MAIL*) – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.800/99 – 1. A Lei nº 9.800/99 prevê a transmissão de dados para a prática de atos processuais por meio de fac-símile ou outro

similar, impondo a apresentação dos originais até cinco dias da data do término do prazo para a prática do ato processual, ficando aquele que se utiliza do sistema de transmissão de dados responsável pela entrega do material transmitido ao órgão judiciário. 2. O correio eletrônico (*e-mail*) é sistema de transmissão de dados e imagens similar ao fac-símile, motivo pelo qual permitida a sua utilização, para a apresentação de petição escrita, na forma da Lei nº 9.800/99. Precedentes da Corte: AGA 545.299/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 14.06.2004; EDAGA 389.941/SP, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 16.06.2003; AGA 574.451/SC, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 06.09.2004.” (Proc. nº ED-AG-ED-REsp-530021/PR, 1ª Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 28.02.2005)

É importante destacar que o peticionamento via *e-mail* não se confunde com o peticionamento via E-DOC. Este último, de acordo com a Instrução Normativa nº 28, editada em 02.06.2005, exige a assinatura digital, adquirida perante qualquer autoridade certificadora credenciada pela ICP-Brasil. Esse mecanismo não exige que a parte apresente o original da petição, pois o documento apresentado na forma de E-DOC é o original.

No caso do peticionamento via *e-mail*, como já mencionado, não é necessária a aposição de assinatura digital ou mesmo de certificação, estando a parte obrigada a apresentar o original assinado, pois o documento encaminhado por correio eletrônico trata-se de mera cópia.

Resta concluir que o recurso de revista é tempestivo, pois o acórdão do Tribunal Regional foi publicado no dia 12.05.2001 (fl. 350), iniciando-se a contagem em 15.05.2001 (Súmula nº 262). No dia 22.05.2001, foi interposto o recurso de revista, via *e-mail* (fl. 351), e em 25.05.2001 (fl. 363) foram apresentados os originais do recurso devidamente assinados. Ou seja, dentro do prazo fixado no art. 896 da CLT e na Lei nº 9.800/99.

Apesar disso, o art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVI e LV, da CF/88 não foi violado em sua literalidade.

O aresto transcrito à fl. 406 também não revela tese especificamente divergente, pois não trata do cerne da discussão dos autos, qual seja, da necessidade de assinatura da petição enviada por *e-mail*.

No entanto e, por todo o exposto, conheço dos embargos por violação ao art. 896 da CLT porque violados os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.800/99.

II – MÉRITO

Dou provimento aos embargos para, afastando a intempestividade do recurso de revista, determinar o retorno dos autos à Turma de origem para prosseguir no julgamento do recurso.

Isto posto,

Acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho: I – por maioria, vencidos os Exmos. Ministros João Batista Brito Pereira, Gelson de Azevedo, Antônio José de Barros Levenhagen, Ives Gandra Martins Filho, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes, em conhecer do recurso de embargos, por violação legal; II – por unanimidade, determinou-se o retorno dos autos à 4ª Turma, para que prossiga no julgamento do recurso de revista. Redigirá o acórdão o Exmo. Ministro Rider Nogueira de Brito. Deferida juntada de voto-divergente ao Exmo. Ministro João Batista de Brito Pereira.

Brasília, 2 de junho de 2005. *Rider Nogueira de Brito*, redator designado.

RECURSO DE REVISTA. MULTA COMINATÓRIA. LIMITAÇÃO

RECURSO DE REVISTA – MULTA COMINATÓRIA – LIMITAÇÃO – ART. 920 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A cláusula penal, prevista no art. 920 do Código Civil de 1916, tem natureza de indenização previamente fixada pelas partes (acordo de vontades), a ser paga em razão do inadimplemento de uma obrigação.

A multa cominatória, por sua vez, de índole processual, não visa a qualquer indenização por inadimplemento. Pelo contrário, sua fixação tem precisamente a finalidade de prevenir o descumprimento da obrigação, de sorte que a estipulação da multa não isenta o devedor do cumprimento da obrigação principal.

Portanto, não se afigura possível aplicar o art. 920 do Código Civil de 1916 a pretexto de limitar multa cominatória. Cláusula penal (de direito material) e multa cominatória (de direito processual) são institutos distintos, não procedendo a pretensão de se aplicar a disposição de natureza material à multa de índole processual. Hipótese distinta da prevista na Orientação Jurisprudencial nº 54 da SDI-1 do TST.

CORREÇÃO MONETÁRIA – ÉPOCA PRÓPRIA – De acordo com o entendimento deste Tribunal, o pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária referente ao mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º (Súmula nº 381).

Recurso de revista a que se conhece parcialmente e a que se dá provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nega-se provimento ao agravo de instrumento quando suas razões, mediante as quais se pretende demonstrar que o recurso de revista atende aos

JURISPRUDÊNCIA

pressupostos de admissibilidade inscritos no art. 896 da CLT, não conseguem infirmar os fundamentos do despacho agravado.

(Processo nº TST-AIRR e RR-90547-2003-900-02-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista e Recurso de Revista nº TST-AIRR e RR-90.547/2003-900-02-00.2, em que é agravado e recorrido Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e recorrente e agravada Ford Motor Company Brasil Ltda.

O Tribunal Regional do Trabalho rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pela reclamada, negou provimento ao recurso por ela interposto e deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo sindicato-autor.

A reclamada interpõe recurso de revista a fls. 338/358. Articula preliminar de nulidade por cerceamento de defesa e insurge-se contra a condenação em adicional de insalubridade, inclusive de sua inclusão em folha de pagamento e sua repercussão sobre outras verbas, na multa diária e contra o entendimento acerca da correção monetária – época própria.

O recurso teve seu processamento admitido.

Foram apresentadas contra-razões ao recurso de revista.

O sindicato-autor apresentou recurso de revista adesivo (fls. 367/377), no qual impugna o entendimento acerca da uso de equipamento de proteção individual.

O recurso teve o seguimento denegado, por despacho.

O sindicato-autor interpôs, então, agravo de instrumento, mediante o qual pretende o seguimento do recurso de revista, por entender presentes os pressupostos para seu processamento.

Foram oferecidas contraminuta e contra-razões ao recurso de revista adesivo.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Inverto a ordem do julgamento, uma vez que o agravo de instrumento refere-se a denegação de recurso de revista adesivo. Assim, o recurso de revista submetido a exame por esta Corte é o principal sobre o qual aderiu o recurso de revista adesivo objeto do agravo de instrumento.

Passo a examinar primeiramente o presente recurso de revista, para só depois analisar o agravo de instrumento.

I RECURSO DE REVISTA

O recurso de revista satisfaz os pressupostos genéricos de admissibilidade, especialmente os referentes à tempestividade, representação e preparo.

1.1 Conhecimento

1.1.1 Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa

A reclamada, em suas razões de recurso de revista, insiste na nulidade do julgado por cerceamento de defesa em face do indeferimento da oitiva de testemunha. Afirma que o sindicato representa mais de 50 substituídos que trabalham em vários setores e por isso necessária a oitiva de outras testemunhas para esclarecimento acerca do trabalho nesses outros setores. Aponta violação ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República e traz arestos para confronto de teses.

O Tribunal Regional concluiu ser despcienda a oitiva de outras testemunhas em relação à fiscalização e ao uso do equipamento de proteção individual ante o teor das declarações feitas no depoimento de testemunha trazida pela reclamada.

Não merece conhecimento o recurso de revista.

Se a Vara do Trabalho e o Tribunal Regional, que são os destinatários finais da prova colhida, consideraram suficientes os elementos de prova produzidos, sendo despciendo a oitiva de outras testemunhas, não há como vislumbrar ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República. De fato, nessa hipótese, ambos os órgãos judicantes firmaram seu convencimento, pelo que a testemunha em nada modificaria a convicção que formaram.

Saliente-se, a propósito, que o Tribunal Regional deixou bem claro que a controvérsia a que a reclamada visava dirimir com a prova oral era acerca da fiscalização e uso de equipamento de proteção individual. Ora, a fls. 322 o TRT assinala que o laudo pericial destacou que a reclamada não observou as normas de controle de uso e treinamento acerca do referido equipamento. Assim, também a prova documental mostra-se consonante com as declarações da única testemunha ouvida, o que reforça a tese de que não houve afronta ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República.

Nenhum dos julgados carreados aborda a premissa central da decisão recorrida de que despcienda a oitiva de outras testemunhas. São, por isso, inespecíficos, a teor da Súmula nº 296 do TST.

Não conheço do recurso de revista, no particular.

1.1.2 Adicional de insalubridade. Caracterização

O Tribunal Regional concluiu que era devido o adicional de insalubridade em face do contato com agentes químicos (e físicos) agressivos, tais como óleos minerais, ruídos e hidrocarbonetos. Destacou que o laudo pericial assinalou que a reclamada não observara as normas de controle de uso e treinamento acerca do referido equipamento. Por isso, negou provimento ao recurso ordinário interposto.

