

---

**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 Antonio José de Barros Levenhagen

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Renato de Lacerda Paiva

*Comissão de Documentação*

Ano 71 – nº 3 – set. a dez. – 2005



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

**Equipe:** José Geraldo Pereira Baião - Revisor  
Antonio José Lopes Moraes  
Soraya Christina Tostes R. Vivacqua

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião

**Capa:** Andrea Paiva Nunes

**Edição 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](mailto:revista@tst.gov.br)

Internet: [www.tst.gov.br](http://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](http://www.sintese.com)

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

**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 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 Antonio José de Barros Levenhagen**  
**Ministro Ives Gandra 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 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 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 Antonio José de Barros Levenhagen

## **Subseção I 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 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 Antonio José de Barros Levenhagen  
Ministro Ives Gandra 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 Lopes Leal – Presidente

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

## **Quarta Turma**

Ministro Milton de Moura França – Presidente

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra Martins Filho

## **Quinta Turma**

Ministro João Batista Brito Pereira – Presidente

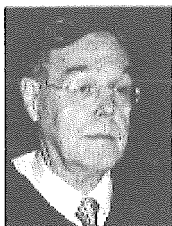
Ministro Gelson de Azevedo

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

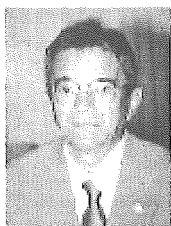
# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



VANTUIL ABDALA  
PRESIDENTE



RONALDO LOPES LEAL  
VICE-PRESIDENTE



RIDER DE BRITO  
CORREGEDOR-GERAL



JOSÉ LUCIANO  
DE CASTILHO



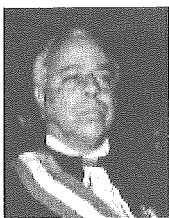
MILTON DE MOURA  
FRANÇA



JOÃO ORESTE  
DALAZEN



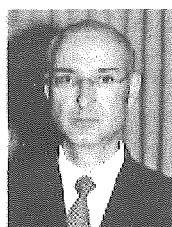
GELSON DE AZEVEDO



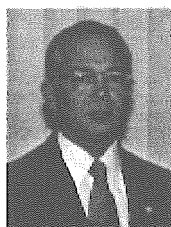
CARLOS ALBERTO  
REIS DE PAULA



ANTONIO JOSÉ  
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



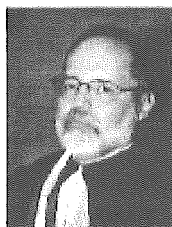
BRITO PEREIRA



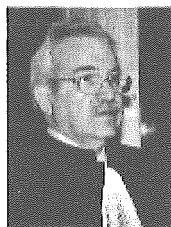
CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO  
FONTES



RENATO FAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA

# Sumário

## DOCTRINAS

1. Origem e fundamentos da participação dos advogados e de membros do Ministério Público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional  
*Maria Cristina Irigoyen Peduzzi* ..... 15
2. O juiz do trabalho e as medidas coercitivas  
*Luiz Ronan Neves Koury*..... 31
3. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral  
*Fábio Rodrigues Gomes* ..... 47
4. Legalidade e conveniência do cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas às de escravo: compreendendo a “lista suja”  
*João Humberto Cesário* ..... 78
5. Negociação e conflito. A conformação da autonomia coletiva e a concertação social no modelo espanhol  
*Francisco das C. Lima Filho* ..... 89
6. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?  
*Estêvão Mallet* ..... 134
7. Denúnciação da lide no processo do trabalho: um breve estudo acerca da aplicação do instituto após o cancelamento da OJ nº 227 da SBDI-1  
*Fábio Lima Quintas* ..... 150
8. Diretores de sociedades anônimas e a participação em lucros ou resultados da Lei nº 10.101/00  
*Ricardo Peake Braga* ..... 157

## JURISPRUDÊNCIA

- Acórdãos do TST ..... 163

## EMENTÁRIO

- Ementário de Jurisprudência ..... 363

## SUMÁRIO

### ÍNDICE

1. Índice da Jurisprudência do TST .....	433
2. Índice do Ementário do TST .....	434

---

## Doutrina

---



# ORIGEM E FUNDAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO DOS ADVOGADOS E DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: REFLEXÕES SOBRE O QUINTO CONSTITUCIONAL

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi\*

SUMÁRIO: 1 Introdução: o tema e sua relevância contextual; 2 Aspectos históricos do surgimento do quinto constitucional; 2.1 O caráter democrático da Constituição de 1934; 2.2 Experiências de composição dos tribunais anteriores à Constituição de 1934; 2.3 A proposta do anteprojeto. A comissão do Itamaraty; 2.4 O projeto apresentado pela comissão dos 26 e o texto definitivo; 3 Os fundamentos da participação; Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO: O TEMA E SUA RELEVÂNCIA CONTEXTUAL

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, uma importante regra foi confirmada pelo legislador da Assembléia Constituinte de 1987/1988: a composição dos tribunais brasileiros a partir da conjugação de membros oriundos não só da carreira da magistratura, mas também da advocacia e do Ministério Público. O preceito, insculpido no art. 94,<sup>1</sup> apresenta-se como confirmação, pelo menos em essência, de um comportamento que já perdura por mais de sete décadas na história constitucional brasileira.

A primeira Constituição a assegurar a referida participação foi a de 1934, que, no art. 104, § 6º, estabeleceu:

“§ 6º Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista triplíce, organizada na forma do § 3º.”

---

\* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

1 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”

Desde a estréia, a disposição não se ausentou dos textos constitucionais que se sucederam, verificando-se apenas pequenas mudanças, instituídas em virtude do amadurecimento da regra:<sup>2</sup> constava, na Constituição de 1937, do art. 105;<sup>3</sup> na Carta de 1946, do art. 124, inciso V;<sup>4</sup> no Diploma de 1967, do art. 136, inciso IV.<sup>5</sup> Mesmo após a Emenda Constitucional nº 1/69, foi preservada a disposição, desta vez no corpo do inciso IV do art. 144.<sup>6</sup> Por um curto espaço de tempo, relembre-se, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, vigeu a regra com o fracionamento de praticamente 1/3, no período compreendido entre a promulgação das Emendas Constitucionais nºs 24 e 45, em virtude da provisória redução daquele Colegiado em decorrência da extinção da representação classista.<sup>7</sup>

Interessante observar a resistência da fórmula. Do total de 19 emendas apresentadas à época dos debates da Constituição de 1988, indexadas sob a expressão “quinto constitucional” nos anais da constituinte, nenhuma delas propugnava pela extinção da garantia. Enquanto muitas buscavam apenas regulamentação da matéria

- 
- 2 Exemplo disso se verifica nos comentários de Pontes de Miranda ao art. 105 da Constituição de 1937. Na ocasião, o eminente jurista noticiou a dúvida gerada na doutrina acerca da realização do comando, quanto à composição da lista triplíce, se exclusivamente com membros de uma ou outra carreira, ou com a possibilidade de composição mista. Segundo ele, o Tribunal teria total liberdade de escolha, podendo se inclinar, inclusive, pela repetição indefinida da indicação exclusiva de uma só das carreiras, por entender que ambos pertenceriam à mesma classe (*Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938, p. 193). A questão foi dirimida na Constituição de 1946, ao determinar: “escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado” (art. 124, inciso V).
  - 3 “Art. 105. Na composição dos Tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista triplíce.”
  - 4 “V – na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista triplíce. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado.” Sublinhe-se, como será oportunamente observado, no tocante aos Tribunais Federais, esta Constituição reservou a fração de um terço (art. 103). Vide nota nº 44.
  - 5 “IV – na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares por advogados em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicadas em lista triplíce.”
  - 6 “IV – na composição de qualquer Tribunal um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membro do Ministério Público, indicados em lista triplíce.”
  - 7 Com o fim da representação classista (EC 24/99), que importou em extinção de 10 cargos de Ministro do TST, foi mantida a participação de membros egressos do Ministério Público e da advocacia na respectiva razão de 3 membros. Com a reforma do Judiciário (EC 45/04), foi restaurado o número da composição anterior (27 ministros), a gerar normalização da fração em um quinto.



quanto à circunstância da existência de tribunais de alçada,<sup>8</sup> outras aspiravam a ampliar a participação, com a extensão a delegados de polícia,<sup>9</sup> ou mesmo mediante o aumento para 2/5 (dois quintos).<sup>10</sup>

A longa data de vigência constitucional de tal prescrição – que logrou acompanhar a conturbada evolução dos institutos jurídicos do País nesses mais de setenta anos – não a torna imune a críticas. A alguns, a reserva constitucional guarda parentesco imediato com o estado corporativista – que teria sido institucionalizado pelas Constituições de 1934 e 1937 – tendo o mesmo gênero da representação classista, observada na Justiça do Trabalho até o advento da Emenda Constitucional nº 24/99.<sup>11</sup>

Esse novo posicionamento, ressalte-se, ecoou, embora de forma infrutífera,<sup>12</sup> também nos debates em torno da recente reforma do Poder Judiciário, tendo sido alvo, inclusive, de requerimentos de destaque para votação em plenário.<sup>13</sup>

Daí perceber-se da necessidade do resgate da origem e fundamentos do quinto constitucional, no intuito de melhor elucidar as convicções acerca dessa marcante tradição do ordenamento jurídico pátrio.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO SURGIMENTO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

Embora não haja dúvidas quanto ao surgimento do quinto na Constituição de 1934, subsistem certos aspectos históricos quanto a sua origem que não podem passar despercebidos, sob pena de injusto tratamento a esse importante instrumento de realização da democracia.

### *2.1 O caráter democrático da Constituição de 1934*

Antes de mais nada, é imperioso corrigir um preconceito muitas vezes corrente: a Constituição de 1934, ao contrário do que possa vir a parecer em virtude da vinculação à impressionante figura de Getúlio Vargas, não representou, sequer em fundamentos, a ditadura que viria a se instalar no País após o golpe do Estado

---

8 São exemplos, dentre muitas outras, as Emendas nº 122, apresentada à Comissão de Organização do Estado em 19.05.1987, e nº 125, apresentada à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, em 18.05.1987.

9 Emenda nº 16.977, apresentada à Comissão de Sistematização, em 13.08.1987.

10 Emenda nº 17.273, apresentada à Comissão de Sistematização, em 13.08.1987.

11 Nesse sentido, ver, por todos: MELO, Hugo. O quinto constitucional e a independência da magistratura. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 12.

12 Ao fim e ao cabo, a redação do art. 94 da Constituição da República permaneceu inalterada pela Emenda Constitucional nº 45/04.

13 Requerimentos nº 983/2004, apresentado pelo Senador Leomar Quintanilha, e Requerimento nº 984/2004, apresentado pelo Senador Papaléo Paes, ambos aprovados (Diário do Senado Federal, 8 de julho de 2004).

Novo de 1937.<sup>14</sup> Não obstante as dificuldades históricas próprias do período, representou importante acumulação, principalmente do ponto de vista técnico, chegando a ser aclamada como a mais complexa, à época, das constituições americanas.<sup>15</sup>

A Constituição de 1934, em oposição à sua sucessora imediata, emergiu de uma experiência de representação popular, sendo unanimemente classificada, quanto à origem, como uma constituição promulgada, e não outorgada, e de caráter democrático.<sup>16</sup>

Comprovação histórica dessa realidade foi o pronunciamento de Oswaldo Aranha – Ministro da Justiça e, posteriormente, da Fazenda, do Governo Provisório instalado com a Revolução de 1930 –, no primeiro dia dos trabalhos da Assembléia Constituinte:

“(...) O Poder Legislativo começou a existir convosco em nosso país.

E é necessária à nossa paz e à nossa grandeza, que nunca mais deixe de existir.

Serei vosso representante, das vossas deliberações, da vossa independência.

Foi-se a era em que o *leader* trazia para a subserviência das Assembléias *ukases* presidenciais.

- 14 As palavras são de Ronaldo Poletti: “A Constituinte e a nova Carta nasceram de duas revoluções, a de 30 e a de 32. A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem num projeto social-democrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu. Já o heroísmo paulista de 1932 pode ter tido causas econômicas não identificadas na época (reação política dos fazendeiros de café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia, situadas na cidade e na indústria), ou motivos políticos sediados no regionalismo (a política do café-com-leite) desalojado do poder pela revolução vitoriosa, mas, inobstante isso, o movimento de São Paulo foi cunhado de revolução constitucionalista e as multidões, que nas ruas carregavam entusiasmadamente as suas bandeiras, não sabiam das discutíveis conclusões, fornecidas pelas futuras análises históricas. (...) as idéias mestras, que governaram os espíritos dos homens com influência nos trabalhos constituintes, eram, de um lado, o binômio da propaganda da Revolução de 30: justiça e representação; de outro, a constitucionalização do País, cobrada por uma revolução derrotada pelas armas, mas cuja força espiritual iria marcar de forma indelével a política nacional” (*Constituições Brasileiras*: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. III, 2001, p. 13-15).
- 15 A referência é de Pontes de Miranda, que assim apresentou o estudo que fizera da recente Carta: “Os presentes Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que constitui a mais complexa, no momento, das Constituições americanas, têm por fito expor o recente diploma de 1934 a advogados, a juizes, a políticos e às escolas” (*Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman, Koogan Ltda., s.d.).
- 16 Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao afirmar serem “populares (ou democráticas) as constituições que se originam de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos para o fim de as elaborar e estabelecer, como são exemplos as Constituições brasileiras de 1981, 1934, 1946 e 1988” (*Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, p. 41). Ver também MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, p. 5.

O Governo Provisório, pela presença e pela palavra do seu grande chefe, acaba de dar-vos o testemunho dessa segurança e autoridade, entregando-vos, sem reservas, a elaboração do estatuto fundamental e o exame dos seus próprios atos.

Não tem, nem terá o Governo a menor intervenção, nem na ordem, nem na orientação da elaboração constitucional (...).<sup>17</sup>

E é Ronaldo Poletti quem atesta a veracidade dessa disposição do Poder Executivo, ao afirmar, da privilegiada posição de observador histórico, que o “fruto da Constituinte, a Carta de 1934, deixou de absorver muitas das linhas do anteprojeto que lhe fora submetido. Este era, na verdade, revolucionário. Como já foi dito, as influências da República Velha, as repercussões do movimento revolucionário paulista e a desconfiança pelos constituintes do Executivo fizeram-se valer”.<sup>18</sup>

## *2.2 Experiências de composição dos tribunais anteriores à Constituição de 1934*

Embora a regra de composição heterogênea de participação dos tribunais tenha surgido de forma sólida, geral e ampla apenas com a Constituição de 1934, é necessária uma breve reflexão sobre a experiência legislativa anterior, para que se entenda, sobretudo, o porquê da tão exígua discussão a esse respeito por aqueles que participaram, direta e indiretamente, da elaboração da Carta Magna de 1934.

A Constituição de 1891, a primeira republicana, adotou o critério da dualidade da Justiça, pelo qual coexistiram no Brasil as Justiças Estaduais e Federal. A Justiça Federal era composta pelo Supremo Tribunal Federal e tantos juizes e Tribunais Federais que o Congresso entendesse necessário criar.<sup>19</sup>

A nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal era de livre escolha do Presidente da República, dentre aqueles elegíveis ao Senado, desde que aprovados pelo Senado.<sup>20</sup> Semelhante regra existia para os juizes federais. Como dispunha o art. 48, n<sup>o</sup> 11,<sup>21</sup> a nomeação dar-se-ia pelo Presidente da República, dentre os indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

---

17 O pronunciamento, na íntegra, do representante do Governo Provisório perante a Assembléia Constituinte está disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, na sessão intitulada “publicação e estudos”, conforme anais da Assembléia Constituinte catalogados no dia 16.11.1933.

18 *Constituições brasileiras*. Op. cit., p. 44.

19 É que se lê o art. 55 da Constituição de 1891: “O Poder Judiciário, da União terá por orgams um Supremo Tribunal Federal, com séde na Capital da República e tantos Juizes e Tribunaes Federais, distribuídos pelo Paiz, quantos o Congresso crear”.

20 Arts. 48, n. 12, e 56 da CF 1891.

21 “Art 48. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 11<sup>o</sup>) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal.”

A indicação se dava em acordo com a Lei nº 221/94 e com os arts. 184 a 195 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No art. 184, lia-se como requisito para inscrição, como condição de idoneidade, a habilitação em direito e o tirocínio de dois anos, no mínimo, de advocacia, judicatura ou de atividades como membro do Ministério Público.<sup>22</sup>

Dessa feita, no que toca à Justiça Federal, verifica-se que o exercício profissional (da judicatura, da advocacia, ou de serviços ao Ministério Público) era tido como o atestado necessário de idoneidade. Era pelo exercício profissional que o aspirante a juiz demonstrava a aptidão para exercer a magistratura.

Importante assinalar a discussão doutrinária reinante à época, acerca da natureza dos tribunais federais que eventualmente se viessem a criar. Enquanto uns entendiam tratar-se de verdadeira segunda instância, para outros seria também órgão que cumpriria o papel de primeira instância, em virtude da competência do Supremo Tribunal Federal de atuar em grau de recurso,<sup>23</sup> e, portanto, como segunda instância. Embora a discussão não tenha superado as raias da reflexão acadêmica – já que os tribunais federais não vieram sob a égide daquele texto<sup>24</sup> –, a posição de mais destaque apontava no sentido da segunda solução, ao argumento de que impossível a criação da terceira instância de julgamento sem a competente reforma constitucional.<sup>25</sup> A conclusão se fortalece quando tomado o art. 49 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que complementou a organização da Justiça Federal, já que foi assinalada a competência do STF para julgar as apelações e recursos cíveis.<sup>26</sup>

---

22 “Art. 184. Logo que o presidente do Tribunal receber comunicação oficial de estar vago um lugar de juiz de secção, mandará publicar um edital no Diario Official, e nos jornaes de maior circulação da Capital da República, e comunicar pelo telegrapho aos governadores e presidentes dos Estados, que fica marcado o prazo de trinta dias para serem apresentadas na secretaria as petições dos candidatos, devidamente instruidas com documentos que provem os seus serviços e habilitações, e, nomeadamente, como condições de idoneidade, que se acham habilitados em direito, com o tirocínio de dous annos, pelo menos, de advocacia, judicatura, ou ministerio público (Lei nº 221, arts. 7º, paragrapho único, e 27, § 1º; Decreto nº 848, art. 14).”

23 Art. 59, inciso II, CF/1891.

24 O Decreto nº 3.084/1898 – consolidação das leis referentes à Justiça Federal – não mencionou os tribunais federais entre os órgãos que compunham a Justiça Federal (art. 1º), mencionando, apenas o Supremo Tribunal Federal, os juizes seccionais, substitutos e suplentes, e os tribunais do júri. E foi além: determinou que os Ministros do STF, em seus impedimentos, seriam substituídos por juizes seccionais convocados (art. 7º).

25 Nesse sentido são as palavras de Pedro Lessa, em obra de 1915, ao entender que, mesmo se considerado o beneficio da criação de um tribunal federal de segunda instância que atraísse parte das atribuições do STF, deveria ser realizada uma reforma constitucional, e não por meio da “violação de uma das disposições mais positivas e explicitas da Constituição” (*Do Poder Judiciário*. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 24).

26 “No processo das apellações e recursos civeis interpostos para o Supremo Tribunal Federal, assim como no processo e julgamento das causas de privativa competencia do mesmo tribunal, se observará o seu Regimento.”

Por isso, não há como apontar qualquer experiência de composição de cortes colegiadas federais, o que limita à análise aos juízes das seções, como indicado. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não se presta a comparações, em virtude das peculiaridades de sua competência.

No âmbito dos Estados, embora em vários houvesse a regra de composição dos Tribunais de Relação a partir de nomeação de membros exclusivamente da magistratura, como no caso do Estado de São Paulo,<sup>27</sup> é possível identificar algumas experiências no sentido de se buscar, entre os juristas estranhos à magistratura, os membros que viriam a integrar o Colegiado do Tribunal.

Tal ocorreu, por exemplo, com a lei de organização do Distrito Federal. Embora os desembargadores fossem, em regra, eleitos entre os juízes de direito,<sup>28</sup> com o Decreto nº 5.053/26, que criou seis novas vagas de desembargador, foi determinada uma regra de composição heterogênea para o seu preenchimento. Segundo ela, o governo escolheria livremente entre os doutores ou bacharéis em Direito, com notório saber atestado pela prática da advocacia ou pela experiência acumulada como membro do Ministério Público.<sup>29</sup>

Também na Bahia houve semelhante regramento. A Constituição Estadual, considerando o texto consolidado até 1929, dispôs que os juízes do Superior Tribunal de Justiça do Estado seriam nomeados pelo Governador a partir de uma lista formada pelo Tribunal entre os juízes que tivessem pelo menos seis anos de exercício e fossem habilitados em concurso. Contudo, na hipótese de inexistência de inscrição de número suficiente, ou insuficiência de aprovação, seria aberto novo concurso, para o qual poderiam se candidatar não somente os juízes, mas também os doutores e bacharéis em Direito, que fossem elegíveis para o Senado Estadual e contassem com mais de dez anos no exercício da advocacia, de cargos do Ministério Público, ou de magistério superior nas Faculdades de Direito do País.<sup>30</sup>

---

27 A regra foi repetida em todas as Constituições Estaduais, até a de 1935, que incorporou o quinto constitucional: art. 48 da Constituição de 1890; art. 45 nas Cartas de 1891, 1905 e 1908; art. 46, na Constituição de 1911; e art. 50, nos textos de 1921 e 1929.

28 Art. 190 do Decreto nº 16.273/23.

29 É o que dispõe o art. 34 do decreto: “O Governo poderá para as primeiras nomeações dos seis cargos de desembargadores, creados em virtude desta lei, os escolher livremente entre doutores ou bachareis em direito, de notorio saber, atestado pela pratica das magistraturas, federal ou estaduaes, do Ministerio Publico, ou da advocacia, ou entre os juizes de direito da justiça local, estes, porém, de conformidade com o disposto no art. 3º do decreto legislativo nº 4.988, de 8 de janeiro de 1926”.

30 Conforme o art. 70 e § 1º do referido diploma: “Art. 70. Os juizes do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Governador do Estado, com aprovação do Senado, mediante proposta do mesmo Tribunal, em uma lista com tres nomes tirados dentre os Juizes de Direito que tiverem pelo menos seis annos de effectivo exercicio e se houverem habilitado em concurso com boas provas de idoneidade moral e intellectual”. “§ 1º Se ao concurso não se inscreverem, ou se, inscriptos, não lograrem habilitar-se candidatos em numero sufficiente para a lista da proposta, abrir-se-á immediatamente outro concurso, para o qual se poderão candidatar não sómente juizes, mas tambem doutores ou bachareis em Direito, que sejam elegiveis para o Senado e contem mais de dez annos no exercicio advocacia, de cargos do Ministerio Publico, ou do professorado superior nas Faculdades de Direito do Paiz”.

Conclui-se, portanto, que, ao revés do que possa parecer a alguns, a prática de composição de colegiados de magistrados pela participação de juristas estrangeiros à magistratura não guarda inequívoca correlação com os princípios políticos que nortearam a Constituição de 1934, advindo, também, de uma cultura já repetida em outros momentos históricos do País. Aliás, a experiência profissional do bacharel em Direito era tida como a melhor forma de atestar a qualidade profissional.

Talvez por isso, como já adiantado, a matéria tenha sido tão pouco contestada nos debates que subsidiaram a elaboração da Carta Política de 1934.

### 2.3 *A proposta do anteprojeto. A Comissão do Itamaraty*

Como já se sabe, foi na Carta de 1934 que primeiro surgiu, no âmbito constitucional e geral, a regra de composição dos tribunais a partir da participação de membros oriundos da advocacia e do Ministério Público. No entanto, se tomado de forma isolada, o texto contido no § 6º do art. 104 da referida Carta nada revela sobre os seus fundamentos, razão pela qual não raro é vinculado a fatores inteiramente dissociados dos motivos pelos quais foi elaborado.

Assim, não obstante a lembrança histórica da trajetória da regra, como visto, é salutar repetir a movimentação da proposição, no longo caminho trilhado pelas idéias que viriam a compor o diploma promulgado em 16 de julho de 1934.

Com a Revolução de 1930, além do poder central, Getúlio Vargas assumiu o compromisso de fazer nascer uma nova ordem constitucional. Por meio do Decreto nº 21.402/32, foi instituída uma comissão – posteriormente denominada de Comissão do Itamaraty – a quem incumbiria a formação de um projeto de Constituição que servisse de base às deliberações do plenário.<sup>31</sup>

Os trabalhos da comissão, por proposta de Carlos Maximiliano – eleito o relator geral do anteprojeto –, basearam-se em relatórios parciais apresentados por subcomissões divididas por matérias. Ficaram responsáveis pela seção relativa ao Poder Judiciário os Srs. Arthur Ribeiro e Antonio Carlos.<sup>32</sup> O primeiro era, à época dos trabalhos, Ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo, na carreira, atuado como promotor público, juiz e desembargador em Minas Gerais. O segundo foi promotor público e juiz no interior de Minas Gerais, antes de se dedicar à atividade política, que o levou à prefeitura de Belo Horizonte, à Câmara Federal e à presidência dos trabalhos da Assembléia Constituinte.<sup>33</sup>

---

31 Por meio do Decreto nº 22.040/32, foram regulados os trabalhos da referida comissão.

32 Atas da primeira e segunda reuniões da “sub-comissão Constitucional”, publicadas no Diário Oficial e reproduzidas no livro de José Afonso de Mendoça Azevedo, *Elaborando a Constituição Nacional*. Prefácio de Walter Costa Porto. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, p. 13-15.

33 As apresentações constam do prefácio assinado por Walter Costa Porto (AZEVEDO, José Afonso de Mendoça. *Elaborando a Constituição Nacional*. Op. cit., p. XVII-XVIII).

Com evolução das atividades da comissão, foi apresentada, na 21ª reunião da comissão, por Arthur Ribeiro, a semente do que viria a se tornar o quinto constitucional. A regra ora estudada, é importante que se diga, foi apresentada sem qualquer perplexidade, atuando como verdadeira coadjuvante em um cenário no qual a discussão quanto à unidade da jurisdição nacional se apresentava como protagonista absoluta.<sup>34</sup>

Em sua proposta, constavam como princípios norteadores da organização judiciária:

- a) concurso para a investidura, nos primeiros graus;
- b) acesso por merecimento e por antiguidade, na proporção de dois por antiguidade e um por merecimento;
  - c) *nomeação e acesso, mediante proposta dos tribunais judiciários superiores, em listas organizadas pela forma que a lei determinar, podendo nas de merecimento entrar juristas de notório saber e reputação, embora estranhos à magistratura;*
- d) vitaliciedade, não podendo o magistrado perder o lugar, senão por sentença, ou por aposentadoria voluntária, ou não hypothese de atingir a idade de setenta e cinco annos em que será aposentado compulsoriamente;
- e) inamovibilidade, por effeito de não ser removido senão a pedido seu, por acesso voluntario, ou por proposta do tribunal superior local, quando assim o exigir o serviço público;
- f) dois gráus de jurisdição, havendo sempre recurso *ex officio* para o tribunal superior local, nos casos do artigo, nº 3, letras *a, f, g, h, i, j*, sem prejuízo, porém, das hypotheses de jurisdição originária dos tribunais superiores e do estabelecimento de alçadas para as pequenas causas;
- g) incompatibilidade absoluta da função judiciária com qualquer outra função pública;
- h) irredutibilidade de vencimentos nos termos do artigo ... paragrapho 1º, e o seu pagamento effectivo, em caso algum, poderá ser retardado pro mais de tres mezes;
- i) fixação, em lei federal, do mínimo de remuneração dos juizes das duas instâncias, conforme as condições peculiares de cada Estado;

---

34 Esteve em jogo, em acirrada disputa, o que já se discutia desde a promulgação da Constituição de 1891: a construção de uma organização judiciária nacional composta por uma Justiça Federal única – a unidade da Justiça – ou um modelo no qual coexistissem uma Justiça Federal ao lado das variadas Justças Estaduais – dualidade da Justiça –, tese acolhida pela primeira Constituição Republicana. Para se ter idéia da dimensão da controvérsia, basta verificar que Arthur Ribeiro, após retirar-se da comissão por ser vencido em sua tese, viu-a prosperar no seio da Assembléa Constituinte, onde prevaleceu da tese da dualidade da Justiça (POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras*: 1934. Op. cit., p. 52).

j) inalterabilidade da divisão judiciária do Estado, senão no termo de cada decênio, contado da última.”<sup>35</sup> (grifos adicionados)

À apresentação de seu relatório, seguiu-se acirrada discussão acerca da querela de dualidade da Justiça, encontrando Arthur Ribeiro veemente resistência de João Mangabeira. O mais relevante aspecto de toda a discussão – que acabou redundando na saída de Arthur Ribeiro da comissão, porque vencido na tese da dualidade –, no que toca ao presente estudo, foi o fato de os conselheiros, em momento algum, discordarem a respeito da participação de juristas estranhos à magistratura. Pelo contrário, e de forma inclusive mais percuciente, os debates tornaram-se mais acalorados no aspecto sobre a quem recairia a prerrogativa de escolher os futuros componentes dos tribunais: se ao Presidente do Estado, ao Presidente da República, ou ao próprio Tribunal da Relação.<sup>36</sup>

De toda sorte, mesmo com as alterações resultantes do acolhimento da tese da unidade da magistratura, o texto do anteprojeto que seguiu à Assembléia Constituinte manteve a proposta da composição heterogênea dos tribunais, formulada por Arthur Ribeiro:

“Art. 49. A Justiça reger-se-á por uma lei orgânica, votada pela Assembléia Nacional.

§ 1º Caberá, porém, aos Estados fazer sua divisão judiciária e nomear os juizes que neles tiverem exclusivamente jurisdição, observadas as seguintes prescrições:

(...)

e) composição do Tribunal da Relação, na proporção de dois terços dos desembargadores escolhidos entre os juizes de Direito, sendo um terço por antiguidade e outro por merecimento, mediante lista tríplice, enviada em cada caso pelo tribunal ao presidente do estado, e o terço restante composto de juristas de notório saber e reputação ilibada, mediante lista tríplice, enviada em cada caso pelo tribunal ao presidente do Estado, podendo ser nela também incluído um juiz.” (grifos adicionados)

#### 2.4 O projeto apresentado pela Comissão dos 26 e o texto definitivo

Encerrados os trabalhos da Comissão do Itamaraty, com a apresentação do anteprojeto, a Assembléia Constituinte entendeu por bem constituir uma comissão, que iria buscar adequar o anteprojeto aos ânimos da Constituinte. A comissão, primeiramente denominada como Comissão Constitucional, passou, em pouco tempo, a ser chamada de Comissão dos 26, em referência ao número de seus integrantes.

---

35 Cf. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. Op. cit., p. 393.

36 Cf. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Idem*, *ibidem*, op. cit., p. 406-408.



Tendo como presidente o Deputado Carlos Maximiliano, quem primeiro propôs no âmbito da Comissão do Itamaraty a divisão dos trabalhos, idêntica rotina de trabalho teve a Comissão dos 26, com divisão do material a ser apreciado em subcomissões compostas por dois membros cada. A responsabilidade da relatoria parcial quanto ao tema relativo ao Poder Judiciário, desta vez, recaiu sobre Alberto Roselli e Levi Carneiro, este último deputado eleito como representante dos profissionais liberais e então presidente da recém criada Ordem dos Advogados do Brasil.

A proposta apresentada à Comissão dos 26 por Levi Carneiro mantinha o espírito da participação, na composição dos tribunais, de juristas estranhos à magistratura. Contudo – o que demonstra a fragilidade da idéia de defesa de interesses corporativos –, a proposta reduzia, de um terço para um quinto, a referida participação. E mais: em atenção a certas experiências estaduais, como a da Bahia, por exemplo,<sup>37</sup> sugeriu a realização de concursos públicos também para essas vagas. Eis o dispositivo, tal como proposto:<sup>38</sup>

“§ 6º Na composição dos tribunais superiores poderão ser reservados lugares, não excedentes de um quinto do número total, para serem preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, de notável saber jurídico e reputação, dentre uma lista tríplice organizada conforme o § 1º ou mediante concurso conforme a letra a.”

Estava proposta na referida alínea a e no § 1º, respectivamente:

“a) investidura nos primeiros graus, mediante concurso de provas, organizado pelo Tribunal da Relação, sendo a classificação, sempre que possível, em lista tríplice.”

“§ 1º Para as promoções por merecimento, será organizada, por escrutínios secretos, lista tríplice, sendo um dos nomes indicados pelo mesmo tribunal, outro pelos juizes da categoria de que se fizer a promoção, e outro pelo Conselho da Secção da Ordem dos Advogados, e cabendo ao Tribunal fazer a indicação pelo órgão que a não fizer no prazo fixado em lei.”

Verifica-se do projeto apresentado por Levi Carneiro que a idéia não era criar uma reserva de mercado para advogados ou membros do Ministério Público. O que se pretendia era a efetiva participação, de juristas com outras experiências, no processo de seleção dos magistrados.

Na mesma linha, propôs que os advogados deveriam participar não só da composição do colegiado, na proporção de um quinto, mas também na formulação da lista tríplice da qual sairia o juiz promovido por merecimento, com a indicação de um dos nomes. As demais indicações ficariam a cargo, respectivamente, dos membros do Tribunal e dos juizes da mesma jurisdição. A regra, é inequívoco,

37 Vide nota 25.

38 Os trechos encontram-se no volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 360-361.

buscava oxigenar os poderes dos tribunais no que toca à composição, dividindo, com outros segmentos das atividades jurídicas, a responsabilidade por decisões que, ainda que mediatamente, afetavam toda a sociedade.

O espírito das reformas capitaneadas por Levi Carneiro também reverberou na proposta de seleção dos Ministros do STF e dos juízes federais, como se conclui da leitura das seguintes propostas:<sup>39</sup>

“§ 1º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados, pelo Presidente da República, dentre cinco cidadãos, com os requisitos acima exigidos, indicados, na forma da lei, sucessivamente, em escrutínios secretos, um pelas congregações dos professores catedráticos das Faculdades de Direito oficiais e reconhecidas oficialmente, um pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, um pelos juízes federais de 2ª instância, ou, se os não houver, pelos juízes federais de 1ª instância, e dois pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Quando se tratar de Juiz Federal, de 1ª instância, ou dos tribunais inferiores, ressalvado o disposto nos artigos ... (Justiça Militar e Eleitoral), as indicações, na forma determinada pelo § 1º, serão feitas pelas Congregações das Faculdades de Direito, pelo Conselho da Secção da Ordem dos Advogados, pelo tribunal local, do território sob a jurisdição do juiz a ser nomeado, e pelo Supremo Tribunal Federal.”

Embora não tenha feito expressa referência à regra do quinto nas justificativas de sua proposta, é possível alcançar seus objetivos pelas palavras apresentadas em relação aos parágrafos acima transcritos:<sup>40</sup>

“§ 1º A organização da lista poderia ser atribuída exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal. Raol de la Grasserie mostrou, em palavras, que a exposição de motivos da comissão presidida pelo Exmo. Sr. Ministro Bento de Faria recordou os inconvenientes do sistema da cooptação, que torna a magistratura um corpo fechado, e a degrada e atrofia.

Assim, para que da formação da lista participem todos os centros de cultura jurídica do país, adotou-se a norma *supra*. A participação dos advogados, por intermédio da Ordem que o governo instituiu, é particularmente significativa. O Governo Provisório adotou-a em relação à justiça local do Distrito Federal – com bons resultados. A lei ordinária regulará os detalhes do processo de escolha. A apuração de voto será feita, naturalmente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que organizará a lista.

§ 2º Para a escolha dos juízes seccionais e dos tribunais inferiores concorrerão, seguindo o mesmo critério adotado em relação ao STF, os juízes e os centros de atividade jurídica do território de sua jurisdição.”

---

39 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 353.

40 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 363.

A proposta, ousada em vários aspectos, sobretudo no que toca à referência à participação direta dos centros de cultura jurídica no processo de seleção dos magistrados, foi superada ainda no seio da própria Comissão dos 26. A versão final do projeto apresentado, publicada no Diário do dia 15.03.1934, deixou de prestigiar várias das propostas de Levi Carneiro.

No tocante à composição do STF, saiu vitoriosa na Comissão dos 26 a tese posteriormente acolhida pela Plenária e consolidada no art. 74 da Constituição de 1934.<sup>41</sup> Também no tocante à seleção dos juizes federais, prevaleceu tese contrária à do relator, propondo a Comissão que a matéria fosse regulada por lei, observando-se sempre a regra do concurso e da homologação pela Câmara dos Estados.<sup>42</sup>

No que toca especificamente ao objeto deste estudo – a composição dos tribunais –, foi o relator vencido na sua idéia de amplitude de participação da formação da lista, sendo apresentado o seguinte texto:<sup>43</sup>

“Art. 122.