A reclamada, em suas razões de recurso de revista, impugna a conclusão acerca do adicional de insalubridade. Afirma que, tendo fornecido equipamento de proteção individual, é indevida a condenação imposta. Indica contrariedade com a

Súmula nº 80 do TST, afronta aos arts. 191 da CLT, 334 e 348 do CPC, 5º, incisos II, LIV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição da República e traz julgados a confronto.

O TST tem o seguinte entendimento acerca dessa discussão em recurso de revista:

“Insalubridade. Adicional. Fornecimento do aparelho de proteção.
Efeito

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.” (Súmula nº 289 do TST)

Conforme se vê claramente, a decisão regional está em harmonia com a referida Súmula nº 289 do TST. Assim, pacificado o entendimento acerca da matéria, não há falar em dissenso pretoriano, a teor do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST, incidentes na espécie, restando ileso o art. 191 da CLT e não contrariada a Súmula nº 80 do TST.

O Tribunal Regional do Trabalho não abordou essa matéria à luz do teor do disposto nos arts. 334 e 348 do CPC, 5º, incisos II, LIV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição da República. Por outro lado, a parte, ao opor embargos de declaração, nada inquiriu acerca dessas disposições. Por isso, incide na espécie o óbice da Súmula nº 297 do TST.

Não conheço do recurso de revista, no particular.

1.1.3 Adicional de insalubridade. Reflexos

A reclamada, em suas razões de recurso de revista, assevera que o adicional de insalubridade tem caráter indenizatório e, por isso, defende a exclusão de sua repercussão em outras verbas. Traz julgado a confronto.

Ocorre que é imprestável para configuração de dissenso jurisprudencial, a teor do art. 896, alínea *a*, da CLT, julgado oriundo de Turma deste Tribunal.

Não conheço.

1.1.4 Adicional de insalubridade. Inclusão em folha de pagamento

O Tribunal Regional manteve a determinação de inclusão em folha de pagamento do adicional de insalubridade.

A reclamada, em suas razões de recurso de revista, impugna referida conclusão. Invoca os arts. 5º, *caput*, e 892 da CLT e traz julgados a confronto.

A matéria objeto da discussão travada em recurso de revista é de índole infraconstitucional. Além disso, o dispositivo constitucional invocado não trata especificamente do tema impugnado. Portanto, não há como vislumbrar ofensa direta e literal ao art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

Em face do entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 172 da SDI-1 do TST, permanece incólume o art. 892 da CLT.

Quanto à divergência jurisprudencial acostada, incide, na espécie, a Súmula nº 333 do TST, a inviabilizar o confronto de teses, a teor do art. 896, § 4º, da CLT, justamente por estar a decisão regional em consonância com a citada Orientação Jurisprudencial nº 172 da SDI-1.

Não conheço.

1.1.5 Multa cominatória

Considerou a Corte Regional correta a imposição da multa cominatória como forma de compelir a reclamada a satisfazer obrigação de fazer. Considerou, ainda, indevida a limitação da multa em face do art. 920 do Código Civil.

Em seu recurso de revista, a reclamada colaciona o julgado de fls. 354, que se mostra específico e divergente na medida em que considera cabível a limitação da multa cominatória nos termos do art. 920 do Código Civil.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

1.1.6 Correção monetária – época própria

O Tribunal Regional entendeu que a época própria para a atualização monetária dos verbas trabalhistas deferidas judicialmente é o mês da prestação de serviços, e não o mês subsequente.

O reclamado sustenta que o marco inicial para aplicação da correção monetária é o mês subsequente ao vencido. Indica violação aos arts. 459 da CLT e 39 da Lei nº 8.177/91, traz julgados e aponta contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-1 (hoje Súmula nº 381) desta Corte.

A decisão prolatada pelo Tribunal Regional contraria o entendimento insito na Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-1 deste Tribunal, no sentido de que o pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária, e, se essa data limite for ultrapassada, aplicar-se-á o índice de correção monetária relativo ao mês seguinte ao da prestação dos serviços.

Além disso, o aresto trazido a confronto a fls. 356/357 é divergente, na medida em que agasalha a tese de que a atualização dos valores concedidos em sentença é feita de acordo com o índice do mês subsequente ao da prestação de serviços.

Conheço, por contrariedade com a Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-1 do TST (atual Súmula nº 381) e por divergência jurisprudencial.

1.2 Mérito

1.2.1 Multa cominatória. Limitação

Discute-se a limitação da multa cominatória nos termos do art. 920 do Código Civil de 1916 (atual art. 412 do CCB/2002).

Dispõe o art. 920 do Código Civil de 1916:

“Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

Esta Corte tem o seguinte entendimento acerca da multa estipulada por cláusula penal:

“Multa estipulada *em cláusula penal*, ainda que diária, não poderá ser superior ao principal corrigido. Aplicação do art. 920 do Código Civil.” (Orientação Jurisprudencial nº 54 da SDI-1 do TST, grifou-se)

Ocorre, porém, que a multa objeto da condenação não é de índole penal, mas de natureza processual cominatória, na qual o juiz pode, a qualquer momento, alterar o seu valor, a teor do § 6º do art. 461 do CPC.

A cláusula penal, prevista no art. 920 do Código Civil de 1916, tem natureza de indenização previamente fixada pelas partes (acordo de vontades) a ser paga em razão do inadimplemento de uma obrigação.

A multa cominatória, por sua vez, de índole processual, não visa a qualquer indenização por inadimplemento. Pelo contrário, sua fixação tem precisamente a finalidade de prevenir o descumprimento da obrigação, de sorte que a estipulação da multa não isenta o devedor do cumprimento da obrigação principal.

Portanto, não se afigura possível aplicar o art. 920 do Código Civil de 1916 a pretexto de limitar multa cominatória. Cláusula penal (de direito material) e multa cominatória (de direito processual) são institutos distintos, não procedendo a pretensão de se aplicar a disposição de natureza material à multa de índole processual.

Assim, não se referido o art. 920 do Código Civil de 1916 (CCB/2002, art. 412) expressamente à multa cominatória (mas à cláusula penal) e havendo regra própria no dispositivo do CPC que prevê a multa como forma de compelir a parte a cumprir obrigação de fazer, não procede a pretensão de se aplicar a disposição de natureza material à pena de índole processual.

Por isso, nego provimento ao recurso de revista.

1.2.2 Correção monetária. Época própria

Conhecido o recurso por contrariedade com a Súmula nº 381 do TST (Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-1), tem-se como corolário o seu provimento, para aplicá-la na espécie, ainda que se trate de atualização dos débitos trabalhistas.

Dou provimento, para determinar a aplicação da correção monetária relativa ao mês subsequente àquele em que houve a prestação de serviços, contando-se a partir do dia primeiro, nos termos da aludida súmula.

2 AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA ADESIVO

Foram satisfeitos os pressupostos recursais do agravo de instrumento. Porém, o recurso de revista não merece processamento pelos seguintes fundamentos.

O sindicato-autor apresentou recurso de revista adesivo (fls. 367/377), no qual impugna o entendimento acerca da uso de equipamento de proteção individual.

O recurso teve o seguimento denegado, por despacho.

O sindicato interpôs, então, agravo de instrumento, mediante o qual pretende o seguimento do recurso de revista, por entender presentes os pressupostos para seu processamento.

O Tribunal Regional destacou que não foi concedido o adicional de insalubridade relativamente a alguns dos substituídos, porque não constatada qualquer insalubridade na prestação dos serviços por eles prestados.

No recurso de revista, o sindicato vem defendendo a tese de que o simples fornecimento de equipamento de proteção individual não afasta a percepção do adicional de insalubridade.

Ocorre que, se não foi demonstrado o labor em condições insalubres, não há como aferir ofensa ao art. 191 da CLT e contrariedade com a Súmula nº 289 do TST.

É imprestável para configuração de dissenso jurisprudencial, a teor do art. 896, alínea *a*, da CLT, julgado oriundo de Turma deste Tribunal.

A falta de indicação da fonte de publicação de julgado ou a não-apresentação de cópia autenticada de seu teor resultam na incidência da orientação expressa na Súmula nº 337 do TST, restando inviabilizada a caracterização de dissenso jurisprudencial.

Os demais julgados não tratam da falta de comprovação do trabalho em condições insalubres e, por isso, são inespecíficos.

Nego provimento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – conhecer do recurso de revista interposto pelo reclamado apenas quanto aos temas “limitação da multa cominatória”, por divergência jurisprudencial, e “correção monetária – época própria”, por contrariedade com a Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-I do TST (atual Súmula nº 381) e por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar provimento quanto ao primeiro tema e dar provimento quanto ao segundo, para determinar que seja aplicada a correção monetária relativa ao mês seguinte ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º; II – negar provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista adesivo.

Brasília, 27 de abril de 2005. *João Batista Brito Pereira*, relator.