(...)

§ 4º Na composição dos tribunais superiores poderão ser reservados lugares, não excedentes de um quinto do número total, para serem preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, de distinto merecimento, dentre uma lista tríplex, organizada pelo Tribunal de Relação, ou mediante concurso, conforme a letra a.”

Vencido em várias de suas propostas, ainda no âmbito da Comissão dos 26, Levi Carneiro ainda fez questão de assinalar a convicção naquilo que apresentara, ao registrar:<sup>44</sup>

“Adotaria, pelo menos, várias emendas que formulei e que não são inconciliáveis com o sistema do Anteprojeto – especialmente sobre nomeações (desde os ministros do Supremo Tribunal Federal até as dos auxiliares de justiça), tendentes a coibir o desmedido arbítrio do Presidente da República.”

Levada a votação em Plenário, venceu a tese de obrigatoriedade da regra, com substituição da expressão “poderão” para “serão”, sendo superada, ainda, a idéia de seleção mediante concurso público. Eis o texto que definitivamente compôs a Carta de 1934.<sup>45</sup>

41 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 584.

42 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 586.

43 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 590.

44 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 611.

45 Vale realçar que, embora tenha sido feita referência aos tribunais federais como órgão do Poder Judiciário na Constituição de 1934 (art. 63, alínea b) – a exemplo do ocorrido na Constituição de 1891 –, não existira, até então, semelhante experiência, que só veio a se concretizar após a promulgação da Constituição de 1946, com a criação do Tribunal Federal de Recursos (art. 103 e seguin-

“Art. 104. Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes:

(...)

§ 6º Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista triplíce, organizada na forma do § 3º.”

### 3 OS FUNDAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO

De base dos subsídios históricos, é possível enxergar, com mais precisão, as razões pelas quais surgiu e se mantém a norma segundo a qual os tribunais brasileiros devem ser compostos com a participação dos juristas egressos da advocacia e do Ministério Público.

Em primeiro plano, deve ser desconsiderada a tese segundo a qual a participação derivaria de suposto interesse corporativo classista, a exemplo da participação parlamentar das classes – o que, de fato, ocorreu na Constituinte de 1933/1934 –, ou da representação classista na Justiça do Trabalho.

Nada há que ligue o quinto constitucional ao vocalato na Justiça do Trabalho além da partilha do mesmo berço, já que ambos surgiram, em sede constitucional, em 1934.<sup>46</sup> Enquanto no âmbito trabalhista se pretendeu a conciliação, por aparato administrativo, dos conflitos nascidos em virtude da relação de trabalho – a justificar a participação de representantes das classes envolvidas –, no âmbito da composição dos tribunais, a idéia inicial voltava-se precisamente à diversificação da composição, com o fim de atrair aos colégios de magistrados experiências outras daquelas decorrentes do exercício da magistratura.

Em momento algum se pretendeu, com a representação dos advogados e membros do Ministério Público, que estes, quando investidos da função judicante, defendessem os interesses dos seus colegas, à época das respectivas militâncias. Aliás, tal idéia se mostra absolutamente incompatível com a experiência desenvolvida

---

tes). Talvez por isso, com a manutenção de grande dúvida sobre a utilidade e viabilidade desses tribunais – como já demonstrado no presente estudo –, a garantia do quinto constitucional não tenha se estendido – nem mesmo em proposta – à Justiça Federal. Mesmo porque, desde sua criação, o Tribunal Federal de Recursos já contava com a participação de advogados e membros do Ministério Público, na proporção de um terço (art. 103, *caput*).

46 Consta do parágrafo único do art. 122 da Constituição Federal de 1934 a referência à composição paritária dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação. Sublinhe-se, por oportuno, que, desde o Decreto nº 22.132, de 25 de novembro de 1932 – que instituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento –, há previsão da representação paritária.

desde seu surgimento, não havendo mesmo quem aponte exemplo que a ilustre, o que, inclusive, seria recebido como descortês ofensa, caso não comprovada.

Na representação classista, ao contrário, os representantes não só se apresentam como defensores das classes que lhe elegeram, como justificam sua atuação a partir dos princípios de suas respectivas origens. Esse é o espírito, inclusive, que se identifica na composição paritária das comissões de conciliação prévia, não havendo aí nada que desabone as atividades dos conciliadores.

A composição dos tribunais de forma ampla, com a participação de pessoas de destaque em outras carreiras da organização judiciária, ademais, apenas confirma o já positivado na Constituição de 1988, no sentido da indispensabilidade dos advogados e do Ministério Público à organização da Justiça.<sup>47</sup> Considerando que se encontram em plano horizontal, nada há de estranho que os membros das carreiras diretamente envolvidas com a administração da Justiça tenham, na proporção escolhida, oportunidade de contribuir para a consolidação da jurisprudência com as experiências acumuladas em tarefas diversas da judicatura.

O que se deve ter em foco, em verdade, é a busca da formação de um Poder Judiciário capaz de viabilizar a reciclagem de idéias e experiências, objetivo que passa, necessariamente, pelo sistema de composição dos tribunais. A qualidade da prestação jurisdicional, a par de se comunicar com a experiência profissional do julgador, guarda estreita vinculação com sua compreensão das relações sociais formadoras da coletividade, bem como das possibilidades e limites do direito.

Os debates envolvidos com a criação do quinto constitucional revelam essa medida. Na idealização do modelo, as questões discutidas envolviam seus aspectos mais subjetivos. Mais importante do que definir sobre qual carreira irá recair a escolha, é definir quem será o detentor da prerrogativa, assinalar os critérios de limitação do poder, compor a exata medida de participação dos Poderes do Estado e das instituições sociais nessa escolha, definir o perfil profissional e acadêmico dos aspirantes à ocupação da vaga, entre outros aspectos.

Apenas se forem superadas as deficiências do debate tal como apresentado atualmente é que será possível inaugurar um sólido movimento, livre de paixões, em cujo seio seja possível eventual amadurecimento ou confirmação desta relevante matéria.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAIS da Assembléia Constituinte de 1933/1934. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. X, 1936.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. Prefácio de Walter Costa Porto. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

---

47 Arts. 127 e 133 da Carta Magna de 1988.

## DOUTRINA

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

MELO, Hugo. O quinto constitucional e a independência da magistratura. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 12.

MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. III, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman, Koogan Ltda., [s.d.].

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

# O JUIZ DO TRABALHO E AS MEDIDAS COERCITIVAS

**Luiz Ronan Neves Koury\***

SUMÁRIO: Introdução; O juiz; Dimensão temporal; Medidas coercitivas e a efetividade da jurisdição; Medidas coercitivas no processo civil; Medidas coercitivas (conceito, natureza, características); Medidas coercitivas em espécie (multas, medidas de apoio e prisão); Medidas coercitivas no processo do trabalho.

## INTRODUÇÃO

Algumas premissas precisam ser fixadas antes de ingressar no tema, porquanto a sua elucidação é que permitirá uma melhor compreensão e aplicação das chamadas medidas coercitivas.

As medidas coercitivas se inscrevem como um desdobramento da promessa constitucional de efetividade da jurisdição no contexto mais amplo do acesso à justiça, na mesma direção de outras alterações legislativas ocorridas como consequência da reforma processual, a exemplo do acréscimo do § 3º ao art. 515 do CPC e art. 475, §§ 2º e 3º, do mesmo caderno processual.

Não obstante as suas implicações de ordem constitucional – a exigir uma postura interpretativa mais aberta, sem a exclusiva utilização dos meios tradicionais de interpretação –, a aplicação das medidas coercitivas impõe uma consideração sistêmica dos objetivos perseguidos pelo legislador em sua cruzada instrumentalista em prol da celeridade na solução das demandas.

Em primeiro lugar, deve ser adotada uma postura diferenciada no sentido de não ser exclusivamente positivista e dogmática, considerando, sobretudo, uma dimensão humanista no exercício da magistratura, a necessidade de não se descuidar dos princípios constitucionais e especialmente a responsabilidade social do juiz.

Ao ingressar na magistratura, o juiz se submete a rigoroso concurso a fim de avaliar as condições técnicas para o desempenho da judicatura, presumindo-se o preenchimento dos requisitos técnicos necessários com a sua aprovação. Todavia, no desempenho da função, torna-se necessário que tenha a exata dimensão da sua condição de magistrado, fundamental para aplicação das leis, referenciado pelo ideal de justiça e do contexto social em que se encontra inserido.

---

\* *Juiz do TRT da 3ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos.*

## D O U T R I N A

Nesse passo, Dallari, em livro que já se tornou clássico, referindo-se ao papel político exercido pelo Judiciário, afirma que os juízes não devem temer a responsabilidade que decorre desse novo papel, não se limitando a adotar a postura de apego às concepções formalistas, como aplicadores automáticos da lei escrita, reconhecendo que as novas exigências colocadas para esse poder implicam uma nova concepção de Judiciário por parte dos aplicadores da lei.<sup>1</sup>

Nessa mesma linha de reflexão sobre a conduta e a formação do juiz, cabe mencionar o I Curso de Formação Inicial de Juízes do Trabalho, promovido pela Escola Judicial da 3ª Região, que teve como tema “Os Desafios do Juiz na Sociedade Contemporânea”, em que o Relatório do Grupo 2, ao tratar das exigências da sociedade contemporânea, deixa assentada a necessidade da superação do paradigma tecnicista-formalista e a exploração de novos horizontes hermenêuticos.

Quanto ao primeiro (paradigma tecnicista-formalista), embora reconhecendo que detém hegemonia na formação universitária dos profissionais da área jurídica, com conseqüências no exercício da magistratura, reconhece que esse é um paradigma do Estado liberal, que deverá ser superado por se encontrar em descompasso com a realidade política e social do País. Em conseqüência, propugna pela adoção de um paradigma de magistrado consentâneo com o Estado Democrático de Direito, com atuação pluralista, democrática e participativa.

No tocante aos novos horizontes hermenêuticos, como conseqüência do item anterior, eles acarretam uma revisão profunda dos padrões hermenêuticos predominantes, que impedem a efetivação das inovações legais em sua plenitude, em decorrência de uma exegese conservadora.

Outro aspecto a ser considerado, que tem igual influência na leitura e na aplicação da norma legal, é o tempo e suas implicações no Direito e no processo em especial. É que toda atividade processual, como a jurídica em geral, está permeada e pautada pelo tempo, que traz implicações na prática de atos processuais, especialmente aqueles praticados pelo juiz.

O tempo, como fator que exerce inegável influência na vida contemporânea, não pode ser desprezado e deve constituir uma constante preocupação de todos aqueles que têm responsabilidade sobre a marcha dos processos e o seu desfecho.

Embora reconhecendo, com a melhor doutrina, que o problema do tempo de duração do processo é tão antigo quanto a própria história do direito processual, representando a morosidade um fator de descrédito para a Justiça, é certo que uma solução pode ser vislumbrada, pelo menos de forma pontual, com a teoria instrumentalista, que tem se materializado nas recentes reformas no processo e, mais do que isso, com uma interpretação corajosa e progressista das novas normas legais.

---

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 163.



Desse modo, a adoção de uma postura menos rígida do ponto de vista positivista, mas igualmente jurídica, comprometida com os objetivos de realização da justiça e de concretização dos princípios constitucionais, e a preocupação com os efeitos maléficos da ação do tempo são requisitos indispensáveis para correta aplicação das medidas coercitivas positivadas em nosso ordenamento processual.

### O JUIZ

Como restou mencionado no item anterior, mais importante do que a alteração da legislação, torna-se necessária a adoção de uma nova postura por parte do aplicador da lei, ou seja, exige-se que o juiz tenha uma nova conduta para melhor aplicação do Direito, não só porque deve ser alguém integrado no seu tempo como também levando em conta a sua condição de um dos sujeitos do processo.

Tomando ainda de empréstimo as conclusões do Grupo 2, no debate que se realizou na Escola Judicial, torna-se indispensável, como exigência de uma sociedade complexa e conflituosa como a nossa, que o juiz compreenda o contexto em que se encontra inserido e se situe historicamente na sociedade para melhor desempenhar o seu papel.

Para o juiz do trabalho em especial, ainda como resultado das discussões ocorridas no referido debate, esse desafio implica o conhecimento do mundo do trabalho com suas peculiaridades, sua dinâmica e o tipo de conflito ou conflitos que é convocado a julgar.

Na parte do referido debate relacionada com o comentário dos juizes, um deles, com muita propriedade, embora falando de forma geral, mas com manifestação que se identifica bem com o perfil que se exige do juiz do trabalho, sustentou que o exercício da magistratura requer ampla compreensão da sociedade, do contexto da jurisdição e dos fatores políticos, econômicos e sociais que a envolvem.

Acrescenta ainda que a magistratura terá legitimidade e reconhecimento social na medida em que responder às demandas quantitativas e qualitativas da sociedade, na medida em que, acrescentamos, essa resposta se verificar de forma eficaz e em tempo razoável.

Na apresentação de excelente livro com o título *O juiz e o acesso à justiça*, de José Renato Nalini, o Ministro do STF, Carlos Mário Velloso, depois de afirmar que as vigas mestras do *due process of law* são a efetividade da jurisdição e o acesso à justiça, reconhece que é fundamental para sua concretização que o juiz esteja consciente de sua responsabilidade política.<sup>2</sup>

Afirma, mais adiante, valendo-se do texto do livro que está sendo apresentado, que a primeira medida a ser perseguida é “a reformulação do pensamento do juiz,

---

2 NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. Edição revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 09.

agente qualificado para opor reação válida à crise do direito e da justiça em nossa época”, o que passa pelo estudo comparativo e enfoque constitucional no exercício da magistratura.<sup>3</sup>

Nessa percepção da realidade que o cerca, valendo-me do livro anteriormente mencionado, o juiz deve estar consciente de que não há boa vontade por parte da sociedade em relação a todo serviço que emana do Poder Público, existindo uma certeza da morosidade em relação aos serviços judiciais prestados e um atraso na resposta dada pelo Judiciário, considerando a conjuntura histórica que deu origem aos diplomas legais em relação à dinâmica da vida social e mesmo em função das regras processuais a que se encontra adstrito o juiz.

O primeiro instrumento que deve ser utilizado pelo juiz para sua superação é uma utilização sistemática da Constituição, como restou mencionado anteriormente, com a exploração de todas as suas possibilidades, oferecendo uma interpretação criativa das disposições legais na linha da nova postura que a sociedade espera do juiz.

A esse propósito, enfatizando a necessidade de que o juiz brasileiro seja, sobretudo, um juiz constitucional, sendo imprescindível a mudança de mentalidade na aplicação das inovações legislativas, Renato Nalini afirma que “de nada adiantaria a notável contribuição da doutrina rumo a um contínuo repensamento do processo, se esbarrasse na consciência rígida e inflexível do juiz. Dele dependerá a concretização das mensagens normativas constitucionais e a implementação da melhor doutrina. Não por acaso já se afirmou que cinco linhas de um acórdão podem invalidar bibliotecas inteiras. A tamanho poder corresponde proporcional responsabilidade”.<sup>4</sup>

Obviamente que as transformações que se desejam sejam realizadas na aplicação do direito, a par de imprescindível de uma nova mentalidade do juiz, exigem também uma contrapartida dos demais operadores jurídicos, tornando a instrumentalidade do processo verdadeira rotina na atividade judicial.

Desse modo, na aplicação das medidas coercitivas, muito mais do que uma interpretação rigorosa do ponto de vista técnico-jurídico, é necessário ter em conta, na sua aplicação, assim como de outros dispositivos processuais, uma perspectiva criativa, referenciada pelos princípios constitucionais e pela vontade permanente de fazer justiça.

### DIMENSÃO TEMPORAL

A questão relacionada com o tempo sempre foi uma preocupação dos homens em todos os campos do conhecimento e de atividade, atraindo os filósofos em suas

---

3 Ob. cit., p. 09.

4 Ob. cit., p. 139.

especulações como também os juristas, que sempre conviveram com o tempo no estudo do Direito ou a sua influência na configuração dos institutos jurídicos como a prescrição, decadência, usucapião etc.

Tratando-se do processo, essa preocupação deve ser acentuada na medida em que cumpre a função pública de garantia de paz na sociedade e mecanismo de solução dos conflitos quando a sua tramitação se verifica em prazo razoável.

Não é sem razão que se aprovou, no bojo da Emenda Constitucional da Reforma do Poder Judiciário, dispositivo que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade em sua tramitação (art. 5º, LXXVIII – “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

Antes disso, por força do art. 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica – do qual o Brasil é signatário, incorporado ao nosso ordenamento jurídico em decorrência do procedimento de adesão e promulgação – e, especialmente, considerando o disposto no § 2º do art. 5º da CF, já havia a previsão de que “toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...”.

Nas discussões sobre a Reforma do Judiciário, há sempre a preocupação com a morosidade, entendendo muitos que haverá uma frustração com a alteração constitucional levada a efeito, porquanto esse problema somente será debelado, com alterações em nosso estatuto processual, com a utilização de mecanismos que possam eliminar a possibilidade infinita de recursos e medidas judiciais.

Em artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 17.07.2004, a propósito da necessidade ou não da súmula com efeito vinculante, Renato Nalini, discorrendo sobre o problema da morosidade, afirma: “A única mácula – por todos reconhecida – do equipamento estatal encarregado de administrar o justo é a lentidão. A sociedade caminha num ritmo próprio, sob o signo da velocidade. Para a Justiça o ritmo é outro. A prestação jurisdicional se submete a outro padrão temporal. Não fora o processo uma ciência reconstrutiva do passado, única dimensão familiar do Judiciário”.

É evidente que a criticada demora na resposta pelo Judiciário tem como uma de suas causas o fato de que não pode haver atropelo das formas processuais, representando um desafio a compatibilização da celeridade com a observância dos princípios fundamentais inscritos em nosso ordenamento.

Nesse passo, o juiz tem inegável importância, porquanto ocupa lugar de destaque na relação processual, sendo certo por isso que José Rogério Cruz e Tucci afirmou: “O juiz, pois, como principal protagonista do processo, tem o poder-dever de assegurar a trajetória regular do processo, já que é investido de amplas prerrogativas para, de um lado, organizar a seqüência de atos, e, de outro, reprimir o comportamento abusivo dos litigantes”.<sup>5</sup>

---

5 *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

## DOUTRINA

Na atividade judicante, como mencionado por Cruz e Tucci, a efetividade deverá andar de braços dados com a celeridade, sob pena de a primeira se esvaziar como mecanismo de realização da justiça no caso concreto, impondo-se a observância de uma proporcionalidade entre o tempo de solução da controvérsia e a natureza do objeto litigioso.

É necessário, como menciona este último autor, que se busque um ponto de equilíbrio entre segurança e celeridade, de forma que nenhum desses valores atue em prejuízo do outro, sendo indispensável a atuação do juiz até mesmo como condição de legitimidade da atividade judicial.

Assim, impõe-se a consideração do tempo na interpretação e aplicação das normas processuais, especialmente as medidas coercitivas, que buscam garantir de forma expedita o cumprimento de determinada obrigação, sendo certo que o prazo razoável como construção doutrinária para tutela jurisdicional encontra previsão nos vários ordenamentos jurídicos.

### MEDIDAS COERCITIVAS E A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

Para uma perfeita compreensão das medidas coercitivas como instrumento de efetividade da jurisdição, é indispensável que se tenha clareza no tocante aos direitos fundamentais e seu conteúdo.

Para os constitucionalistas, a efetividade da tutela jurisdicional se inscreve como direito fundamental, significando com isso a sua elevação a um patamar constitucional, inclusive no que toca à atuação do Poder Judiciário.

Para Marcelo Lima Guerra, a distinção na terminologia utilizada pelos processualistas e constitucionalistas está exatamente na maior força jurídica que estes últimos atribuem à garantia da tutela efetiva.<sup>6</sup>

Entendida a efetividade da jurisdição como direito fundamental, cabe estabelecer, ainda que de forma superficial, os contornos deste último para que se possa entender como devem ser aplicadas as medidas coercitivas.

Em primeiro lugar, seguindo o ensinamento da melhor doutrina, deve ficar esclarecido que os direitos fundamentais são imprescindíveis à democracia e, como não poderia deixar de ser, a um Estado Democrático de Direito como o nosso, tanto que tal assertiva se encontra no preâmbulo de nossa Constituição.

Tudo isso, como se sabe, como fruto de uma nova perspectiva na conformação do Estado em que a cidadania adquire relevância e em que os direitos individuais são preservados contra o próprio Estado, evoluindo posteriormente para tutela dos direitos sociais e de terceira geração.

Portanto, na tentativa de buscar uma universalidade conceitual para os direitos fundamentais, a doutrina considera como ponto comum o respeito à dignidade da

---

6 *Execução indireta*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

pessoa humana. Nesse sentido, a conceituação de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco considerando que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana”.<sup>7</sup>

Mais adiante, acrescentam que: “Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os Tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte”.<sup>8</sup>

Nesse ponto, cabe dizer, ainda com os constitucionalistas mencionados, que houve uma opção clara do constituinte pela aplicação imediata dos direitos e das garantias fundamentais, sem intermediários ou necessidade de disposição legislativa.

Desse modo, os juízes, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, podem aplicar diretamente a norma constitucional pela via interpretativa, ainda que contra a lei, desde que esta não se conforme ao texto constitucional. Não devem, ainda, seguindo os ensinamentos dos publicistas mencionados, interpretar de forma excessivamente rigorosa as normas processuais de forma a inviabilizar a sua aplicação e a solução dos conflitos.

Cabe, pois, deixar assentado que a efetividade da jurisdição como corolário do acesso à justiça é direito fundamental previsto em nossa Carta Magna, não só pela adoção de uma postura interpretativa aberta em tema de direito fundamental, mas também pelo fato de se encontrar consagrada de forma expressa na Constituição Federal.

Cumpra ao juiz, nessa matéria, ter a consciência de que se trata de tema vinculado a direito fundamental, positivado na Constituição Federal, que exige uma postura interpretativa diferenciada de forma a dar a máxima eficácia possível à prestação jurisdicional.

Nesse passo, Marcelo Lima Guerra especifica três princípios relacionados com a atividade jurisdicional:

“a) o juiz tem o poder-dever de negar aplicação à lei infraconstitucional na medida em que se revele contrária a um direito fundamental ou lhe imponha limitações excessivas;

b) a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição, no sentido de que na aplicação da lei infraconstitucional deve ser considerada em primeiro lugar a sua compatibilização com a Constituição e adequar a decisão o máximo possível aos direitos fundamentais em jogo;

---

7 *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 116.

8 *Ob. cit.*, p. 132.

## D O U T R I N A

c) Ainda que no silêncio da lei, o juiz deverá adotar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender os direitos fundamentais.”<sup>9</sup>

Embora não se referindo especificamente ao juiz ou à atividade jurisdicional, Barbosa Moreira, ao tratar da efetividade do processo, indica pontos essenciais para sua configuração:

“a) capacidade de tutelar todos os direitos (‘e outras situações jurídicas de vantagem’) haja ou não específica previsão normativa;

b) instrumental processual utilizável praticamente, sem distinção de pessoas e disponível ‘inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos’;

c) capacidade de chegar ‘à completa reconstituição dos fatos relevantes’;

d) capacidade de assegurar o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus (o vencedor) segundo o ordenamento;

e) mínimo dispêndio de tempo e energias.”

Fixadas essas premissas, especialmente no que se refere à efetividade da jurisdição como direito fundamental, situando-se as medidas coercitivas como instrumento indispensável para sua concretização, é que se poderá passar ao estudo destas últimas do ponto de vista prático e teórico, bem como à sua aplicação ao processo do trabalho.

### MEDIDAS COERCITIVAS NO PROCESSO CIVIL

A partir da primeira reforma processual, houve uma verdadeira revolução no sistema de tutelas, especialmente quanto à tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer, com a nova redação do art. 461 do CPC, introduzida pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

Referido dispositivo legal surge como oposição à idéia de que o cumprimento da obrigação de fazer ofenderia a dignidade do ser humano, ou melhor, é consequência da evolução do pensamento em sentido diverso ao de que as obrigações apenas poderiam ser resolvidas com o pagamento da indenização correspondente.

O legislador fez uma clara opção pelo cumprimento específico da obrigação com a produção do mesmo resultado final como se existisse processo ou ação judicial, com a utilização de mecanismos que exercem pressão psicológica sobre a vontade do obrigado.

Assim, sem adentrar na discussão se esses mecanismos de cumprimento da obrigação constituem verdadeira execução no sentido de ato jurisdicional de cumprimento da obrigação que substitui a vontade das partes em conflito, o fato é que as medidas coercitivas previstas no referido dispositivo legal são imprescindíveis para o cumprimento da obrigação e levam ao mesmo resultado da execução forçada.

---

9 Ob. cit., p. 52-54.

Como o resultado é o mesmo e não se pode falar em cumprimento voluntário da obrigação, não há como deixar de reconhecer que as medidas coercitivas, embora com métodos diversos, deixam evidenciado o poder do Estado de garantir o cumprimento da obrigação, ainda que com a participação do obrigado.

De qualquer forma, admite-se a cumulação de medidas coercitivas com meios sub-rogatórios para cumprimento da obrigação, não havendo uma relação de precedência mas sim de garantia de maior eficácia, a fim de que a obrigação seja cumprida da forma mais expedita possível.

### MEDIDAS COERCITIVAS (CONCEITO, NATUREZA, CARACTERÍSTICAS)

As medidas coercitivas, portanto, são aqueles mecanismos existentes em nosso ordenamento jurídico para, influenciando psicologicamente a vontade do obrigado, garantir o cumprimento da obrigação.

José Roberto Freire Pimenta, em alentada tese, ainda inédita, citando Carnelutti, assevera que este autor foi quem melhor distinguiu as medidas coercitivas e a execução direta por meios sub-rogatórios, definindo as primeiras como medidas judiciais contra o obrigado, destinadas a pressionar a sua vontade para dele obter o próprio adimplemento.

Embora se referindo à multa, Carreira Alvim adota conceituação que, pela sua generalidade, aplica-se às medidas coercitivas: “A multa, da mesma forma que a astreinte (de *astreindre*, obrigar), consiste numa sanção processual imposta como meio de coação psicológica, destinada a vencer a resistência do obrigado, para que ele cumpra o preceito”.<sup>10</sup>

Retira-se dessas definições que a medida coercitiva tem um cunho sancionatório, eminentemente processual, visando, sobretudo, ao adimplemento da obrigação, sem, no entanto, adquirir caráter punitivo.

Talamini esclarece que as medidas coercitivas teriam a natureza de mecanismos indutivos negativos, pois visam a influenciar o comportamento do sujeito com a ameaça de um mal, caso ele desrespeite o comando.<sup>11</sup>

Referindo-se ainda à natureza jurídica das medidas coercitivas, afirma que constituem um novo gênero entre a pena e a restituição, aproximando da primeira quanto à sua estrutura, pois recai sobre bem diferente daquele que é objeto da obrigação e identifica-se com a restituição por ter finalidade satisfativa.

Por fim, quanto às suas características, conclui-se que também podem ser retiradas de sua definição e natureza jurídica apontadas anteriormente. Assim, Marcelo Guerra aponta as seguintes características das medidas coercitivas:

---

10 ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 113.

11 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

- “a) natureza processual ou jurisdicional;
- b) ausência de qualquer finalidade ressarcitória ou punitiva;
- c) possibilidade de sua aplicação fora do processo de execução, na efetivação da tutela cautelar ou antecipatória.”<sup>12</sup>

## MEDIDAS COERCITIVAS EM ESPÉCIE (MULTAS, MEDIDAS DE APOIO E PRISÃO)

### *Multas*

Inscribe-se a multa como medida coercitiva patrimonial, positivada em nosso ordenamento jurídico, e de larga utilização para cumprimento da obrigação específica de fazer e não-fazer, podendo ser utilizada em outras situações tal o grau de efetividade da tutela jurisdicional que acarreta.

Em primeiro lugar, é pacífica a sua condição de medida coercitiva, aspecto admitido mesmo antes da reforma processual, conforme relata Marcelo Lima Guerra, especialmente porque é aplicada independente da indenização por perdas e danos quando não há o cumprimento específico da obrigação, conforme se extrai do art. 461, § 2º, do CPC.

De outro lado, com base nos ensinamentos do referido autor que, de resto, tem as suas conclusões resumidas nos parágrafos seguintes, podem ser fixadas mesmo na ausência de prejuízo, porquanto não têm caráter ressarcitório, não tendo como parâmetro o prejuízo verificado, mas o cumprimento da obrigação.

Nesse ponto, invoca-se o § 4º do art. 461 do CPC, que estabelece os parâmetros para sua fixação, devendo ser norteados pelos critérios da suficiência e compatibilidade para cumprimento da obrigação, isto é, que seja apta ao cumprimento da obrigação, considerando-se especialmente o caso concreto.

Além desses critérios, segundo o autor mencionado, deve ser considerada a possibilidade de cumprimento da obrigação, ou seja, tornando-se impossível o cumprimento da obrigação, não há como continuar a ser contada a multa.

O juiz deverá considerar a situação fática na fixação da multa, podendo majorá-la ou reduzi-la dependendo da situação do obrigado, sempre de forma fundamentada, considerando especialmente o efeito prático no adimplemento da obrigação.

A fixação de data e periodicidade da multa deve observar, no primeiro caso, o inadimplemento da obrigação e, no segundo caso, a urgência no cumprimento da obrigação, embora conste no dispositivo legal que a multa será diária.

---

12 Ob. cit., p. 36-37.



A multa se reverte para o credor da execução, embora não seja expresso o legislador quanto a esse aspecto, mas é esta a inteligência doutrinária e jurisprudencial, por aplicação analógica do art. 601 do CPC, apesar de criticável essa destinação da multa, porquanto visa a garantir o respeito às decisões judiciais.

De outro lado, Talamini acrescenta que no processo coletivo a multa é destinada aos “fundos”, na forma prevista no art. 13 da Lei nº 7.347/85 (Decreto nº 1.306/94, art. 2º) e no art. 214 da Lei nº 8.069/90.<sup>13</sup>

#### *Medidas de apoio*

As medidas de apoio são também consideradas meios coercitivos, registrando-se que a enumeração contida no § 5º do art. 461 do CPC não é exaustiva, mas meramente exemplificativa, tendo significado semelhante, em sede de tutela específica, segundo a melhor doutrina, ao art. 798 do CPC em matéria de processo cautelar no que se refere ao poder geral de cautela assegurado ao juiz.

Para Marcelo Lima Guerra, o referido parágrafo do art. 461 do CPC constitui verdadeira norma de encerramento, no sentido de que possibilita a adoção, de forma completa, de medidas para garantia da efetividade da jurisdição, ainda que não haja previsão expressa em nosso ordenamento.<sup>14</sup>

Cabe também mencionar a posição de Dinamarco, citado por Marcelo Lima Guerra, no sentido de que o § 5º do art. 461 do CPC discrimina as medidas necessárias de forma exemplificativa para garantir a efetividade da jurisdição, admitindo-se também medidas atípicas para debelar a resistência do obrigado.<sup>15</sup>

#### *Prisão*

Para Marcelo Lima Guerra, apenas a prisão do devedor de alimentos constitui medida coercitiva que se caracteriza como execução indireta, o mesmo não ocorrendo com a hipótese de prisão do depositário infiel, porque não se verifica no bojo do processo de execução.<sup>16</sup>

No entanto, como a prisão do depositário infiel via de regra ocorre sim no bojo da execução, não necessitando da respectiva ação de depósito, a distinção feita pelo eminente autor não tem razão de ser, representando esta última modalidade também uma forma de execução indireta.

De outro lado, conforme esclarece Marcelo Lima Guerra, a possibilidade de prisão na prestação alimentícia se justifica pelo fato de tratar de crédito com

---

13 Ob. cit., p. 257.

14 Ob. cit., p. 61- 64.

15 Ob. cit., p. 612-62.

16 Ob. cit., p. 214.

peculiaridade especial, devendo antes ser tentado o desconto em folha para evitar a medida extrema em nome também do princípio da proporcionalidade, considerando que se refere a direito fundamental.<sup>17</sup>

Ademais, tem-se admitido a prisão civil como medida coercitiva inominada, com base nas disposições do § 5º do art. 461 do CPC.

Nesse sentido, representando corrente minoritária, é a posição de Alexandre Freitas Câmara e Luiz Guilherme Marinoni, sendo certo que este último explicita a sua posição da seguinte maneira:

“Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflituos concretos, está igualmente obrigado a usar os meios necessários para que suas ordens (o seu poder) não fiquem à mercê do obrigado. Não se diga que essa prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois, se tal fosse verdade, não se admitiria a razão para admissão do emprego deste instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha. Na verdade, a concepção de processo posto como instrumento à disposição das partes é que encobre a evidência de que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Se o processo é, de fato, instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando estão em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a Constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão por dívida.”<sup>18</sup>

Depois de informar que a doutrina tem se omitido quanto ao fato de que as exceções que justificam a prisão são apenas aquelas previstas no art. 5º, LXVII, da CF, ou seja, o devedor de alimentos e o depositário infiel, Marcelo Lima Guerra esclarece que Pontes de Miranda é a honrosa exceção no tratamento da matéria, admitindo que a dívida mencionada no dispositivo constitucional deve ser considerada em sentido estrito.<sup>19</sup>

Acompanhando o posicionamento minoritário, Marcelo Lima Guerra sustenta que a prisão civil é importante meio para garantir o direito fundamental à tutela efetiva, e não restrição ao direito de liberdade, devendo a prisão por dívida, citada

---

17 Ob. cit., p. 220.

18 *Novas linhas do processo civil*. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87- 88.

19 Ob. cit., p. 244-245.

no dispositivo constitucional, ter interpretação restritiva, referindo-se apenas às obrigações pecuniárias.

### MEDIDAS COERCITIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Na análise da aplicação das medidas coercitivas no processo do trabalho, deverá ser considerado o período anterior e posterior à reforma processual e o seu tratamento na doutrina e na jurisprudência.

No período anterior à reforma, a posição contrária na doutrina era adotada por Wagner Giglio, que não admitia a aplicação do art. 287 do CPC, argumentando com o caráter imperativo das normas trabalhistas, que deixa pouca margem à vontade das partes, fixando-se de antemão as sanções legais.<sup>20</sup>

De forma contrária à posição anterior, encontrava-se a maioria dos doutrinadores, como Amauri Mascaro Nascimento e Francisco Antônio de Oliveira, que consideravam o referido dispositivo legal compatível com o objeto e as finalidades do processo do trabalho.

Na jurisprudência, também não vamos encontrar unanimidade, pois, enquanto havia cominação de multa para garantir o recolhimento das contribuições do FGTS, outra vertente jurisprudencial entendia que a multa pela falta de anotação da CTPS não tinha amparo legal, ou que falecia competência à Justiça do Trabalho para tanto, argumentando com a existência de dispositivo legal que impunha essa obrigação à Secretaria da JCJ (art. 39, § 1º, da CLT).

Após a reforma processual, consagrando comando já expresso em legislação esparsa a respeito da tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer e as medidas coercitivas, o art. 461 do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho, ocupou o seu lugar de “lei processual geral”, tornando completo o sistema de tutela específica e a possibilidade da adoção genérica de medidas coercitivas também nesse ramo do Direito.

Assim, tudo o que restou mencionado em relação ao processo civil no tocante às medidas coercitivas tem inteira aplicação ao processo do trabalho, não só porque serve de instrumento para satisfação de crédito de natureza alimentar como também porque o trabalho é valor social que constitui fundamento da República.