RELAÇÃO DE EMPREGO. DIARISTA. NÃO-EVENTUALIDADE

RELAÇÃO DE EMPREGO – DIARISTA – LIMPEZA EM ESCRITÓRIO DE EMPRESA – NÃO-EVENTUALIDADE

1. A constante prestação de serviços de limpeza em escritório de empresa, ainda que em apenas um dia da semana, por anos a fio, caracteriza vínculo empregatício. O requisito legal da não-eventualidade na prestação do labor, para efeito de configuração da relação de emprego, afere-se precipuamente pela inserção do serviço no atendimento de necessidade normal e permanente do empreendimento econômico da empresa. Servente de limpeza, que realiza tarefas de asseio e conservação em prol de empresa, semanalmente, mediante remuneração e subordinação, é empregada, para todos os efeitos legais. A circunstância de também prestar serviços a terceiro, paralelamente, não exclui o vínculo empregatício, pois a lei não exige exclusividade, em regra, para tanto.

2. Acórdão turmário que se divorcia dos fatos expostos no acórdão regional contraria a Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

3. Embargos da reclamante conhecidos e providos para restabelecer o acórdão regional.

(Processo nº TST-E-RR-593.730/99 – Ac. SBDI-1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-593.730/99.6, em que é embargante Leonida Machado Munhoz e embargada Tropical – Equipamentos Foto Áudio S.A.

Aeg. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do v. acórdão de fls. 433/436, da lavra do Exmo. Ministro Barros Levenhagen, não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto ao tema “preliminar de decadência da ação”. Todavia, conheceu do apelo quanto ao tema “vínculo de emprego – diarista/faxineiro”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento para julgar improcedentes os pedidos formulados na ação trabalhista.

Aos embargos de declaração interpostos pela reclamante (fls. 450/461), deu-se provimento apenas para prestar esclarecimentos, sem a atribuição de efeito modificativo (fls. 473/474).

Inconformada, a reclamante interpôs embargos, pugnando pela reforma do v. acórdão turmário, articulando com os temas “preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional” e “vínculo de emprego”. Para tanto, apontou violação aos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal; 832 e 896, da CLT, além de contrariedade à Súmula nº 126 do TST (fls. 500/520).

É o relatório.

1 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos dos presentes embargos.

1.1 Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional

Preliminarmente, a reclamante suscita a preliminar de nulidade do v. acórdão turmário proferido em embargos de declaração em recurso de revista, porquanto não teriam sido sanadas as seguintes omissões ali suscitadas:

- a) análise da questão levando-se em consideração o trabalho prestado pela empregada na empresa comercial, e não residencial, o que afastaria a apontada ausência de subordinação; e
- b) provimento do recurso de revista com fundamento em situação fática diversa da delineada no v. acórdão regional, mormente em relação ao horário de trabalho assumido pela reclamante, em contrariedade à Súmula nº 126 do TST.

Aponta, assim, violação aos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal e 832 da CLT, além de divergência jurisprudencial.

Com fulcro no art. 249, § 2º, do CPC, deixo de examinar a alegada preliminar, tendo em vista a viabilidade de êxito dos embargos na análise do tema subseqüente.

1.2 Diarista. Vínculo de emprego

Como visto, o eg. 4º Regional reconheceu o vínculo de emprego entre Leonida Machado Munhoz e Tropical Equipamentos Foto Áudio S.A., assim fundamentando (fls. 396/399):

“1. VÍNCULO DE EMPREGO

Reportando-se às informações prestadas no depoimento pessoal da obreira e aos dados constantes da prova testemunhal, a recorrente enfatiza que, ao executar os serviços de faxina realizados semanalmente, a recorrida não trabalhava de forma subordinada à empresa. Por cautela, refere que, na hipótese de reconhecimento da relação de emprego, a condenação ao pagamento de vantagens salariais deve ser proporcional e, por derradeiro, que a duração do alegado pacto deve ser restringida a período inferior a quatro anos.

Não lhe assiste razão, contudo.

A relação de emprego tutelada pelo Direito do Trabalho é aquela que se estabelece independentemente da vontade das partes, submetida apenas à existência, no plano dos fatos, dos elementos que a informam, aos quais se impõe a presença total e de forma concomitante. A ausência de um desses elementos, por si só, já basta para afastar a possibilidade jurídica de sua caracterização.

Considerando-se insuficiente para caracterizar o vínculo empregatício a prova documental acostada aos autos, o reconhecimento do pacto firmado nos moldes estabelecidos pela legislação trabalhista exsurge do plano fático, mormente após a análise dos elementos trazidos à colação pela prova testemunhal colhida durante a fase instrutória, em comparação com os pressupostos legais identificadores do pacto laboral.

A personalidade se caracteriza pela prestação pessoal dos serviços, ou seja, o pacto deve ser *intuito personae*, sendo relevante ao tomador desses serviços não só a realização dos mesmos, mas a identificação da pessoa física que os realiza de forma específica. No que pertine à eventualidade, se dissocia o conceito do conteúdo da idéia de tempo. Não se indaga se a relação se desenvolveu por curto ou longo período, se contínua ou descontínua. A eventualidade, para fins de caracterização de relação de emprego, diz respeito à *compatibilidade entre as tarefas prestadas e o fim a que se destina o empreendimento*.

A subordinação é elemento primordial à caracterização da relação especial de trabalho e, por vezes, o único elemento hábil a configurar sua existência. Possui subordinação econômica, sem se perquirir sobre a indispensabilidade desta relação para a sobrevivência do obreiro. Essa característica do pacto laboral decorre do *poder diretivo do empregador*, a quem cabe orientar, fiscalizar, dirigir a prestação do trabalho e, conseqüentemente, aplicar advertências, punições e, até mesmo, extinguir a própria relação.

A contraprestação do trabalho se manifesta através do valor pago, observando-se que a ausência de pagamento, por si só, não a afasta, pois, ao contrário de caracterizar ausência de um dos elementos essenciais, pode expressar a existência de débito do empregador.

No caso dos autos, considerados os termos da petição inicial, a recorrida teria laborado para a recorrente no período compreendido entre 01.12.1988 e 05.05.1994 (pelo cômputo do aviso prévio), sem registro na CTPS, na função de *servente de limpeza e realizando o asseio e a conservação para a recorrente*.

Na audiência inaugural instaurou-se a *controvérsia*, tendo a empresa negado a existência da relação de emprego e noticiado que o serviço executado se limitava à *limpeza de sala*, sem que ocorresse o preenchimento de qualquer requisito previsto na legislação trabalhista. Com a contestação, foram juntados comprovantes de pagamento dos serviços prestados e diversas oportunidades, no interregno entre 13 de janeiro de 1992 (fls. 20, doc. 1) e 5 de novembro de 1993 (fls. 25, doc. 3), assim como declaração firmada pelo Síndico do Condomínio do Edifício Santa Cruz, noticiando que a reclamante laborou para o mesmo no período compreendido entre 01.12.1988 e 16.04.1991 (fl. 26).

Diante da *impugnação aos documentos juntados com a defesa, foi determinada a realização de perícia* para averiguação da autenticidade das assinaturas lançadas nos recibos acostados aos autos, tendo sido apontado que algumas delas são *inautênticas*, conforme laudo nº 269/96, elaborado por profissional integrante da Seção de Perícias deste Regional (fls. 296 a 302), como já se viu na apreciação do item *supra*.

Diante de tal quadro, fez-se necessária a coleta de depoimentos pessoais das partes litigantes (fl. 338), bem como das testemunhas trazidas a juízo (fl. 338 e 339).

Dos elementos probatórios colhidos em audiência, é certo o fato de que a recorrida fazia o serviço de limpeza das dependências da empresa, tanto quando trabalhava para o Condomínio Santa Cruz como após, admitido a recorrida ter feito ao menos duas faxinas para a Mega Viagens, ou seja, fora daquele local. O depoimento da testemunha Eva Correia Moraes, trazida pela obreira, pouco acresce às suas informações e o da testemunha Siomara está em conformidade com a tese sustentada pela recorrente.

A matéria dos presentes autos tem sido comumente debatida nos tribunais do trabalho, e os mais diferentes entendimentos têm sido adotados, ora se inclinado pelo reconhecimento do vínculo, ora afastando a aplicação da legislação trabalhista, haja vista a peculiaridade da situação das conhecidas 'diaristas', 'empregadas domésticas' e demais 'faxineiras' que costumam trabalhar por conta própria.

Nesse diapasão, os doutrinadores Rodolfo Pamplona Filho e Marco Antônio César Villatore, discorrendo sobre o controvertido tema, transcrevem ensinamento de Antônio Carlos de Oliveira, destacando que 'não se pode confundir 'serviços de natureza *não-eventual*' com 'serviços de natureza *contínua*', concluindo, então, que '*o essencial é que sejam permanentes na empresa, ainda que o obreiro os preste sem continuidade*' (*in Direito do trabalho doméstico*, LTr, 1997, p. 45).

Transpondo-se a lição para o presente caso, verifica-se que, embora o trabalho não fosse prestado diariamente, é palpável a natureza de continuidade nos serviços prestados pela recorrida, e o fato de a prestação ocorrer no mínimo em todas as terças-feiras faz sugerir que a faxina realizada se constituía como uma atividade essencial para os fins propostos pela recorrente.

A essas circunstâncias, aduz-se restar evidenciado que, quanto ao primeiro período, ainda que a recorrida trabalhasse como empregada do Condomínio onde se situa o escritório da empresa demandada, havia compatibilidade inclusive de horários para laborar em outros locais, como ocorreu nas dependências da própria recorrente.

Ademais, apesar de não ter sido aplicada a pena de confissão à demandada, conforme postulado à fl. 338 dos autos, considerados os

elementos probatórios vindos dos autos, a teor do disposto nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tem-se que *a recorrida se desincumbiu de provar a ocorrência de trabalho subordinado.*

Além do mais, a recorrente reconhece a prestação de serviços de faxina em suas dependências, cujo reconhecimento, aliado aos demais fatos demonstrados na instrução, permitem caracterizar a relação havida entre as partes como daqueles que são tutelados pela legislação trabalhista.

Restando provado que estão preenchidos os requisitos de que tratam os arts. 2º e 3º da CLT, impõe-se manter, de forma definitiva, a declaração de vínculo de emprego no lapso temporal apontado na petição inicial e reconhecido pelo MM. Órgão julgador de origem (01.12.1988 a 05.05.1994), bem como os efeitos daí decorrentes.”

Constata-se, pois, que o eg. Tribunal *a quo* manteve o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, fundando-se nas seguintes premissas, extraídas apenas da prova testemunhal constante dos autos:

- a) houve prestação dos serviços de limpeza nas dependências da empresa reclamada todas as terças-feiras, não obstante também tenha ocorrido no Condomínio Santa Cruz e na empresa Mega Viagens;
- b) tais serviços de limpeza foram considerados “atividade essencial para os fins propostos” pela reclamada; e
- c) havia compatibilidade entre a prestação de serviços à reclamada e, concomitantemente, a outro empregador (Condomínio Santa Cruz, onde se situava o escritório da empresa reclamada).

A eg. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, contudo, conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto ao tema “vínculo de emprego”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento para julgar improcedente o pedido formulado na ação trabalhista, ante a não-configuração da relação de emprego entre a empresa reclamada e a reclamante, nos seguintes termos (fls. 434/435):

“O fundamento adotado pelo Regional, para o reconhecimento do vínculo empregatício, explicita que, para se considerar contínuo o trabalho da empregada doméstica, não há necessidade de ele ser prestado todos os dias, e, no caso, a reclamante trabalhava na residência do demandado, em média, sem interrupção, duas vezes por semana.

Trata-se, *in casu*, do trabalho de diarista ou faxineira que presta serviços em residência, uma vez ou duas por semana. O questionamento que se impõe é se esse tipo de prestação de serviço induziria à configuração de relação de emprego entre as partes.

Em que pese não se possa afastar o elemento da continuidade, em contraposição à não-eventualidade, mister se examine a satisfação dos demais requisitos da figura de empregado para que se possa bem enquadrar a hipótese *sub judice* às

disposições legais, quais sejam, aquelas do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sabe-se, pela atual realidade, que o trabalho de diarista ou faxineira é prestado a mais de um tomador de serviços, em residências diversas, de acordo com a disponibilidade da prestadora, que oferece seus serviços nas datas e nos horários de que dispõe.

Assim, é comum a *mudança de dias ou horários*, em virtude, muitas vezes, da necessidade da diarista de atender esta ou aquela residência em determinado dia, o que demonstra *autonomia no controle de seu tempo*.

Observa-se, ainda, que a *remuneração* ajustada, no caso, não é genericamente pelo trabalho em si, como ocorre com o empregado, mas *visa a um resultado*, como, por exemplo, a limpeza de todos os cômodos da casa naquele dia, ou passar determinada quantidade de roupa etc. Nesse sentido, *não há* o elemento da *fiscalização* sistemática por parte do tomador, mas a expectativa da obtenção do resultado desejado.

Por conseguinte, entende-se que nesse caso de prestação de serviço *falta* o requisito determinante da *subordinação jurídica*, agindo o diarista de forma autônoma, não podendo ser equiparada a empregado, na conceituação da legislação disciplinadora da matéria.”

Daí os presentes embargos interpostos pela reclamante, fundados em ofensa ao art. 896 da CLT.

Primeiramente, aponta a reclamante contrariedade à Súmula nº 126, do TST, visto que a eg. Turma, ao concluir pela ausência do requisito “subordinação jurídica”, teria reavaliado a prova constante dos autos, desconsiderando a prova produzida no processo que serviu de fundamento para o v. acórdão regional e valendo-se de aspectos fáticos alheios à realidade dos autos, tais como a prestação de serviços no âmbito doméstico, e não da empresa.

Sustenta a reclamante que o v. acórdão regional teria sido claro no sentido de que “a atividade prestada pela autora, por ter ocorrido no mínimo todas as terças-feiras, durante 6 anos, constitui atividade essencial para a reclamada e, portanto, caracterizada está a subordinação” (fl. 506). Dessa forma, seria “vedado à Instância Superior decidir no sentido de que não configurada a relação de emprego, porque não preenchido o requisito da subordinação, se a segunda instância entendeu comprovado o requisito” (fl. 513).

Colaciona, ainda, arestos à comprovação de divergência jurisprudencial em relação à apontada inviabilidade de reexame de fatos e provas em sede extraordinária.

Por fim, aponta divergência jurisprudencial para comprovar a alegação de que haveria vínculo de emprego mesmo se o empregado presta serviços a mais de um empregador.

Primeiramente, *data maxima venia*, constata-se que a eg. Quarta Turma divorciou-se da realidade fática exposta pelo eg. Tribunal *a quo*, em relação aos seguintes aspectos:

- a) trabalho realizado em residência, quando na verdade o v. acórdão regional consignou que o trabalho era realizado apenas na empresa;
- b) prestação de serviços duas vezes por semana, ao passo que a faxina ocorria apenas uma vez por semana, às terças-feiras; e
- c) pagamento diário à reclamante, sem que houvesse qualquer informação a esse respeito no v. acórdão regional.

Nessa linha, reputo efetivamente contrariada a Súmula nº 126 do TST pela eg. Turma, uma vez que, se a questão houvesse sido examinada à luz do conjunto fático-probatório efetivamente delineado pelo eg. Regional, certamente a conclusão teria sido diversa.

Passo, pois, ao exame da questão sob o prisma legal, a fim de que se verifique se realmente se configurou o vínculo empregatício entre reclamante e reclamada, à luz do art. 3º da CLT.

Como se sabe, a partir da conceituação de empregado constante do art. 3º da CLT, é possível se extrair os seguintes elementos fático-jurídicos, necessários à configuração da relação de emprego: *subordinação jurídica, onerosidade, pessoalidade e não-eventualidade.*

A grande indagação que se põe no presente caso é a caracterização do requisito não-eventualidade, em caso de pessoa que presta serviços de limpeza sistematicamente uma vez por semana no âmbito de uma empresa.

Para tanto, convém se perquirir sobre o critério que deve ser utilizado para a conceituação da não-eventualidade, que constitui uma das noções mais controvertidas do Direito do Trabalho.

Dentre as diversas teorias construídas pela doutrina e pela jurisprudência informadoras desse conceito, filio-me à denominada teoria dos fins do empreendimento, segundo a qual tal requisito afere-se precipuamente pela inserção do serviço no atendimento de necessidade normal e permanente do empreendimento econômico da empresa.

Maurício Delgado Godinho, ao informar as teorias sobre o conceito de eventualidade (e, conseqüentemente, o de não-eventualidade), ressalta que a teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) seja “talvez a formulação teórica mais prestigiada”, trazendo a seguinte noção de trabalhador eventual:

“Informa tal teorização que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa – tarefa que, por essa mesma razão, serão *esporádicas e de estreita duração.* Délio Maranhão adere a tal teoria, sustentando que:

‘Circunstâncias transitórias, porém, exigirão algumas vezes admita-se o trabalho de alguém que se destina a atender a uma necessidade, que se apresenta com caráter de *exceção dentro do quadro das necessidades normais do empreendimento.* Os serviços prestados serão de natureza eventual e aquele que os prestar – trabalhador eventual – não será empregado.’

Completa o autor que ‘... a aferição da natureza eventual dos serviços prestados há de ser feita tendo em vista os fins normais da empresa.’ (In *Curso de direito do trabalho*, 3. ed., p. 296)

Assim, a não-eventualidade não significa o exercício diário de atividades. O vínculo empregatício pode ser reconhecido entre as partes, ainda que o trabalho seja prestado apenas uma vez por semana. Consoante salienta a mencionada autora, “se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade”, acrescentando que “a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana” (*op. cit.*, p. 297).

O que importa para a caracterização da não-eventualidade, como já salientado, é a vinculação dos serviços prestados com os fins normais da atividade da empresa. Conforme destaca Paulo Emílio Ribeiro Vilhena, “não é o tempo em si que desloca a prestação de trabalho de efetivo para eventual, mas o próprio nexa da prestação desenvolvida pelo trabalhador, com a atividade da empresa” (Relação de emprego: supostos, autonomia e eventualidade. *In Revista de Direito do Trabalho*, nov./dez. 1982, v. 7, n. 40, p. 38/43).