Desse modo, a aplicação do art. 461 do CPC no processo do trabalho poderá ocorrer em inúmeras situações como informa Von Adamovich:

“Em contratação coletiva, não raro, encontramos obrigações do empregador como as de prestar determinada espécie de informação aos empregados ou a órgãos públicos em matérias de interesse dos primeiros, ou aquelas de observar determinados procedimentos nas dispensas de empregados, ou ainda de executar determinada obra em suas instalações

---

20 *Direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, p. 238.

para proteger a saúde e a integridade física dos empregados, ou mesmo normas de conduta de proteção à gestante, ao acidentado no trabalho, aos empregados deficientes físicos e também, em sede de regramento legal, a simples observância de comportamentos ou prestações de fazer especificamente impostas por lei ao empregador. Note-se, a propósito, que as obrigações de prestar fato ou abster-se dele em Direito do Trabalho, em boa medida, dizem respeito às matérias de Medicina e Segurança do Trabalho, que envolvem especiais cuidados com a pessoa do empregado, assumindo a sua sistemática violação pelo empregador gravidade que deve merecer atenção imediata e redobrada das autoridades encarregadas de conhecer daquelas matérias. Não são simples infrações administrativas, como se possa equivocadamente querer fazer crer, notadamente porque a um dever patronal de observância de um comando administrativo do legislador que tenha por atenção a saúde ou a segurança do empregado, evidentemente, há de corresponder um direito deste de exigir judicialmente o cumprimento daquelas regras. A exigência judicial de cumprimento de tais obrigações, por seu turno, não pode excluir o recurso à tutela de urgência em matéria de suma gravidade como as que aqui referimos.”<sup>21</sup>

Fixando-se no dissídio individual, Sérgio Pinto Martins oferece uma série de exemplos de obrigações de fazer e não-fazer que justificariam a tutela específica e a utilização de medidas coercitivas em seu cumprimento:

“(...) gestante que trabalha em pé e precisa trabalhar sentada, em função da gravidez; empresa que exige serviços com peso excessivo além de 20 quilos para o trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional para a mulher (art. 390/CLT) e o menor (§ 5º do art. 405/CLT); mudar a função do empregado para não trabalhar em local insalubre ou perigoso. A tutela específica seria utilizada para o cumprimento de uma obrigação de não-fazer, de não exigir o carregamento de pesos superiores aos permitidos pela legislação. Entretanto, a questão relativa a pesos poderia dar ensejo à rescisão indireta, se assim entendesse o reclamante, com fundamento na alínea *a* do art. 483/CLT, por serem exigidos serviços superiores às forças do empregado e vedados por lei. Outros exemplos poderiam ser destacados como de o empregador não estabelecer discriminações; de não rebaixar o trabalhador de função; de promover o obreiro nos casos de quadro organizado em carreira, por merecimento e antigüidade.”<sup>22</sup>

Este último autor, embora admitindo a tutela específica no processo do trabalho, não concorda com a aplicação de multas por entender que estas já têm

---

21 VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique. *A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico comparativa: idéias para o caso brasileiro*, p. 226/227.

22 MARTINS, Sérgio Pinto. *Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 112/113.

previsão específica na CLT, a exemplo da anotação da CTPS (art. 39), férias (art. 137, § 2º) e reintegração do empregado (art. 729).

Também ganha relevância a aplicação das medidas coercitivas nas ações civis públicas, exatamente porque a compensação em pecúnia pelo descumprimento das normas trabalhistas representa verdadeira ofensa ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

José Roberto Freire Pimenta, em sua excelente tese de doutorado, citando o Ministro do TST, João Oreste Dalazen, enriquece a casuística das obrigações de fazer e não-fazer existente no processo do trabalho, que pode ser sintetizada da seguinte forma:

“a) obrigação patronal de não-fazer consistente na impossibilidade de dispensa de empregado com estabilidade no emprego;

b) obrigação do empregador de não estabelecer discriminação salarial de empregados fora dos casos consentidos na lei;

c) obrigação do empregador de não rebaixar o empregado de função ou proceder à alteração lesiva do contrato de trabalho em ofensa ao art. 468/CLT;

d) obrigação do empregador de promover o empregado desde que preenchidos os requisitos previstos em quadro organizado de carreira;

e) quando a empresa deixar de cumprir espontaneamente as obrigações de fazer e não-fazer previstas nos termos de ajuste de conduta;

f) quando se tornar necessário, impedir a adoção de práticas na entrada e saída do serviço que sejam ofensivas à honra e dignidade do trabalhador.”

Em sede jurisprudencial, o sinal dos novos tempos já se fez sentir, embora ainda haja uma ou outra voz isolada, com posição conservadora na aplicação subsidiária da norma processual no processo do trabalho.

Por todos, cabe citar o seguinte julgado:

“Ementa: MULTA DIÁRIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – A cominação de multa diária (astreintes) reforça a respeitabilidade da decisão judicial e predispõe o jurisdicionado a cumprir o comando judicial. Essa multa deve ser fixada em valor suficiente e compatível, de modo a exercer intenso constrangimento na vontade do réu recalcitrante. No entanto, não deve ser excessiva a ponto de levar ao absurdo, trazendo exorbitante gravame patrimonial ao obrigado e se tornando fonte de enriquecimento do credor. Recurso a que se dá provimento parcial para reduzir a multa diária para os limites da razoabilidade.”<sup>23</sup>

---

23 TRT 3ª R., RO 1745/98, 2ª T., Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, DJMG 04.12.1998, p. 12.

## D O U T R I N A

Desse modo, as medidas coercitivas têm a mais ampla aplicação no processo do trabalho no sentido de abarcar todas as situações, de forma que nenhuma obrigação fique sem o correspondente instrumento legal para o seu cumprimento.

À guisa de conclusão, cabe citar pertinente parágrafo da tese do il. juiz e professor José Roberto Freire Pimenta, referindo-se aos mecanismos processuais de garantia da efetividade da jurisdição em sede trabalhista:

“A ampla adoção desses mecanismos processuais na esfera trabalhista em nosso País servirá de instrumento para uma mudança na qualidade das relações entre o capital e o trabalho (tornando-as menos discriminatórias e elevando-as para patamar mais civilizado) e para maior efetividade do próprio Direito Material do Trabalho brasileiro. Paralelamente, a própria atuação da Justiça do Trabalho será grandemente ampliada em áreas de imensa relevância social, contribuindo para que ela deixe de ser considerada uma mera ‘Justiça dos desempregados e dos acertos de contas’, como infelizmente hoje acontece.”

# A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO: ALGUMAS PROPOSTAS METODOLÓGICAS PARA A INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA ESFERA JUSLABORAL

Fábio Rodrigues Gomes\*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve digressão sobre as origens e divergências dogmáticas em torno da eficácia dos direitos, liberdades e garantias constitucionais na relação jurídica entre particulares; 2 Peculiaridades da *Drittwirkung* na esfera juslaboral; 3 A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A temática em torno da intricada questão sobre “como” ou “em que medida” devem incidir as normas constitucionais nas relações privadas vem sendo há muito debatida pela doutrina estrangeira. E, mais recentemente, tornou-se objeto de alentados trabalhos no âmbito acadêmico brasileiro.<sup>1</sup> Esta manifestação tardia no cenário jurídico nacional deixa de causar estranheza quando passamos os olhos por

---

\* *Ex-Procurador Federal. Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 1ª Região. Mestrando em Direito Público pela UERJ.*

1 Podemos mencionar como alguns exemplos da bibliografia sobre a matéria, entre nós: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: eficácia jurídica*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

nossa alquebrada experiência constitucional, que contou com nada mais nada menos do que oito Cartas Políticas.

Realmente, não podemos olvidar que tal prodigalidade legislativa veio sempre mal acompanhada de nenhuma efetividade normativa, uma vez que, subjacente às nossas Constituições pretéritas, sucederam-se golpes de Estado, bravatas populistas, ditaduras (civil e militar), enfim, um conjunto de fatores que ensejou uma enorme instabilidade política, instabilidade essa que não poderia dar noutra coisa que não fosse a elaboração de imponentes monumentos à hipocrisia; ou, nas palavras do professor Luis Roberto Barroso, à *insinceridade constitucional*.<sup>2</sup> E essa conduta depreciativa da Carta Magna se revelou em diversos momentos de nossa história, como, por exemplo, quando se afirmava, em 1824, em pleno regime escravocrata, que “a lei seria igual para todos”, bem como quando, em 1969, foram prometidas benesses esdrúxulas aos trabalhadores, tais como “colônias de férias e clínicas de repouso”.<sup>3</sup> Obviamente que esta insistência do constituinte em se afastar da realidade acabou por enraizar no sentimento do povo brasileiro uma terrível patologia social calcada na mistificação da Constituição, associando-a, cada vez mais, a um instrumento de dominação ideológica – *a um apanhado de belas palavras predestinadas a permanecer apenas como letras de forma numa folha de papel* (Ferdinand Lassale).

Mas, com a redemocratização do País, ganhou força o “constitucionalismo brasileiro da efetividade”.<sup>4</sup> Resultando de uma necessidade histórica e tida como

2 BARROSO, Luis Roberto. A doutrina da efetividade. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, t. III, 2005, p. 63.

3 Idem, ibidem.

4 Expressão utilizada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 288.

De acordo com a definição assente na doutrina, a *eficácia jurídica* seria a “aptidão formal [da norma] para incidir e reger situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios” (BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85), ou “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita (...) diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66). Desde as lições do eminente Ruy Barbosa, já se apontava que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica. Entretanto, esta aptidão de produzir efeitos não se confunde com os desdobramentos da decisão pela aplicação da norma no caso concreto, ou seja, não se confunde com a sua *efetividade ou eficácia social*.

Diz-se que uma *norma* é socialmente eficaz quando ela é efetivamente cumprida pela sociedade, i.e., quando os seus objetivos são alcançados (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277-278). Revela-se, pois, como a *sua concretização no mundo dos fatos, o desempenho efetivo de sua função social* (BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. cit., p. 84-85). A rigor, trata-se de um fenômeno complementar à noção de eficácia jurídica da norma, pois, como ressalta o



um rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, a *doutrina brasileira da efetividade* inoculou na comunidade jurídica nacional o gérmen da inquietação, do inconformismo com o faz de conta institucional, a ponto de, atualmente, ter-se pacificado a compreensão da *natureza jurídico-normativa da Constituição*.<sup>5</sup>

Em virtude desta guinada jusfilosófica, os operadores do direito se viram compelidos a “olhar para cima”<sup>6</sup> e iniciar a peregrinação em direção ao topo do ordenamento jurídico. Por certo que a saída da “caverna legalista” levou, e ainda leva, a alguns desconfortos sensoriais, uma vez que tornou necessário não apenas um novo enfoque sobre o direito positivado, como também nos obrigou a uma releitura das entrelinhas do texto normativo para além dos conceitos e preconceitos aparentes, a fim de adequá-los todos às luzes valorativas da Constituição, aos seus fundamentos materiais. Esta – a “constituição cidadã” – foi colocada no centro de gravidade do sistema, fazendo com que suas normas adquirissem, a par da concessão de posições jurídicas subjetivas, uma *dimensão objetiva* que, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento, abriu espaço para o desenvolvimento de novas intelecções, tais como o movimento pós-positivista,<sup>7</sup> a “constitucionalização” do direito privado<sup>8</sup>

---

Professor Barroso, o Direito existe para realizar-se, sendo a sua desconsideração uma verdadeira anomalia (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 242).

- 5 Por todos, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31-57.
- 6 Estamos nos referindo à estrutura escalonada da ordem jurídica, na qual a Constituição ocuparia o ápice. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 246-247: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas (...) a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.
- 7 Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *Op. cit.*, p. 336, em que os autores, de maneira bastante esclarecedora, definem pós-positivismo como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética”.
- 8 Sobre esta reformulação do direito privado, que deveria passar por uma “filragem” constitucional, cf. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MORAES, Maria Celina Bondin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, v. 65; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

e a inserção, na dogmática nacional, da discussão acerca da chamada *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*,<sup>9</sup> trazendo de volta para o seio do direito de matriz romano-germânica a noção de *racionalidade prática* e da *lógica do razoável*, em substituição aos dogmas da subsunção automática estruturada sobre uma lógica estritamente formal.<sup>10</sup>

Ora, sendo a relação de emprego originária de um vínculo contratual formado, em regra, entre particulares, pergunta-se: (1) Estaria este ajuste sujeito às mesmas controvérsias que foram estabelecidas pela doutrina quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas? (2) Estariam os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho) atentos para esse “novo horizonte hermenêutico”<sup>11</sup> da relação de trabalho subordinado, que não só abrange, mas também ultrapassa os espaços previamente demarcados pelos dispositivos constitucionais específicos que tratam desta esfera de atuação humana?

Em vista das peculiaridades inerentes ao contrato de emprego e do seu inegável relevo constitucional, eis que o valor social do trabalho foi materializado

9 Em virtude da controvérsia existente sobre qual a melhor terminologia para o objeto do nosso estudo – “eficácia horizontal”, “eficácia em relação a terceiros”, “eficácia externa” ou “eficácia privada” –, optamos pela designação acima utilizada (“eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”), uma vez que não deixa margem a dúvidas e evita discussões vazias que, ao fim e ao cabo, não contribuem para dissipar os problemas decorrentes de sua aplicação. Neste sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado (...)*. In: Op. cit., p. 112-117; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 8-10 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos (...)*. In: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 132-137.

10 Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto: “Refiro-me à tendência contemporânea de reinclusão da razão prática na metodologia jurídica, em contradição direta com a perspectiva kelseana, alicerçada no positivismo da Escola de Viena, de que somente a observação pode ser racional (razão teórica), e não a atividade de construção de normatividade. Esta estaria relegada ao campo da decisão, impassível de controle racional. Essa retomada da razão prática na metodologia jurídica tem sido uma das principais propostas do movimento contemporâneo de idéias – denominado, ainda na ausência de uma expressão autocentrada, de pós-positivismo. (...) é esse contexto em que ressurgem de maneira intensa os debates sobre a fundamentação filosófica dos direitos humanos. (...) Conceitos como os de dignidade humana, reserva de justiça, liberdade real, igualdade material, entre outros, (...) são alçados à categoria de pressupostos legitimadores da ordem jurídica (...) com o estabelecimento de padrões de racionalidade material constitucional como critérios norteadores da interpretação jurídica”. Cf. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Op. cit., p. 302-304. Lapidar também a lição de Daniel Sarmento, ao asseverar que: “(...) se o modelo lógico-substutivo se revela imprestável diante das características do Direito Constitucional, urge, em prol da transparência e da controlabilidade das decisões do intérprete, recuperar e promover a idéia de racionalidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente. A adoção da perspectiva principialista da Constituição não exclui, mas antes impõe, o desenvolvimento de praxes interpretativas e argumentações constitucionais racionais, transparentes, que gerem estabilidade e previsibilidade e não quebrem a idéia do direito como produto da vontade racional do povo, e não o fruto do decisionismo de magistrados, convertidos à posição de oráculos sagrados”. Op. cit., p. 154.

11 SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado (...)*. In: SARLET, Ingo (org.). Op. cit., p. 160.

como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil,<sup>12</sup> pretendemos realizar uma abordagem que permita ao leitor refletir sobre as conseqüências da influência das normas constitucionais (direitos, liberdades e garantias) no ambiente laboral.

## 1 BREVE DIGRESSÃO SOBRE AS ORIGENS E DIVERGÊNCIAS DOGMÁTICAS EM TORNO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA RELAÇÃO JURÍDICA FIRMADA ENTRE PARTICULARES

2.1 É interessante notar, como o fez Peces-Barba, que a noção inicial dos direitos fundamentais – surgida a partir das teorias contratualistas e jusnaturalistas que impulsionaram a transição para a modernidade – não continha qualquer restrição quanto aos seus destinatários, impondo-se indiscriminadamente tanto aos particulares, como ao Poder Público.<sup>13</sup> Foi somente com a posterior positivação dos direitos naturais e construção da estrutura jurídica do Estado Liberal de Direito, com especial atenção à dogmática do “direito público subjetivo” capitaneada por Georg Jellinek,<sup>14</sup> que os direitos fundamentais tiveram o seu raio de ação diminuído, atendo-se ao controle do poder estatal. Ficavam de fora, em conseqüência, as relações travadas entre os particulares. Estas, seguindo a linha de raciocínio positivista, formalista e avalorativa dominante à época, deveriam ser regidas tão-somente por um Direito Privado que “*no necessitaria de controle ni barreras porque no existiam poderes excessivos, sino un plano de igualdad, regulado por la autonomia de la voluntad*”.<sup>15</sup>

Foram necessárias várias décadas e duas guerras mundiais para que esta postura asséptica e cientificista – vigente sob o pano de fundo da dicotomia absoluta entre o público e o privado (Estado *versus* sociedade) – fosse finalmente rompida, estendendo-se o manto dos direitos fundamentais, extraído do núcleo material da Constituição, sobre o conjunto do tecido social. E foi precisamente na Alemanha,

12 Art. 1º, IV, da CRFB/88.

13 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 617.

14 Para este juspublicista alemão, as situações jurídicas individuais em face do Estado poderiam ser caracterizadas através de quatro *status* distintos: (1) *status subjectionis*, representando a subordinação do indivíduo frente ao Estado, o qual possuiria aptidão para conformar-lhe o comportamento; (2) *status negativus* ou *status libertatis*, materializando a esfera individual intransponível à interferência estatal, que deveria se abster de qualquer conduta lesiva à liberdade; (3) *status positivus* ou *status civitatis*, viabilizando, ao indivíduo, a exigência de ações positivas do Estado, no sentido de amenizar as desigualdades sociais; (4) *status activae civitatis*, que permitiria a participação individual na formação da vontade do Estado. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 160-164.

15 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Op. cit., p. 621.

onde havia sido formulada aquela doutrina restritiva, que se deu esta mutação epistemológica.<sup>16</sup>

De fato, é plenamente compreensível que, vindo de um passado recente de atrocidades cometidas pelo regime nacional-socialista, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) almejassem virar, da maneira mais incisiva possível, esta página da história.<sup>17</sup> E o marco deste recomeço se deu a partir do famoso julgamento do caso Lüth, proferido em 1958. Nesta oportunidade, a Corte Constitucional alemã, ao apreciar o direito à liberdade de expressão do cidadão que intitulou a célebre decisão, afirmou que, “*de acuerdo com la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudência*” (grifos nossos).<sup>18</sup> É importante ressaltar, entretanto, que esta concepção axiológica da Constituição não se colocava nos mesmos termos das teorias do direito natural (remissão a uma moral transcendente e imutável), pois que seriam valores de “uma comunidade concreta e dos homens que vivem nela, e que na sua Lei Fundamental fixaram os próprios parâmetros axiológicos e determinaram as posições e a hierarquia dos bens jurídicos”.<sup>19</sup>

Ainda que essa decisão seminal do Tribunal Constitucional Federal tenha sido objeto de críticas, mormente em face de seu conteúdo vago – porquanto levaria

- 
- 16 Vale registrar que existem autores que imputam à doutrina norte-americana do *state action* a primazia sobre a discussão em torno da possibilidade de se invocar os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nos Estados Unidos, a *state action doctrine* foi construída a partir da aplicação da 14ª emenda que obrigava os Estados a observarem os princípios da igualdade e do devido processo legal. A partir da década de 40 e após uma série de decisões envolvendo controvérsias privadas, a Suprema Corte americana adotou a chamada *public function theory*, firmando entendimento no sentido de que os particulares, quando exercessem atividades próprias do Estado, ou alguma outra assemelhada, também estariam vinculados aos direitos fundamentais. Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 226-237; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos (...). In: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 169-177.
- 17 Cf. ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. In: *Yale law school occasional papers. Second series*, number 3, 1997, p. 06: “*The New Beginning scenario deals in expressive symbols, not functional imperatives. Under this scenario, a constitution emerges as a symbolic marker of a great transition in the political life of a nation. For example, it is impossible to understand the remarkable success of the German Constitutional Court – both in jurisprudential terms and in terms of effective authority – without recognizing that the Basic Law has become, in the society at large, a central symbol of the nation’s break with its Nazi past*”.
- 18 BVerfGE 39, 1 (41), apud ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 507.
- 19 HÄBERLE, Peter. *Le Libertá Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Itália Scientifica, 1993, p. 41, apud SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 149-150.

a uma enorme dificuldade de controle das decisões judiciais<sup>20</sup> –, os pensadores alemães aceitaram, de um modo geral,<sup>21</sup> a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais,<sup>22</sup> pois que, independentemente da controvérsia a respeito da possibilidade de acesso a uma ordem de valores, reconheceram a *dimensão objetiva* destes direitos, liberdades e garantias, os quais, vazados em sua estrutura normativa pela textura aberta da linguagem constitucional, permitiriam a atribuição de sentido aos seus enunciados deontológicos, através de imperativos morais construídos a partir de procedimentos discursivos.<sup>23</sup>

O maior efeito prático desta dimensão – a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais – produziu a convicção de que estes mandamentos também se espriam pelas relações privadas, cabendo ao Estado tomar as medidas necessárias para a proteção do “epicentro axiológico da ordem jurídica”.<sup>24</sup>

2.2 A rigor, os problemas decorrentes desta nova miragem se situam, conforme alertamos no início de nossa exposição, no “como” as normas fundamentais influem na relação entre os indivíduos (problema de construção) e “em que medida” esta intervenção deve ser efetivada (problema de colisão).<sup>25</sup> E para solucionar este inevitável dissenso doutrinário sobre a forma de atuação da Constituição na vida

---

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado (...). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 118, nota de rodapé nº 28. Ver também HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003, p. 314 e ss.; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Prólogo. In: BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 23-25.

21 Deve ser ressaltada a existência de uma corrente doutrinária que nega a relevância dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada, chegando a afirmar que a *Drittwirkung* seria uma espécie de “Cavalo de Tróia” que destruiria o sistema construído sobre a base da autonomia privada. Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 309.

22 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 510; BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 278; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado (...). In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 117.

23 Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 283. Vale ressaltar também a lição do Professor Humberto Ávila, em *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16, afirmando que: “Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”.

24 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 156.

25 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 511.

social, foram elaboradas, basicamente, três teorias:<sup>26</sup> (1) a da *aplicação indireta ou mediata* (*mittelbare Drittwirkung*), (2) a dos *deveres de proteção* (*Schutzpflicht*) e (3) a da *aplicação direta ou imediata* (*unmittelbare Drittwirkung*).

A *primeira delas*, chamada por Vieira de Andrade de posição dualista,<sup>27</sup> foi concebida por Gunther Dürig e tinha como mote a preservação do princípio da liberdade como valor fundamental a ser considerado na aplicação das normas constitucionais nas relações privadas. De fato, levando-se à frente a antiga noção dos direitos fundamentais como direitos de defesa contra o poder do Estado, chegou-se à conclusão de que a autonomia de vontade deveria ser protegida através do direito privado (objeto da legítima manifestação dos representantes do povo), incidindo “a força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) (...) apenas mediatamente”.<sup>28</sup> Neste sentido, a idéia de uma intervenção direta (ou imediata) do Estado nas relações entre os particulares, sem contar com a intermediação do legislador ordinário, era afastada por meio de uma “rejeição rotunda” que “poderia resumir-se desta forma breve e incisiva: o que é que tem o Estado a ver com a vida privada dos indivíduos?”.<sup>29</sup>

A bem da verdade, por detrás desta concepção doutrinária estava o forte temor de que a aplicação sem peias das normas constitucionais levasse ao extermínio da autonomia da vontade, uma vez que a livre disposição de interesses pelas partes estaria continuamente sob a mira de uma verdadeira “espada de Dâmocles” jusfundamental, cujo manejo imprevisível incumbiria tão-somente ao magistrado. Deste modo, a fim de aplacar a insegurança jurídica decorrente desta perigosa liberdade de movimentos judiciais, os defensores da eficácia mediata afirmavam que a primazia da proteção dos direitos fundamentais estaria nas mãos do Poder Legislativo<sup>30</sup> e que somente este, por razões de conveniência e oportunidade, poderia abrir caminho para a intervenção do Poder Judiciário através das cláusulas gerais (ou dos conceitos jurídicos indeterminados), que permitiriam a utilização dos valores constitucionais no processo de reconstrução (interpretação) de sentido do comando normativo.<sup>31</sup> Assim, a norma de direito privado demarcaria o espaço dentro do qual

---

26 *Idem*, *ibidem*.

27 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 275.

28 *Idem*, p. 276.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 86.

30 “*Al legislador le corresponderá entonces establecer el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales exigido por la Constitución mediante la promulgación de normas de Derecho privado que correspondan a una valoración equilibrada.*” BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Op. cit.*, p. 324.

31 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120: “Um meio de irradiação

o juiz poderia se mover, compatibilizando o seu agir com os Princípios da Separação de Poderes e da Democracia.<sup>32</sup> Esta é a posição dominante na doutrina alemã e a adotada pelo Tribunal Federal Constitucional daquele país.<sup>33</sup>

Passando agora para a *segunda visão dogmática*, isto é, para o segundo modo de pensar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, poderíamos sintetizar esta corrente nas seguintes questões formuladas por Canaris:<sup>34</sup> (1) Quem é o destinatário dos direitos fundamentais? (2) De quem é o comportamento objeto de exame com base nos direitos fundamentais (órgão público ou um particular)? (3) Em que função se aplicam os direitos fundamentais – como proibição de intervenção (direito de defesa) ou como mandamentos (deveres) de proteção?

Para este jurista alemão, fora dos casos excepcionais expressamente previstos na Constituição, somente o Estado seria o destinatário dos direitos fundamentais. Destarte, seguindo esta linha de raciocínio, Canaris observa que a conduta a ser confrontada diretamente com os direitos fundamentais seria aquela proveniente do ente público – seja através de um ato executivo, legislativo ou jurisdicional –, não havendo sentido em falar de “eficácia externa” sobre os negócios travados por sujeitos jusprivatistas. Contudo, o autor ressalva que os direitos fundamentais servem tanto para a “defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos (*Eingriffsverbote und Abwehrrechte*)”, quanto para “obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos”, caracterizando-se, pois, como “mandamentos de tutela ou deveres de proteção (*Schutzgebote*)”.<sup>35</sup>

A rigor, a *teoria dos deveres de proteção* alarga a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais para além do mero preenchimento das cláusulas gerais de direito privado,<sup>36</sup> obrigando o Estado ou o ordenamento jurídico “a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si”,<sup>37</sup> sob pena de ser responsabilizado na medida em que não tenha cumprido seu dever específico de

---

dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), que serviriam de porta de entrada (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito privado”.

32 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). Op. cit., p. 214.

33 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 511-512; BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 307.

34 CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 234.

35 Idem, p. 237.

36 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Op. cit., p. 248-249; e Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 280.

37 CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência (...). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 238.

tutela, formulado negativamente como princípio da proibição de déficit (*Untermassverbot*),<sup>38</sup>

Por fim, nos aproximamos da forma mais polêmica de aplicação dos direitos fundamentais e que, de certo modo, permite a introdução do nosso tema propriamente dito: a análise da *incidência direta das normas constitucionais na relação de emprego*.

Com efeito, foi a partir da formulação dogmática realizada pelo juiz presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*),<sup>39</sup> Hans Carl Nipperday – discípulo de Hans Kelsen e prestigiado especialista em direito civil e trabalhista<sup>40</sup> –, que a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ganhou corpo, a ponto de seguir viagem para além das fronteiras do direito germânico.<sup>41</sup> De acordo com Nipperday, “*el efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación*” (grifos nossos).<sup>42</sup>

Para esta teoria, os direitos fundamentais não atuam apenas como norte de conduta para a atividade legislativa ou como regra hermenêutica dirigida aos magistrados, mas também como “*norma de comportamiento apta para incidir (...) en el contenido de las relaciones entre particulares*”,<sup>43</sup> possuindo um efeito absoluto

38 ANDRADE, José Carlos Vieira. Op. cit., p. 249-250. Esclarece este autor que a idéia do princípio da proibição de déficit foi originalmente formulada por Canaris e possuiria como contraponto o princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*). No mesmo sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 120, que denominou a *Untermassverbot* de “proibição de omissão”.

39 BILBAO UBILLOS, Juan María. Op. cit., p. 272. Este autor nos conta que foi na decisão proferida pela Primeira Câmara desta Corte Laboral, no dia 3 de dezembro de 1954, que se afirmou claramente possuírem os direitos fundamentais caráter vinculante e “*una significación inmediata (unmittelbare Bedeutung)*” nas relações privadas, tendo sido este posicionamento reproduzido pela sentença de 5 de maio de 1957, quando se “*declaró nula una cláusula contractual que preveía la extinción de la relación laboral de las enfermeras que trabajaban al servicio de um hospital privado en el caso de que contrajeran matrimonio. Esta cláusula, invocada por el empresario que despidió a la demandante, vulneraba, según el BAG, los artículos 1.1, 2.1 y 6.1 de la Ley Fundamental*”.

40 Idem, p. 271, nota de rodapé nº 86.

41 Idem, p. 329 e ss.

42 Apud ALEXY, Robert. Op. cit., p. 513.

43 BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 317. É importante a observação feita por este autor, no sentido de que a decantada oposição entre a eficácia mediata e a imediata “*es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente*”.



(*absolute Wirkung*).<sup>44</sup> Deste modo, independentemente de não existir uma lei proibitiva ou permissiva<sup>45</sup> e de o ajuste de vontades ter sido efetuado com amparo na autonomia individual, o *caráter normativo da Constituição* exigiria a consideração imediata dos direitos fundamentais por ela consagrados. Esta vinculação ensejaria a materialização de uma posição jurídica subjetiva de um particular em face de outro, fundamentada tão-somente na violação, por este último, do comando constitucional arrolado (explícita ou implicitamente) pela Lei Maior como direito fundamental. No entanto, como veremos a seguir, tal pretensão não se dará pacificamente na grande maioria das vezes, pois que, em se tratando de relação entre particulares, os dois pólos serão, simultaneamente, titulares e destinatários de direitos fundamentais.<sup>46</sup>

## 2 PECULIARIDADES DA *DRITTWIRKUNG* NA ESFERA JUSLABORAL

Após este rápido panorama sobre as diferentes perspectivas dogmáticas acerca do modo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, passaremos à *primeira pergunta* lançada na introdução deste ensaio: estaria o ajuste realizado entre o empregado e o empregador sujeito às mesmas controvérsias dogmáticas que foram estabelecidas a partir da doutrina da *Drittwirkung*?

Para respondermos satisfatoriamente a esta questão, poderíamos transformá-la numa outra ainda mais simples: existe algum traço peculiar que diferencie a relação de emprego das demais relações privadas? Não só cremos que sim, como também que a realidade já fala por si. Senão, vejamos.

3.1 De fato, está na essência do ajuste laboral a distância entre as posições de largada nas negociações, podendo-se afirmar, figurativamente, que, enquanto o trabalhador está na linha de partida, o empregador já se encontra a um passo da linha de chegada. Quando afirmamos ser óbvia a existência de peculiaridades nesta espécie de relação jurídica privada, é porque nela *jamais haverá uma plena isonomia entre as partes*, ainda que o prestador de serviço seja altamente qualificado, porquanto sempre estará submetido às diretrizes de organização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: *sempre estará juridicamente subordinado. Eis aí o primeiro diferencial.*

44 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 513; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 122.

45 “*Um derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit., p. 313.

46 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 301.

Não foi por acaso que as formulações originais sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais entre os particulares surgiram no âmbito trabalhista,<sup>47</sup> pois foi justamente nesta seara que a desigualdade jurídica (e, na maioria das vezes, também econômica)<sup>48</sup> se apresentou sem cerimônia. Ao invés de se constituir um contrato bilateral calcado numa verdadeira e recíproca autonomia da vontade, o que existia, na realidade, era uma via de mão única, pavimentada por um fenômeno recorrente das sociedades de massa: o *poder social* (*Sinzheimer*).<sup>49</sup>

3.2 Mas antes de darmos prosseguimento ao exame desta forma de manifestação de poder na esfera privada, é importante fazermos mais uma pequena digressão, a fim de esclarecermos um aspecto bastante relevante sobre a doutrina da *Drittwirkung* na relação de emprego.

Com efeito, é de conhecimento geral que foi a partir da reação dos trabalhadores à farsa da igualdade formal, insuflada pelo Estado burguês, que surgiu o *direito do trabalho*, cujo escopo seria o de compensar a inevitável ascendência do proprietário dos meios de produção sobre aquele que só possuía a força física e mental como moeda de troca pela subsistência. Ocorre que este movimento operário se mostrou tão bem-sucedido que as suas reivindicações alcançaram patamar constitucional, agregando à Lei Fundamental normas expressamente dirigidas aos empregadores (entes privados). Logo, se considerássemos apenas esta dimensão (social) dos direitos fundamentais, não haveria maiores motivos para que prosseguíssemos a discussão em torno da aplicabilidade das normas constitucionais na relação privada trabalhista, visto que o próprio legislador constituinte já teria sido bastante enfático neste propósito.<sup>50</sup> Todavia, o que estamos a analisar é a possibilidade de incidência de todo o espectro de direitos fundamentais que não

---

47 “*A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la ‘Drittwirkung’ de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales y sigue encontrando entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos.*” BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 245.

48 “*Es evidente, por ejemplo, que el estado de dependencia económica del salariado le obligaría muchas veces a aceptar las condiciones impuestas por el empleador en el contrato individual de trabajo.*” Idem, p. 244.

49 “*Como se observa na sociedade de massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção e distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de (...) contratos de adesão. (...) Hoje elas dominam quase todos os setores da vida privada, é a maneira normal de concluir contratos onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos de empresa com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados*” (grifos nossos). MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53-54.

50 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 150; e SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 332-333.

seja imediatamente (ou exclusivamente) acometido aos trabalhadores,<sup>51</sup> o que, conseqüentemente, reconduz esta relação privada *sui generis* ao tema objeto do esforço dogmático de delimitação do alcance da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

3.3 Pois bem. Levando-se em conta a *natural proeminência do empregador sobre o agir profissional do empregado, bem como a correlata sujeição do trabalhador ao poder de mando do empregador – não apenas durante a execução de suas atividades, como também (e principalmente) no momento de admissão,*<sup>52</sup> quando, via de regra, o indivíduo está ansioso por conquistar uma vaga no mercado de trabalho na tentativa de sobreviver dignamente –, grande parte dos autores,<sup>53</sup> assim como a maioria dos países ocidentais de tradição romano-germânica,<sup>54</sup> admite a viabilidade da aplicação imediata dos direitos fundamentais na relação de emprego, uma vez que “*los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen (...) una amenaza potencial par los derechos*

- 51 A expressão utilizada pelo Tribunal Constitucional espanhol seria o de “*ciertos derechos fundamentales en su proyección laboral*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 328.
- 52 “*La supremacia del empleador (y la consiguiente subordinación del trabajador) preexiste al contrato y hace que el consentimiento contractual no sea completamente libre y espontáneo.*” BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 246, nota de rodapé nº 30. No mesmo sentido, é bastante adequada a hipótese trazida por ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 285, nota de rodapé nº 46, ao afirmar que “um caso exemplar de violação dos direitos fundamentais seria o das *closed-shops*, em que os empregadores se obrigam a não admitir e até, por vezes, a despedir trabalhadores não-inscritos num certo sindicato. Era prática frequente, p.ex., na Grã-Bretanha, várias vezes condenada no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (cf. NJW, 1982, 486)” (grifos nossos).
- 53 Dentre outros, BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 241-256; ANDRADE, José Carlos Vieira. Op. cit., p. 254-259; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1293; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 438-439 e 442; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 140; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos (...). In: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 148; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 261 e 305, afirmando este último autor que, “no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais (...) É por isso também que em certos domínios normativos, como o *Direito do Trabalho* e o *Direito do Consumidor*, que têm como *premissa a desigualdade fática* entre as partes, a *vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica*, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume peso inferior” (grifos nossos). A título de confrontação, vale conferir o artigo do Professor Ingo Sarlet referido nesta nota, p. 130-132, em que são registradas algumas opiniões divergentes desta aqui esposada.
- 54 Quanto aos países que adotaram a eficácia imediata dos direitos fundamentais, são eles, nomeadamente, Espanha, Portugal, Itália e Argentina, cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 258.

*fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de este en la ejecución de la prestación laboral*".<sup>55</sup>

O parâmetro utilizado para se alcançar esta conclusão foi exatamente o da inescapável desigualdade fática e jurídica entre os sujeitos da relação de emprego, pois, quanto maior ela se revela, maior será a margem de restrição da autonomia privada. Ou, dito de outro modo, quanto menor for a liberdade da parte mais fraca (quando, por exemplo, possuir menor nível educacional),<sup>56</sup> maior será a necessidade de proteção.<sup>57</sup>

Na verdade, a participação de um particular investido de um poder privado é da essência do contrato de trabalho subordinado, isto é, trata-se de um elemento nodal à sua conformação, diferentemente do que ocorre em outras modalidades de relações privadas, nas quais o *desnível sinalagmático*<sup>58</sup> é meramente eventual. Além disso, poderíamos invocar o argumento do jurista francês Jean Rivero, no sentido de não ser concebível a existência de uma "dupla moral no seio da sociedade".<sup>59</sup> Destarte, seria injustificável, por exemplo, que a exigência de "teste de gravidez" fosse considerada uma violação da integridade física e moral de uma mulher candidata a uma função pública, enquanto o mesmo procedimento fosse considerado um requisito lícito para a obtenção de um emprego privado, "em nome da produtividade da empresa e da autonomia contratual ou empresarial".<sup>60</sup>

---

55 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 246-247.

56 "No tocante às relações de poder, o que é mais característico das nossas sociedades é o facto de a desigualdade material estar profundamente entrelaçada com a desigualdade não material, *sobretudo com a educação desigual*, a desigualdade das capacidades representacionais/comunicativas e expressivas e ainda a desigualdade de oportunidades e de capacidades de organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas" (grifos nossos). SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, v.1, p. 267: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*.

57 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 334.

58 Utilizamos a expressão "desnível sinalagmático" ao tomarmos emprestada a *noção de sinalagma* ["um elemento imanente estrutural do contrato, (...) a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações co-respectivas, (...) o nexo-final que oriundo da vontade das partes é moldado pela lei"] (MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 240)] *contextualizada numa relação de poder*. Esta, por sua vez, seria definida como "qualquer relação social regulada por uma troca desigual (...) uma relação social porque a sua persistência reside na capacidade que ela tem de reproduzir desigualdade mais através da troca interna do que por determinação externa" (SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 266).

59 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 244; CANOTILHO, J. J. Gomes. Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 95.

60 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1294. Merece ser transcrita uma decisão da Corte Constitucional espanhola que, ao se

Entretanto, vale aqui um lembrete aos mais afoitos na efetivação imediata das variadas dimensões dos direitos fundamentais na relação de trabalho subordinado. Por mais que o poder social (*in casu*, o empregador privado) se aproxime do Poder Público no tocante à necessidade de proteção do mais fraco que com ele se relacione, os dois não são assimiláveis.<sup>61</sup> Como afirmamos anteriormente, devemos ter sempre em mente que o particular – por mais influente que seja – continua sendo titular de direitos fundamentais.<sup>62</sup> Portanto, será inevitável que nos depararemos com algumas “zonas cinzentas”, nas quais não restará tão evidente qual dos litigantes estará com a razão.<sup>63</sup> Nestes casos difíceis (*hard cases*), deveremos lançar mão do postulado da ponderação.<sup>64</sup> Assim, o que deverá nortear o grau ou a medida da aplicação

---

posicionar francamente a favor da eficácia direta dos direitos fundamentais no ambiente laboral, asseverou: “*Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de ‘feudalismo industrial’ repugnan al Estado social y democrático de Derecho*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 328-329.

- 61 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 131.
- 62 Idem, p. 129.
- 63 Poderíamos citar, como exemplo, a hipótese de um jornalista que é despedido por escrever um artigo que vai contra a linha editorial de seu empregador. Haveria, neste caso, violação da sua liberdade de expressão e exercício profissional? Ou estaria o empregador no seu direito legítimo de dispensar os empregados que não compartilhassem de sua ideologia, sob o argumento de que tal comportamento poderia induzir a erro os seus leitores, no tocante à sua verdadeira posição política? Esse exemplo foi retirado de uma situação semelhante mencionada por UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Op. cit., p. 703, nota de rodapé nº 631.
- 64 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 514. Sobre a natureza da ponderação de interesses e a sua forma de aplicação, Cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 80 e ss., sendo interessante destacar, desde já, que “esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam (...) os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau (...) funcionam como estrutura para aplicação de outras normas”. Para outras visões sobre o tema, cf., ainda, SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (org.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem ao professor Willis Santiago Guerra Filho* (por duas décadas de docências e pesquisas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

direta das normas constitucionais será este instrumento metódico de argumentação e decisão,<sup>65</sup> o que nos permitirá harmonizar a ordem jurídica nas hipóteses em que dois ou mais princípios constitucionais estiverem em rota de colisão.

3.4 Posta a *primeira peculiaridade da relação jurídica empregatícia – a contínua subordinação jurídica do empregado como reverso do inequívoco poder privado (de organização e disciplinar) do empregador* –, bem como colocadas as premissas básicas dela decorrentes, isto é, que (i) a forma direta de aplicação das normas constitucionais seria a mais apropriada e que (ii) haverá ocasiões nas quais será necessária a ponderação dos interesses em jogo, estamos aptos a observar uma *segunda peculiaridade* desta modalidade de ajuste privado: *a possibilidade de limitação temporária e contingente dos direitos fundamentais individuais da pessoa humana, quando exercidos na qualidade de trabalhador.*

De plano, o leitor deve atentar para a sutileza que permeia a nossa apresentação da possibilidade de limitação de direitos fundamentais na relação de emprego, uma vez que o fizemos considerando o *indivíduo na qualidade de trabalhador*. Ora, esta ressalva se deve ao fato de não estarmos apreciando os direitos fundamentais especificamente dirigidos aos trabalhadores,<sup>66</sup> uma vez que seriam, *a priori*, irrenunciáveis.<sup>67</sup> O que objetivamos analisar é a possibilidade de o empregado ter limitado – durante a vigência do contrato e em razão das características que o circundam (daí o porquê de “temporária” e “contingente”) – o exercício de seus direitos fundamentais individuais, como, por exemplo, os de liberdade ideológica, de expressão ou religiosa. Para sermos mais claros, vejamos três exemplos:<sup>68</sup>

65 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1283.

66 Como, v.g., aqueles elencados no art. 7º da Constituição Federal de 1988.

67 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 464-465, que declara, *in verbis*: “os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações são, na ordem constitucional portuguesa, irrenunciáveis, sobretudo quando se trata de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”. Essa observação se adapta perfeitamente à ordem constitucional brasileira, com o único reparo de aqui ser permitida a flexibilização dos direitos constitucionais do trabalhador por meio da negociação coletiva realizada pelo sindicato representante da categoria profissional (art. 7º, VI, XIII e XIV, da CRFB/88). Cf., por todos, na doutrina brasileira, SÚSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 215 e ss.

68 É importante salientar que os exemplos mencionados se referem à parcela de direitos fundamentais cuja eficácia depende, em última análise, da *manifestação de vontade do empregado*. No que tange àqueles que envolvam questões de natureza *existencial – situações que se põem fora da ingerência volitiva do indivíduo*, como, por exemplo, as atinentes à idade, raça, sexo ou deficiência física –, a hipótese será de incidência do *princípio da proibição de discriminação*, positivado no art. 7º, incisos XXX e XXXI da CRFB/88 e na *Lei nº 9.029/95*. Contudo, não se deve olvidar que, mesmo diante destas normas, haverá situações de prevalência do princípio da liberdade contratual.

De fato, desde que o empregador justifique razoavelmente o tratamento desigual, isto é, que apresente um *fundamento coerente entre a finalidade da restrição e o critério escolhido para efetua-la*, demonstrando, no caso concreto, que o biotipo do empregado não atende aos requisitos necessários ao exercício da atividade profissional exigida, inexistirá violação do princípio da igualdade material. Um caso interessante que poderia ilustrar o que dissemos foi mencionado pelo Professor Vieira

*Caso (1)* – Uma fundação destinada a ajudar imigrantes possui dentre os seus empregados uma pessoa que, fora de suas atividades profissionais, preside um partido político francamente hostil à presença de imigrantes no país. Tão logo a diretoria toma conhecimento do fato, dispensa-o.<sup>69</sup> Este ato é ofensivo à liberdade ideológica do trabalhador?

*Caso (2)* – Uma escola católica contrata um professor de matemática. No decorrer do ano letivo, a diretoria descobre que o docente, conversando com os alunos no intervalo das aulas, externou sua opinião pessoal acerca do divórcio e do aborto, mostrando-se favorável a ambos. Ato contínuo, dispensa-o.<sup>70</sup> Novamente pergunta-se: este ato é atentatório à liberdade de expressão do trabalhador?

*Caso (3)* – Um indivíduo pertencente a uma determinada seita solicitou um emprego em um restaurante, tendo sido informado pelo proprietário que havia uma vaga para trabalhar na cozinha, mas que só poderia contratá-lo se retirasse a sua barba, uma vez que assim exigiam as normas sanitárias e de higiene vigentes naquele estabelecimento. Afirmando ser a preservação da barba um dos mandamentos de sua religião, o candidato se recusou a retirá-la e, conseqüentemente, não foi admitido.<sup>71</sup> Poderia este trabalhador pretender alguma forma de reparação, alegando discriminação religiosa ou restrição indevida de sua liberdade de religião?

3.5 Diante das situações acima mencionadas, já se torna perceptível a enorme quantidade de variáveis que o aplicador do direito poderá encontrar pela frente, na

---

de Andrade, ao afirmar que “já é difícil hoje (...) conceber a hipótese de uma discriminação no emprego em função do sexo, mesmo invocando a ‘capacidade objetiva para o exercício da função’ (...) na atividade de estiva” (cf. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 297, nota de rodapé nº 86). Nesta hipótese, o professor português deixa implícita a conexão de sentido entre a finalidade da distinção (selecionar pessoas capazes de exercer pesadas atividades físicas) e o critério eleito para realizá-la (sexo). Outrossim, vale relembrar que a discriminação do trabalhador desprovida de uma razão subjacente (*ratio*) capaz de justificá-la será imediatamente fulminada pelo direito fundamental ao tratamento materialmente isonômico, o qual funcionará com um verdadeiro *instrumento de bloqueio* aos atos arbitrários do empregador, maquiados por uma suposta autonomia da vontade (cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47). A rigor, para a verificação da justeza do tratamento desigual, é essencial ter em mente a advertência de Boaventura de Souza Santos, que afirmou: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (apud MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 124).

69 Caso verídico mencionado por BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 703, nota de rodapé nº 631.

70 Exemplo semelhante é dado por CANOTILHO, J. J. Gomes. Provedor de Justiça (...). In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 88.

71 Situação verídica colhida de BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 710, nota de rodapé nº 642.

tentativa de compaginar os direitos fundamentais do indivíduo-trabalhador com algumas circunstâncias próprias às relações de emprego. Deste modo, no intuito de evitar o extremismo – seja aquele radicado na defesa de uma *supressão absoluta dos direitos fundamentais individuais das relações de emprego*, em virtude da subordinação jurídica, do dever de lealdade do empregado e, quiçá, dos caprichos do empregador (autonomia privada), seja aquele motivador da *total desconsideração das cláusulas contratuais*, ensejando uma aplicação ilimitada dos direitos, liberdades e garantias constitucionais –, impõe-se a necessidade de se encontrar *critérios metodológicos objetivos para a aplicação dos direitos fundamentais individuais na relação laboral*, ou seja, de criação de alguns *standards*,<sup>72</sup> cuja observância auxiliará o juiz na aferição da legitimidade (ou não) de uma intervenção privada restritiva da liberdade do indivíduo enquanto trabalhador.<sup>73</sup>

Todavia, antes de darmos o primeiro passo para a delimitação destes parâmetros gerais, é imperioso que iluminemos o caminho a ser percorrido, colocando um holofote sobre a especial natureza dos direitos fundamentais que “*incumben al trabajador como ciudadano*”. Estes, a rigor, devem ser modulados “*en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva*”, o que torna indispensável, em contrapartida, a “*adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos*, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en outro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de una relación laboral (...). *Se trata de encontrar un equilibrio entre el ejercicio por el trabajador de sus libertades constitucionales y las exigencias que se derivan del vínculo contractual*”.<sup>74</sup> (grifos nossos)

A bem da verdade, não podemos esquecer que a submissão do trabalhador às determinações do empregador se dá espontaneamente, uma vez que partimos do pressuposto de que estamos lidando com um contrato livremente estabelecido. Logo, a comunhão de interesses entre empregado e empregador – no sentido de cooperação recíproca para a melhor consecução da finalidade empresarial – é o norte de conduta

---

72 “Trata-se de uma medida de responsabilidade que vincula os participantes numa relação obrigacional a comportamentos socialmente típicos. Estamos, no fundo, perante medidas fácticas de comportamento social que devem ser observadas a fim de se evitarem resultados danosos geradores de responsabilidade (...). Os *standards* do *reasonable man*, *man on the clapham omnibus* passam a ser invocados como medidas de comportamento judicialmente relevantes”. CANOTILHO, J. J. Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 155. Cf. também SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 302-303.

73 CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 198.

74 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Op. cit., p. 330-331.



destes sujeitos privados, sendo, portanto, bastante razoável que determinadas liberdades fundamentais sejam adequadas ao funcionamento do empreendimento. A dificuldade está, mais uma vez, em desvendar a precisa extensão desta restrição.

3.6 Com efeito, a prática forense trabalhista demonstra mais do que todas as outras que, subjacente às grandes controvérsias jurídicas, estão questões fáticas que não podem ser descuradas, porquanto de crucial importância para a justa composição da demanda, isto é, para a descoberta de uma resposta que leve em conta todos os aspectos da realidade. Temos, deste modo, que a melhor forma de controle da ingerência privada sobre os direitos fundamentais individuais do trabalhador é aquela realizada topicamente (caso a caso),<sup>75</sup> uma vez que permite a apreciação do problema de maneira diferenciada<sup>76</sup> e, conseqüentemente, favorece a descoberta de soluções mais afeitas à realidade factual subjacente à controvérsia suscitada. Entretanto, nada impede que através do estudo de algumas situações concretas sejam construídos, a partir de uma dogmática analítica,<sup>77</sup> parâmetros procedimentais gerais aptos a auxiliar o magistrado<sup>78</sup> e que, a par de viabilizar a aferição da legitimidade do ato do empregador, constituiriam importantes critérios objetivos a serviço do controle da própria argumentação judicial.<sup>79</sup>

Isto posto, ao decompor analiticamente os três exemplos mencionados no item 3.4, poderíamos sistematizar os seguintes critérios metodológicos para a análise da legitimidade do ato compressivo da esfera jurídica individual do trabalhador subordinado:<sup>80</sup>

---

75 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Op. cit., p. 159.

76 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 464.

77 Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 30: “Dicho brevemente, en la dimensión analítica de lo que se trata es de la consideración sistemático-conceptual del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (...) pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros) hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y de la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación)” (grifos nossos).

78 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1275.

79 Neste aspecto, não devemos olvidar que a parametrização sugerida não tem o escopo de afastar completamente o subjetivismo inerente à decisão judicial, sendo o caso de lembramos da advertência feita por Robert Alexy, no sentido de que, “para qualquer pessoa preparada a aceitar uma teoria da argumentação jurídica racional, um procedimento que garanta a certeza do resultado, a teoria proposta aqui é inaceitável por esse único motivo. No entanto, nenhum procedimento que garanta certeza está à vista ainda. *Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à idéia de uma teoria de argumentação jurídica racional*”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 272.

80 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1284.

- (a) *identificar* qual a liberdade fundamental que estaria sendo imediatamente restringida;<sup>81</sup>
- (b) delimitar a *finalidade da limitação* do direito fundamental individual, isto é, o estado de coisas a que o ato do empregador visa promover;<sup>82</sup>
- (c) observar a *relação de coerência*<sup>83</sup> entre a *restrição do exercício do direito fundamental individual e a atividade profissional desempenhada pelo trabalhador*;
- (d) reconstruir a *espécie de limitação* com base na *intensidade*<sup>84</sup> da relação de coerência anteriormente apreciada: se forte (ou mais intensa), será o caso de uma *limitação imanente anteposta* ao direito fundamental,<sup>85</sup> cuja extensão deverá ser analisada sob as lentes do *postulado da proibição do excesso*;<sup>86</sup> se *fraca* (ou menos intensa), não haverá como se delimitar

81 CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 199-200.

82 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Op. cit., p. 70; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 465.

83 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 30-33: “A conexão de sentido ou a relação de dependência entre normas é um reconhecido postulado hermenêutico (...). *A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação*. (...) No plano formal, um conjunto de proposições qualifica-se como coerente se preenche os requisitos de (a) consistência e de (b) completude. *Consistência* significa ausência de contradição (...). *Completude* significa a relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (...) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias consequências lógicas). No plano substancial, um conjunto de proposições qualifica-se como coerente quanto maior for a (a) *relação de dependência recíproca* entre as proposições e (b) quanto maior forem os seus elementos comuns (...) *O postulado da coerência contribui, justamente, fornecendo critérios para encontrar uma melhor fundamentação*” (grifos nossos).

84 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 32-33: “o postulado da coerência serve para melhor compreender a gradualidade do relacionamento entre as normas (...) O emprego do critério da coerência complementa a noção de hierarquia para demonstrar que o *relacionamento entre as normas, no tocante ao aspecto substancial, pode ser gradual, isto é, ‘mais ou menos’* (...). Está-se (...) no terreno do ‘promove mais ou promove menos’, do ‘suporta mais ou suporta menos’ e do ‘mais compatível ou menos compatível’ (...). *A intensidade será garantida mediante a escolha de premissas plausíveis e conclusões que possam decorrer logicamente delas*” (grifos nossos).

85 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Op. cit., p. 279: “No que respeita aos limites imanentes, embora seja de rejeitar um modelo ‘pré-formativo’, que sustente a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis, deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir à partida o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental (...). *Essa delimitação substancial justifica-se (...) pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente*” (grifos nossos). No sentido contrário, cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 271; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1280-1282.

86 “A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. (...) A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser

antecipadamente o âmbito de proteção da norma, tornando-se indispensável a *ponderação de bens em concreto* para o estabelecimento de uma relação de preferência.<sup>87</sup> Nesta parte final do *iter* argumentativo, operacionalizar-se-á uma *investigação estruturada essencialmente sobre o grau da conexão de sentido* referida no estágio anterior, utilizando-se, para tanto, as teorias interna ou externa da limitação dos direitos fundamentais quando se tratar, respectivamente, de uma restrição fortemente coerente ou fracamente coerente.<sup>88</sup>

Conforme já havíamos bosquejado linhas atrás,<sup>89</sup> ao inserir-se no contexto contemporâneo pós-positivista estruturado sobre uma racionalidade prática, o empregador não terá como se eximir de justificar racionalmente o ato restritivo da liberdade do trabalhador. O juiz, por sua vez, ao balizar sua atuação pelos marcos procedimental-argumentativos que propusemos, obterá os instrumentos apropriados ao exame da adequação dos fatos aos direitos fundamentais envolvidos, fazendo com que não baste a mera alegação consequencialista do interventor privado de que agiu com vistas ao melhor funcionamento da empresa. Deveras, poderá acontecer de a argüição de eficiência administrativa não ser suficiente à racionalização da restrição, pois que, ao navegarmos pelos mares nebulosos dos direitos fundamentais, corremos o risco de calcular mal a nossa trajetória e nos deparamos com um

---

investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação (...) depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Op. cit., p. 101). "Ele se fundamenta na idéia de que todos os direitos e princípios fundamentais, ainda que possam ser restringíveis, não podem ser atingidos no seu núcleo essencial, sendo esse núcleo definido como *aquela parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua eficácia mínima e, por isso, deixa de ser reconhecido como um direito fundamental*" (grifos nossos). (ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 389)

87 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 92.

88 Sobre a possibilidade de compatibilização entre as chamadas teorias interna e externa, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Dognática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. cit., p. 200-202, *in verbis*: "o modo de articulação da intervenção restritiva com os pressupostos dos direitos fundamentais revela também o modo como se determina o âmbito de garantia efetivo de um direito. Se partirmos das premissas da chamada teoria externa o âmbito de garantia efetivo é o âmbito de proteção definitivo depois de estabelecidas as restrições. Se elegermos a teoria interna, o âmbito de garantia efetivo é o que resulta depois de um cuidadoso recorte dos limites que *a priori* (limites imanes) subtraem ao âmbito de protecção determinados acções, posições, comportamentos. O problema está em que nos casos de colisões entre direitos não é fácil delimitar o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efetivo, pela simples razão de que *a intervenção restritiva surge associada ao próprio exercício de um direito* (...) A questão da articulação de direitos e limites de direitos é, como vimos, há muito conhecida no domínio do direito constitucional. (...) A moderna teoria do direito tem revisitado o problema da radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a *insustentabilidade de teorias puras* quando na grelha analítica introduzimos duas outras dimensões metódicas: (1) a distinção entre princípios e regras no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da ponderação de direitos e de bens, irrecondizível à fixação de padrões teóricos abstratos" (grifos nossos).

89 Cf. introdução e nota de rodapé nº 60.

gigantesco iceberg: o chamado *núcleo essencial*. Este restará sempre protegido, seja através do *postulado da proibição do excesso*, quando contarmos com uma *relação de congruência forte* caracterizadora de uma restrição *a priori* do âmbito de proteção normativa (limitação imanente ou implícita ao direito fundamental individual do trabalhador), seja por intermédio do *postulado da ponderação*, quando houver uma *relação de congruência fraca* que não permita concluir que a limitação (efeito da conduta patronal) seja uma decorrência natural da finalidade empresarial a ser alcançada, dando margem à apreciação, em concreto, sobre qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer (liberdade fundamental do trabalhador *versus* autonomia privada do empregador).

3.7 Voltemos agora aos exemplos mencionados no item 3.4, a fim de que possamos estabelecer soluções para aqueles conflitos através dos critérios metodológicos acima objetivados.

*Solução do caso (1):*

- (a) identificamos a liberdade ideológica como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido;
- (b) a finalidade da restrição se colocaria na necessidade de evitar o desacordo ideológico interno a respeito do cerne da atividade desempenhada pela fundação (defesa de imigrantes);
- (c) há uma forte relação de coerência, isto é, uma profunda consistência e reciprocidade entre a restrição do direito fundamental individual e a atividade profissional exercida pelo empregado, mormente diante do fato de que este mister é essencial na consecução do objetivo preconizado pelo demandado (o qual, não se deve esquecer, caracteriza-se como uma “*organizacion de tendencia*”);<sup>90</sup>
- (d) neste caso concreto, existe uma limitação imanente anteposta à liberdade ideológica do empregado, eis que estaria ínsita ao exercício de sua atividade profissional a compatibilidade ou comunhão com o pensamento político do empregador acerca da melhor forma de tratamento dos imigrantes.

---

90 “*El ingreso en cualquier organización implica una restricción potencial de los derechos individuales. No supone propiamente una renuncia, sino una ‘modalización’ en el ejercicio de los mismos (...). El problema radica en determinar el alcance de esa modalización en las organizaciones de tendencia, que va a depender, en primer lugar, de la intensidad con que se pretende ejercitar el derecho fundamental. Normalmente, las convicciones íntimas del trabajador son irrelevantes a efectos de valorar la aptitud profesional del trabajador y el correcto cumplimiento de la prestación convenida, pero excepcionalmente el conflicto puede transcender al exterior y afectar a esa aptitud, porque en estos casos no se exige solo saber hacer algo, sino hacerlo de una determinada manera, con un contenido que refleje la ideología que inspira la organización. De este modo, la ideología entra en el contenido del contrato como característica cualitativa de la prestación*” (grifos nossos). BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. cit., p. 703, nota de rodapé nº 631.

Concluimos, destarte, pela legitimidade da limitação da liberdade ideológica do trabalhador e, conseqüentemente, pela licitude da dispensa, eis que a restrição imposta se confundia com a própria essência da execução da prestação. Logo, não há que se falar em excessiva compressão violadora do conteúdo essencial do direito fundamental.

*Solução do caso (2):*

- (a) identificamos a liberdade de expressão como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido;
- (b) a limitação da liberdade de expressão do trabalhador possuiria o intuito de impedir que os alunos tomassem contato com opiniões diferentes daquelas cultivadas pela escola e que, nesta perspectiva, viessem a prejudicar a sua formação;
- (c) há uma fraca relação de coerência entre a limitação do direito fundamental individual e a atividade profissional exercida pelo empregado. De fato, apesar de se tratar de um fato também ocorrido numa “*organización de tendencia*”, não há como o desempenho da obrigação contratual de um professor de matemática ser mais ou menos religioso, pois ele se processa de modo totalmente independente das convicções do docente acerca dos dogmas seguidos pelo empregador. Ademais, deve-se levar em conta que a sua opinião pessoal foi externada fora do horário de aula e por provocação dos alunos, não havendo que se falar, neste caso, em desvio de conduta profissional (como poderia ser cogitado, v.g., se o professor expressasse, espontaneamente e no decorrer da aula, suas opiniões críticas ou desrespeitosas acerca da religião seguida pela escola);
- (d) nesta hipótese, torna-se inviável a prévia caracterização de um limite imanente ao direito fundamental individual do empregado, impondo-se a aplicação do postulado da ponderação para se dirimir o conflito existente entre a liberdade de expressão do professor de matemática e a autonomia privada da escola católica.

Deste modo, temos que, não obstante a conduta patronal ser *adequada* à promoção do fim almejado (impedir a divulgação de idéias contrárias às suas no interior do estabelecimento) e *necessária* (haja vista não existir meio alternativo igualmente eficaz na promoção do fim),<sup>91</sup> ele se mostra *desproporcional em sentido estrito*, uma vez que a importância da realização do fim almejado pelo empregador não justifica o grau de restrição imputado à liberdade constitucional do empregado, haja vista a ausência de conexão entre esta e o agir profissional propriamente dito.

---

91 Neste sentido, a despedida seria o meio mais efetivo porque impediria definitivamente o professor de entrar em contato com os alunos nas dependências da escola.

Outrossim, o fato de existirem meios que, sem embargo de promoverem (aparentemente) a finalidade em menor escala, seriam menos invasivos da esfera jusfundamental do trabalhador (como ocorreria, por exemplo, com a cominação de advertência ou de suspensão), deixa evidente a desmedida da limitação imposta. Nula é, portanto, a intervenção privada restritiva, dando margem à reparação pecuniária e à reintegração.

*Solução do caso (3):*

- (a) identificamos a liberdade religiosa como sendo o direito fundamental individual imediatamente restringido;
- (b) a finalidade da restrição se colocaria na necessidade de evitar o descumprimento de uma norma de higiene que visa à proteção da saúde dos consumidores;
- (c) há uma forte relação de coerência, isto é, uma profunda consistência e reciprocidade entre a restrição imposta ao direito fundamental do empregado e a atividade profissional que lhe incumbiria exercitar (trabalhar na cozinha do restaurante), sendo importante destacar que se tratava de norma dirigida indistintamente a qualquer pessoa candidata àquela função, independentemente da crença religiosa;
- (d) neste caso concreto, existe uma limitação imanente anteposta à liberdade religiosa do empregado, eis que a retirada de sua barba se colocaria como um pressuposto objetivo ao exercício de sua atividade profissional.

Concluimos, assim, pela legitimidade da limitação ao direito fundamental individual do trabalhador e, conseqüentemente, pela inexistência de discriminação e, menos ainda, de fragmentação do núcleo essencial.

3.8 Podemos observar, ao cabo destas respostas, que, durante a apreciação da eficácia dos direitos fundamentais na relação de trabalho assalariado, deverá o magistrado estar alerta para as peculiaridades deste ajuste privado, quais sejam: (i) a contínua subordinação jurídica do empregado indissolúvelmente associada ao poder privado do empregador e (ii) a possível legitimidade do ato limitador, temporário e condicionado, de um direito fundamental individual do empregado. Pois que, enquanto a primeira especificidade facilita a escolha do modo de aplicação (direto) dos direitos, liberdades e garantias, a segunda inspira uma atenção redobrada quando se constatar a presença de limitações às liberdades constitucionais do prestador de serviços. E nada melhor do que a existência de critérios metodológicos objetivos para a verificação da justa medida destas restrições, bem como para a preservação do núcleo essencial do direito fundamental individual do trabalhador, cujos contornos poderão ser delimitados prévia (limitação imanente) ou posteriormente (ponderação concreta).

### 3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Feitas estas considerações teóricas a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, mais especificamente, na relação de emprego, chegamos à segunda questão proposta na introdução deste estudo: estariam os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho) atentos para esse “novo horizonte hermenêutico” da relação de trabalho subordinado, que não só abrange, mas também ultrapassa os espaços previamente demarcados pelos dispositivos constitucionais específicos que tratam desta esfera de atuação humana?

Quando partimos para a verificação da dimensão empírica<sup>92</sup> dos direitos fundamentais no âmbito nacional, é no mínimo prudente asseverarmos o óbvio, isto é, que devemos criticar – para o bem ou para o mal – a jurisprudência brasileira à luz da nossa Constituição e de acordo com a nossa realidade social, pois que a falta de atenção a esta perspectiva poderá acarretar enormes distorções epistemológicas.<sup>93</sup>

E ao regressarmos para a Lei Fundamental brasileira de 1988, em especial para o seu art. 7º, deparamo-nos com um farto catálogo de direitos consagrados aos trabalhadores, estando constitucionalizados desde o lapso de tempo conferido aos prazos prescricionais até a quantificação de horas a ser observada durante a jornada de trabalho. Sendo assim, chega a ser compreensível que a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tenha ecoado tão pouco pelas sendas do direito constitucional do trabalho, pois que tamanha generosidade do constituinte acabou por desenvolver uma certa miopia doutrinária, isto é, proporcionou uma visão bastante acurada sobre a proteção normativa que estava logo à mão, ao passo que embaçou os demais potenciais emancipatórios localizados em espaços constitucionais relativamente distantes daquele ocupado pelos direitos dos trabalhadores.

Porém, ainda que a ausência de uma dogmática estruturada em torno desta matéria pudesse provocar uma efetividade constitucional pela metade – eis que dificulta a penetração dos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais na

---

92 “*Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivamente válido tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de validez. En la dimensión empírica no se trata tan solo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y pronóstico de la praxis judicial, es decir; no solo del derecho legislado sino también del derecho judicial.*” ALEXY, Robert. Op. cit., p. 30.

93 Cf. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Op. cit., p. 618, que, ao considerar este problema, afirmou que: “*En realidad, la confusión viene de un excesivo seguidismo de la doctrina alemana. Lo verá muy lúcidamente Javier Ballarín, al comentar el libro de García Torres y Jiménez-Blanco ‘Derechos fundamentales y relaciones entre particulares’: ‘Una vez más, dirá, nos parece que la experiencia jurídica española es leída con anteojos germánicos’.*”

esfera jurídica relacionada ao empregado e ao empregador –, é possível garimpar, na jurisprudência brasileira, algumas decisões bastante interessantes, que trazem um indicativo da direção que vem sendo seguida pelos nossos Tribunais Superiores. Vejamos alguns exemplos.

Apreciada uma ação trabalhista movida por um empregado brasileiro de uma companhia francesa de aviação, na qual se pretendia a extensão do Estatuto de Pessoal da empresa que era aplicada exclusivamente aos empregados franceses, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, reformando o acórdão recorrido (que discordou da tese do reclamante sob o argumento de que não possuía o requisito necessário à cobertura do Estatuto, isto é, que não possuía a nacionalidade francesa), proveu o recurso interposto pelo cidadão brasileiro, utilizando-se da aplicação direta do princípio da igualdade. Em sua fundamentação, o STF afirmou que a discriminação em razão da nacionalidade se mostrava injustificável, na medida em que “os funcionários franceses não exerciam tarefas típicas, em relação aos brasileiros”.<sup>94</sup> O teor da ementa é o seguinte:

“CONSTITUCIONAL – TRABALHO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA – ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA – APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO – CF/67, ART. 153, § 1º; CF/88, ART. 5º, *CAPUT* – I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF/67, art. 153, § 1º; CF/88, art. 5º, *caput*). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846-AgRg/PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – RE conhecido e provido.” (RE 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1977)

Também podemos avistar outros casos de eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação de emprego em decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Começemos pelo julgamento realizado pela Quinta Turma, em que se aplicou imediatamente o princípio da não-discriminação para anular a dispensa de empregado portador do vírus HIV. Eis o teor da ementa:

“EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus

---

94 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Op. cit., p. 179.



HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o *caput* do art. 5º da CF/88. Precedentes: ERR 439.041/1998, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” (RR 726.101, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 06.02.2004)

Ademais, são inúmeros os acórdãos do TST que materializam diretamente o princípio da dignidade humana na relação de emprego. Destacamos dois, a título ilustrativo:

“RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO – CONTRATO NULO – EFEITOS – FGTS – MP 2.164-41/01 – O Regional, embora tenha reconhecido a nulidade da contratação, sem o precedente do concurso público, condenou o Município ao pagamento de aviso prévio, décimo terceiro salário, férias e FGTS, mais multa de quarenta por cento. Sendo assim, com exceção do FGTS, contrariou frontalmente o precedente desta Corte, pelo que se impõe a exclusão dos demais títulos trabalhistas lá deferidos. Não obstante a nulidade do contrato, os princípios constitucionais em que se funda a própria República Federal do Brasil, de respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, impuseram ao TST, ao editar o Enunciado nº 363, a conclusão de se garantir ao trabalhador público direitos mínimos que o colocassem a salvo da condição similar ao escravo. Esses princípios, que levaram esta Corte a abrandar as implicações provenientes da nulidade do contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública, certamente inspiraram a alteração imprimida à Lei nº 8.036/90 pelo art. 9º da MP 2.164-41/01, infirmando assim eventual pecha de inconstitucionalidade. (...). Recurso parcialmente provido.” (RR 7642-2002-900-01-00, 4ª T., Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagem, DJ 07.02.2003)

“DANO MORAL – REVISTA NA EMPREGADA – AVALIAÇÃO DA PROVA – Nos termos do v. acórdão do Tribunal Regional, a par da confissão feita na defesa, existe prova material da ofensa perpetrada ao patrimônio imaterial (moral) da reclamante, submetida pela reclamada a constrangimentos diuturnos em decorrência das ‘revistas completas’, incluindo seus pertences, com a finalidade de verificar, sem as cautelas exigidas nesse tipo de revista, se a empregada não estava subtraindo valores da empresa. Tal conduta caracteriza a prática de dano moral ressarcível, em face da violação do dever de confiança recíproca que alicerça o contrato de trabalho e do princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Incidência do Enunciado nº 126 deste Tribunal Superior. Recurso de revista não conhecido.” (RR 426.712, 5ª T., Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, DJ 25.10.2002)

Deste modo, enfrentando a questão acima suscitada, vemos claramente que os Tribunais Superiores não têm a menor dificuldade para aplicar diretamente os direitos fundamentais no âmbito juslaboral. No entanto, esta atuação prática não se assemelha a uma plena consciência do “novo horizonte hermenêutico” representado pela doutrina da *Drittwirkung*, uma vez que se constata aqui a mesma ausência de

fundamentação teórica que já havia sido anotada em outros estudos, quando da observação deste fenômeno em relação às demais espécies de ajustes privados.<sup>95</sup>

## CONCLUSÃO

Procuramos estabelecer, no decorrer desta exposição, algumas premissas teóricas que consideramos indispensáveis ao correto entendimento da aplicação dos direitos fundamentais na relação de emprego.

De fato, quando falamos, num primeiro momento, da vinculação imediata dos poderes privados aos direitos fundamentais do trabalhador assalariado, não fizemos nada mais do que iluminar uma verdade que já se mostrava aparente aos olhos de todos que operam com o direito laboral. Mas, ao nos darmos conta da possibilidade do empregador, em determinadas circunstâncias, poder restringir legitimamente algumas liberdades da pessoa que lhe é subordinada, acendemos o sinal amarelo. O temor de que o retrocesso social se acentue ainda mais entre nós torna bastante atual a outrora superada “coisificação” do ser humano, cujo repúdio mais vigoroso partiu de Kant, através do seu famoso imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.<sup>96</sup>

As possibilidades estão em aberto. Num mundo “pós-moderno”, onde as certezas se evaporam numa velocidade assustadora, o instrumental disponibilizado pela teoria da *Drittwirkung* se coloca como uma faca de dois gumes. Se, de um lado, ele reforça o compromisso humanitário que permeia a Constituição brasileira de 1988, proporcionando uma densificação normativa como nunca houve na história deste país e tornando realmente palpáveis noções, tais como dignidade humana, justiça social, liberdade e igualdade, de outra parte, ele carrega o fardo da possibilidade do arbítrio judicial e da preocupação com a iminente “colonização do mundo da vida” (Habermas).

Cabe a nós, artífices do direito, encontrarmos uma saída para este impasse, a fim de que não percamos esta rica oportunidade de fazer do Brasil um país melhor. Melhor não apenas sob o aspecto individual, egocêntrico, mas, sobretudo, sob a perspectiva do outro. E é justamente esta mudança de paradigma que poderá revolucionar as relações de emprego.

Quando acreditarmos firmemente que aquela pessoa que trabalha para nós tem o igual direito de ver respeitadas suas escolhas, que a solidariedade e não a

---

95 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 292-297; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Op. cit., p. 178-180.

96 KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 95-103.

competitividade exacerbada deve nortear o agir profissional e a atividade empresarial, enfim, quando nos apercebermos que caminhamos todos na mesma estrada, neste dia, então, teremos dado início a um novo tempo, no qual os conceitos de direitos fundamentais, dimensão objetiva, eficácia irradiante serão parte integrante de um discurso plenamente incorporado no imaginário social, um pressuposto às convenções estabelecidas pelo empregado em cooperação com o empregador.

O que acalentamos pode parecer uma utopia ou uma promessa ingênua, mas como bem disse Aristóteles: “A esperança é o sonho de um homem desperto”.<sup>97</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Yale Law School Occasional Papers, Second Series*, number 3, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *A doutrina da efetividade*. Mimeo.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

---

<sup>97</sup> ARISTÓTELES. *Pensamentos da Grécia Antiga*. 2. ed. Lisboa: Nova Acrópole, 1997, p. 63.

\_\_\_\_\_. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Prólogo. In: BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. São Paulo: Cortez, v. 1, 2002. *A crítica da razão indolente:*

## DOUTRINA

*contra o desperdício da experiência.*

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZANETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

# LEGALIDADE E CONVENIÊNCIA DO CADASTRO DE EMPREGADORES QUE TENHAM MANTIDO TRABALHADORES EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO – COMPREENDENDO A “LISTA SUJA”

João Humberto Cesário\*

SUMÁRIO: 1 O processo de criação do cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo; 2 Objeções mais comuns ao cadastro; 3 Competência para conhecimento da matéria; 4 Superando os argumentos contrários à legalidade das Portarias nºs 1.234/03, 540/04 – do Ministério do Trabalho – e 1.150/03 – do Ministério da Integração Nacional; 4.1 Direito de propriedade e legalidade das portarias; 4.2 Presunção de inocência; 5 Conclusão.