Tomando por base tais considerações teóricas e as premissas fáticas efetivamente expostas no v. acórdão regional, entendo que, na hipótese dos autos, o trabalho prestado pela reclamante não é eventual, o que importa na caracterização do vínculo de emprego entre as partes.

Isso porque, primeiramente, em se tratando de serviço de limpeza exercido pela reclamante no âmbito da empresa reclamada, este deve ser considerado parte integrante dos fins da atividade econômica, vez que qualquer estabelecimento comercial deve ser apresentado em boas condições higiênicas.

De outro lado, não importa se tal prestação de serviços se dá apenas uma vez por semana, no caso todas as terças-feiras durante um período de seis anos. Se o serviço é efetuado dentro das necessidades da empresa, com subordinação e dependência econômica, pouco importa se a sua prestação se dá em período alternado ou descontínuo.

Entendo, pois, que uma servente de limpeza, que realiza tarefas de asseio e conservação em prol de empresa, semanalmente, mediante remuneração e subordinação, é empregada, para todos os efeitos legais.

Nesse ponto, poder-se-ia questionar por que à reclamante, diarista que presta serviços à empresa não se aplica à lei do empregado doméstico, cujo requisito da habitualidade é muito mais rigoroso.

A resposta é dada pela Lei nº 5.859/72 (lei do empregado doméstico), que, em seu art. 1º, conceitua o empregado doméstico como quem presta serviços de natureza *contínua* e de finalidade não lucrativa a pessoa ou a família, *no âmbito residencial* destas.

Assim, não se aplica o tratamento de empregados domésticos à ora embargante pelo simples motivo de que, para a caracterização do empregado como

doméstico, é necessário que a prestação de serviços se dê em residência, o que *não* é a hipótese dos autos.

De toda sorte, convém esclarecer que o referido requisito da “não-eventualidade”, previsto no art. 3º da CLT, não guarda equivalência com o requisito da “continuidade”, necessário à caracterização do empregado *doméstico*.

Com efeito, a Lei nº 5.859/72 exige muito mais que a mera não-eventualidade dos serviços para a configuração do vínculo doméstico. É necessária a continuidade, que pressupõe a ausência de interrupção na prestação de serviços.

Esse elemento, inclusive, é fundamental na distinção entre as figuras do empregado doméstico e do diarista, que presta serviços em residência em apenas alguns dias da semana. Para este, não se configura a relação de emprego, pois falta o requisito da continuidade.

Assim, caso uma diarista doméstica labore apenas uma vez por semana em residência, não se vislumbra o vínculo de emprego, mas apenas prestação de serviços, que, inclusive, seria paga após o dia de trabalho. Nesse sentido, não há controvérsias na jurisprudência desta eg. Corte, como exemplificam os seguintes julgados: RR-119-2002-47-03-00, 3ª Turma, DJ 13.02.2004, Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; RR-506618/98, 5ª Turma, DJ 14.02.2003, Rel. Min. João Batista Brito Pereira; e RR-463298/98, 2ª Turma, DJ 04.10.2002, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira.

Situação diversa, contudo, é a do trabalho de diarista exercido em locais de comércio. Nesses casos, como já asseverado, a atividade de limpeza é considerada como parte integrante dos fins da atividade econômica, de modo que não há como afastar o reconhecimento do vínculo de emprego.

Por fim, a questão acerca da prestação de serviços a *mais de uma empresa* também não constitui óbice à formação do vínculo de emprego com a empresa reclamada.

Como se sabe, a exclusividade da prestação de serviços pelo empregado ao empregador não constitui requisito essencial à configuração do vínculo de emprego, porque o obreiro pode ter mais de um emprego, visando ao aumento de sua renda mensal, desde que seja em horário compatível.

Por essas razões, entendo que a conclusão a que chegou a eg. Turma partiu de premissa fática diversa, qual seja, a prestação de serviço em residência, de modo que o conhecimento do recurso de revista importou em contrariedade à Súmula nº 126 do TST.

Evidente, pois, a violação ao art. 896 da CLT, conheço dos embargos.

2 MÉRITO DO RECURSO

Como corolário do conhecimento dos embargos da reclamante, por violação ao art. 896 da CLT, dou-lhes provimento para restabelecer o v. acórdão regional.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, deixando de examinar a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, em conhecer dos embargos por violação ao art. 896 da CLT e contrariedade à Súmula nº 126 do TST, vencido o Exmo. Ministro Milton de Moura França, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para restabelecer o v. acórdão regional.

Brasília, 6 de dezembro de 2004. *João Oreste Dalazen*, relator.

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SUCESSÃO

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – SUCESSÃO – EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – FUNDO DE COMÉRCIO

1. No caso dos autos, o Banco do Estado de Goiás S.A. – sociedade de economia mista – assumiu o fundo de comércio da empresa sucedida. Acompanham o fundo de comércio os empregados, que dele fazem parte, já que contribuem para a consecução das finalidades empresariais.

2. Ofende o princípio da proporcionalidade exigir que os empregados da sucedida somente possam ingressar no quadro de empregados da sucessora por intermédio de concurso público, tendo em vista que apenas acompanharam os desideratos da sucessão, sem terem em nada contribuído para o resultado.

3. A incorporação do fundo de comércio de uma empresa por outra, mesmo que a sucessora seja sociedade de economia mista, não pode afetar os direitos do empregado. Inteligência dos arts. 10 e 448 da CLT.

Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.

(Processo nº TST-RR-583.918/99 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-583.918/1999.0, em que é recorrente Leilane Gonçalves Silveira e recorrido Banco do Estado de Goiás S.A. – BEG.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho 18ª Região, em acórdão de fls. 447/452, complementado às fls. 462/465, deu provimento ao recurso do reclamado e negou provimento ao da reclamante.

Recurso de revista interposto pela reclamante, com fulcro no art. 896, a e c, às fls. 468/476.

Despacho de admissibilidade, às fls. 479/480.

Contra-razões, às fls. 482/487.

JURISPRUDÊNCIA

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em razão do disposto no art. 82 do Regimento Interno da Corte.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso preenche os requisitos extrínsecos de admissibilidade, tempestivo (fls. 466 e 468), regular a representação (fls. 19) e preparo (fls. 395/396).

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – SUCESSÃO – EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO

A) Conhecimento

O Tribunal Regional manteve o entendimento da sentença, que afirmou, mesmo ocorrendo sucessão trabalhista, ser a aprovação em concurso público requisito essencial à validade dos contratos de trabalho com as sociedades de economia mista, posteriores à Constituição de 1988. Seguem os fundamentos:

“Como bem fundamentou a douto Colegiado *a quo*, a sucessão ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988 e, assumindo o reclamado o contrato de trabalho da reclamante, praticou ato *contra legem*, uma vez que não se trata do caso de mera continuação de contrato de trabalho, mas sim em investidura da obreira em emprego público, para o qual a Lei Maior impõe regras a serem observadas.

Destarte, é nulo o contrato pactuado, gerando efeitos *ex tunc*, conforme já exposto no recurso ordinário do reclamado retroanalisado. Via de consequência, indefere-se o pleito operário de multa de 40% sobre o montante do FGTS.” (fls. 451)

A reclamante sustenta que foi admitida a trabalhar no Agrobanco, em outubro de 1985, quando não se exigia a aprovação em concurso público. Alega que, em 10.08.1988, antes, portanto, da Constituição de 1988, o reclamado sucedeu o antigo empregador da autora, assumindo o seu contrato de trabalho. Afirma que não há falar em nulidade (art. 37, II, da Constituição), porque o que ocorreu não configura admissão (investidura) em serviço público, mas sucessão de empregadores. Aponta violação aos arts. 10 e 448 da CLT; 5º, XXXVI, da Constituição, e má aplicação do art. 37, II, da Carta Magna. Colaciona arestos à divergência.

Conheço do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, conforme aresto de fls. 475/476.

B) Mérito

A questão central do recurso de revista cinge-se ao conflito existente entre, por um lado, a exigência de concurso público para ingresso em sociedade de economia mista, nos termos do art. 37, II, da Constituição da República, e, por outro, a intangibilidade da relação de emprego, conforme preceituam os arts. 10 e 448 da CLT.

O Tribunal *a quo*, com fundamento na nulidade do contrato de trabalho em razão da ausência de concurso público, negou provimento ao recurso ordinário da reclamante, afirmando, categoricamente, que não são devidas as verbas trabalhistas pleiteadas, porém, apenas, a “indenização, correspondente aos salários *stricto sensu*, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito do tomador do serviço, que se beneficiou do trabalho executado” (fls. 449).

De fato, em uma primeira investigação, poder-se-ia cogitar de aplicação da Súmula nº 363 desta Corte, que afirma que “a contratação de servidor público, após a CF/88, 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”.

Essa, porém, não é a hipótese dos autos. Ao revés de uma simples contratação sem prévio concurso público, como normalmente surge perante esta Corte, o caso sob exame aborda uma questão atípica.

No caso, ocorreu uma sucessão de empresas, em que o anterior empregador foi sucedido pelo Banco do Estado de Goiás S/A – BEG –, que é uma sociedade de economia mista e, portanto, a exigir, para seu ingresso, a aprovação em concurso público, consoante dispõe o art. 37, II, da Constituição da República.