## 1 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DO CADASTRO DE EMPREGADORES QUE TENHAM MANTIDO TRABALHADORES EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO

Ao início do presente estudo, será necessária uma breve explanação do que vem a ser o Cadastro de Empregadores que Tenham Mantido Trabalhadores em Condições Análogas à de Escravo, criado no âmbito do Ministério do Trabalho e do Emprego.

Para tanto, será imprescindível compreender as funções do MTE, para depois serem visualizados os mecanismos individuais e coordenados de que dispõe para a consecução das suas aspirações.

De um modo geral, pode-se dizer que incumbe ao Ministério do Trabalho “verificar o cumprimento, por parte das empresas, da legislação de proteção ao trabalhador”, sendo uma de suas missões específicas a “erradicação do trabalho escravo e degradante, por meio de ações fiscais coordenadas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho”.<sup>1</sup>

---

\* Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 23ª Região. Vice-presidente da Associação dos Magistrados Trabalhistas da 23ª Região – AMATRA XXIII. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Material do Trabalho na Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 23ª Região – ESMATRA XXIII. Pós-Graduado em Direito do Estado, Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho.

1 Disponível em: <[www.mte.gov.br](http://www.mte.gov.br)>.

Assim, visando à consecução concreta dos objetivos gerais e específicos do MTE, foi lançado pelo Governo Federal, no início de 2003, o “Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo”, composto de 76 medidas de combate à prática, dentre elas as chamadas “cláusulas impeditivas para a obtenção e manutenção de crédito rural quando comprovada a existência de trabalho escravo ou degradante”,<sup>2</sup> com a previsão do alcance de seu intento pela via de ações sinérgicas dos mais variados órgãos da administração pública.

Movimentando a esteira da sua implementação, foi editada pelo Ministro do Trabalho a Portaria nº 1.234/03, atualmente sobreposta pela sua congênere de nº 540/04, para criar o cadastro em estudo, onde o nome do infrator é incluído após decisão administrativa final exarada em procedimento de fiscalização, garantida a ampla defesa, com posterior comunicação do fato às mais diversas entidades estatais, visando à tomada das providências administrativas cabíveis, nas suas respectivas esferas de atuação.

Como primeiro fruto prático da mencionada comunicação, é de se destacar a publicação da Portaria nº 1.150/03 pelo Ministro da Integração Nacional, determinando o encaminhamento semestral do rol atualizado, elaborado pelo Ministério do Trabalho, aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento, com recomendação para que se abstenham de conceder créditos sob a supervisão do Ministério da Integração Nacional, às pessoas físicas e jurídicas que venham a integrar o cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo.

## 2 OBJEÇÕES MAIS COMUNS AO CADASTRO

Ultimamente vêm sendo ajuizadas ações judiciais, em regra mandados de segurança ou ações ordinárias com pedido de antecipação de tutela, todas questionando a legalidade e as conseqüências práticas do cadastro, arrimadas nos seguintes argumentos:

- a) que as Portarias nº 1.234/03 (hoje 540/04 – que criou o cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo) e 1.150/03 (que limitou o acesso de produtores rurais ao financiamento público da atividade produtiva privada), tratar-se-iam de inominável ofensa ao direito de propriedade, ambas ferindo o princípio da reserva legal, haja vista que os ministros do trabalho e da integração nacional não teriam legitimidade legiferante para editá-las.
- b) que a ausência de perseguição criminal instaurada em face dos produtores rurais, ou a inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado, possuiria o condão de conduzir à presunção de inocência quanto

---

2 A respeito, conferir a edição do sítio <[www.agenciartamaior.uol.com.br](http://www.agenciartamaior.uol.com.br)>, acesso em: 12.03.2004.

à prática degradante de que são acusados, tudo nos termos no art. 5º, LVII, da CRFB.

Assim posta a discussão, o presente trabalho doravante se dividirá em dois planos distintos. O primeiro consiste no desafio da questão alusiva ao ramo do Poder Judiciário competente para o conhecimento das noticiadas ações, bem como do organismo judicial com competência originária para a cognição da matéria.

O segundo relativo à superação dos argumentos alinhavados contrariamente à legalidade das Portarias nºs 1.234/03 e 540/04 – do Ministério do Trabalho e do Emprego – e 1.150/03 do Ministério da Integração Nacional.

### 3 COMPETÊNCIA PARA CONHECIMENTO DA MATÉRIA

No concernente ao ramo do Poder Judiciário com competência para conhecimento das noticiadas ações, há quem defenda que o ajuizamento da matéria deva se dar perante a Justiça Federal, já que incidiria à espécie a regra do art. 109, *caput*, I, da CRFB, a dizer que “aos juízes federais compete 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”.

Todavia, o mencionado ponto de vista não se sustenta, haja vista que a Emenda Constitucional nº 45 trouxe substancial alteração nos contornos da questão, sendo hodiernamente inelutável a competência da Justiça do Trabalho para o processamento do assunto.

Não obstante seja fato que pelo menos a princípio as ações em que a União figure como parte devam ser ajuizadas perante a Justiça Federal, não é menos verdade que o próprio art. 109, I, da CRFB excepciona essa regra geral, para dela excluir, dentre outras, as causas de competência da Justiça do Trabalho.

Por outra vertente, lida a Constituição da República numa perspectiva lógico-sistemática, a competência do Judiciário Trabalhista sobressai límpida, na medida em que a novel redação do seu art. 114, VII, diz textualmente que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”.

Com efeito, tendo em conta a clareza solar do preceptivo em tela, não existem elementos palpáveis que possam sustentar outra conclusão, senão a que conduza à autoridade da Justiça do Trabalho para o processamento destas demandas.

Aliás, a própria Justiça Federal vem reconhecendo a conclusão aqui defendida.

Em tal sentido, transcrevo parte da recente decisão proferida pelo Juiz Federal PAULO CÉSAR ALVES SODRÉ sobre o tema:

“Trata-se de ação declaratória de nulidade de ato administrativo, com pedido de antecipação da tutela, para suspender os efeitos do cadastro restritivo encaminhado ao Banco do Brasil pelo Ministério da Integração



Nacional, em que figura injustamente o autor, para permitir seu acesso a linhas de crédito destinadas ao produtor agrícola.

(...)

Antes de analisar o pedido de antecipação de tutela, impõe-se a análise acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação.

A Emenda Constitucional nº 45/04, conhecida como 'Reforma do Judiciário', proveu diversas modificações na organização judiciária brasileira, inclusive quanto à competência. O art. 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda, dispõe que:

'Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregados pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.'

Dessa forma, tendo em vista a incompetência absoluta deste Juízo, declino da competência em favor de uma das Varas do Trabalho de Cuiabá/MT, para onde deverão ser remetidos os presentes autos, com urgência."<sup>3</sup>

Para que não se alegue que as decisões se restringem à primeira instância, colho excerto de precedente jurisprudencial oriundo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, extraído de decisão da lavra da Desembargadora SELENE MARIA DE ALMEIDA:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado com o objetivo de eliminar inscrição promovida pelo Ministério do Trabalho em lista decorrente de autuações por utilização de mão-de-obra em possíveis condições análogas à escravidão, promovidas por equipes móveis de fiscalização do trabalho vinculadas ao Ministério do Trabalho e Emprego.

A situação importou na imposição de multas e determinação de regularização das situações das pessoas que foram encontradas na localidade a que foram identificadas como trabalhadores, sem prejuízo da inscrição na referida lista que impede o acesso a linhas de crédito público e privado às pessoas físicas ou jurídicas que tenham sido autuadas e cujo nome tenha sido inscrito na lista.

O feito foi proposto perante a Justiça Federal, pois à época da impetração a matéria estava inserida dentre as que estavam afetas à sua esfera de competência.

Contudo, sobreveio a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, a qual alterou a competência de órgãos jurisdicionais em relação a determinadas matérias.

---

3 Decisão proferida em 11.03.2005, nos autos do Processo nº 2005.36.00.000487-1, em que figuravam como partes Neuri Antônio Frozza, na condição de autor, e a União Federal, como ré.

Assim, a Justiça Federal não é mais competente para o processamento e julgamento do feito, pois houve por determinação constitucional a alteração na competência material para o processamento e julgamento da questão.

Para melhor esclarecer, transcrevo a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, em conformidade com as disposições da Emenda Constitucional nº 45.

‘Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

(...).’

A hipótese está inserida no inciso VII do artigo retrotranscrito, cabendo à Justiça do Trabalho o julgamento da prelição deduzida na impetração, pois o caso é de exceção ao princípio da perpetuação da jurisdição...

(...)

Em razão da incompetência absoluta superveniente, é necessário reconhecer a necessidade de remessa dos autos principais à Vara do Trabalho de Diamantino – MT, local da autuação e, portanto, o competente para o processamento do feito, razão pela qual, determino seja expedido ofício ao Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal para que remeta o feito à Vara do Trabalho de Diamantino – MT.

Em conseqüência, determino a remessa deste recurso ao Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, ao qual a Vara do Trabalho de Diamantino é vinculada.”<sup>4</sup>

Comprovada com fôlego a competência da Justiça do Trabalho, passo agora a discorrer sobre qual o órgão jurisdicional com competência originária para tratamento da matéria.

Quanto ao assunto, não são poucos aqueles para quem, ponderando que tais ações geralmente chegam ao Poder Judiciário na forma de mandados de segurança que questionam a legalidade das Portarias nºs 1.234/03, 540/04 – da lavra do sr. Ministro do Trabalho – e 1.150/03 – do Sr. Ministro da Integração Nacional –, a competência funcional seria do Tribunal Superior do Trabalho, por força da conjugação analógica do art. 105, I, b, da CRFB, a atribuir competência ao STJ para mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, com o art. 114, IV, da CRFB, que prevê a competência da Justiça do Trabalho para os mandados de segurança, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.

Tal ângulo de visada não resiste a uma análise mais acurada.

---

4 Decisão proferida em 20.01.2005, no Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.002219-7/DF, interposto no Processo de Origem nº 2004.34.000410445, em que figuravam como partes Maeda S/A – Agroindustrial, na condição de autor, e a União Federal, como ré.

De início, é de se ver que as noticiadas demandas não estão chegando ao Judiciário somente na forma de mandados de segurança, já que são muitos os casos em que aforadas ações ordinárias, com pedido de antecipação de tutela, fato que *per se* subverte o raciocínio dos que defendem a competência originária do Tribunal Superior do Trabalho.

Nada obstante, mesmo quando ajuizadas sob a forma do *mandamus*, a competência originária continua nas Varas do Trabalho, já que em verdade a legalidade das Portarias dos srs. Ministros do Trabalho e da Integração Nacional é discutida apenas incidentalmente, como forma de se galgar o mérito de sentido estrito da demanda, cujo pano de fundo reside no ato do Secretário da Inspeção do Trabalho, que determina a inclusão no cadastro dos empregadores penalizados em última instância administrativa.

Logo, a pretensa autoridade coatora que prestará informações no mandado de segurança é o sr. Secretário da Inspeção do Trabalho, portanto não existindo motivos que justifiquem o deslocamento da competência para o TST, na medida em que a legalidade das Portarias editadas pelos Ministros de Estado será discutida tão-somente em esfera incidental, não sendo pouco lembrar que, nos termos do art. 469, III, do CPC, “não faz coisa julgada a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

#### 4 SUPERANDO OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEGALIDADE DAS PORTARIAS NºS 1.234/03, 540/04 – DO MINISTÉRIO DO TRABALHO – E 1.150/03 – DO MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL

Rememorando aquilo que já foi narrado alhures, é fato que as portarias vêm sendo atacadas ao argumento de constituírem-se em inominável ofensa ao direito de propriedade, todas ferindo o princípio da reserva legal, haja vista que os Ministros do Trabalho e da Integração Nacional não teriam legitimidade legiferante para editá-las.

No reforço da tese veiculada, sustentam ainda os produtores, que a ausência de perseguição criminal em face deles instaurada, ou a inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado, possuiria o condão de conduzir à presunção de inocência quanto à prática degradante de que são acusados, tudo nos termos no art. 5º, LVII, da CRFB.

Para uma melhor análise dos aludidos argumentos, passarei a tratá-los em tópicos distintos.

##### *4.1 Direito de propriedade e legalidade das portarias*

Como é palmar, se por um lado é certo que a propriedade é um direito fundamental do cidadão (art. 5º, XXII, da CRFB), por outro não é menos verdade que ela deva cumprir uma inequívoca função social (art. 5º, XXII, da CRFB), somente

alcançada no âmbito rural quando atenda, simultaneamente, os requisitos de “observância das disposições que regulam as relações de trabalho”, com a “exploração que favoreça o bem-estar dos trabalhadores” (art. 186, III e IV, da CRFB).

Justamente por isso é que o art. 184 da Magna Carta estabelece que “compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social”.

Vale dizer, portanto, que se a propriedade rural não é explorada de modo que favoreça o bem-estar dos trabalhadores, olvidando as disposições que regulam as relações de trabalho, não estará cumprindo com sua função social, ficando exposta até mesmo à desapropriação por parte da União, para fins de reforma agrária.

Ora, se em última instância é legítimo à União, nos termos do § 2º do art. 184 da CRFB, editar um decreto declarando o imóvel como de interesse social, para fins de instauração do procedimento de desapropriação, por certo será muito mais lícito que, por via dos Ministérios competentes, publique portarias que visem a coibir a existência da repugnante prática da servidão contemporânea, com expressa vedação ao financiamento público da atividade privada incapaz de cumprir com sua função social.

Somente tais constatações já seriam suficientes para golpear letalmente os argumentos daqueles que, inadvertidamente, defendem a ilegalidade das multicitadas Portarias nºs 1.234/03, 540/04 e 1.150/03. Mas não é só.

Devo agora superar o argumento de que as aludidas portarias estariam a ferir o princípio da reserva legal, na medida em que os Ministros do Trabalho e da Integração Nacional não teriam legitimidade legiferante para editá-las.

Quanto a este item, é de se destacar que a questão está malposta, já que não se trata de discutir eventual legitimidade legiferante dos ministros (já que ministros notoriamente não legislam), mas de debater a competência administrativa que possuem para a produção dos atos administrativos que lhes são próprios, com vistas ao atingimento dos fins precípuos das suas pastas.

Assim, observado o imbróglio, é iniludível que a produção de um “cadastro administrativo”, no qual são inseridos os empregadores que “reduzem trabalhadores a condição análoga à de escravo”, usado como “critério de financiamento público da atividade produtiva privada”, não está a ferir, de modo algum, o princípio da reserva legal, estando antes a implementar, concretamente, tanto no plano prático quanto no ético, os mais sagrados valores constitucionais.

Ocorre que, nos termos do art. 170 da CRFB, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundada nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; (...) VIII – busca do pleno emprego”.

Nunca demais lembrar, ainda, que alguns dos mais sólidos fundamentos republicanos são a “cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho” (art. 1º, II, III e IV, da CRFB), constituindo-se em objetivos fundamentais da República a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de erradicar a pobreza e a marginalização” (art. 3º, I e III, da CRFB).

Com efeito, é absolutamente válido que a União, por via da atuação dos Ministros de Estado, se valha de critérios administrativos visando a financiar a atividade produtiva séria e lícita, em detrimento daquela que, na ganância por lucros desmedidos, transpõe as raias da criminalidade, desprezando os fundamentos que se constituem no centro vital da Constituição da República Federativa do Brasil.

Aliás, decididamente não parece razoável que fazendeiros sérios, que observam rigorosamente a legislação trabalhista, devam disputar créditos públicos em pé de igualdade com aqueles que maltratam a dignidade do ser humano, sendo inquebrantável obrigação do Poder Executivo tratá-los de modo desigual, já que como é curial, o princípio da isonomia, o direito e a garantia fundamental da sociedade (art. 5º, *caput*, da CRFB) consistem em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de modo desigual, na exata medida de suas desigualdades.

Ademais, ainda que as portarias discutidas não tratassem de mero critério administrativo de financiamento público da atividade produtiva privada, estando assim editadas dentro nos limites do poder discricionário da administração pública, tenho que a conduta dos ministros do trabalho e da integração nacional evidentemente não desborda dos limites das suas atribuições legais.

Lastreando a assertiva acima, devo rememorar, logo de plano, a lição do Professor CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, no sentido de que “o legalismo é uma manifestação deturpada do princípio da legalidade”.<sup>5</sup>

Como se não bastasse, o certo é que as portarias em questão estão respaldadas no art. 21, XXIV, da CRFB, que dita competir à União *organizar, manter e executar a inspeção do trabalho*; no art. 87, I, da CRFB, que diz competir ao Ministro de Estado, *exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência*; bem como no art. 913 da CLT, a dizer que “o Ministro do Trabalho expedirá instruções, quadros, tabelas e modelos que se tornarem necessárias à execução da CLT”.

Enfim, importante constatar que a discutida restrição ao crédito sequer demandaria a edição das portarias enfocadas, já que de há muito a Lei nº 9.029/95, no seu art. 1º, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória no âmbito da relação de emprego, cominando aos infratores, no seu art. 3º, a “proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais”.

---

5 *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 403.

## 4.2 Presunção de inocência

Também não se mostra adequada ao caso a alegação de que a ausência de perseguição criminal instaurada ou de sentença penal condenatória transitada em julgado teria o condão de conduzir à presunção de inocência dos produtores autuados, nos termos no art. 5º, LVII, da CRFB, a dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória”.

Ocorre que o mencionado dispositivo, quando estudado na sua literalidade, notoriamente se limita à seara penal, sendo que, no caso em tela, como já exaustivamente visto, discute-se a responsabilidade dos agentes na área administrativa.

Ademais, embora o preceptivo em questão esteja imantado de natureza fundamental, o certo é que para a doutrina constitucional contemporânea nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos.

Neste sentido, colho o escólio do Professor ALEXANDRE DE MORAES:

“Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e as garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para o afastamento ou a diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.”<sup>6</sup>

Aliás, eloqüentes exemplos do asseverado residem no próprio processo penal, no qual, na sentença de pronúncia, o juiz deve se pautar pela máxima *in dubio pro societate* em detrimento do adágio *in dubio pro reo*, ou mesmo no caso da prisão cautelar, que obviamente não demanda a existência de sentença transitada para ser implementada.

A confirmar o afirmado, trago mais uma vez a lição de ALEXANDRE DE MORAES:

“A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Dessa forma, permanecem válidas as prisões temporárias preventivas por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado.”<sup>7</sup>

Outrossim, ainda que no caso concreto fosse de se aplicar irrefletidamente o art. 5º, LVII, da CRFB, estaria ele em emblemática rota de colisão com a presunção

6 *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 58.

7 *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 269.

constitucional de legalidade e acerto dos atos administrativos, sendo de se dissolver o imbróglío pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Imprescindível se trazer aqui, mais uma vez, as sempre pertinentes palavras de ALEXANDRE DE MORAES:

“Os direitos e as garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”<sup>8</sup>

Com efeito, principalmente quando o magistrado aprecia o caso estudado em sede de antecipação de tutela, deverá a princípio referendar o ato da administração, já que, no mais das vezes, a única prova inequívoca existente no caderno processual são os autos de infração lavrados pela Delegacia Regional do Trabalho, capazes de conduzir à verossimilhança da notícia de trabalho escravo.

Ademais, se por um lado é possível vislumbrar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao produtor autuado, será ainda mais fácil a visualização do perigo inverso, como no caso de que sociedade, por via da concessão de créditos públicos subsidiados, venha a financiar a produção privada daqueles que cometem o repugnante ato de reduzir trabalhadores a condição análoga à de escravo, em notória prevalência de interesses privados escusos sobre interesses sociais legítimos.

Aplicável ao caso, assim, a máxima *in dubio pro societate*, mesmo porque o núcleo essencial do art. 149 do Código Penal,<sup>9</sup> que tipifica o crime de “redução a condição análoga à de escravo”, foi consideravelmente ampliado pela Lei nº 10.803/03, fato que demonstra, de modo insofismável, a hodierna preocupação da sociedade brasileira em repelir vigorosamente conduta tão mortificante.

8 *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 59.

9 “Art. 149. Reduzir alguém à 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. (...)”

## 5 CONCLUSÃO

Parafraseando o insuperável JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, “é sempre útil condensar as teses de uma exposição em sínteses conclusivas”.<sup>10</sup>

Dessarte, guiado pelo conselho do mestre baiano, deixo a partir de agora as conclusões do presente trabalho:

5.1 Ultimamente vêm sendo ajuizadas ações judiciais, em regra mandados de segurança ou ações ordinárias com pedido de antecipação de tutela, todas questionando a legalidade e as conseqüências práticas das Portarias n<sup>o</sup>s 1.234/03 (hoje 540/04 – que criou o “Cadastro de Empregadores que Tenham Mantido Trabalhadores em Condições Análogas à de Escravo”) e 1.150/03 (que limitou o acesso de produtores rurais ao financiamento público da atividade produtiva privada);

5.2 Como fundamentos das ações, tem-se dito que as aludidas portarias tratar-se-iam de nominável ofensa ao direito de propriedade, ambas ferindo o princípio da reserva legal, haja vista que os Ministros do Trabalho e da Integração Nacional não teriam legitimidade legiferante para editá-las, sendo certo que a ausência de perseguição criminal, instaurada em face dos produtores rurais, ou a inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado possuiria o condão de conduzir à presunção de inocência quanto à prática degradante de que são acusados (art. 5<sup>o</sup>, LVII, da CRFB);

5.3 A competência originária para a cognição destas ações pertence ao primeiro grau do ramo trabalhista do Poder Judiciário, na medida em que a novel redação do art. 114, VII, da CRFB, diz textualmente que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”;

5.4 As portarias não ferem nem ao direito de propriedade, nem ao princípio da legalidade, já que quando a propriedade não cumpre com sua função social, fica exposta até mesmo à desapropriação. Assim, *ex vi* do § 2<sup>o</sup> do art. 184 da CRFB, se a União pode editar um decreto declarando o imóvel como de interesse social, para fins de desencadeamento do procedimento de desapropriação, por certo está respaldada, por via dos Ministérios competentes, a editar portarias que visem a coibir a existência da repugnante prática da servidão contemporânea, com expressa vedação ao financiamento público da atividade privada incapaz de cumprir com sua função social;

5.5 As portarias não malferem o princípio constitucional da presunção de inocência, que, no caso, merece ser analisado em cotejo com a presunção também constitucional de legalidade e acerto dos atos administrativos, de modo a não se tornar em panacéia capaz de eximir infratores de suas responsabilidades.

10 Breve crônica da prescrição rural trabalhista. In: *Revista do TST*, out./dez. 2000, p. 183.



# NEGOCIAÇÃO E CONFLITO A CONFORMAÇÃO DA AUTONOMIA COLETIVA E A CONCERTAÇÃO SOCIAL NO MODELO ESPAANHOL

Francisco das C. Lima Filho\*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conflito coletivo de trabalho: noção e modalidade; 1.1 O relevo social do conflito coletivo; 1.2 Noção de conflito coletivo; 1.3 Classificação; 1.3.1 Conflitos jurídicos e conflitos de interesse: distinção; 2 Negociação coletiva: noções e princípios gerais; 2.1 O significado social e jurídico da negociação coletiva; 2.2 O dever de negociar e o princípio da boa-fé na negociação coletiva; 3 Estrutura da negociação coletiva na Espanha; 3.1 O nível de negociação; 3.2 Os sujeitos; 3.2.1 O reconhecimento dos interlocutores negociais; 4 Dos convênios coletivos; 4.1 Noção inicial; 4.1.1 Natureza jurídica; 4.1.2 Modalidades; 4.1.3 Convênio europeu; 4.2 Conteúdo; 4.2.1 Cláusulas normativas; 4.2.2 Cláusulas obrigacionais; 4.2.3 Cláusulas delimitadoras; 5 Procedimento da negociação; 5.1 Início do processo; 5.2 Da comissão negociadora: constituição, designação, negociação e adoção de acordos; 6 Do convênio coletivo; 6.1 Requisitos formais; 6.2 Tramitação; 6.3 Vigência; 6.4 Eficácia; 6.5 A administração do convênio; 6.6 Da impugnação do convênio; 7 Da concertação social; 7.1 Delimitação conceitual; 7.2 Formas de concertação social; 7.3 Concertação e diálogo sociais no sistema espanhol de relações laborais; 8 Conclusão; 9 Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico laboral não regula apenas as relações individuais que são constituídas em volta do fenômeno da alienação da disponibilidade da força de trabalho. A esfera destas relações está envolvida por uma coroa de fenômenos coletivos que são dotados de grande relevância social e que, perante o Direito, assumem o duplo significado de objeto e fonte de normas jurídicas.

Esses fenômenos exprimem, por um lado, diversas formas (a negociação, a greve, a ação sindical na empresa etc), a tensão, mais ou menos declarada, entre interesses de grupos sociais contrapostos: o ordenamento jurídico cuida de dispor sobre as formas de equilíbrio e os instrumentos de composição de tais interesses em

---

\* *Mestre em Direito. Professor na UNIGRAN. Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Dourados/MS. Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Dourados/MS. Mestre em Direito e Estado pela UNB. Doutorando em Direito Social pela Universidad Castilla La-Mancha/Espanha. Professor na UNIGRAN – Dourados/MS.*

conflito, regulamentando os fenômenos que os projetam no quadro social. Porém, por outro lado, e ao mesmo tempo, esses mesmos fenômenos podem encerrar uma dinâmica geradora de normas: o conflito de interesses coletivos diz respeito, quase sempre, a uma pretensão de mudança das condições de trabalho praticadas em certa categoria de empresas ou, relativamente, à determinada camada profissional. Desse conflito podem, por conseguinte, surgir, e quase sempre surgem, regras definidoras de um novo padrão de condições de trabalho no mesmo âmbito, que se destina a penetrar no conteúdo das correspondentes relações individuais.

Essas normas, produzidas de forma autônoma, cujo instrumento característico é o convênio ou convenção coletiva de trabalho, inserem-se no domínio do regime das relações individuais de trabalho passando aí a ombrear-se com aquelas de origem heterônoma que o Estado emite, especialmente sob a forma de lei.

A esse corpo de normas reguladoras das formas de organização de interesses coletivos, o regime das organizações sócio-profissionais – e dos processos e instrumentos da ação coletiva – a disciplina das relações e dos conflitos coletivos, se denomina Direito Coletivo do Trabalho que, como lembra Antonio Monteiro Fernandes,<sup>1</sup> “tem as suas raízes embebidas na estrutura da relação individual de trabalho”. Por conseguinte, ainda é dos interesses e das relações mútuas dos trabalhadores subordinados e dos empregadores que nele se trata.

Porém, a ação do Direito Coletivo sobre esses interesses e relações é mediata e instrumental, na medida em que as suas normas não conformam diretamente as relações individuais de trabalho, não criam direitos nem deveres para o trabalhador subordinado e seu empregador, ao contrário, regulam ou condicionam somente certos modos de produção de normas aplicáveis aos contratos de trabalho – modos esses que envolvem a composição de determinados interesses coletivos: postulam a existência de organizações e de conflitos.

Os fenômenos coletivos envolvem, pois, de um lado, processos de confronto entre grupos sociais e, de outra perspectiva, processos de criação do próprio direito objetivo.

Nesse contexto, o Direito Coletivo do Trabalho não é o direito das coletividades de trabalhadores e de empregadores, na medida em que exprime, desde logo, uma intervenção reguladora do Estado sobre o modo por que se desenvolvem as relações desses grupos.

Entretanto, o caráter mediato das normas do Direito Coletivo do Trabalho na determinação das condições de trabalho, bem como a instrumentalidade dos dispositivos que lhe são próprios, não prejudica a sua inserção no Direito do Trabalho.

Lembra a propósito, Maurício Godinho Delgado<sup>2</sup> que a função justralhista central, consistente na melhoria das condições de pactuação da forma de trabalho na ordem socioeconômica, comparece, indubitavelmente, ao Direito Coletivo.

---

1 MONTEIRO FERNANDES, António. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 551.

2 GODINHO DELGADO, Maurício. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 27.

Pondera o referido jurista mineiro que “a desatenção, como um todo, a essa função primeira suprime a própria justificativa histórica de existência e vida de todo o segmento jurídico trabalhista”, não existindo, desse modo, “particularidade tamanha no ramo juscoletivo que lhe permita, ainda que através da negociação coletiva, romper, drasticamente, com o núcleo basilar de princípios do Direito do Trabalho e com o patamar civilizatório mínimo fixado pela ordem jurídica heterônoma estatal”.

Assim, e embora ao Direito Coletivo do Trabalho caiba certa função de adequação setorial da generalidade de determinadas regras justralhistas, inclusive a função de pacificação de controvérsias reais de caráter comunitário, afastando a *res dubia* através da negociação ou transação coletiva, em que se concedem, reciprocamente, vantagens às partes coletivamente representadas por suas associações profissionais ou sindicais, esse fenômeno e essa característica não o transforma em instrumento perverso de destruição dos princípios, regras e institutos fundamentais do Direito do Trabalho, em conjuntura de refluxo e debilitação do movimento sindical como soe acontecer, especialmente, em países periféricos em desenvolvimento, submetidos a políticas econômicas ditadas por organismos internacionais, como é o caso do Brasil e de outros países latino-americanos que vem seguindo, especialmente na última década, um rígido receituário do Fundo Monetário Internacional que tem como um dos principais objetivos o controle das contas públicas e, inflexivelmente, o da inflação, o que quase sempre termina criando desemprego e o enfraquecimento do movimento sindical e, conseqüentemente, debilitando a força da classe trabalhadora na negociação coletiva.

Há, pois, limites à adequação efetivada pela negociação coletiva que deve, obrigatória e indispensavelmente, respeitar a esses parâmetros de modo a preservar a harmonia entre os planos juscoletivos e jusindividuais do Direito do Trabalho.

É essa realidade que o presente trabalho visa analisar, porém voltada para o modelo espanhol, mas sempre que possível, fazendo um paralelo com o modelo brasileiro.

## 1 O CONFLITO COLETIVO DE TRABALHO: NOÇÃO E MODALIDADE

### 1.1 O relevo social do conflito coletivo

A relevância social do conflito coletivo é bastante significativa, na medida em que ele é da essência das relações laborais, pois a negociação coletiva que tem no conflito latente ou ostensivo a sua causa é não apenas uma técnica de produção de normas, mas ao mesmo tempo, um método de superação de conflitos atuais ou potenciais envolvendo, assim, um processo jurídico e uma dinâmica social. Por isso, pode-se afirmar que a realidade dos conflitos impele o convênio coletivo ou a convenção coletiva para o elenco das fontes de Direito.<sup>3</sup>

---

3 Na Espanha, o convênio coletivo encontra-se inserido no art. 3º, b, do Estatuto dos Trabalhadores como uma das fontes do Direito Laboral, dispondo de força obrigatória a todos os empresários e trabalhadores incluídos no âmbito de sua aplicação durante o período da sua vigência (art. 82.3). Portanto, tem força de lei no âmbito da categoria profissional e econômica por ele abrangida.

De acordo com a doutrina espanhola:<sup>4</sup>

*“Junto al Derecho elaborado por el Estado o por organismos supracionales o internacionales, el ordenamiento laboral conoce desde la etapa de su formación otra fuente de origen profesional, que es el convenio colectivo. En cuanto fuente de Derecho del Trabajo el convenio colectivo procede de la autonomía colectiva o poder normativo reconocido conjuntamente a los representantes de los trabajadores y empresarios.*

*La asunción o reconocimiento del convenio como norma jurídica tiene lugar en los artículos 37.1 CE y 82.2 ET. El primero ordena al legislador garantizar el ‘derecho a la negociación colectiva laboral (...) así como la fuerza vinculante de los convenios’. Esta fuerza vinculante es propia de las normas jurídicas en virtud del artículo 82.3 ET que atribuye a los convenios regulados en dicha ley fuerza de obligar de manera general y abstracta (‘todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación’), sin incorporar sus regulaciones a los contratos de trabajos afectados (‘durante el tiempo de su vigencia’); así lo viene entendiendo la jurisprudencia (TC 58/1985, de 30 de abril; TS de 5 de noviembre de 1982 y 11 de mayo de 1992).”*

Essa realidade é tão marcante que, até mesmo naqueles regimes políticos sociais que negam a existência de uma fundamental oposição de interesses entre empregados e empregadores,<sup>5</sup> ela costuma ser constatada.

Assim, pode-se apontar o fato de a extensão e a frequência da negociação coletiva se encontrar diretamente relacionadas com o aumento da conflituosidade laboral, quer no aspecto quantitativo, quer no respeitante às matérias litigiosas. Por isso, os conflitos coletivos laborais podem constituir objeto de estudo e análise sob diversas perspectivas, porquanto envolvendo comportamento grupal caracterizado por dinâmicas e motivações específicas, oferecem matéria de relevo no domínio da psicologia e da sociologia do trabalho.

De outro lado, enquanto mecanismos relacionados com o mercado do trabalho e do emprego e influentes na determinação dos salários, esses conflitos pertencem à área de interesse da economia do trabalho. Vale lembrar, ainda, porque constituem modos de afirmação de poder social e estão conexionados de forma estreita com a organização e a atuação de instituições políticas, o que faz com que sejam, também, objeto de observação do ângulo da ciência política.

Finalmente, e talvez o mais importante, pelo menos para o escopo deste trabalho, no conflito coletivo laboral pode interferir, e de fato interfere, em processos e em técnicas que são objetos de uma disciplina jurídica inspirada, segundo Monteiro Fernandes<sup>6</sup> “nas idéias básicas de integração dos conflitos em padrões ditados por

4 MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 98-99.

5 MONTEIRO FERNANDES, António. Ob. cit., p. 757.

6 MONTEIRO FERNANDES, António. Ob. cit., p. 759.

uma certa concepção de equilíbrio social”, penetra no campo do Direito do Trabalho, preenchendo, como antes se afirmou, um dos seus mais importantes capítulos.

Nesse ponto é de concordar-se com Márcio Túlio Viana<sup>7</sup> ao afirmar que, no campo do trabalho, os conflitos não são patológicos, como supõe a corrente chamada “teoria do consenso”,<sup>8</sup> mas naturais. Para ele:

“Estão no próprio coração do sistema. Além disso, como afetam o grupo, tendem a se expressar coletivamente – o que também aumenta a sua eficácia. Em geral, quando coletivos, não buscam aplicação, mas a (re)construção do Direito. Assim, em princípio, rejeitariam a solução pelo juiz, mas não a do legislador.

O problema é que – aberto o conflito – o choque de interesses é tão presente, tão intenso e tão urgente que raras vezes há tempo para que o legislador intervenha; e a consequência, inusitada nos outros ramos jurídicos, é a sua substituição pelas partes, que criam, elas próprias, os Direitos que lhes convém.

Desaparece, assim, a mediação do Estado. Já não há separação entre os agentes que produzem a norma e aqueles que consomem. Nessa mesma medida, dilui-se a distinção entre o fato que faz a norma nascer (fonte material) e o modo pelo qual esta se revela (fonte formal). Do mesmo modo que a crisálida traz em seu corpo o DNA da borboleta, o conflito carrega nas entranhas os elementos formadores do novo Direito: quando tudo corre bem, ele próprio – o conflito – se transforma em convenção. Os mesmos trabalhadores que, ao se pôr em greve, dizem que ‘a regra terá de ser esta’, se vitoriosos dirão, no ajuste com os patrões, que ‘a regra, agora é esta’. Naturalmente, também a reação patronal pode conter elementos de futura norma.”

Do que foi exposto, pode-se afirmar que o conflito não deve ser encarado como algo patológico, antes configura uma expressão dinâmica da contraposição de interesses coletivos que se positiva, de modo típico e formal, na negociação coletiva como instrumento de progresso social, inclusive e especialmente, como fonte material do próprio Direito. Faz parte da dinâmica social e por isso não revela uma inspiração “defensiva”, ou, sequer, um projeto de organização ou racionalização de conflituosidade, como ocorre em outras relações industriais. É, assim, algo que integra a dinâmica das relações laborais, ou seja, é uma luta para o direito, ao contrário do que acontece em nível individual, quando em regra se combate pelo direito.

Em síntese, pode-se dizer que as funções da negociação coletiva trabalhista, que têm no conflito coletivo a sua origem, são de geração de normas jurídicas; de

7 TULLIO VIANA, Márcio. Conflitos coletivos do trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, ano 66, nº 1, p. 116-150, jan./ mar.2000.

8 Para essa corrente, a estrutura social é uma ordem que tende à estabilidade.

pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva; função sociopolítica e função econômica. Por conseguinte, esse tipo de conflito tem grande relevância social como se verá nos próximos itens deste trabalho.

### *1.2 Noção de conflito coletivo*

Pode-se, inicialmente, dizer que o conflito coletivo de trabalho é uma controvérsia entre um conjunto de trabalhadores por um lado, o empresário ou os empresários por outro, no âmbito das relações de trabalho. Por conseguinte, existe conflito coletivo de trabalho quando se manifesta uma divergência de interesses por parte de uma categoria organizada de trabalhadores, de um lado, e uma categoria organizada de empregadores, ou um só destes, de outro lado, em torno da regulamentação existente ou futura das relações de trabalho que interessam aos membros das mesmas categorias.

Da noção acima se pode extrair os elementos fundamentais do conflito coletivo:

- a) *manifestação de uma divergência de pretensões coletivas*, expressada por comportamentos coletivos que façam passar do plano da mera desconformidade de interesses para o das realidades sociais, ou seja, não se cogita, aqui, dos conflitos latentes, não declarados.

Essa manifestação se opera de várias maneiras. Uma delas consiste no conjunto de declarações negociais que dão início ao processo de celebração de um convênio ou convenção coletiva de trabalho, consistindo esse processo, necessariamente, um meio de superação do conflito coletivo, ainda que o seu desenvolvimento, ou seja, as negociações, propriamente ditas, permitam atingir, sem incidentes, o resultado almejado: uma fórmula de equilíbrio de interesses coletivos, ainda que seja transitória.

Entretanto, o litígio pode exteriorizar-se através de comportamentos que equivalem a afirmações de força ou de poder social, como no caso da greve, do *lock-out*, juntamente com as aludidas declarações negociais. Nesta hipótese, o resultado pretendido consistirá, quase sempre, no mesmo (acordo), apenas a via escolhida não é a da mútua transigência, mas a do confronto.

- b) *quanto aos sujeitos, deverão ser em face da natureza mesma do conflito coletivo, categorias organizadas* salvante a possibilidade de, no lado patronal, figurar o empregador isolado (ou mais), como ocorre aqui no Brasil em que o conflito envolvendo do lado do empregador uma só empresa ou grupo delas, o dissídio poderá terminar com a formalização de um acordo coletivo de trabalho.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> De acordo com o disposto no § 1º do art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho: "É facultado aos sindicatos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulam condições de trabalho, aplicáveis no âmbito

Lembra, a propósito, Antonio Monteiro Fernandes, invocando ARAGUREN, a existência do entendimento de que “a legitimação activa e passiva no conflito coletivo decorre da legitimação para a estipulação do contrato colectivo”.<sup>10</sup>

c) *quanto aos interesses cuja oposição leva ao conflito também não de ser interesses coletivos.*

Parece acertado o entendimento de que de regra o que diferencia os interesses coletivos dos individuais é que nos primeiros estão em jogo categorias que buscam negociar as condições de trabalho, ao passo que, nos últimos, o que se objetiva é o modo pelo qual o trabalho se executa. Por isso, como lembra Márcio Túlio Viana,<sup>11</sup> os conflitos coletivos se dirigem à parte ajustada da relação de emprego, ou seja, as cláusulas do contrato, ao passo que os individuais reagem ao comando – unilateral – do empregador. E como esse comando é pontual, o conflito onde estão em jogo interesses individuais tende a repeti-lo: é fragmentado, circunstancial, individualizado, enquanto no conflito em que os interesses são coletivos, a luta se traduz para o direito, ao contrário daquele onde o interesse é individual, onde em geral, a luta, o combate, se dá pelo direito.<sup>12</sup>

Entretanto, não há um critério seguro para a determinação da existência de interesses coletivos. Pode-se, isso sim, da via (sindical) pela qual se afirmam as pretensões, do método pelo qual são perseguidas e da amplitude dos efeitos que se vise desencadear com o resultado final, fazer, de certo modo, a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais. Se os efeitos têm por objetivo um padrão geral para um conjunto abstrato de relações laborais, trata-se de efeitos normativos e, portanto, interesses coletivos. Ao contrário, quando os efeitos que visem a desencadear resultados destinados a cristalizarem em certos contratos individuais estar-se-á diante de interesses individuais.

d) *É ainda característico dos conflitos coletivos de trabalho o fato de eles se desenvolverem em torno da regulamentação das relações de trabalho.*

Essa conexão objetiva pode assumir, basicamente, duas formas, que terminam por definir outras tantas modalidades de conflitos.

da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho”. Acertado, pois, afirmar, até mesmo por força do que estabelece a ordem constitucional brasileira (art. 8º, incisos III e VI da Carta de 88) que no Brasil os sindicatos profissionais são os sujeitos legitimados para celebrar negociação coletiva trabalhista, sob o ponto de vista dos trabalhadores. Porém, no caso de categorias inorganizadas, em que pese os termos da lei e da Constituição, a federação tem legitimidade para participar da negociação inclusive, celebrando o respectivo acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

10 MONTEIRO FERNANDES, António. Ob. cit., p. 762.

11 TULIO VIANA, Márcio. Ob. cit., p. 120.

12 No conflito coletivo o interesse é transindividual. Pessoas não determinadas é que serão sujeitos da controvérsia, com o que o interesse é comum a todas as essas pessoas integrantes do grupo e que não participam da pendência diretamente, fazendo-o por meio de uma automática representação conferida pelo grupo à entidade sindical.

Deveras, pode ser que o litígio possa ser centrado no propósito – afirmado por uma das partes – da criação de novas condições normativas, ou da modificação daquelas existentes, pretendendo-se, neste caso, ajustar-se o regime das relações de trabalho em certo setor, especialmente no tocante a retribuições, a evolução das condições técnicas e econômicas, ou, simplesmente, a ascensão das aspirações ou expectativas coletivas dos trabalhadores envolvidos.

Mas, também, não se pode perder de vista que também se gere a controvérsia em torno da interpretação ou do modo de aplicação desta ou daquela cláusula da convenção ou do convênio coletivo em vigor, que não se pretende pôr em causa, como regulamento das relações laborais. Visa-se, nesse caso, de ambos os lados, obter a comum aceitação do critério mais vantajoso para a concretização das normas postas em questão. Aliás, essa situação, muitas vezes, é compreensível quanto necessária, na medida em que a realização de eventual acordo só se torna viável ao preço de alguma ambigüidade na sua formulação.

Em qualquer caso, deve-se concluir que o conflito coletivo está estreitamente relacionado com o exercício da autonomia coletiva, ou seja, no direito dos trabalhadores e empresários, através de seus órgãos de representação respectivos, mediante o procedimento de negociação coletiva legalmente estabelecido, de regular as relações de trabalho, na medida em que mesmo quando, aparentemente, é outro o seu objeto, não se reveste usualmente de grande dificuldade a construção de que, ao final e ao cabo, é da modificação de normas ou critérios de aplicação destas que se trata.

### 1.3 Classificação

Do que acima se expôs, pode-se afirmar a existência de duas modalidades de conflitos coletivos de trabalho, cuja diferenciação corresponde a uma constante em quase todos os sistemas que guardam semelhança com o sistema espanhol e com o brasileiro: *a) a dos conflitos jurídicos, de direito ou de interpretação e aplicação, por um lado, e b) a dos conflitos econômicos, de ordem econômica ou de interesses, por outro.*

#### 1.3.1 Conflitos jurídicos e conflito de interesse: distinção

Através dos conflitos jurídicos discute-se a melhor interpretação de normas existentes, sobretudo as constantes de um convênio ou de uma convenção coletiva. Neles se trata, assim, de uma questão “de direito”, embora naturalmente esteja subjacente e implícita uma afirmação de interesses opostos.

Enquanto os conflitos econômicos ou de interesse se insurgem contra a própria existência da norma coletiva, tentando trocá-la por outra, por conseguinte, e como ponto de partida para essa espécie de conflitos, pode haver, ou não, um regime de trabalho definido, pois o objeto do dissídio será o estabelecimento de novas normas, ou melhor, a modificação de uma norma jurídica preexistente ou a criação de um



preceito novo. Por isso, lembra Monteiro Fernandes, baseando-se em Villebrun, que neste tipo de conflito “acentua-se diferendos o caráter reivindicativo e ajusta-se-lhes particularmente o recurso aos meios de luta laboral”.<sup>13</sup>

Nesses tipos de conflitos, que são mais freqüentes, e por isso os mais importantes, podem envolver o ajuste em si – o contrato proclamado –, ou a sua subsequente adequação, por parte do empregador – o contrato executado. Por conseguinte, podem se referir a cláusulas contratuais ou a aspectos do poder diretivo, como por exemplo, faltas disciplinares, ritmo de trabalho etc.<sup>14</sup>

Em definitivo, existe sim, uma diferença entre o conflito coletivo jurídico e o conflito coletivo econômico ou de interesse, pois enquanto o primeiro se funda em normas preexistentes em torno das quais divergem as partes, quer para sua aplicação, quer para a sua interpretação, no segundo os trabalhadores pretendem novas e melhores condições de trabalho em substituição às que estão em vigência. Por conseguinte, estes são caracterizados como conflitos criativos de direito novo que será aplicado a todos os membros da categoria.

Apesar de criticada por alguns, a diferença é de grande utilidade prática, pois como afirma Aranguren,<sup>15</sup> “ninguém pode duvidar de que também a controvérsia coletiva jurídica se funda num interesse econômico, só que, como é evidente, o interesse de agir na controvérsia coletiva jurídica se concretiza numa lesão de direitos, conseqüência da violação da norma coletiva (não aplicada ou erroneamente interpretada) (...)”, ao passo que “o interesse econômico pelo qual se age e que determina o *petitum* é, por assim dizer, mediatizado pela *causa petendi* (...)” enquanto no conflito econômico ou de interesses, “o interesse coletivo de que o sindicato é portador (...) pode ser realizado independentemente de a pretensão ser, de facto ou de direito, fundada ou não”.

## 2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA: NOÇÕES E PRINCÍPIOS GERAIS

### *2.1 O significado social e jurídico da negociação coletiva*

O termo negociação coletiva tem várias acepções, estreitamente relacionadas entre si. Em um primeiro sentido, designa uma seqüência de atividades de comunicação, pressão e persuasão desenvolvidas por determinados sujeitos, com o objetivo de regulação de certas relações sociais, ou seja, o método ou procedimento da negociação. Em uma segunda acepção, se fala às vezes da negociação coletiva ao se aludir ao conjunto de convênios ou convenções coletivas de trabalho, pactos

---

13 MONTEIRO FERNANDES, António. Ob. cit., p. 766.

14 TULLIO VIANA, Márcio. Ob. cit., p. 121.

15 ARANGUREN. Le controversie collective. In: *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*. Apud MONTEIRO FERNANDES, António. Ob. cit., p. 770.

ou acordos coletivos alcançados em um determinado âmbito – *estrutura da negociação coletiva* – e, finalmente, a expressão pode se referir às regras ou pautas preestabelecidas por lei ou pelas próprias partes negociadoras para a determinação dos sujeitos, do objeto, do procedimento e da estrutura da negociação coletiva – *sistema de negociação laboral*.

Entretanto, pode-se afirmar que a negociação coletiva é na essência um procedimento de adoção de regras e decisões entre sujeitos que representam grupos ou categorias com interesses distintos, procedimento, esse, que se distingue pelo seu caráter *autônomo, bilateral* ou, muitas vezes, *multilateral e transaccional*. É *autônomo* porque as regras ou decisões alcançadas se adotam pelas próprias partes negociadoras e não por uma instância alheia; *tem caráter bilateral* ou, às vezes, *multilateral*, na medida em que tais regras ou decisões são aprovadas conjuntamente pelas partes negociadoras e é *um procedimento transaccional* enquanto se sustenta em um acordo de concessões recíprocas e não na imposição de uma decisão unilateral.

Do reconhecimento dos caracteres acima mencionados, se deflue que *o pressuposto básico da negociação coletiva é o reconhecimento da autonomia coletiva*, ou seja, a capacidade de auto-organização e auto-regulamentação de suas relações por parte de determinados grupos sociais. Por conseguinte, para alcançar a plena virtualidade, a negociação coletiva requer a concorrência de outros fatores institucionais e ideológicos, como a aceitação do pluralismo social, disposição para o diálogo por parte dos grupos afetados e um mínimo de descentralização das decisões que afetem o mundo da economia e das relações de produção.<sup>16</sup>

A importância crescente que vem desfrutando a negociação coletiva no âmbito do Direito do Trabalho é explicada, segundo abalizada doutrina,<sup>17</sup> por diversas razões de utilidade social e econômica. Como meio de composição de interesses coletivos contrapostos através de fórmulas gerais e abstratas, pode-se afirmar que nela converge o interesse dos trabalhadores – pela eliminação da concorrência entre eles, pelo acréscimo do seu papel negocial, pela diminuição de desigualdades de estatuto dentro da mesma profissão ou atividade –, o dos empregadores – pela tendencial uniformização de custos imputáveis ao fator trabalho, especialmente em uma economia capitalista, pela relativa estabilização destes custos, permitindo ou, pelo menos, facilitando o planejamento, e ainda pela possibilidade de fazer valer as condições concretas de capacidade econômica da empresa na determinação desses mesmos custos, e, finalmente, constitui um fator de equilíbrio social, porquanto se traduz na implantação de uma trégua, ainda que transitória, quer nos conflitos declarados através da luta laboral, quer ainda nos que se mantenham em estado de latência. Por isso, a negociação coletiva tem um acentuado relevo social, pois como método de elaboração de regras e decisões, pode e, de fato, é de grande utilidade

16 MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. Ob. cit., p. 322-323.

17 MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Direito sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293-293.

naquelas relações sociais caracterizadas pela confrontação e pelo conflito entre os diferentes grupos de interesses. Porém, a sua mais expressiva importância se revela no âmbito das relações laborais, em que tem conseguido um reconhecimento legal praticamente generalizado permitindo com que seja levada a cabo bilateralmente, em distintos níveis, entre representantes de trabalhadores e empresários ou empregadores.

Finalmente, como antes se viu, *a negociação coletiva é também um modo de formação de normas jurídicas*, na medida em que os convênios ou convenções coletivas de trabalho são inseridas no elenco das fontes formais de direito,<sup>18</sup> o que reafirma e revela aspectos de interesse técnico-jurídico especialmente marcado, nomeadamente no que toca ao âmbito de aplicação dessas normas e sua inserção funcional na hierarquia das fontes, como por exemplo, os problemas ligados à eficácia das normas constantes dos convênios ou convenções coletivas de trabalho.

Em definitivo, afirma-se que a experiência histórica dos principais países ocidentais tem demonstrado, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas, sempre influenciou de forma positiva a estruturação mais democrática do conjunto social, demonstrando, assim, o acentuado relevo que esse método, de compor conflitos ou resolver controvérsias, tem para a configuração de um modelo de sociedade democrática.

## 2.2 O dever de negociar e o princípio da boa-fé na negociação coletiva

A negociação coletiva, além de meio de produção de normas reguladoras de condições de trabalho, *é, também, um mecanismo ou técnica de solução de conflitos ou interesses coletivos*, incentivada e reconhecida pelo ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

Sob essa dupla perspectiva, e enquanto expressão da autonomia privada, o instituto da negociação coletiva claramente se diferencia da contratação individual.

Entretanto, e apesar de garantida em nível constitucional, a negociação coletiva não é absoluta. Por isso, os sujeitos coletivos não são inteiramente livres de negociar ou de se absterem de fazê-lo, na medida em que está em causa um “produto” que, para além de seu cariz normativo, notoriamente assume uma destacada relevância social decorrente, por um lado, do fato de se manter uma estrita relação

18 Vide o disposto no art. 3º, b, do Estatuto dos Trabalhadores Espanhóis e art. 7º, inciso XXVI, da Constituição brasileira.

19 O art. 37 da Constituição espanhola garante *“el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*, direito este, que o Estatuto dos Trabalhadores desenvolve a partir do art. 82. No Brasil, o direito à negociação coletiva também é garantido em nível constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º da Constituição de 1988) e as convenções e os acordos coletivos de trabalho como fruto da negociação, atribuindo-se aos sindicatos a legitimidade para “a defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria” (arts. 7º, inciso XXVI e 8º, inciso III).

com a tutela da liberdade sindical,<sup>20</sup> e, por outro, a sua inerência à necessidade de equilíbrio sociolaboral que se encontra no cerne das preocupações do legislador laboral.

Partindo dessa premissa, o ordenamento jurídico constrói um dever legal para empregados e empregadores e suas entidades associativas de representação, qual seja, dever de negociar de boa-fé.

O dever de boa-fé tem entre outros, os seguintes corolários fundamentais: a interdição do chamado *Boulwarism*,<sup>21</sup> o dever de informação e obrigação de não introduzir unilateralmente alterações e condições de trabalho inegociáveis antes de dar a entidade sindical competente a oportunidade de sobre elas estabelecer acordo.

Assim, as entidades sindicais de representação dos trabalhadores e empresários devem respeitar, no processo de negociação coletiva, o princípio da boa-fé, nomeadamente respondendo com a máxima brevidade possível às propostas e contrapropostas, respeitando o protocolo negocial e fazendo-se representar em reuniões e contactos destinados à prevenção ou resolução de conflitos.<sup>22</sup>

No ordenamento espanhol o “dever de negociar” e de negociar de boa-fé se encontra expresso no art. 89.1 do Estatuto dos Trabalhadores (doravante apenas Estatuto), ao estabelecer que:

*Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.*

Vale anotar, ainda, por relevante, que a Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho postula uma atitude positiva, não-neutra, dos ordenamentos jurídicos quanto à efetividade e ao desenvolvimento da negociação coletiva.

De acordo com Hugo Gueiros Bernandes,<sup>23</sup> o princípio da boa-fé ou lealdade significa que as partes se obrigam a negociar de boa-fé e proceder com lealdade em todos os seus entendimentos, assim, como na execução do que for acordado. Para ele, referido princípio tem vários desdobramentos, verdadeiros corolários que poderiam ser assim elencados:

- 
- 20 Lembra Antonio Baylos, que a Constituição espanhola de 1978, que parte da afirmação indiscutível do princípio do pluralismo político e social, “coloca a la libertad sindical en un lugar central del esquema normativo del modelo democrático de relaciones laborales. A este tema dedica directamente dos artículos, el art. 7 CE, situado en el Título preliminar, y el art. 28.1 CE, entre los derechos fundamentales”. In: BAYLOS GRAU, Antonio. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Madrid: Editorial Bomarzo, 2004, p. 10.
  - 21 Técnica consistente basicamente na neutralização do método negocial e, portanto, da ação sindical, através de determinação, pela empresa, mediante os canais internos de comunicação com os trabalhadores, de uma fórmula correspondente às pretensões reais destes – apresentada ao sindicato logo no início de negociação, em termo de proposta última e inalterável.
  - 22 PINTO, Mário. *Direito do trabalho*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996, p. 312.
  - 23 GUEIROS BERNANDES, Hugo. Princípios da negociação coletiva. In: LIMA TEIXEIRA, João de (Coord.). *Relações coletivas de trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Simsekind*. São Paulo: LTr, p. 357-370, 1989.

- a) *o dever formal de negociar*: as partes se obrigam a examinar as propostas recíprocas e a formular contrapropostas convergentes, substitutivas, modificativas ou supressivas, de tal modo que, sempre, a rejeição de uma cláusula ou proposta deveria levar à discussão dos motivos dessa rejeição, que a parte se obriga a explicar;
- b) *as partes precisam pôr-se de acordo antecipadamente sobre a finalidade e o alcance da negociação*: deveriam estipular que a negociação envolverá interesses recíprocos das partes representadas, de caráter econômico ou profissional, que resumam em normas e condições de trabalho, para melhoria das condições de vida e de trabalho dos empregados e para incremento da produtividade no trabalho e da harmonia nas relações laborais;
- c) *princípio do conglobamento*: é uma técnica que não permite a invocação de prejuízo como objeção a uma cláusula sem a demonstração de que este – o prejuízo – também é resultado da negociação globalmente considerada em seu resultado final, proposto ou aceito. O conglobamento, na verdade, representa uma garantia da unidade da negociação, para que os mesmos argumentos não possam ser repetidos e para que, principalmente, as partes jamais possam perder de vista o conjunto da negociação.

Na verdade, o respeito à boa-fé não está ligado apenas ao terreno da negociação coletiva, aos interesses das entidades associativas ou sindicais envolvidas com o processo negocial. É que este processo, como sabemos, por conduzir à edição de normas reguladoras das relações de trabalho em certo setor econômico ou para certas categorias profissionais, traduzindo-se numa particularização dos dispositivos gerais da lei e na tendencial diminuição de distorções e assimetrias quanto aos estatutos laborais praticados, sendo assim, a negociação coletiva uma expressão da autonomia – a autonomia coletiva – reveste-se de uma relevante função social, e por isso o princípio revela ainda mais a sua importância, pois é evidente que a boa-fé deve presidir toda e qualquer forma de negociação.

Atua, pois, o princípio da boa-fé como regra que imputa deveres de conduta às partes em qualquer processo negocial; conduta esta, que decorre de juízos de valores formulados de acordo com exigências básicas de justiça e de moral, decorrentes de uma consciência jurídica da comunidade que pode assumir um alto grau de generalidade, na medida em que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe. Por conseguinte, não pode ter o seu conteúdo adredemente definido, pois dependerá sempre da definição de um *standard*, o que não significa que o princípio da boa-fé seja um *standard*, mas, sim, que faz parte do seu conteúdo a existência de um *standard* que será sempre variável, na medida em que requer, para a sua verificação do caso concreto, tendo como parâmetro as normas e os princípios jurídicos em geral, e no caso da negociação coletiva em particular, é claro, os princípios constitucionais e os de Direito do Trabalho, especialmente, o princípio da proteção ao trabalho humano como um valor social.

É nesse quadro que se deve entender o chamado “dever de negociar”, pois ele não surge – lembra Antonio Monteiro Fernandes<sup>24</sup> – como uma garantia sindical, mas, sim, como uma vinculação de tipo orientador para todo e qualquer sujeito coletivo, no sentido de favorecer a produtividade ou eficiência da negociação como método e de, assim, promovê-la e expandi-la.

### 3 ESTRUTURA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA ESPANHA

#### 3.1 O nível de negociação

Ainda que a expressão “estrutura da negociação coletiva” não tenha um significado unívoco e nem esteja definida pelo legislador, com ela se pretende identificar os âmbitos de onde se desenvolve a negociação coletiva, e que depois dão lugar uma gama de convênios, pactos e acordos coletivos, de suma importância nas relações laborais.

Assim, enquanto método de adoção de regras e decisões, a negociação coletiva laboral se caracteriza pela descentralização ou dispersão em muitas unidades ou âmbitos de negociações justapostas, ou às vezes, superpostas, formando uma espessa rede de acordos ou convênios coletivos. A essa rede de convênios, muitas vezes conectados entre si, se denomina *estrutura da negociação coletiva*, refletindo a totalidade de segmentações horizontais e verticais em que se divide o sistema produtivo para efeito de elaboração e aplicação da regulamentação pactuada das relações de trabalho. Daí porque não oferece os mesmos níveis em todos os países, devido a fatores políticos e jurídicos diferenciados.

Assim, e do ponto de vista da estrutura, pode-se classificar os sistemas de negociação coletiva em:

- a) *sistemas simples*, em que prevalece claramente uma determinada unidade de negociação;
- b) *sistemas complexos*, em que predomina o oposto, ou seja, são aqueles em que não se dá uma unidade de negociação claramente prevalecente: coexistindo duas ou mais unidades que repartem os âmbitos de negociação e matérias ou conteúdos negociais, como acontece com os países latinos.

Levando em conta a concorrência entre as várias formas ou espécies de convênios ou acordos possibilitando a eclosão de conflitos na interpretação e aplicação dos instrumentos produzidos pela negociação coletiva, o ordenamento estatal se vê obrigado a estabelecer, para ordenar tal concorrência, uma espécie de “unidades preferenciais” para disciplinar a regulação de concretas matérias, o que no âmbito do sistema espanhol somente ocorre com esta exclusiva finalidade, na

---

24 MONTEIRO FERNANDES, António. Ob. cit., p. 665-666.

## DOUTRINA

medida em que, nos termos do disposto no art. 83.1 do estatuto – partindo do princípio da neutralidade a respeito da liberdade das partes contratantes – os convênios coletivos têm o âmbito de aplicação que as partes pactuarem.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 83.1 do estatuto:

Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

Entretanto, o legislador, por força da disposição contida no art. 83.2 do aludido estatuto, faculta às organizações sindicais e associações empresariais mais representativas, a nível estatal ou a nível autonômico, a possibilidade de estabelecer a estrutura da negociação coletiva mediante acordos interprofissionais ou por convênios coletivos, o que para alguns<sup>25</sup> limita a capacidade reconhecida às partes legitimadas para decidir o âmbito do convênio coletivo que se pretende negociar, na medida em que a existência de um acordo interprofissional para o desenvolvimento da atividade negociadora coletiva, referida aos aspectos organizativos ou estruturais, aquele espaço de liberdade reconhecido às partes interessadas fica limitado, tolhendo, assim, a eleição da unidade de negociação, pois esta vem predeterminada, ou, ao menos, condicionada.

Em que pese o acima anotado, pode-se dizer com Juan Garcia Blasco e Angel Luis de Val Tena,<sup>26</sup> que no âmbito do ordenamento trabalhista espanhol não existe uma estrutura para a negociação coletiva laboral, segundo os distintos âmbitos, nem é estabelecido uma clara preferência por eles; porquanto, as unidades de negociação são constituídas livremente pelas partes negociadoras e as regras sobre concorrência de convênios permitem, inclusive, que um convênio supra-empresarial possa afetar o disposto em outro vigente de âmbito superior, o que, de certa forma, cerceia a via de ordenação da estrutura negocial por meio de acordos interprofissional, o convênio marco.

Mesmo assim, e ainda que o legislador espanhol não se ocupe desta matéria, persiste a inércia negociadora e, salvo setores muito concretos, alega-se que não tem havido modificação da estrutura, que se mostraria pouco homogênea e sem critérios gerais, consolidada nas décadas passadas e, por tal motivo, que segue manifestando, segundo essa corrente, alguns defeitos, como a possibilidade prevista no art. 83.2 do estatuto.<sup>27 28</sup>

---

25 GARCIA BLASCO, et al. La negociación colectiva en España. In: *La negociación colectiva en Europa*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones. Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, n 59, 2004, p. 268.

26 GARCIA BLASCO, et al. Ob. cit., p. 270.

27 GARCIA BLASCO, et al. Ibidem, passim.

28 Para certa corrente doutrinária espanhola, o sistema de negociação coletiva na Espanha reflete o processo de transição do modelo legal garantista ao modelo legal e negocial flexível e reflexivo, “caracterizado por el retroceso de la ley a favor del convenio colectivo como fuente reguladora y el

3.2 *Os sujeitos*

A capacidade para intervir como sujeito na negociação coletiva exige, antes de tudo, capacidade para agir coletivamente. Vale dizer: os trabalhadores individualmente considerados, de acordo com o preceito constante do art. 37 da Constituição Espanhola<sup>29</sup> carecem desta capacidade, que só se concebe do lado laboral a respeito de representações coletivas ou de grupo.<sup>30</sup>

Lembra a doutrina<sup>31</sup> que embora se reconheça a amplitude do preceito constitucional quanto à titularidade do direito à negociação coletiva laboral, os arts. 87 e 88 do estatuto preferiram selecionar os sujeitos coletivos dotados de um substrato organizativo mais estável: os sindicatos e os representantes unitários eleitos na empresa e centros de trabalho.

Entretanto, por parte da empresa, a questão da legitimidade se coloca em termos diferentes, na medida em que o empresário individual tem *per se* capacidade para ser sujeito da negociação coletiva de empresa, porque é, por hipótese, o titular das relações coletivas que mantém com o pessoal ou conjunto de trabalhadores. Todavia, na negociação de convênio supra-empresarial surge do lado patronal a necessidade de representação através de um sujeito coletivo, isso porque, nesta hipótese, o legislador optou por um tipo de sujeito dotado de base organizativa consistente, que é a associação empresarial, ou como no Brasil se denomina, o sindicato patronal.

O convênio, ou a convenção coletiva de trabalho, representa o resultado da negociação desenvolvida pelos representantes dos trabalhadores e dos empresários. Por conseguinte, a ambas as representações, o art. 37 da Constituição reconhece capacidade convencional.

Todavia, na negociação coletiva estatutária, ou seja, aquela que se outorga eficácia normativa geral ou *erga omnes*, a capacidade negociadora é outorgada a umas específicas estruturas representativas e não a outras. Disso resulta que, quando

---

*particular predominio por la realización del principio de eficiencia económica*". MONEREO PÉREZ, José Luis et al. *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la constitución flexible del trabajo*. Valencia: tirant lo balnch, 2005, p. 15.

29 Nos termos do art. 37 da Constituição espanhola: "*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*".

30 No Brasil, embora se autorize, por força do art. 611, § 1º da CLT, a empresa firmar acordo coletivo de trabalho com seus trabalhadores, o art. 8º, inciso VI da Constituição brasileira de 1988 torna obrigatória a participação da entidade sindical nas negociações coletivas de trabalho, o que significa afirmar que sem a participação do sindicato da categoria profissional não é possível qualquer tipo de negociação coletiva. Para Amauri Mascaro Nascimento, no Brasil, com a Constituição de 1988, dois níveis de negociação se mantiveram: a negociação por categoria e a por empresa, resultando nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho, respectivamente. In: MASCARO NASCIMENTO, Amauri. Ob. cit., p. 300.

31 MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. Ob. cit., p. 337-338.



se trata de negociar um convênio estatutário supra-empresarial, as regras de legitimação não são as mesmas daquelas previstas no art. 87 do estatuto.

Da parte dos trabalhadores, nos termos do art. 87.2, encontram-se legitimados, exclusivamente, os sindicatos, e especificamente:

- a) os sindicatos mais representativos em nível estatal, assim como em seus respectivos âmbitos; os entes sindicais afiliados, federados ou confederados a aos mesmos;
- b) os sindicatos mais representativos em nível de Comunidade autônoma a respeito dos convênios que não transcendem do referido âmbito, assim como, e em seus respectivos âmbitos, os entes afiliados, federados e confederados aos mesmos;
- c) os sindicatos que contem com um mínimo de dez por cento dos membros dos comitês de empresa ou de delegados de pessoal no âmbito geográfico e funcional ao que se refere o convênio.

Assim, a questão da legitimidade para negociação coletiva, como pondera abalizada doutrina,<sup>32</sup> não se refere apenas à atribuição de quem pode ou está capacitado para negociar, mas, igualmente, à atuação do “dever de negociar” a que se fez alusão anteriormente. É claro que o reconhecimento de uma entidade sindical como sujeito de um processo de negociação pode não coincidir com o momento de aquisição de personalidade, nem diz respeito, meramente, às condições exigidas pelo ordenamento jurídico para a recepção das normas que dele venham resultar, mas também, e especialmente, aos pressupostos que, a verificarem-se, coloca a parte patronal na situação de ter que aceitar a entidade sindical como interlocutor negocial e, por conseguinte, de não poder se recusar, em princípio, a tratar com ela. Por isso, grande é o relevo da questão da legitimidade para negociação coletiva.

### 3.2.1 O reconhecimento dos interlocutores negociais

O problema do reconhecimento dos interlocutores negociais pode e somente é suscitado nos sistemas adotantes de um pluralismo sindical de fato.

Naqueles em que vigora o princípio da unicidade sindical, como o sistema brasileiro,<sup>33</sup> esta questão não tem nenhuma relevância.

Pode-se, assim, afirmar que a questão ligada ao reconhecimento dos interlocutores negociais somente tem relevância e é privativa daqueles sistemas

---

32 MONTEIRO FERNANDES, António. Ob. cit., p. 675.

33 Nos termos do inciso II, do art. 8º da Constituição brasileira de 1988, “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”. Todavia, o Governo enviou recentemente ao Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional em que se pretende romper com este sistema passando-se a adoção da pluralidade.

que adotam a liberdade ampla de constituição de entidades sindicais – profissionais e patronais – havendo a possibilidade do surgimento de várias organizações com a mesma base geográfica ou categorial (pluralismo sindical de direito e/ou de fato).

No Brasil, por exemplo, em que vigora o princípio da unicidade sindical, os sindicatos profissionais são os legitimados, pela ordem jurídica, a negociar em nome da categoria dos trabalhadores.<sup>34</sup> Todavia, sob o ponto de vista dos empresários ou empregadores, a legitimação pode ser direta ou própria no caso do acordo coletivo de trabalho, como se pode extrair do disposto no inciso VI, do art. 8º da Constituição de 1988.

Entretanto, no caso de categorias não organizadas em sindicatos, a negociação é assumida pela federação que também tem legitimidade para celebrar convenções coletivas de trabalho; e na falta da federação, assume a legitimidade a correspondente confederação, o que também é aplicável à hipótese do acordo coletivo, obviamente.

Vale registrar, por oportuno, que no Brasil a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem reconhecido legitimidade para a negociação coletiva às Centrais Sindicais sob o fundamento de que tais entidades não se encontram reconhecidas em lei, sobrepondo-se como simples fato sociopolítico, à estrutura sindical regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Também tem sido rejeitada, no Brasil, por falta de assento constitucional, a negociação coletiva levada a efeito entre sindicatos de servidores públicos regidos pelo regime contratual da Consolidação das Leis do Trabalho e respectivos entes públicos e empregadores, em que pese o Governo ter ratificado a Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho. Porém, na prática, várias greves têm sido feitas e que terminam em acordos informais quanto à questão, por exemplo, de reajustes salariais que são garantidos através de envio de projetos de leis que foram negociados com as entidades representativas dos servidores públicos. Por conseguinte, conquistas decorrentes de um processo negocial ainda que não reconhecido formalmente.

Assim, pode-se dizer que a questão da legitimidade para a negociação depende, exclusivamente, de dois fatores: a) a afiliação à entidade sindical nos sistemas em que se adota o pluralismo sindical que, segundo alguns, tem conduzido a fragmentação da atividade negocial, especialmente em virtude da existência de correntes político-sindicais conflitantes; b) do fato de pertencer à categoria naqueles em que prevalece o princípio da unicidade, como no caso brasileiro.

---

34 No sistema brasileiro, a estrutura, em princípio, é unitária própria, conforme o ramo de atividade, admitida, todavia e excepcionalmente, a estruturação com base na profissão, como se verifica com as chamadas categorias diferenciadas. Portanto, a estruturação monista com o monopólio de representação é determinada pelo inciso II do art. 8º da constituição, sendo esse monismo amplíssimo, alcançando todas as formas de organização que compõe o sistema confederativo, conforme se pode vê do que dispõe o art. 516 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao estabelecer que não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial.

No ordenamento laboral espanhol, em que vigora o pluralismo sindical, não se configura uma estrutura para negociação coletiva laboral, segundo os distintos âmbitos, nem é estabelecida uma clara preferência por um deles. As unidades de negociação se constituem de forma livre pelas partes negociadoras e permitindo as regras sobre concorrência de convênio, inclusive que um convênio de âmbito supra-empresarial possa, eventualmente, afetar o contido em outro convênio de âmbito superior. Deve-se, no entanto, respeitar o princípio da audiência eleitoral (art. 87.2 do estatuto) que serve para medir a implantação das opções sindicais que se apresentam e para verificar o apoio que a generalidade dos trabalhadores (e funcionários públicos), e não só os trabalhadores afiliados, outorgam às diferentes centrais sindicais.<sup>35</sup>

### 4 DOS CONVÊNIOS COLETIVOS

#### 4.1 *Noção inicial*

O convênio coletivo pode ser definido, à luz do disposto no art. 82.1 do estatuto, como um acordo escrito entre uma representação de trabalhadores e um empresário ou, uma representação empresarial para a regulação das condições de emprego e trabalho e a ordenação das relações laborais.

De acordo com a doutrina<sup>36</sup> as notas que caracterizam o convênio, de acordo com a definição acima, são: a) os sujeitos que o concluem – representantes de trabalhadores e empregadores; b) o procedimento transacional, através do qual se alcança o acordo; c) o objeto sobre o qual incide, e que constitui seu conteúdo possível – regulação das condições de emprego e trabalho, e as relações laborais; e d) a forma escrita, exigida como elemento substancial em atenção à eficácia, perante terceiros, da regulação contida no mesmo.

Levando-se em conta a noção acima, pode-se afirmar que o convênio coletivo é o resultado principal e, certamente, o mais importante da negociação coletiva desenvolvida por representantes de trabalhadores e empresários, e como previsto no art. 82.1 do estatuto, é “expressão do acordo livremente adotado por eles em virtude de sua autonomia coletiva”.<sup>37</sup>

#### 4.1.1 *Natureza jurídica*

Embora o convênio coletivo seja elaborado com fundamento em mecanismos contratuais, proporciona pelo seu âmbito de aplicação uma regulação geral com

---

35 BAYLOS GRAU, Antonio. Ob. cit., p. 21.

36 MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. Ob. cit., p. 329.

37 No ordenamento jurídico laboral brasileiro, a convenção coletiva, que corresponde ao convênio no Direito do Trabalho espanhol, segundo o contido no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho,

vocação de norma jurídica. Daí, se ter afirmado em certo momento que ele constitui um híbrido “com corpo de contrato e alma de lei”.<sup>38</sup>

Em decorrência desse caráter misto, existem duas correntes que tentam justificar a natureza jurídica do convênio coletivo: a corrente contratualista e a normativista.