O acórdão regional de fls. 447/452 consignou que “a sucessão ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988” (fls. 451), o que tornaria exigível a realização de concurso público.

O art. 37, II, da Constituição da República consigna:

“A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Por outro lado, os arts. 10 e 448 da CLT apresentam o seguinte teor:

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

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

Há um conflito aparente de uma exigência constitucional – a realização de concurso público para exercício de emprego público – e a intangibilidade da relação de emprego na sucessão do empregador.

Poder-se-ia, assim, interpretar o conflito existente sob a ótica da hierarquia de normas. Nesse caso, entender-se-ia que a norma constitucional, por ser superior, impediria que a intangibilidade da relação de emprego, estabelecida nos arts. 10 e 448 da CLT, ocorresse na hipótese de sucessão que englobasse emprego ou cargo público. Em síntese, em hipóteses como a dos autos, aquilo que é estabelecido nos arts. 10 e 448 sofreria limitação do concurso público.

Porém, há de se atentar que, embora a Constituição da República estabeleça a exigência do concurso público – como corolário dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa –, no caso em exame, outros aspectos têm de ser ponderados. Afinal, a reclamante era empregada do Agrobanco, foi admitida anteriormente à Constituição da República de 1988, e, devido à sucessão de seu empregador por uma sociedade de economia mista posteriormente à promulgação da Constituição Federal, sofreu as consequências da aplicação da teoria da nulidade do contrato de trabalho por ausência de concurso público.

Esse argumento – há de se salientar – vem sendo empregado pelo reclamado, no intuito de impedir o pagamento de verbas trabalhistas a uma empregada que, mesmo já promulgada a Constituição da República, continuou a trabalhar para ele, como atesta a passagem do acórdão, às fls. 450, em que se afirma que não foi efetuada, no período de outubro de 1995 a janeiro de 1997, a anotação do horário de trabalho da reclamante. Em síntese, verifica-se que, malgrado soubesse da possível nulidade, utilizou-se dos serviços da empregada durante longo período. Apenas no momento da demissão empregou o argumento da nulidade do contrato de trabalho, tudo no propósito de afastar a satisfação da obrigação trabalhista que, desde o princípio, já sabia não ser cabível.

Esse quadro, como se pode constatar, permite verificar que, se, por um lado, a exigência do concurso confere aplicabilidade aos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, por outro, em casos como ora em exame, ocorreria verdadeira afronta ao princípio da proporcionalidade, na medida em que se tornaria exigível que toda sucessão por uma empresa ou sociedade de economia mista levasse à demissão de todos os empregados da sucedida. A sucessão, nessas hipóteses, tornaria altamente desproporcionais os resultados, uma vez que, em contrapartida a eventuais ganhos obtidos nesse processo, seria necessário que os empregados da sucedida fossem todos afastados de seus empregos. Há um evidente excesso, um agravo inútil aos direitos de cada qual, que nenhuma culpa tiveram no processo de sucessão. É, por isso, um resultado incongruente, cuja extensão faz letra morta dos mais elementares princípios do direito do trabalho.

Em excelente estudo sobre o princípio da razoabilidade – *Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003) –, Fábio Corrêa Souza de Oliveira retrata a problemática do conflito da ponderação de princípios pelos Tribunais:

“Antes de qualquer outro questionamento, é preciso que se reitere uma alusão. Já pontuamos que toda a atividade jurídica trata de valores. A bem da verdade, todos os atos humanos envolvem, de uma maneira ou de outra, valorações. Assim, a produção, a interpretação e a aplicação das normas acontecem sob a axiologia. Isto se nos afigura inafastável. Direito é *fato, valor e norma*, preleciona Miguel Reale. Ao que parece, o *valor* domina esta tríade, no sentido de que é por ele que se compreende o *fato* e se elabora a *norma respectiva*.

O reconhecimento do aspecto valorativo do Direito não agride a sua natureza de Ciência. Os valores não estão entregues ao irracionalismo. Existe verdadeiramente uma *lógica jurídica dos valores*. É pela axiologia que são formuladas relações causais de prioridade. Como já assinalado, a doutrina revela que a ponderação de bens é uma ponderação de valores. Sendo assim, entendemos que, a rigor, a ponderação de bens está presente em todo fenômeno jurídico. Desta feita, a produção/interpretação/aplicação da legislação é plenamente informada pela técnica de ponderação de bens.

Contudo, não é neste significado amplo que se emprega aqui a expressão. Toma-se a ponderação de bens como a técnica dirigida ao modo hermenêutico dos princípios, mais notadamente aos casos de tensão entre eles. Ora, já foi dito que os princípios trabalham na dimensão do peso e a metódica correspondente é a do sopesamento. Não estamos no campo da validade (tudo ou nada), mas sim no plano da importância. Destarte, ponderação de bens é ponderação de princípios. Volta-se, por excelência, para os *hard cases*.

O Direito Constitucional é o primaz celeiro produtor desta técnica de balanceamento – *balancing test* ou *balancing process*. Isso pela característica político-jurídica da lei fundamental. A principalidade dos direitos fundamentais explica a relevância da ponderação, ainda mais em uma Constituição compromissória e dirigente como a brasileira. Daí Canotilho asseverar que o método de balanceamento não é uma moda ou um capricho dos cultores do Direito Constitucional. Tem toda a razão o mestre luso. A propósito, a técnica de ponderação de bens (*Güterabwägung*) é aspecto nuclear da teoria da Constituição.

Vale atestar a referência que Rawls faz à obrigatoriedade da ponderação para estabelecer os princípios através de uma relação de prioridade: ‘Se não soubermos explicar como esses pesos devem ser determinados mediante critérios éticos razoáveis, os meios de uma discussão racional chegaram ao fim’. Deste modo, Rawls fala em *juízos ponderados*, os quais ‘são simplesmente os que são feitos sob condições favoráveis ao exercício do senso de justiça’. Assevera o autor ‘os critérios que identificam esses juízos não são arbitrários’.

Indaga Canotilho: ‘E a coisa para levar a sério é esta: como *ponderar* bens jurídicos constitucionalmente protegidos, numa sociedade inclusiva

marcada pela fractura de valores?'. É a complexa problemática referente ao jogo concertado dos princípios de que trata Karl Larenz.

Desta maneira, escreve Alexy: '*Una teoria material de los derechos fundamentales es solo posible bajo la forma de una teoria de los principios*'. Os princípios são dialéticos. São mandados de otimização. *A lógica dos juízos de valor é a lógica da ponderação – juízos difíceis de valor*. Desta feita, como expõe Alexy, '*el procedimiento de ponderacion es racional*'. A ponderação de bens ressalta a identidade aberta – mas não desvinculada negativa e positivamente da Constituição – do sistema normativo. É, pois, o princípio da razoabilidade que orienta a metodologia do sopesamento.

Nesta sede, cabe observar que a ponderação de bens incide em prol das especialidades do caso concreto para possibilitar uma solução harmônica com o sistema. Na vertente aqui salientada, a ponderação ocorre em especial quando há tensões entre princípios. O que ela visa é a justa composição do problema pelo equilíbrio entre valores normativos em disputas.

Há antinomia entre princípios constitucionais quando a Lei Fundamental protege abstratamente dois ou mais interesses que entram em colisão direta. A ausência de uma configuração rigorosa dos âmbitos normativos destes direitos, isto é, a abertura estrutural dos princípios, explica a exigência da ponderação para que, no caso concreto, se consiga uma precisão acentuada dos seus conteúdos de modo a propiciar a resolução do problema.” (p. 209/211)

Há de se realizar, por isso, uma ponderação de princípios, de modo a afastar o conflito de bens constatado e, por conseqüência, compatibilizá-los de tal modo que a aparente afronta à isonomia e à moralidade administrativa ocorra quando a proporcionalidade for também atingida. Ao revés, quando a isonomia e a moralidade administrativa, embora aparentemente afirmadas, atentarem contra a proporcionalidade, não se poderá cogitar de respeito aos princípios constitucionais, pois a violação de algum princípio constitucional é, na verdade, uma *contrariedade a todo o ordenamento jurídico*.

No caso em exame, ao exigir o concurso público em uma sucessão por uma sociedade de economia mista, tem-se, em uma primeira análise, o aparente respeito aos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, porém, por outro lado, o princípio da proporcionalidade é abalado.

No entanto, ao se realizar um estudo detido do conflito aparente de bens jurídicos, verifica-se que, caso, em uma sucessão como ora em exame, a exigência do concurso aos empregados da sucedida seja afastada, o princípio da proporcionalidade não é atingido e, em rigor, tampouco os princípios da isonomia e da moralidade administrativa são afastados. Explica-se.