Os contratualistas dão especial relevo ao acordo entre sujeitos privados do qual nasce o convênio coletivo; acordo esse que seria uma modalidade a mais dentro da variedade de pactos e contratos que são fruto do tráfico jurídico, enquanto os normativistas, vêem no convênio uma norma, ou como afirmou Duguit, “ato-regra” ou comando abstrato. São, pois, deste ponto de vista substantivo (de seu conteúdo), diplomas “desveladores de inquestionáveis regras jurídicas embora existam, também no seu interior, cláusulas contratuais”.<sup>39</sup>

Na verdade, os convênios coletivos, embora de origem privada, criam regras jurídicas (normas autônomas), ou seja, preceitos gerais, abstratos e impessoais, destinados a normatizar situações *ad futurum*, correspondendo, assim, à noção de lei em sentido material. Todavia, sob o aspecto formal, despontam como verdadeiros acordos de vontade entre sujeitos coletivos, inscrevendo-se, por conseqüência, na mesma categoria dos negócios jurídicos privados bilaterais ou plurilaterais.

Como lembra a boa doutrina,<sup>40</sup> no direito espanhol é tradicional a atribuição de força normativa aos convênios coletivos elaborados nos termos das previsões e requisitos estabelecidos em lei. Essa qualidade se vê claramente do conteúdo das normas contidas nos arts. 3º e 82 do estatuto, na medida em que deles derivam as conseqüências típicas dos atos normativos, quais sejam: a) aplicação direta e imediata às relações incluídas em seu âmbito; b) imperatividade para os sujeitos do contrato de trabalho, que não podem pactuar condições menos favoráveis ou contrárias às fixadas naquele; e c) indisponibilidade para o trabalhador dos direitos embelecidos com tal caráter em norma pactuada, o que em certa medida também ocorre no ordenamento jurídico laboral brasileiro.<sup>41</sup>

Entretanto, quanto aos convênios extra-estatutários, que, por falta de reconhecimento legal, não passam de acordos ou contratos com vocação de regulação unitária de condições de trabalho, têm seu âmbito de eficácia limitada e suas cláusulas, não atendendo às prescrições do Estatuto dos Trabalhadores, se incorporam aos contratos de trabalho, porém, apenas durante o tempo de sua vigência.

---

se trata de “acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

38 Expressão de Francesco Carnelutti.

39 GODINHO DELGADO, Maurício. Ob. cit., p. 1376.

40 MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. Ob. cit., p. 330.

41 Vide o que contido nos arts. 442 e 619 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Tudo, inobstante, pode-se concluir, afirmando, que o convênio estatutário como norma pactuada que se integra ao ordenamento jurídico, nos termos do art. 3º do estatuto, não se aparta do regime jurídico dos contratos, regime que se revela, por exemplo, na observância de alguns princípios, como o da boa-fé na negociação (art. 89.1) e quanto ao aspecto das cláusulas obrigacionais (art. 86.3).

#### 4.1.2 Modalidades

Lançando-se mão, aqui, do entendimento doutrinário de Juan Garcia Blasco e Ángel Luis de Val Tena,<sup>42</sup> podemos classificar os convênios coletivos, em uma primeira perspectiva, à luz do ordenamento laboral espanhol em: a) convênios coletivos para o pessoal laboral; e b) convênios coletivos para os funcionários públicos, na medida em que divergente o marco jurídico de regulação de cada um.

Com efeito, quanto aos primeiros, são divididos em: a) estatutários, aqueles negociados à luz do disposto no título III, arts. 82 e seguintes do estatuto; b) extra-estatutários aqueles que não seguem os aludidos preceitos e, por isso, não passam de acordos ou contratos reguladores unitários de condições de trabalho.

Os estatutários têm natureza normativa, sendo considerados, nos termos do art. 3.1.b do estatuto, fonte objetiva de Direito, com eficácia geral ou *erga omnes* porquanto obrigam a todos os empresários e a todos os trabalhadores incluídos em seu âmbito de aplicação e durante o prazo de sua vigência (art. 82.3). Já os extra-estatutários são de caráter contratual carecendo, pois, da aptidão para criar direito objetivo, na medida em que traduzem simples direitos subjetivos amparados pelo Direito comum. Logo, submetidos às regras gerais sobre contratação, estendendo seus efeitos às partes contratantes e aos trabalhadores e empresários diretamente representados por elas.

Podemos, também, classificar os convênios quanto à perspectiva do interesse na ordem a determinar a modalidade de contratação em seu âmbito, em: a) convênios de empresa ou âmbito inferior; b) convênios de setor ou ramo de atividade; c) convênios interprofissionais; e d) convênios de franja.

O convênio de empresa não ultrapassa em seu âmbito ou conjunto de relações de trabalho existentes na empresa ou no máximo em um grupo de empresa, na medida em que esta costuma ser a unidade de negociação. Todavia, nas empresas de certas dimensões podem estabelecer-se unidades de negociação de âmbito mais reduzido, com fundamento em diversos critérios de delimitação de seu âmbito funcional, como centro de trabalho, tipo de processo produtivo, departamentos ou seções, correspondendo a este tipo de convênio, o de convênios de empresa.

A nível supra-empresarial, é permitido negociar convênios de setor ou ramo de atividade em distintos âmbitos territoriais, com um alto grau de implantação, pelos menos em alguns setores, de convênios provinciais que lentamente vão sendo

---

42 GARCIA BLASCO, Juan et al. Ob. cit., p. 271.

substituídos por convênios autônomicos ou estatais, valendo registrar, por importante, que estas espécies de convênios podem ser negociadas em distintos âmbitos territoriais ou circunscrições geográficas: município, comarca, província, Comunidade Autônoma, território do Estado.<sup>43</sup>

Os convênios ou acordos interprofissionais superam o âmbito de um setor, estabelecendo critérios comuns para o desenvolvimento da negociação coletiva nos níveis inferiores, conforme o previsto no art. 83.2 do estatuto podendo, inclusive, regular matérias concretas a fim de proporcionar uma regulação comum (art. 83.3).

Os convênios *franja* são aqueles aplicáveis a um mesmo grupo, categoria profissional ou que ocupam idêntico posto de trabalho, por terem uma mesma titulação profissional ou pertencerem a uma seção ou departamento, que lhe impulsiona negociarem separadamente suas condições de trabalho; porém, este tipo de convênio não deve ser confundido com aquele eficácia limitada, na medida em que este faz referência ao campo de aplicação pessoal do convênio de acordo com o ordenamento estatal, aquele segundo o âmbito pessoal ou profissional do mesmo atendendo a vontade das partes negociadoras.<sup>44</sup>

Por fim, podemos, ainda, classificar os convênios coletivos sob a perspectiva da função ou conteúdo. Sob esta visão, os convênios podem ser: a) convênio ou acordo marco; b) convênio geral ou básico; c) acordos de organização produtiva; e d) acordo coletivo de paz.

Pelo acordo ou convênio marco, visa-se “o estabelecimento de regras ou pautas, tanto sobre a estrutura da negociação coletiva no âmbito interprofissional ou setorial ao que se aplicam, como sobre o conteúdo dos convênios ordinários negociados em âmbitos inferiores” (TS 16 de novembro de 1989). Tratam-se, pois, de convênios ou acordos que têm a finalidade de ordenar e orientar (demarcar) a negociação de âmbito mais reduzido, pelo que se pode afirmar que são convênios para pactuar, contratar, ou seja, trata-se de convênio que ordenam a negociação coletiva e distribuem seus conteúdos dando regras e pautas gerais sobre a estrutura da negociação e o conteúdo dos convênios. Por conseguinte, seu âmbito funcional é interprofissional ou o do setor econômico ou de atividade de grandes dimensões e sua força vinculante sobre a estrutura ou processo de negociação encontra-se prevista expressamente no art. 83.2 do estatuto.

O convênio geral ou básico tem a finalidade da fixação em um âmbito setorial de bases ou condições de trabalho, que atuam como setor mínimo inderrogável para outros convênios posteriores, podendo ser, ao mesmo tempo, acordo marco em parte de suas cláusulas, na medida em que trata de assumir um parâmetro de regulação setorial de certa estabilidade.

---

43 MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. *Ob. cit.*, p. 333.

44 A validade do convênio “*franja*”, ou grupo de trabalhadores, foi discutida no primeiro momento por entender-se que poderia permitir discriminação, porém, atualmente, esta visão encontra-se superada no entendimento doutrinário tendo, inclusive, sido rejeitada pela jurisprudência dos Tribunais (TS 29 de janeiro de 1992).

O acordo de organização produtiva é aquele acordo de empresa que tem por objetivo a organização do trabalho e a adoção de decisões sobre o emprego ou o conjunto dos trabalhadores, estando autorizado pelo estatuto, como por exemplo, nas hipóteses previstas nos arts. 41 para modificação substancial das condições de trabalho, 47 e 51 para possibilitar a suspensão ou a extinção coletiva do contrato de trabalho.

Finalmente, o acordo coletivo de paz é concluído por ocasião de uma greve ou situação conflitiva entre trabalhadores e empresários, e com o objetivo principal de pôr fim a essa situação. Normalmente, este tipo de acordo funciona como acordo preliminar que servirá de base para a negociação de um posterior convênio coletivo.

### 4.1.3 Convênio europeu

De acordo com o previsto no art. 139 do Tratado da Comunidade Européia (doravante apenas TCE), são previstos dois e distintos modos de participação dos trabalhadores e empresários no âmbito comunitário na determinação das condições de trabalho e emprego, que são as chamadas Diretivas laborais “negociadas”, e a negociação de acordos e convênios coletivos de âmbito europeu.

A aludida normativa comunitária explica que o diálogo entre os interlocutores sociais no âmbito comunitário “*podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales*”, ou seja, de acordos coletivos, supondo assim, na visão de Antonio Baylos,<sup>45</sup> o reconhecimento da negociação coletiva na dimensão comunitária, mas não significa que as formas de expressão desta, nem o nível europeu sejam unicamente as reguladas em dito preceito comunitário nem que a regulação do mesmo seja homogênea.

De acordo com a função do conteúdo do convênio, existem: a) os acordos fortes; e b) os acordos livres.

Os primeiros cingem seus conteúdos às matérias, objeto de competência comunitária em matéria social, tal como se recolhe no disposto no art. 137, TCE, enquanto os segundos não, necessariamente, se restringem ao conteúdo competencial comunitário.

Quanto à função da eficácia dos convênios comunitários, eles podem ser classificados em: a) acordos reforçados; e b) acordos autônomos.

Nos acordos reforçados, a sua aplicação vem contemplada no art. 139.2, TCE sobre as matérias previstas no art. 137 e são atuados através de uma decisão do Conselho mediante proposta da Comissão. Esse tipo de acordo, que logra sua eficácia por meio de um ato de atuação comunitária, é também denominado pela doutrina de

---

45 BAYLOS GRAU, Antonio. La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario. In: *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*. BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.). Madrid: Editorial Bomarzo, p. 17-61, 2003.

“acordo forte, formal”. A decisão Comunitária de sua aplicação tem sido equiparada à Diretiva, ou seja, é um instrumento normativo que possibilita a eficácia direta do acordo coletivo negociado sob esta modalidade. Por conseguinte, sua força vinculante não provém deste, mas da decisão comunitária.

Entretanto, os destinatários da decisão comunitária não são as organizações aderentes ou afiliadas às firmantes do acordo coletivo no âmbito europeu, mas os Estados-membros da Comunidade, que devem, portanto, aplicar e desenvolver a Diretiva em seus ordenamentos internos respectivos.

Na aplicação dos acordos da segunda espécie – acordos autônomos –, os interlocutores sociais utilizam as duas opções previstas no art. 139, TCE. A primeira, no denominado acordo livre ou informal, contemplado no art. 139, apartado 2º, nele não intervindo a Comissão nem o Conselho e a eficácia do acordo se consegue mediante “*los procedimientos y prácticas propias de los interlocutores sociales y de los estados miembros*”.

Assim, nesta espécie, o acordo é produto da manifestação livre da autonomia coletiva negocial e, em princípio, não pode ficar submetido a condicionantes materiais ou regras procedimentais.<sup>46</sup>

#### 4.2 Conteúdo

Na medida em que no seu âmbito de aplicação o convênio coletivo inclui um conteúdo normativo, integrado de um lado “por pactos gerais de caráter formal que o confirmam como norma jurídica” e, de outro, “por pactos particulares, reguladores das condições de trabalho dos empresários e trabalhadores, compreendidos em seu âmbito”, é necessário saber qual é o seu limite material.

Assim, a questão do conteúdo do convênio coletivo deve ser analisada à luz do que estabelece o art. 37.1 da Constituição Espanhola. Vale dizer: não é qualquer atividade ou decisão econômica ou empresarial que pode ser objeto do seu conteúdo, mas, apenas, aquelas que sejam conectadas com a matéria laboral.

De acordo com o art. 85.1 do estatuto, as matérias de índole econômica podem, em princípio, também ser negociadas coletivamente. Porém, como lembra a doutrina, a referência ao laboral contida no art. 37.1 da Constituição restringe seguramente este espaço de negociação das decisões econômicas que afetam a esfera de pessoal, influenciando diretamente na composição e estrutura da plantilha (conjunto de trabalhadores), ou nas condições de trabalho e emprego. Por conseguinte, a participação dos trabalhadores nos demais aspectos da vida econômica da empresa deve se fazer não por intermédio da negociação coletiva, mas através de outras

---

46 GALLARDO MOYA, Rosário. Los acuerdos colectivos comunitarios fuertes. In: *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*. BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.). Madrid: Editorial Bomarzo, p. 63-93, 2003.



instituições, como informação e consulta aos comitês de empresa, delegados de pessoal etc.

Pode-se, em resumo, entender como matérias passíveis de serem incluídas no conteúdo do convênio coletivo: a) as condições de emprego; b) as condições de trabalho; c) as relações coletivas de trabalho que se estabelecem no sistema de relações laborais; d) a organização do trabalho e exercício dos poderes empresariais na gestão de pessoal; e) a proteção social complementar, que se soma ao regime legal ou básico de Seguridade Social, ou que se refere aos serviços sociais organizados por outras iniciativas públicas ou privadas.

Em matéria de Seguridade Social, apenas a proteção complementar poderá ser objeto de negociação coletiva, na medida em que os direitos reconhecidos pela legislação de Seguridade Social são indisponíveis e por isso não podem ser objeto de renúncia mediante pacto individual, nem por pacto coletivo (arts. 3º e 39.2 da LGSS, Real Decreto Legislativo nº 1/1994, de 20 de junho).

No conteúdo global do convênio coletivo, devem ser distinguidos três tipos de cláusulas: a) as cláusulas normativas; b) as cláusulas obrigacionais; e c) as cláusulas delimitadoras, como se verá a seguir.

#### 4.2.1 Cláusulas normativas

Visando estabelecer uma regulação geral e abstrata das relações de trabalho em seu âmbito de aplicação, o convênio coletivo inclui um conteúdo normativo que é integrado, de um lado, “por pactos gerais de caráter formal que o configuram como norma jurídica” e, de outro, “por pactos particulares reguladores das condições de trabalho dos empresários e trabalhadores, compreendidos em seu âmbito” (TST de 21 de dezembro de 1994 – Ar. 10346). É deste conteúdo material que trata o art. 85.1 do estatuto, estabelecendo que respeitadas as leis, o convênio coletivo poderá regular matérias de índole econômica, laboral, sindical e, em geral, quantas outras afetem as condições de emprego e o âmbito de relações dos trabalhadores e suas organizações representativas com o empresário.

As matérias de Seguridade Social complementar, cuja negociação se encontra autorizada pelo disposto no art. 39.2 da LGSS, e, em geral, todas aquelas matérias que afetem a situação social dos trabalhadores, também integram o conteúdo das cláusulas normativas do convênio.

Concretamente, se inclui no conteúdo normativo do convênio as regras sobre condições de trabalho, ação assistencial e direitos coletivos, as disposições que definam o campo de aplicação do convênio e as regulações relativas a estruturas estáveis para a gestão do convênio (TS 20 de dezembro de 1995).

Por outro lado, o art. 86.3 do estatuto dispõe que, uma vez concluído o convênio, seu conteúdo normativo goza de “*ultraactividade*” ou eficácia prorrogada até a conclusão de novo convênio.

Por fim, de acordo com o disposto na legislação espanhola o descumprimento do conteúdo normativo do convênio dá azo a aplicação de sanção administrativa, demonstrando, assim, o caráter obrigatório, inderrogável das cláusulas normativas do convênio coletivo.

### 4.2.2 Cláusulas obrigacionais

Juntamente com as cláusulas normativas, os convênios podem, também, incluir cláusulas de natureza obrigacional.<sup>47</sup>

Estas cláusulas têm a finalidade de garantir a eficácia do convênio coletivo através da imposição de direitos e obrigações às partes contratantes (art. 82.3).

As cláusulas obrigacionais conformam obrigações que as partes negociadoras assumem entre si, limitando sua eficácia para elas mesmas, tanto de caráter positivo – direitos e obrigações de colaboração, participação e administração do convênio –, como de caráter negativo – abstenção de realização de atos que possam impedir a vigência do conteúdo normativo do convênio. Trata-se, pois, por meio das cláusulas obrigacionais, de assegurar a execução do convênio mediante a instituição de mecanismos de cooperação e colaboração entre as partes acordantes.

Essas cláusulas são dirigidas às partes signatárias do convênio, na medida em que por meio delas se estabelecem compromissos para evitar situações conflituosas, como as cláusulas de paz, ou para facilitar a aplicação do pactuado como, por exemplo, a criação de órgãos ou comissões de estudos de problemas de aplicação ou para explorar ou preparar futuros convênios (cláusula de negociação futura).

### 4.2.3 Cláusulas delimitadoras

Existe ainda, ao lado das cláusulas normativas e obrigacionais, o dever das partes negociadoras de identificar e fazer reconhecível e identificável o convênio que subscrevem. As regras desta identificação estão expressas no art. 85.3 do estatuto, que prevê um “conteúdo mínimo” que deve identificar as partes contratantes, o âmbito funcional, territorial e temporal do convênio, condições e procedimentos para aplicação do regime salarial nele estabelecido, forma e condições de denúncia do convênio, bem como o prazo para a denúncia, designação de uma comissão de representação das partes negociadoras para entender quantas questões sejam atribuídas, e determinação dos procedimentos para resolver dúvidas ou discrepância no seio da referida comissão.

---

47 De acordo com Ojeda Avilés, a parte obrigacional compreende os direitos e obrigações das partes firmantes, enquanto a parte normativa abrange as normas jurídicas sobre as relações individuais de trabalho, o estabelecimento e a participação dos trabalhadores na empresa. Enquanto uma não apresenta diferença das cláusulas de qualquer contrato, a outra ordena o marco jurídico de terceiros, vale dizer: os trabalhadores e empresários individuais não-intervenientes na negociação coletiva, como se de uma lei se trata, marcando, assim, a especificidade dos acordos coletivos de trabalho como acordos normativos. In: AVILÉS, Ojeda. *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 395.

A par desse conteúdo identificador do convênio, lembra a boa doutrina<sup>48</sup> que os “*convenios colectivos deben respetar los mínimos de derecho necesario (art. 3.3 LET), es decir, no pueden desconocer ni los preceptos de derecho necesario absoluto – indisponibles en cualquier sentido para las partes –, ni los preceptos de derecho necesario relativo, tanto los máximos como los mínimos. De la misma manera, en la jerarquía de fuentes de la relación laboral, el convenio colectivo tiene primacía sobre la autonomía individual (art. 3.1.c LET), impidiendo no sólo que pro contrato se excluya la aplicación del convenio (STS de 16 de junio de 1998 –Ar. 5398–), sino también que mediante la generalización de pactos individuales <<en mase>> se sustituyan las reglas pactadas en convenio colectivo (STS de 18 de abril de 1994 –Ar. 3254–). Ahora bien, los convenios colectivos deben respetar las condiciones más beneficiosas de origen contractual que, por pertenecer a la esfera individual del trabajador, son indisponibles colectivamente, sin perjuicio del juego de la absorción y compensación de dichas condiciones*”.

“*En todo caso, la negociación colectiva debe respetar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De forma que el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y debe respetar el cuadro de derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional (STC 177/1988 y STC 28/1992).*”<sup>49</sup>

Deve, ainda, ser lembrado que no âmbito do direito laboral espanhol, o novo convênio pode dispor de forma completa dos direitos reconhecidos pelo convênio anteriormente vigente, de modo que, as condições mais benéficas desfrutadas conforme o convênio que conclui, não constitui limite algum para a posterior negociação, sendo disponíveis e, portanto, negociáveis, salvo quando as partes decidam respeitá-las *ad personam*, conforme previsão contida no art. 86.4 do estatuto estabelecendo que o “*convenio que sucede a uno anterior derroga em su integridad a este último, salvo que expresamente se mantengan*”.

## 5 PROCEDIMENTO DA NEGOCIAÇÃO

### 5.1 Início do processo

Nos termos do previsto no art. 89 do estatuto, o passo inicial para o processo de negociação é dado pela representação dos trabalhadores ou dos empresários com o envio da comunicação à outra parte, em geral, depois de denúncia do convênio anterior. Essa comunicação deve ser escrita solicitando o início das negociações e dela deve constar, segundo o aludido preceito legal: a) a legitimação que ostenta; b)

48 GARCIA BLASCO, Juan et al. Ob. cit., p. 277.

49 GARCIA BLASCO, Juan et al. *Ibidem*, p. 278.

os âmbitos do convênio (pessoal, funcional e territorial); c) as matérias objeto da negociação.

Da comunicação deve ser enviada cópia, para efeitos de registro, à autoridade laboral que corresponda, segundo o âmbito territorial do convênio, na forma prevista no art. 89.1 do estatuto. A ausência do cumprimento desta obrigação de comunicação, segundo entendimento jurisprudencial, não afeta essencialmente o procedimento negocial. Por conseguinte, seu eventual descumprimento não leva, necessariamente, à anulação do convênio (STS de 14 de fevereiro de 1996 – Ar. 1017 –).

Recebida a comunicação, a parte dela destinatária deve contestar a oferta, também por escrito e de forma motivada, especialmente no caso de negativa da possibilidade de negociar, na medida em que está obrigada, nos termos do art. 89.1, § 2º do estatuto a negociar. Todavia, é preciso anotar que o dever de negociar não deve ser entendido como obrigação de pactuar ou fazer acordos, pois ele pertence à autonomia das partes, mas se exige uma conduta de disposição de intercâmbio de vantagens e contrapartidas em que consiste a negociação.<sup>50</sup>

Assim, somente se admite, em caráter excepcional, a recusa à negociação, até mesmo em obséquio ao princípio da boa-fé:

- a) quando exista “causa legal ou convencionalmente estabelecida” como na hipótese da falta de legitimação da parte promotora ou de quem recebe a comunicação, que está, ou não, de fato em forma devida ou que não se cumpriu o estabelecido no convênio anterior sobre a vigência, forma ou prazos de denúncia;
- b) quando “não se trate de revisar o convênio já vencido”, e porque não há obrigação de negociar enquanto esteja em vigor um convênio coletivo nesse mesmo âmbito. Excepcionam-se os supostos previstos nos arts. 83.2 e 84, § 2º, do estatuto, isto é, a possibilidade de que através de um convênio marco se habilite a concorrência dentre convênios de distinto âmbito, podendo-se revisar um convênio em vigor ou que um convênio supra-empresarial afete ao disposto em outro de âmbito superior.<sup>51</sup>

### *5.2 Da comissão negociadora: constituição, designação, negociação e adoção de acordos*

Após a contestação afirmativa de negociação por parte da receptora, é constituída a comissão (ou mesa) negociadora. Compete às partes negociadoras a

50 MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. Ob. cit., p. 352.

51 De acordo com a jurisprudência dos tribunais não há dever de negociar nem de assistir a reunião convocada quando, imediatamente antes da solicitação, se havia produzido a aprovação de convênio extraestatutário, ao qual aderiu mais de 95 por cento da plantilha, sendo a causa da eficácia limitada do convênio ao abandono por parte do convocante da mesa de negociação de um convênio estatutário; a exigência, o ato seguido, do dever de negociar se considerou, neste suposto particular, contrária a boa-fé (TS 03 de fevereiro de 1998). Tampouco, há obrigação de reatar as conversações uma vez finalizadas sem acordo, salvo no caso de uma plataforma negociadora nova (TS de 1º de março de 2001).

designação dos componentes da comissão. Nos termos do art. 88.2 do estatuto, a designação do presidente da comissão poderá ser feita de mútuo acordo pelas partes.

Nos convênios de âmbito empresarial, nenhuma das partes poderá designar número de membros superior ao da outra (prevalecendo, aqui, o princípio da paridade ou proporcionalidade), e no âmbito superior, o número de representantes de cada parte não pode exceder a quinze.

O presidente da comissão, designado de comum acordo, tem a função de moderar e ordenar as sessões, sem outras atribuições decisórias.

No curso de todo o processo de negociação, pesa sobre a comissão o dever de negociar de boa-fé que, entretanto, não obriga a chegar a um acordo, mas, sim, a realizar um sério e verdadeiro trabalho com o objetivo de alcançá-lo, resultando, assim, contrário ao aludido princípio qualquer tipo de atuação ou comportamento que trave a negociação, e se é produzida violência, tanto sobre as pessoas, como sobre os bens, ficará suspensa de imediato a negociação em curso até que aquela haja desaparecido (art. 89.1, *párrafo* último do estatuto).

No curso da negociação poderão ser firmados pré-acordos ou compromissos provisórios que são suscetíveis de modificação segundo avance a negociação, na medida em que somente o acordo final sobre a totalidade dá lugar ao convênio coletivo.

Para que os acordos sejam firmados pela comissão negociadora se requer o voto favorável da maioria de cada uma das representações (art. 89.3 do estatuto), quando se pretende que o convênio tenha caráter estatutário, ou seja, eficácia geral.

Vale registrar, por importante, que para salvar a proibição de concorrência entre convênios vigentes, o convênio coletivo que pretenda afetar ao disposto em outro de âmbito superior deve ser acordado com “as maiorias exigidas para constituir a comissão negociadora na correspondente unidade de negociação”, na forma prevista no art. 84, § 2º, do estatuto.

Por último, não se exige, como obrigação legal, enquanto condição de eficácia jurídica, o referendo do texto negociado pela assembléia de trabalhadores afetados ou os membros de associação ou associações empresariais implicadas. Todavia, pode a comissão negociadora condicionar a validade dos acordos alcançados à celebração de um referendo, buscando os interlocutores sociais reforçar sua legitimidade com o referendo dos destinatários. Nesta hipótese, enquanto o acordado pender da ratificação, terá simples valor de pré-acordo e, somente quando ratificado, é que os seus efeitos são produzidos, porém, retroagindo ao momento em que foi firmado pelas partes. Há, assim, uma ratificação com efeitos retrooperantes (STS de 11 de julho de 2000 – Ar. 6628–).

## 6 DO CONVÊNIO COLETIVO

### 6.1 *Requisitos formais*

Quanto aos requisitos e validade, o art. 90.1 do estatuto estabelece que o acordo definitivo deve ser formalizado por escrito e rubricado pelas partes

negociadoras, cominando ao mesmo tempo, a sanção de nulidade para o descumprimento da exigência. Por conseguinte, o ordenamento laboral não empresta validade ou reconhecimento ao acordo verbal, ainda quando aprovado com votação favorável da maioria de cada uma das representações, na medida em que a lei exige a forma escrita como requisito essencial para a validade do convênio coletivo, sem contar que o conteúdo do acordo em toda sua extensão, além de facilitar o seu conhecimento geral, permite a exigência de seu cumprimento, inclusive judicialmente. Logo, a forma escrita é requisito essencial à validade e eficácia do acordo ou convênio.

### *6.2 Tramitação*

Dentro do prazo de quinze dias, contado a partir do momento em que as partes negociadoras o firmam, será apresentado, perante a autoridade laboral competente – estatal ou autonômica, de acordo com o âmbito territorial de sua eficácia – para registro. Cumprida tal exigência, será remetido ao órgão público encarregado da mediação, arbitragem ou conciliação competente que fará o depósito, nos termos previstos no art. 90.2 do estatuto.

O registro e o depósito têm caráter de publicidade podendo, todavia, a autoridade laboral realizar um controle de legalidade do acordado e instando, em seu caso, a impugnação judicial do convênio, nos termos autorizados pelo que dispõe o art. 92.5 do estatuto.

De acordo com previsto no art. 90.3 do estatuto, a partir da apresentação do texto do convênio coletivo no registro, a mesma autoridade laboral a quem incumbe o registro, dispõe de um prazo de dez dias para ordenar a publicação, que é gratuita, no Boletim Oficial que corresponda atendendo ao âmbito territorial do convênio.

### *6.3 Vigência*

O convênio passará a vigorar com sua publicação no Boletim Oficial, salvo, é claro, quando hajam, as partes, acordado outra data para o começo da vigência como, por exemplo, quanto às cláusulas salariais que poderão vigorar de modo retroativo.<sup>52</sup>

De acordo com o que estabelece o art. 90.4 do estatuto, os convênios de eficácia geral entram em vigor na data acordada pelas partes. Porém, sendo a publicação oficial requisito de validade do convênio, a exigência do cumprimento

---

52 No Brasil, nos termos do art. 614 da Consolidação das Leis do Trabalho, a convenção coletiva de trabalho passa a vigorar três dias após o seu depósito no órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, não havendo obrigatoriedade da publicação no órgão oficial bastando a afixação de modo e em local visível de sua cópia nos sindicatos e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de cinco dias do depósito.

do mesmo deverá esperar até aquele momento, sem prejuízo da aplicação voluntária, é claro, pelos destinatários da norma pactuada durante o intervalo entre a conclusão e a publicação.

De qualquer forma, a aplicação dos efeitos de modo retroativo, costuma ser estabelecida pelas partes negociadoras.

As cláusulas de duração dos convênios coletivos têm transcendência reflexa na delimitação do alcance temporal do dever de paz relativo, na medida em que impede a adoção de medidas de greve e conflito coletivo para modificar o que nelas foi pactuado. Ademais, nos termos do art. 84 do estatuto, o período de sua vigência marca, também, os limites temporais de preservação da vigência do convênio frente a outros convênios concorrentes posteriores.

Em resumo, a validade e a eficácia do convênio coletivo não é alcançada com o mero acordo entre as partes negociadoras: devem ser cumpridos, em qualquer hipótese, os requisitos de forma e de trâmites ordenados pelo legislador: a forma escrita, o registro, o depósito e a publicação para que seja exigido, inclusive judicialmente, o cumprimento do seu conteúdo, especialmente o conteúdo normativo.

#### 6.4 *Eficácia*

Respeitado o procedimento de formalização, registro e a publicação, os convênios, nos termos do art. 82.3 do estatuto “obrigam a todos os empresários e trabalhadores incluídos no âmbito de sua aplicação durante todo o curso de sua vigência”.

Assim, nos termos da lei, aos convênios coletivos estatutários se reconhece eficácia normativa. Por conseguinte, de aplicação imediata e automática às relações laborais incluídas em seu âmbito, conforme entendimento jurisprudencial (STC 177/1988), sem necessidade de qualquer auxílio de técnicas de contratualização nem o complemento de vontades individuais (STC 58/1985). É claro que isso ocorre se o convênio estiver respeitando as normas laborais de direito necessário. Portanto, se o convênio respeita aos mínimos legais de direito necessário, sua aplicação prefere as normas legais, desde que mais favorável que estas.<sup>53</sup>

---

53 Esse princípio também vige no ordenamento laboral brasileiro, na medida em que, nos termos do art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho, as condições estabelecidas em convenção coletiva de trabalho, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo, o que se entende que também ocorre em relação às normas heterônomas estatais. Aplica-se, pois, em cada caso concreto, sendo naquele caso hierarquicamente superior à norma mais favorável ao trabalhador, na medida em que, no âmbito laboral, o vértice da pirâmide normativa, variável e mutável, não será a lei ou a constituição necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador pelo que, não há uma contradição inconciliável entre as regras heterônomas estatais e as regras autônomas privadas, fruto da negociação coletiva, mas, como lembra a doutrina, “uma espécie de incidência concorrente: a norma que disciplinar uma dada relação de modo mais benéfico ao trabalhador prevalecerá sobre as demais, sem derrogação permanente, mas mero preterimento, na situação concreta enfocada”.

Lembre-se, ainda, que o reconhecimento de eficácia jurídica aos convênios coletivos impede que uma disposição administrativa possa autorizar a não-aplicação singular de disposições neles contidas, na medida em que o contrário seria desconhecer a eficácia vinculante do convênio e, especialmente, os princípios constantes e garantidos pelo art. 9.3 da Constituição Espanhola, como, aliás, reconhecido pela jurisprudência (STC 92/1992).

Ademais, a eficácia jurídica tem alcance *erga omnes*. Como decorrência da representatividade dos negociadores, a eficácia do convênio estatutário tem alcance geral, de modo que, pactuado livremente no âmbito de sua aplicação, obriga a todos os empresários e trabalhadores incluídos, que não pertençam às associações ou aos sindicatos firmantes, aplicando-se a todas as relações de trabalho daquele âmbito.

É claro que a determinação do âmbito do convênio requer que, em última instância, seja fixado o período de sua duração. Neste aspecto, e levando em conta o que estabelece o art. 82.3 do estatuto, as partes poderão estabelecer livremente o período de vigência, na medida em que a lei não fixa prazo mínimo ou máximo, podendo-se, inclusive, pactuar distintos prazos para cada matéria, ou grupo homogêneo de matérias dentro do mesmo convênio (art. 86.1 do estatuto),<sup>54</sup> o que o ordenamento laboral brasileiro não permite, pois neste a lei fixa um prazo máximo de dois anos para vigência do acordo e da convenção coletiva de trabalho.<sup>55</sup>

Entretanto, e como pondera a doutrina abalizada,<sup>56</sup> por mais que seja possível pactuar a duração indefinida do convênio, o comum no sistema espanhol de negociação coletiva é que fixe um prazo ou termo final da sua vigência. Chegado a este, o convênio é extinto de pleno direito e automaticamente, na medida em que é condição para ele a denúncia expressa nos termos fixados nele próprio. Todavia, na falta de denúncia, à luz do art. 86.2 do estatuto, o convênio é automaticamente prorrogado pelo prazo de um ano, cabendo, entretanto, a possibilidade de se acordar a prorrogação por prazo menor ou maior que o previsto na norma legal, inclusive de forma indefinida.

A denúncia deve ser apresentada pela parte de modo expresso podendo, inclusive, ser concretizada *ante tempus*, se esta possibilidade tiver sido acordada, ou por aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, o que significa afirmar que a denúncia somente prevalecerá até enquanto não se consiga um acordo expresso, a

desde que, é claro, as normas estatais não tenham natureza proibitiva, pois estas sempre preservarão sua preponderância, dado ao fato de encontrarem-se revestidas do *imperium* específico à entidade estatal, envolvidas em sua incidência, de um inarredável matiz soberano. GODINHO DELGADO, Maurício. Ob. cit., p. 1.392.

54 Quando o convênio fixar com efeitos retroativos um determinado momento de vigência em matéria salarial, este é aplicável “a todos os trabalhadores que em tal momento prestam seus serviços à empresa, ainda que os contratos houverem extinguido antes da publicação do convênio” (STS de 22 de julho de 1997 – Ar. 5710 –).

55 Art. 614, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

56 GARCIA BLASCO, Juan et al. Ob. cit., p. 284.



perda das cláusulas obrigacionais, mantendo-se em vigor o conteúdo normativo, salvo em caso de pacto em contrário (art. 86.3 do estatuto).

Por derradeiro, de acordo com o disposto no art. 86.4 do estatuto, o convênio coletivo que sucede a um anterior “derroga em sua integralidade a este último, salvo os aspectos que expressamente se mantenham”. Por conseguinte, pode dispor sobre os direitos reconhecidos naquele, aplicando-se integralmente o acordado no novo convênio (art. 82.4).<sup>57</sup>

Reconhece-se, assim, a aplicação do princípio da sucessão normativa, não havendo obrigação de mandato de respeitar as condições mais benéficas do convênio anterior, salvo na hipótese em que o novo convênio opte por manter garantias *ad personam*. E nos termos da jurisprudência (STS de 21 de fevereiro de 2000 – Ar. 2052 –), resultado do princípio de modernidade pode haver a diminuição ou redução de direitos.<sup>58</sup>

### 6.5 A administração do convênio

A aplicação do que é pactuado através do convênio coletivo requer uma atuação complementar da negociação, seja porque pode exigir, o próprio convênio

---

57 “En la situación normativa anterior a la reforma del ET de 1994 un sector de la doctrina planteó la cuestión de si era posible la sustitución de un convenio por otro posterior menos favorable para los trabajadores. La jurisprudencia dio respuesta afirmativa a esta pregunta, entendiendo que la sustitución de un convenio por otro es en principio completa, y que las cláusulas de los convenios colectivos no generan el efecto de al condición más beneficiosa (TS 11 de mayo de 1992 y 25 de junio de 1993)”. In: MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. Ob. cit., p. 362.