Essa perspectiva corrobora o entendimento de que o princípio da isonomia não é absoluto, não decorre de uma averiguação aritmética de vantagens. Ele, na verdade, expõe que aqueles que, como bem afirmou Chaïm

Perelman em sua obra *Ética e direito* (São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 19), se encontram em uma “mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

Assim sendo, a pessoa que ingressa no emprego público não se enquadra na “mesma categoria essencial” daquele que era empregado de uma empresa sucedida por uma sociedade de economia mista ou empresa pública. São situações radicalmente distintas. No primeiro caso, ele *ingressa, é investido* no emprego; no outro, ele apenas acompanha os desideratos da sucessão e passa a laborar na sucessora. Por conseguinte, por não serem situações essencialmente semelhantes, não há falar que a isonomia está preservada, quando se exige que todos tenham de prestar serviço público. Ao contrário, exigir o concurso público é que fere o princípio da igualdade, na medida em que estende uma exigência própria àqueles que ingressam para outros que, simplesmente, acompanharam uma sucessão e que em nada contribuíram para esse resultado. Logo, se não se encontram na mesma “categoria essencial”, torna-se – ao menos formalmente – injusto criar essa exigência do concurso público.

Ao mesmo tempo, se não há atentado à isonomia, não há que se falar em ofensa ao princípio da moralidade administrativa, pois, primeiramente, esse princípio tem nítida correlação com aquele, que não é ofendido, como antes averiguado. Em segundo lugar, a moralidade exige que não ocorra, em relação àquele que deve obediência ao princípio, prática de ato malicioso a tal ponto que possa confundir, dificultar um determinado direito. No caso dos autos, o reclamado nada mais fez do que utilizar o argumento do concurso público para, sim, praticar um ato malicioso no intuito de afastar os direitos trabalhistas da reclamante. Portanto, utilizar-se do argumento da nulidade do contrato por falta de concurso público, na hipótese, é que, na verdade, atenta contra o princípio da moralidade administrativa.

Em conclusão, exigir o concurso público na hipótese dos autos, sob o prisma do conflito aparente de princípios constitucionais – ou bens jurídicos – não demonstra obediência aos mais elementares dos direitos fundamentais, porém, sim, o seu reverso.

Ao lado dessa perspectiva de conflito aparente de princípios jurídicos constitucionais, há de se ressaltar que o ato de sucessão gera a transferência do *fundo de comércio* da sucedida à sucessora, aí incluídos seus empregados, como expressão da força de trabalho que compõe o patrimônio da sucedida.

Rubens Requião, em sua obra *Curso de direito comercial*, assim conceitua *fundo de comércio*:

“O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa constituindo um instrumento da atividade empresarial. O Código italiano o define como o complexo dos bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa. (...) Compõe-se o estabelecimento comercial de elementos corpóreos e incorpóreos, que o empresário comercial une para o exercício de sua atividade.” (*Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1995, p. 197/198)

O conceito de Fran Martins, explicitado em sua obra *Curso de direito comercial*, é também elucidativo:

“O empresário, pessoa física ou jurídica, no desempenho de sua função econômica visando circulação de bens, faz uso de elementos corpóreos e incorpóreos para o exercício de sua atividade. Referidos elementos têm por escopo facilitar o exercício profissional empresarial com o fito de atrair fregueses para quem a exerce. Diversas atividades empresariais exigem uma variação bem considerável dos meios utilizados pelos empresários. Em todas elas, no entanto, existe uma finalidade comum, qual seja: os elementos empregados pelos empresários para exercerem com sucesso as suas atividades priorizam atração de freguesia.

A tais elementos dá-se o nome de fundo de comércio (do francês *fonds de commerce*) ou azienda (Direito italiano). Sendo corpóreos ou incorpóreos, todos eles são utilizados pelos empresários com aquela destinação; um tratadista já definiu o fundo de comércio como sendo ‘o direito a uma clientela’. Na realidade, se o empresário vive de especulação, como intermediário entre produtor e consumidor, suas atenções principais se voltam para esse último, que lhe vai propiciar lucros nas suas operações. De fato, o empresário faz uso de diversos meios, dando ao seu negócio uma organização que possibilita a consecução de operações vantajosas. É ao conjunto dos meios utilizados para esse fim aos elementos de que dispõe para exercer as suas atividades, que se denomina fundo de comércio, ou ainda fundo de empresa.” (*Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 410/411)

Os empregados fazem parte do aparelhamento do empresário para que ele exerça sua atividade; é um meio utilizado para se alcançar a finalidade da atividade comercial. Essa perspectiva, de fato, ressalta a abrangência que há de ser dada ao conceito de *fundo de comércio*.

Assim, pode-se entender que o fundo de comércio é muito mais do que apenas o conjunto de bens que compõe o estabelecimento empresarial; é, na verdade, todo o ativo e passivo da empresa, aí incluindo, além dos bens corpóreos e incorpóreos, os clientes, os empregados, as marcas, os registros comerciais etc.

Como uma *universalidade de fato*, esse fundo de comércio faz parte do patrimônio da sucedida e, no ato de transferência, é englobado pela sucessora, em todas as suas ramificações, sejam os bens corpóreos e incorpóreos, sejam os clientes, os empregados etc.

Desse modo, a exigência de concurso público para a hipótese dos autos atinge, diretamente, o próprio conceito de sucessão, que, conforme bem leciona De Plácido e Silva, compreende “a vinda da coisa ou de pessoa para colocar-se no lugar, ou na posição ocupada por outra, investindo-se na mesma situação jurídica, que mantinha a outra coisa, ou a outra pessoa” (*Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1338)

Como investidura “na mesma situação jurídica” da sucedida, os empregados acompanham a sucessão, como todo o patrimônio, inclusive o *fundo de comércio* que lhe é integrante. Caso contrário, seria uma sucessão incompleta, que olvida da agregação de valor realizada pelo empregado na sucessão.

Logo, sob o prisma do “fundo de comércio”, também não há de se cogitar de nulidade do contrato de trabalho.

Por fim, a par de todos esses argumentos, há de se salientar que a reclamante/recorrente ingressou na sucedida em data anterior à Constituição da República, em que se apresentou como autêntica empregada, nos termos do art. 3º da CLT. Não há, por isso, como conceber que, existindo um autêntico vínculo de emprego, seja possível a extinção do contrato de trabalho em razão da sucessão trabalhista, sobretudo porque a contratação ocorreu em data anterior à Constituição da República de 1988, que passou a exigir o concurso público para a assunção de emprego público em seu art. 37, II.

É esse o entendimento já expressado por esta Corte:

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO – SUCESSÃO DE EMPREGADORES – CARACTERIZAÇÃO – Não demonstrada a violação à literalidade de preceito constitucional ou de dispositivo de lei federal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na alínea *c* do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. RELAÇÃO DE EMPREGO – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – Não demonstrada a violação à literalidade de preceito constitucional, de dispositivo de lei federal, ou a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. PRESCRIÇÃO PARCIAL – (Contrariedade ao Enunciado/TST nº 294). De acordo com o entendimento jurisprudencial pacificado pelo Enunciado/TST nº 294, ‘tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei’. Recurso conhecido e provido.” (TST-RR-547.135/1999.0, 2ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 22.04.2005)

Nesse acórdão, foi consignada a seguinte passagem, que muito se assemelha à situação ora em julgamento:

“RELAÇÃO DE EMPREGO – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – Com arrimo no art. 37, I e II, da Constituição Federal, o reclamado alega que, para efeito de caracterização do vínculo empregatício, imprescindível a realização de concurso público para ingresso do empregado nos quadros de uma sociedade de economia mista vinculada à administração pública indireta, como é o caso do Banco. Nesse passo, afirma que a operação societária evidenciada nos autos não poderia impor a formação da relação

de emprego, 'posto que não se estabelece o direito adquirido contra norma constitucional, nem muito menos se forma vínculo com base em mera expectativa de direito'. Traz aresto ao confronto de teses. O Colegiado, ao apreciar o apelo do reclamado, reportou-se aos fundamentos do Juiz Revisor, Dr. José Augusto Figueiredo Affonso, nos seguintes termos: '(...) Por sua vez, constato que o reclamante recorrido é um autêntico empregado – art. 3º da CLT. Ele ingressou na Vivenda em janeiro 86, com amparo na CLT, e, em razão de sucessão trabalhista, o mesmo passou a ser empregado do BANPARÁ. Era optante pelo regime do FGTS, tinha a sua CTPS devidamente assinada e, obviamente, o seu vínculo jurídico com o reclamado sempre foi sob a égide da Consolidação. Desta feita, entendo que em face da configuração de um autêntico vínculo empregatício entre as partes, não vejo qualquer impossibilidade de extinção do contrato de trabalho. Ademais, é oportuno salientar que o vínculo jurídico de caráter celetista iniciou-se há 13 anos atrás, antes, portanto, do advento da Constituição de outubro/88' (fls. 690/691). Sem razão. Note-se que, a par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão relativa à configuração da relação de emprego mantida entre o reclamante e o Banco ora recorrente, e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista, na forma do Enunciado/TST nº 126, o Tribunal Regional concluiu que, diante do reconhecimento da sucessão trabalhista, o reclamante contratado inicialmente pela Vivenda, sob o regime celetista, passou a ser empregado do BANPARÁ posteriormente. Saliente-se, ademais, que o contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho iniciou-se em janeiro de 1986, ou seja, treze anos antes da entrada em vigência da atual Carta Magna de 1988, instituidora do concurso público como condição de ingresso no quadro funcional das entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta. Despicienda, portanto, a invocação de ofensa dos incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal. Também não prospera a alegação de dissenso pretoriano, eis que o único paradigma transcrito às fls. 710 das razões de revista não se presta ao fim colimado, porque, nos termos da antiga redação da alínea *a* do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, é oriundo do Supremo Tribunal Federal.”

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de revista, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, de modo que profira novo julgamento, como entender de direito, afastando-se o fundamento da nulidade do contrato de trabalho.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista por dissídio jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para reformar o acórdão regional, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que profira novo julgamento, como entender de direito, afastando-se o fundamento da nulidade do contrato de trabalho.

Brasília, 10 de agosto de 2005. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

VALIDADE. TEMPESTIVIDADE

PROTOCOLO INTEGRADO – VALIDADE – TEMPESTIVIDADE DO RECURSO – A Orientação Jurisprudencial nº 320 da col. SBDI-1 do TST foi cancelada pelo Tribunal Pleno desta Corte no julgamento do IUJ-RR-615930/99 (DJ 14.09.2004). De acordo com a CLT, o recurso de revista é dirigido ao Presidente do Tribunal Regional. Por consequência, o protocolo a ser utilizado é o do Tribunal Regional. O Tribunal Superior do Trabalho não pode dizer onde deve ficar tal protocolo. Desta forma, quando se faz no Processo do Trabalho uma exigência que nele nunca existiu, está-se ofendendo o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Embargos conhecidos e providos.

(Processo nº TST-E-ED-A-AIRR-773.375/01 – Ac. SBDI-1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos Declaratórios em Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-E-ED-A-AIRR-773375/2001.7, em que é embargante Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA e embargado Marcos José da Cruz Gonçalves Barbosa.

RELATÓRIO

A eg. 5ª Turma, por meio do v. acórdão de fls. 342/344, complementado às fls. 355/357, negou provimento ao agravo do reclamado, confirmando, assim, o Despacho de fls. 331/332, que denegara seguimento ao seu agravo de instrumento em recurso de revista, porque interposto valendo-se do sistema de protocolo integrado (Orientação Jurisprudencial nº 320 da col. SBDI-1 desta Corte).

Inconformado, o reclamado apresenta recurso de embargos, pelas razões de fls. 360/363.

Não houve impugnação.

Os autos não foram enviados ao d. Ministério Público do Trabalho.

VOTO

Recurso tempestivo. Representação regular (fls. 327/330).

1 PROTOCOLO INTEGRADO. VALIDADE. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

1.1 Conhecimento

Como já relatado, a eg. Turma negou provimento ao agravo do reclamado, confirmando, assim, o despacho que denegara seguimento ao seu agravo de instrumento em recurso de revista, porque interposto valendo-se do sistema de protocolo integrado (Orientação Jurisprudencial nº 320 da col. SBDI-1 desta Corte).

O recurso de embargos vem fundamentado em violação dos arts. 897 da CLT e 5º, LV, da Carta Magna, dentre outros dispositivos. A tese é no sentido de que a citada orientação jurisprudencial foi cancelada e o recurso foi protocolado tempestivamente no âmbito do Regional de origem.

Com razão.

A simplicidade da CLT sempre espantou os mestres do processo civil.

Era ela tão direta e tão descomplicada que fez crescer um preconceito contra o Direito Processual do Trabalho. Preconceito que ainda não acabou e que se alimenta da herança da escravidão, que assegurou, por muitos séculos, uma sociedade sem nenhuma mobilidade vertical, com base no trabalho. E isto não mudou radicalmente até hoje, como alguns sabem e muitos continuam sentindo.

No processo trabalhista, o juiz não despacha a petição inicial; ele não determina a notificação do reclamado e nem designa data e hora da audiência, sendo que a notificação é feita via postal, não sendo, portanto, pessoal.

Tudo isto é cometido ao Diretor da Secretaria.

A CLT trata desigualmente as partes, sendo menos rigorosa com o empregado, como acontece quando de sua ausência à audiência.

A Consolidação ainda prevê que o juiz, de ofício, tenha a iniciativa da execução.

Com esses poucos exemplos, é bem de ver que a CLT deve ser interpretada segundo seu espírito, para que ela seja instrumento eficaz de realização do Direito do Trabalho.

É verdade que as muitas invocações do Processo Civil transformaram o Processo do Trabalho, em muitos pontos, num instrumento formalista e conservador.

Enquanto isto, o Processo Civil foi adotando muitas das práticas da CLT, cuidando também da eficácia dos provimentos judiciais, chegando até ao Código de Defesa do Consumidor que, explicitamente, inverte o ônus da prova em favor do mais fraco na relação processual.

O Processo do Trabalho foi perdendo a posição de vanguarda, passando, em muitos pontos, a ser mero seguidor do Processo Civil, revelando, quase sempre, o espanto gerado pelas novidades que surgiam e surgem.

É sob esta ótica que passo a tratar do “protocolo integrado”.

A CLT, no § 1º do art. 896, diz o seguinte:

“O recurso de revista dotado de efeito apenas devolutivo será apresentado ao Presidente do Tribunal recorrido, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, fundamentando, em qualquer caso, a decisão.”

E o recurso era apresentado por simples petição, sem a necessidade do termo, em decorrência do art. 899 da CLT.

Exige-se o protocolo do recurso na Secretaria do Tribunal, como está na antiga redação do art. 543 do CPC de 1973?

Não. Não há tal exigência.

Logo, quando o Processo Civil é modificado para se retirar a exigência do protocolo do recurso na Secretaria do Tribunal, como se constata do atual art. 542 do CPC, essa alteração não tem influência no Processo do Trabalho.

E não tem importância no Processo do Trabalho porque este, na sua simplicidade, nunca fez tal exigência.

Sustenta-se que, no Processo Civil, após a modificação decorrente da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, que extingue o protocolo do recurso na Secretaria do Tribunal, ficou aberto o campo para o Protocolo Integrado.

Logo, deve-se também concluir que no Processo do Trabalho este campo esteve sempre aberto, pois nele nunca se fez tal exigência.

Mais. O recurso de revista é dirigido ao Presidente do Tribunal Regional. Por consequência, o protocolo a ser utilizado é o do Tribunal Regional. O Tribunal Superior do Trabalho não pode dizer onde deve ficar tal protocolo.

Note-se que toda jurisprudência referida com relação ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal tem como fundamento o art. 542 do CPC (ou art. 543, na redação antiga); não há no Supremo Tribunal Federal qualquer decisão que examine o Protocolo Integrado sob a luz da CLT. Logo, a jurisprudência invocada é impertinente.

Desta forma, quando se faz no Processo do Trabalho uma exigência que nele nunca existiu, está-se ofendendo o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Acrescente-se que este Tribunal, em Sessão realizada no dia 02.09.2004, cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 320 da col. SBDI-1, na qual se baseou a decisão embargada (IUJ-RR-615930/99, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 14.09.2004).

Logo, considerando que o recurso foi protocolado dentro do prazo legal, conheço dos embargos, por ofensa aos arts. 897 da CLT e 5º, LV, da Carta Magna.

1.2 Mérito

Conhecidos os embargos por violação, o seu provimento é medida que se impõe.

Dou provimento aos embargos para, afastando o óbice vislumbrado no acórdão embargado, determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que prossiga no julgamento do agravo de instrumento, como entender de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer dos embargos e, no mérito, dar-lhes provimento para, afastando o óbice vislumbrado no acórdão embargado, determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que prossiga no julgamento do agravo de instrumento, como entender de direito.

Brasília, 20 de junho de 2005. *José Luciano de Castilho Pereira*, relator.

ÍNDICE TEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

Ação civil pública. Legitimidade	253
Ação rescisória. Desligamento voluntário. Sociedade de economia mista	265
Coisa julgada. Relativização. Execução. Acordo judicial. Conluio entre as partes	270
Competência da Justiça do Trabalho. Danos moral e material	279
Complementação de aposentadoria. Proporcionalidade	289
Constitucionalidade. Multa. Indenização	299
Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho	305
Dano moral. Indenização	311
Diferenças salariais. Terceirização. Isonomia	316
Dissídio coletivo. Cláusulas preexistentes vinculadas à doença profissional/ocupacional	322
Horas extras. Empregado advogado	333
Mãe adotante. Licença-maternidade	341
Mandado de segurança. Execução. Ente municipal	345
Mandado de segurança. Execução provisória. Impossibilidade	348
Mandado de segurança. Incompetência da Justiça do Trabalho	353
Nulidade. Configuração	356
Operador cinematográfico. Jornada de trabalho. Hora extra	358
Prescrição. Multa. FGTS	361
Prova ilícita. <i>E-mail</i> corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico	365
Recurso de revista. Execução de sentença. Reintegração	390
Recurso de revista. Interposição por <i>e-mail</i> . Validade	394
Recurso de revista. Multa cominatória. Limitação	398
Relação de emprego. Diarista. Não-eventualidade	405
Sociedade de economia mista. Sucessão	414
Validade. Tempestividade	424