58 No Brasil, de acordo com o entendimento consubstanciado na Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho, “As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, aos contratos”, o que também se aplica aos acordos e às convenções coletivas de trabalho. Todavia, recente reforma implementada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, alterando o art. 114 da constituição estabeleceu que “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultada às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção do trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. Logo, mantém-se na nova decisão normativa, fruto do dissídio coletivo, as condições pactuadas no convênio anterior que não poderão ser suprimidas, princípio que, me parece, deva também ser obedecido no caso de novo acordo ou nova convenção coletiva de trabalho, na medida em que a proibição se aplica a todas as normas coletivas, quer convencionadas diretamente entre as partes, quer as decorrentes de sentença normativa, pena de arbitrária e não justificada discriminação. Concordo, pois, com aqueles que sustentam que as disposições já convencionadas como mínimo de proteção as quais o julgador não pode reduzir, embora não haja qualquer impedimento, sejam ampliadas ou melhoradas para incorporar novas e melhores condições ao trabalhador. Todavia, há quem veja no novo preceito constitucional uma limitação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Argumenta-se que a proibição de piorar as condições de trabalho, já convencionadas coletivamente poderão, na prática, constituir mais um fator de estímulo ao empresário para não concordar com o ajuizamento comum de dissídio coletivo. FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do Poder Normativo – Análise de um Aspecto Restritivo na Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes et al. (Coord.). *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, p. 288-291, 2005.

para a sua execução, essa atuação, ou em outras tantas, porque podem surgir dúvidas a respeito da interpretação de suas cláusulas. Essa gestão complementar do convênio se denomina “administração do convênio coletivo”.

A responsabilidade por esta gestão ou administração é da comissão paritária do convênio, encarregada dessa função que tem diversas atribuições, como interpretação e aplicação das cláusulas do convênio; adaptação dessas cláusulas a problemas eventualmente não previstos; precisão do convencionado; atualização de acordo com os índices dispostos no convênio, entre outras; porém não pode introduzir modificações ou alterações no mesmo, nem abordar negociação para o futuro, na medida em que para essa competência é necessário que isso tenha sido expressamente previsto no próprio convênio.

As limitações da aplicação e interpretação do convênio, atribuídas à comissão paritária, nos termos do art. 91 do estatuto, ficam submetidas ao alcance dado pela própria norma pactuada não podendo, assim, a comissão, no exercício dessas atribuições, “resolver contra as previsões do convênio que a instaura, devendo-se, em caso contrário, sancionar como nula a resolução adotada” (STS de 25 de março de 1992 –Ar. 1874 –).

Nesse contexto, a função interpretativa adquire uma maior relevância, na medida em que, algumas vezes, o convênio pode estabelecer a obrigatoriedade de submeter o conflito ao conhecimento da comissão, como trâmite processual, sem que ele suponha uma diminuição de direito a tutela judicial efetiva, como reconhecido pela jurisprudência (STS de 08 de novembro de 1994 – Ar. 8600 – e STC 217/1991).

Por óbvio, que em sua atividade interpretativa a comissão paritária deve seguir as regras de interpretação jurídica, sem olvidar, evidentemente, de que está tratando com norma de origem pactuada, fruto da autonomia privada coletiva. Por conseguinte, nessa atividade hermenêutica, a comissão deve integrar aos cânones de interpretação legal (art. 3.1 do Código Civil), os critérios interpretativos dos contratos (art. 1281 e seguintes do mesmo código). Porém, deve ser lembrado que na interpretação, o convênio coletivo deve ser interpretado sistematicamente como um todo (STS de 19 de janeiro de 1998 –Ar. 741 –).

Ademais, e por último, deve ser lembrado que nos termos do art. 91, § 2º do estatuto, o legislador previu a possibilidade de que, mediante acordos interprofissionais ou convênios coletivos sobre matérias concretas, podem ser estabelecidos procedimentos extrajudiciais, como a mediação e a arbitragem, para a solução de tais controvérsias, o que para Maria Luz Rodriguez Fernandez deve ser visto como desenvolvimento da autonomia coletiva, “*pues, siendo ese su fin, más que procedimientos de solución de conflictos, son propiamente mecanismos de autotutela colectiva*”.<sup>59</sup>

---

59 RODRIGUEZ FERNANDEZ, Mª Luz. *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*. Albacet: Editorial Bomarzo, 2004, p. 25.

## 6.6 Da impugnação do convênio

De acordo com a previsão constante do art. 90.5 do estatuto, os convênios coletivos poderão ser impugnados quando violar a legalidade vigente, ou lesionar interesse de terceiro.

A impugnação será levada a efeito perante os órgãos da jurisdição social (art. 2, III, da Lei do Procedimento Laboral – doravante apenas LPL).

Considerando que o art. 163.1 da LPL se refere à impugnação de convênios coletivos “*cualquiera que sea su eficacia*”, parece correto afirmar com a doutrina<sup>60</sup> que as previsões da LPL são aplicáveis também aos convênios extra-estatutários, bem como aos acordos de adesão previstos no art. 92 do estatuto e à impugnação de acordos da comissão paritária que suponha modificação do convênio coletivo, como aliás, tem entendido a jurisprudência ( STS de 12 de dezembro de 2000 – Ar. 809–).

De acordo com Juan Montero Aroca,<sup>61</sup> na verdade na LPL não existe um processo de impugnação de convênios coletivos, senão dois: um que poderia ser qualificado de ofício, terminologia que entende equivocada, com o qual se pretende dizer que tem início pela autoridade administrativa (art. 90.5 do estatuto), e outro que se concede legitimação a determinados entes coletivos.

Embora a lei não estabeleça prazo preclusivo para a impugnação judicial *de ofício* do convênio, parece acertado afirmar que deva, ela, ser intentada enquanto o mesmo esteja vigente, antes ou depois do registro e publicação (STS de 31 de março de 1995 – Ar. 2353 –).

As causas que justificam ou fundamentam a impugnação, levando-se em conta, inclusive, a orientação jurisprudencial do Tribunal Supremo (doravante apenas TS), são as mesmas para as duas espécies de convênios coletivos.

Com efeito, nos termos dos arts. 161 e 163 da LPL, o convênio coletivo poderá ser impugnado em caso de ilegalidade ou quando causar lesão a terceiros.<sup>62</sup>

Para Carmen Sáez Lara,<sup>63</sup> na Espanha a fixação das vias de controle judicial dos convênios coletivos tem seguido um caminho bastante acidentado, o que reafirma

60 ALBIOL MONTESINOS, Ignacio et al. *Derecho procesal laboral*. Valencia: tirante lo blanch, 2004, p. 368.

61 MONTERO AROCA, Juan. *Introducción ao proceso laboral*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 282.

62 No Brasil, de acordo com o disposto no art. 83, inciso IV, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993, foi atribuída, ao Ministério Público do Trabalho, a legitimidade para “propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”. Parece óbvio que esta legitimidade concedida ao *Parquet* não afasta a possibilidade das próprias partes convenientes ajuizarem a ação de nulidade e nem ao trabalhador ou empresário, que poderão, em caso concreto, também invocar como defesa, a nulidade da cláusula convencional infringente “das liberdades individuais ou coletivas ou direitos individuais indisponíveis”. Neste sentido, é o pensamento doutrinário de BERREZA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 910-913.

63 SÁEZ LARA, Carmen. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 140.

a importância de construção doutrinária e jurisprudencial para o desenho de um modelo desse controle. Para ela, no desenho originário do controle judicial do convênio coletivo, entre as formas possíveis, o legislador estatutário de 1980 optou pelo continuísmo, da etapa precedente, como em outros tantos temas.

Assim, na visão da aludida autora, *“el control abstracto se puede articular por dos vías procesales, la de impugnación directa por la Administración Laboral (por ilegalidad y lesividad del convenio) e la de la impugnación directa por los sujetos colectivos interesados (por ilegalidad de convenio) y por terceros (que no sean trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio) y los que convenio inflija una grave lesión de sus intereses legítimos”*.

Nesse contexto, a atuação da autoridade laboral competente pode ser produzida:

- a) por iniciativa própria, independentemente de o convênio estar, ou não, registrado e publicado, e sem que haja necessidade de ouvir os sujeitos implicados;
- b) mediante solicitação daqueles que a LPL denomina “terceiros reclamantes” que invoquem lesão grave ao seu interesse, ou denunciante da ilegalidade do convênio.

A autoridade laboral a que se refere a lei é aquela que seja competente para, segundo o âmbito de aplicação do convênio, proceder o seu registro e depósito.

Assim, lembra a doutrina,<sup>64</sup> na hipótese de terem sido transferidas estas competências à correspondente Comunidade Autônoma, será a autoridade laboral da mesma quem dispõe da competência para a impugnação *de ofício* do convênio, o que por óbvio, excluiria os Delegados do Governo, na medida em que entre suas competências não figura a de impugnar convênios de âmbito algum.

De acordo com o estabelecido no art. 161.2, LPL, os denunciante poderão ser os representantes legais ou sindicatos dos trabalhadores ou dos empresários que sustentarem a ilegalidade do convênio.

Quanto à legitimidade aos terceiros, presumivelmente lesionados de modo grave, há necessidade de ser entendida à luz com o disposto no art. 163.1.b da LPL que, como acima se viu, excluiu os trabalhadores incluídos no âmbito de aplicação do convênio, pois como lembra Juan Montero Aroca:<sup>65</sup>

*“Los convenios colectivos no pueden ser impugnados por los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, a los cuales no les resta más que, en el proceso individual correspondiente, intentar que el convenio sea inaplicado porque el mismo sea contrario y una norma de rango superior. No se tratará entonces de impugnación, sino de inaplicación, que es cosa diferente.”*

64 ALBIOL MONTESINOS, Ignacio et al. Ob. cit., p. 368.

65 MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 282.

Assim, serão partes no processo de impugnação do convênio coletivo como demandante, a autoridade laboral quando a comunicação *de oficio* for formulada por sua própria iniciativa, os “terceiros reclamantes”, presumidamente lesionados,<sup>66</sup> ou os denunciante ante a autoridade laboral, no caso de ilegalidade do convênio, e como demandados, as representações da comissão negociadora do convênio.

De qualquer modo, nos termos do art. 162.6, LPL, o Ministério Público Fiscal sempre atuará no processo, e sua posição, segundo a doutrina, será de parte demandante.<sup>67 68</sup>

De qualquer modo, como lembra a doutrina,<sup>69</sup> se deve distinguir duas situações:

- a) se o convênio não tiver, ainda, sido registrado, os legitimados ativamente para impugná-lo deverão, previamente, solicitar a autoridade administrativa que acione o órgão judicial através da impugnação *de oficio*. Se a autoridade não contesta a solicitação no prazo de quinze dias ou a desestima expressamente, fica aberta a possibilidade de apresentação da demanda;
- b) se o convênio tiver sido registrado, os legitimados podem apresentar desde logo, de modo direto, a demanda perante a autoridade judiciária.

Em qualquer caso, a demanda (o pedido) deve conter: os requisitos gerais previstos no art. 80 da LPL e, logo a seguir, os especiais, constantes do art. 162, fazendo-se acompanhar do convênio e cópias para os demandados (art. 163.3).

O procedimento a ser adotado na hipótese da impugnação pela via direta será aquele aplicável ao processo dos conflitos coletivos (arts. 151.1, 161.3 e 163.1, LPL) com as especialidades previstas no art. 164.

Como resultado da impugnação judicial, a sentença poderá acolher ou rejeitar a pretensão. Em caso positivo, poderá declarar a nulidade total ou parcial do convênio, devendo as partes negociar um novo convênio na primeira hipótese, e na segunda, adotar “*las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalias previa audiencia de las partes*”, como previsto no art. 90.5 do estatuto, incluindo-se aí, nesta hipótese, a possibilidade de substituí-las, como defende a doutrina.<sup>70</sup>

Assim, quando a sentença anular, no todo ou em parte, o convênio coletivo impugnado, e este tenha sido publicado, também se deve publicar a sentença no Boletim Oficial em que aquele tiver sido publicado.

---

66 Deve-se ter sempre presente que os terceiros deverão ser entes coletivos, pois somente estes podem ser titulares de um interesse que se refere à aplicação *erga omnes* do convênio, que os trabalhadores e empresários incluídos no seu âmbito não dispõem isoladamente.

67 ALBIOL MONTESINOS, Ignacio et al. Ob. cit., p. 371.

68 GARCIA BLASCO, Juan et al. Ob. cit., p. 288.

69 MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 285.

70 GARCIA BLASCO, Juan et al. Ob. cit., p. 289.

Todavía, como también defende abalizada doutrina<sup>71</sup> “*la reparación de la lesión conlleva la valoración de la nulidad de alguna cláusula del convenio <<no es obstáculo para que haya de reconocerse al trabajador interesado (derecho) a su acción por vías jurisdiccionales de defensa que, aunque no expresamente señaladas en la normativa procesal, sí están implícitas en la misma, en atención a las propias exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva>> (STC 81/1990)*”.

Para finalizar este item, deve-se lembrar que o trabalhador pode acudir ao processo ordinário para impugnar o convênio coletivo cujas cláusulas possam lhe causar lesão, porém, neste caso, a impugnação será contra os atos de sua aplicação.

## 7 DA CONCERTAÇÃO SOCIAL

### 7.1 Delimitação conceitual

Entre os fenômenos coletivos, há um tipo particular que se exprime através dos chamados processos de concertação social. Traduz-se em um mecanismo autorregulador, pelo qual as organizações de cúpula, representativas dos trabalhadores e dos empregadores, participam, com intensidade variável, nos processos de decisão que cabem na competência do Governo.<sup>72</sup>

A concertação social constitui, assim, um método ou procedimento para a adoção de decisões conjuntas ou em colaboração entre o Governo ou poder público e os agentes sociais. Implica, por conseguinte, um encontro entre poderes públicos e privados que interferem e se limitam mutuamente.<sup>73</sup> É, pois, caracterizada pela participação tripartida (entre Governo, confederações sindicais e confederações patronais), e/ou pelo fato de versar sobre matérias atinentes à política econômica e social, na medida em que, através dela, se trata sempre de negociar e debater conjuntamente temas como salários, política de emprego, dispositivos de proteção social, controle da inflação, condições de melhorias da competitividade das empresas e da economia.<sup>74</sup>

Sob o aspecto jurídico, este fenômeno político se vincula aos limites do procedimento legislativo ordinário para abordar a complexidade do real e da exigência de novas formas jurídicas e técnicas de colaboração, negociada das normas

71 GARCIA BLASCO, Juan et al. *Ibidem.*, passim.

72 Para Umberto Romagnoli, “*La concertación social es un método de la voluntad política de los decisores públicos complementario respecto de los procedimientos formales regulados por la escrita que se sitúa en las márgenes de los ordenamientos estatales*”. ROMAGNOLI, Umberto. *La concertación social en Europa: luces y sombras*. In: *Revista de Derecho Social*. Albacet: Ediciones Bormazo, n 26, abril-junho, 2004, p. 11.

73 MONEREO PÉRES, José Luis. *A concertação y dialogo social*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1999, p. 17.

74 MONTEIRO FERNANDES, Antonio. *Ob. cit.*, p. 592.

no campo do Direito econômico e do Direito social, das manifestações típicas do intervencionismo próprio do Estado Social. É, pois, uma forma qualificada de governabilidade das sociedades complexas do capitalismo avançado, ainda que não, necessariamente, a única possível. Por isso, como lembra respeitada doutrina, a concertação social comporta um processo de encontro e negociação política entre o poder público e a autonomia coletiva “*como respuesta a las exigencias de gobernabilidad de las sociedades complejas y corrección del esquema constitucional clásico precedente de la tradición liberal*”.<sup>75</sup>

Nesse contexto, fácil constatar que os acordos decorrentes da concertação social não assumem o caráter de acordos normativos, como o convênio e a convenção coletiva de trabalho, na medida em que o efeito não é o de definir, imediatamente, regras de comportamento para os trabalhadores e as empresas representadas pelas organizações. Ao contrário, trata-se de acordos políticos tripartidos, que visam condicionar as decisões das entidades subscritoras, por conseguinte, decisões do Governo, especialmente no plano legislativo, as decisões e atuação das entidades sindicais profissionais e patronais, designadamente no domínio da contratação coletiva.

Caracteriza-se, portanto, a concertação social como um mecanismo de “troca de políticas”, através do qual o Governo e os parceiros sociais condicionam mutuamente as suas escolhas através dos compromissos assumidos através dela. Porém, esses compromissos não têm natureza jurídica normativa nem dispõem de sanção jurídica sendo, quando muito, fundamento de normas futuras (legais ou convencionais) e aparecem revestidos de uma sanção de natureza política decorrente da interdependência das obrigações por eles assumidas.

### 7.2 Formas de concertação social

As formas de concertação social são muito variadas e flexíveis – formas mais ou menos institucionalizadas de diálogo e negociação tripartida, que podem se cristalizar em acordos ou pactos sociais, em legislação negociada – resultado vertical – e acordos ou convênios coletivos, marcos coordenados e vinculados com o processo de negociação política – resultado horizontal. Também o são seus resultados.

O paradigma típico da concertação social é o da concertação tripartida, ainda que tenha existido, e exista, forma de concertação bilateral, do Governo com os empresários e do Governo com os sindicatos representativos.<sup>76</sup>

Na Espanha, os Pactos de Moncloa – de natureza estritamente política – têm desempenhado um papel fundamental de legitimação das mudanças do regime

---

75 PALOMECA LÓPEZ, M.C. et al. *Derecho del trabajo*. Madrid, 1998, p. 596. Apud MONEREO PÉRES, José Luis. *A concertação y dialogo social*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1999, p. 17.

76 MONEREO PÉRES, José Luis. Ob. cit., p. 24.

autoritário anterior para um sistema democrático e permitido consolidar e, ao mesmo tempo, reafirmar a democracia.

De acordo com o pensamento doutrinário espanhol,<sup>77</sup> a concertação social tem início na Espanha com a mesma transição política, pouco importando que os Pactos de Moncloa de 1977 e o primeiro Acordo Marco Interconfederal de 1979, celebrado entre a UGT y a CEOE, não tenham sido manifestações típicas da concertação social, ainda que neste último exista a presença indireta do Governo e suposto na *práxis* político-jurídica, a primeira manifestação de legislação negociada.

Todavia, no modelo espanhol se tem constatado a persistência de acordos político-sociais triangulares típicos da macroconcertação nacional, porém sobre matérias concretas, como aqueles relativos à reforma do sistema de pensões, em conexão com o conhecido “Pacto de Toledo” que foi contraído entre as forças políticas e rubricado no próprio Parlamento, e os acordos sobre a reforma do mercado de trabalho e fomento da contratação indefinida em 1977. Todas as matérias que foram objeto dos aludidos acordos necessitavam de um especial consenso com as forças sociais que sejam capazes de assumir, de forma pacífica, os sacrifícios impostos à posição das classes trabalhadoras, que deste modo adquirem um rol de uma mudança estrutural consensuada.

### *7.3 Concertação e diálogo sociais no sistema espanhol de relações laborais*

Como se pode constatar do que acima ficou registrado, o modelo espanhol de concertação e de diálogo sociais encontra-se indissolúvelmente ligado à construção da democracia no País. Por conseguinte, suas bases constitutivas residem em dois procedimentos ou mecanismos de mui desigual institucionalização jurídica: por um lado, estão os mecanismos de concertação não-institucionalizada, e por outro, os meios ou procedimentos de diálogo social institucionalizados e não-formalizados.

Com efeito, dentro da função sociopolítica do sindicato cabe entender a não-estável institucionalização da representação negociada no ordenamento espanhol e a celebração de acordos tripartite em matéria econômica e social.

O fenômeno da concertação se encontra unido a processos de regulação jurídica em um duplo plano: em um plano horizontal, ao determinar os objetivos e a orientação dos acordos e convênios coletivos profissionais e interprofissionais no sentido previsto no art. 83 do estatuto, por um lado; e por outro, em plano vertical, ao servir de impulso legislativo e mecanismo condicionante do conteúdo da legislação pública ou estatal dando lugar à legislação negociada, seja a lei formal ou se trate do regulamento negociado.

---

77 MONEREO PÉRES, José Luis. Ob. cit., p. 59.



No sentido “vertical”, o fenômeno da concertação social fica intimamente vinculado na experiência histórica espanhola e ao fenômeno político-jurídico da legislação negociada, em virtude da qual, no momento genético de elaboração da norma estatal (lei ou regulamento), tenha existido um acordo social entre o poder público e as forças sociais como uma forma de integração entre o Estado e a autonomia coletiva. Por conseguinte, a legislação negociada como ato é o fruto da negociação legislativa como processo político-legislativo levado a efeito entre o poder público e os poderes sociais profissionais, o que permite inserir na norma pública os conteúdos previamente negociados e acordados com os agentes sociais, democratizando, pois, o conteúdo das normas. Sob essa perspectiva, a concertação social, cristalizada ou refletida formalmente, ou não, em um pacto político-social, revela-se como uma fonte de lei negociada que, por óbvio, tem maior aptidão de eficácia social.

Quer no plano institucional quer no funcional da concertação social, o sindicato mais representativo adquire um grande relevo. De parte do Estado, a técnica normativa do sindicato mais representativo supõe um passo importante para a sua integração plana na dinâmica político-institucional, especialmente necessária na atual conjuntura, para estabilidade da ordem econômica e política.

Em que pese o acima anotado, pondera a doutrina<sup>78</sup> que na Espanha, de maneira análoga ao que ocorreu em outros países europeus, o modelo de macroconcertação social entrou em crise, produzida pela concorrência de um conjunto de fatores de base objetiva, relacionados com o avanço do processo de integração européia e o recrudescimento da competitividade das empresas em um contexto de economia globalizada, assim como decorrência da chamada crise, o Estado do Bem-estar, que foi o modelo de estado social da segunda pós-guerra mundial, e subjetivas que se vinculam a uma mudança na percepção dos problemas e das prioridades dos autores sociais e políticos implicados no sistema de relações laborais.

Apesar disso, e mesmo tendo em conta a crise do modelo de concertação social global, ou macroeconômico, o consenso pluralista é indispensável para governabilidade do sistema político e do sistema de relações laborais. Porém, o pluralismo dos interesses faz vê, de forma clara, que as teorias consensuais do governo e da sociedade não têm por que se colocar em oposição às teorias conflitivas e vice-versa, na medida em que o consenso político em uma sociedade democrática e participativa não pode ser simplesmente “aceitação” – *consensus-aceitação* –, vale dizer: consenso em sentido débil e/ou basicamente passivo. Ao contrário, deve ser um consenso ativo – *consensus-participação* – que implica o consentimento participativo ativo dos cidadãos e grupos representativos de seus interesses na ação política.

---

78 MONEREO PÉRES, José Luis. *Ob. cit.*, p. 66.

*“Sin un consenso pluralista (que se basa en el valor de la diversidad frente a pretendidas uniformidades o unanimidades indiferenciadas) fundamental sobre el esquema de valores, las reglas de juego y los proyectos sociales la democracia será frágil y funcionará con dificultades, aunque el consenso básico no es un prerequisite de la democracia, ciertamente es una condición coadyuvante.”<sup>79</sup>*

Afinal, no domínio da democracia participativa, mais do que em qualquer outro, a democracia é um princípio sem fim e as tarefas de democratização só se sustentam quando elas próprias são definidas por processos democráticos cada vez mais exigentes.<sup>80</sup>

Por isso, o consenso básico entre os poderes legítimos existentes entre si e o dos cidadãos é, indubitavelmente, uma condição que facilita a participação verdadeira e ativa dos atores sociais na democracia.

### CONCLUSÃO

Do que acima se expôs, pode-se afirmar, à guisa de conclusão, que a negociação coletiva trabalhista, que tem no conflito coletivo a sua origem, tem por objetivos principais a geração de normas jurídicas que são frutos da autonomia coletiva e a pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva.

Dessa constatação decorre a sua importância social e jurídica que transcende ao próprio Direito do Trabalho.

Como acima se viu, a experiência histórica dos principais países ocidentais tem demonstrado, desde o século XXIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborais, sempre exerceu, e certamente continuará exercendo, positivamente, uma grande influência na estruturação democrática do conjunto social.

Entretanto, para que a negociação coletiva possa constituir um fator de democratização das relações de trabalho, torna-se necessária uma estrutura sindical forte e verdadeiramente representativa que atue de forma independente na defesa dos verdadeiros e legítimos interesses das categorias, o que, infelizmente, aqui no Brasil ainda não acontece.

Sem uma estrutura sindical forte e atuante, a negociação coletiva tende a perder força. É preciso, pois, o fortalecimento dos sindicatos. Somente sindicato forte, verdadeiramente representativo e com poder de negociação poderá levar a bom termo o processo de negociação coletiva, especialmente em épocas de

---

79 MONEREO PÉRES, José Luis. *Ibidem.*, p. 144.

80 SOUZA SANTOS, Boaventura de et al. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In: SOUZA SANTOS, Boaventura de (Coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 75.

desemprego, crises econômicas, globalização da economia e tantos outros fenômenos de precarização e extinção das garantias laborais.

Afinal, como pondera H.C. Manoel Alonso Olea:<sup>81</sup>

“O direito, além de ser uma procura de justiça, é um sistema de paz que necessita, para cumprir com esta finalidade, solucionar as situações de conflito e não permitir condições em que os conflitos sejam permanentes, pelo menos em suas formas agudas. O que diz respeito aos conflitos do trabalho diz respeito a quaisquer outros.”

Por isso, na procura desta solução, o ordenamento oferece um aparato complexo de sistemas, entre eles, o sistema da negociação coletiva que é, ao mesmo tempo, uma fonte de produção do próprio direito e um mecanismo de composição de conflitos.

Assim, é preciso pensar, antes de tudo e de qualquer reforma, no trabalhador como classe, como coletividade que tem interesses, dramas individuais e coletivos, mas, acima de tudo, esperanças. Afinal, para ele é que existe e tem importância a organização sindical, classista, unitária, de defesa, de contestação, de negociação e de resistência, quando necessário. É ele, em última análise, o destinatário das normas produzidas pelo processo de negociação coletiva.<sup>82</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio et al. *Derecho procesual laboral*. Valencia: tirante lo blanch, 2004.

ALONSO OLEA, H. C. Manoel. Experiência espanhola do sistema de solução de conflitos de trabalho. In: LIMA TEIXEIRA, João de (Coord.). *Relações coletivas de trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, p. 542-555, 1989.

AVILÉS, Ojeda. *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1980.

BAYLOS GRAU, Antonio. *Sindicalismo y derecho sindical*. Madrid: Editorial Bomarzo, 2004.

\_\_\_\_\_. La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitário. In: *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*. BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.). Madrid: Editorial Bomarzo, p. 17-61, 2003.

BERREZA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do Poder Normativo – Análise de um Aspecto Restritivo na Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho. In: FERNANDES

---

81 ALONSO OLEA, H.C. Manoel. Experiência espanhola do sistema de solução de conflitos de trabalho. In: LIMA TEIXEIRA, João de (Coord.). *Relações coletivas de trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 1989, p. 542-555.

82 Este artigo foi escrito a partir do trabalho apresentado pelo autor na primeira fase do Doutorado em Direito Social na Universidad Castilla La-Mancha/Espanha.

COUTINHO, Grijalbo et al. (Coord.). *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 288-291, 2005.

GALLARDO MOYA, Rosário. Los acuerdos colectivos comunitários fuertes. In: *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*. BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.). Madrid: Editorial Bomarzo, p. 63-93, 2003.

GODINHO DELGADO, Maurício. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

GARCIA BLASCO, et al. La negociación colectiva en España. In: *La negociação colectiva en Europa*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones. Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, n. 59, 2004.

GUEIROS BERNANDES, Hugo. Princípios da negociação coletiva. In: LIMA TEIXEIRA, João de (Coord.). *Relações coletivas de trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, p. 357-370, 1989.

MARTÍN VALVERDE, Antonio et al. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2003.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Direito sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MONEREO PÉREZ, José Luis et al. *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la constitución flexible del trabajo*. Valencia: Tirant lo balnch, 2005.

MONTEIRO FERNANDES, António. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1998.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción ao proceso laboral*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PINTO, Mário. *Direito do trabalho*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, M<sup>a</sup> Luz. *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*. Albacet: Editorial Bomarzo, 2004.

\_\_\_\_\_. La estructura de la negociación colectiva em España: camino avanzado y nuevos retos. In: *Revista Jurídica Unigran*, Dorados: Editora Unigran, v. 6, n. 12, 2005.

ROMAGNOLI, Umberto. La concertación social en Europa: luces y sombras. In: *Revista de Derecho Social*. Albacet: Ediciones Borbazo, n. 26, p. 11, abril-junho 2004.

SÁEZ LARA, Carmen. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

SOUZA SANTOS, Boaventura de et al. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SOUZA SANTOS, Boaventura de (Coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

TULIO VIANA, Márcio. Conflitos coletivos do trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, ano 66, n. 1, p. 116-150, jan./mar. 2000.

#### Legislação

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Edición preparada por Luis López Guerra et al. Madrid: Tecnos, 2002.

CÓDIGO UNIÓN EUROPEA. Madrid: La Ley, 2004.

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. Edición preparada por Jesús Cruz Villalón et al.

## DOCTRINA

Madrid: Tecnos, 2002.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y ESTATUTOS ORGÁNICOS. Edición preparada por José Antonio Colmenero Guerra et al. Madrid: Tecnos, 2004.

LEGISLACIÓN LABORAL. Edición preparada por Miguel Rodríguez-Piñero et al. Madrid: Tecnos, 2003.

# A JURISPRUDÊNCIA SEMPRE DEVE SER APLICADA RETROATIVAMENTE?

Estêvão Mallet\*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aplicação da jurisprudência no tempo segundo o entendimento tradicional; 2 Jurisprudência e criação do direito; 3 Jurisprudência inovadora; 4 Aplicação retroativa da jurisprudência e segurança jurídica; 5 Caráter não necessariamente retroativo da jurisprudência no direito brasileiro; 6 Restrições à aplicação retroativa da jurisprudência no direito brasileiro; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A jurisprudência sedimentada do Tribunal Superior do Trabalho sofreu, em curto espaço de tempo, especialmente a partir de outubro de 2003, quando editada a Resolução Administrativa nº 121, significativas transformações. Além de os enunciados passarem a se chamar súmulas,<sup>1</sup> muitos dos verbetes tiveram sua redação alterada, outros foram cancelados, reeditou-se um, que não se encontrava em vigor desde 1994, convertendo-se em novas súmulas ou incorporando-se às existentes precedentes de natureza diversa, como as orientações jurisprudenciais.<sup>2</sup> De outro lado, criou a Emenda Constitucional nº 45, com o art. 103-A, adicionado à Constituição, a figura da jurisprudência com caráter obrigatório geral, sob a forma de súmulas com efeito vinculante, ressuscitando a velha figura dos assentos da Casa de Suplicação do direito português, previstos nas Ordenações Manuêlinas.<sup>3</sup>

Põe-se, por conta de tais mudanças, o problema, de inegável relevância teórica e prática, ainda que escassamente considerado pela doutrina nacional – que por isso se encontra pendente de solução<sup>4</sup> –, de saber se a retroatividade é atributo inerente à jurisprudência, de modo que possam as novas súmulas, vinculantes ou não, aplicar-

---

\* *Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e Livre-Docente em Direito. Advogado.*

1 Resolução nº 129, de 5 de abril de 2005.

2 Cf., no particular, as Resoluções nº 129, de 05.04.2005, nº 130, de 05.05.2005, nº 135, de 30.06.2005, e nº 137, de 04.08.2005.

3 Livro III, Título LVIII, § 1. A propósito, GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 294, e ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. Coimbra: Almedina, n. 51, 1996, p. 296.

4 É o que assinala José Rogério Cruz e Tucci (Perspectivas históricas do precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: [s.e.], tese, 2003, p. 301).

se sempre aos fatos ocorridos antes de sua edição, ou se, ao contrário, nem sempre a modificação da jurisprudência se reveste de eficácia retroativa.

## 1 APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO TEMPO SEGUNDO O ENTENDIMENTO TRADICIONAL

A solução tradicional para a questão proposta parte da idéia de que a jurisprudência não criaria direito, senão que apenas explicitaria ou revelaria o conteúdo latente da lei, conteúdo que teria, como lembrado por Benjamin Cardozo, no julgamento *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, “*a Platonic or ideal existence before the act of declaration*”,<sup>5</sup> o que não está longe da colocação anterior de Montesquieu, dos juizes como “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”.<sup>6</sup> Considera, ainda, que a jurisprudência representaria apenas a consolidação do entendimento já firmado nos tribunais, não inovando na ordem jurídica nem surpreendendo os que são por ela atingidos. Daí porque – eis a conclusão do raciocínio – não caberia invocar, contra a aplicação retroativa da jurisprudência, a garantia constitucional que protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Na linha da doutrina indicada, assinalou certa feita o Tribunal Superior do Trabalho, em paradigmático julgado: “... enunciado não é lei, e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela, mesmo porque, constituindo a jurisprudência sedimentada do Tribunal, indica que, antes de ser editado, já predominavam os precedentes no sentido do seu conteúdo, o que afasta a alegação de aplicação retroativa”.<sup>7</sup> De idêntico modo, em termos também bastante expressivos, decidiu o Tribunal do Trabalho da 2ª Região: “Enunciado. Aplicação retroativa. Possibilidade. Enunciado não é norma legal: sua edição obedece ao intento de pacificação da jurisprudência, traduzindo-se na cristalização de um dentre os entendimentos aplicáveis à solução de determinada controvérsia. Trata-se, portanto, de simples diretriz jurisprudencial, sem atributo de criação do direito. Vale dizer, o entendimento consubstanciado no enunciado preexiste e inspira a edição deste, não

5 287 US. 365. A proposição encontra raízes na doutrina de Blackstone a respeito do papel do juiz na revelação do direito (*Blackstone's commentaries*. Philadelphia: William Youg Birch, 1803, I, p. 69 e ss.).

6 *Des Lois*, liv. XI, chap. VI. Interessante notar a passagem, menos conhecida, de Cícero, em que o juiz é qualificado como “a lei falando” (Das leis, Liv. III, n. 1). Na doutrina do século XX, Ferrara ainda afirma que o juiz “*non crea diritto per il caso concreto, ma applica il diritto al caso concreto*” (*Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenæum, n. 35, 1921, p. 151). Mesmo quando ambígua ou lacunosa a lei, o juiz – prossegue o mesmo autor – ao decidir, “*non trae diritto dal suo cervello, ma scopre quello che è diritto dentro la legge*” (*Trattato di diritto civile italiano*, op. cit., n. 35, p. 151).

7 TST, ROAR 387.687, SBDI-II, Rel. Min. Francisco Fausto, J. 14.11.2000, DJU 07.12.2000, p. 602.

havendo que se cogitar de retroatividade infringente de situações juridicamente consolidadas”.<sup>8</sup>

A possibilidade de aplicação retroativa da jurisprudência sumulada conta com o respaldo do próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão com a seguinte ementa: “Súmula do TST. Aplicação retroativa. Significado das formulações sumulares... O conteúdo das formulações sumulares limita-se a contemplar e a consagrar, no âmbito dos tribunais, a sua orientação jurisprudencial predominante, caracterizada pela reiteração de decisões em igual sentido. O enunciado sumular assume valor meramente paradigmático, pois exprime o sentido da jurisprudência prevalecente em determinado tribunal. A súmula nada mais é do que a cristalização da própria jurisprudência. As súmulas dos tribunais não se submetem às regras de vigência impostas às leis. Nada impede que os magistrados e tribunais dirimam controvérsia com fundamento em orientação sumular fixada após a instauração do litígio”.<sup>9</sup>

A doutrina que se debruçou sobre o assunto avaliza, em termos gerais, a diretriz dominante nos tribunais brasileiros. Planiol e Ripert, por exemplo, nem mesmo chegam a lançar dúvida em relação ao efeito retroativo da nova jurisprudência, dando-o como certo e natural.<sup>10</sup> Roubier, por sua vez, registra: “*c'est... une règle certaine de notre droit français qu'il ne peut y avoir de conflit entre des jurisprudences successives: une jurisprudence nouvelle s'applique toujours dans tous les procès nouveaux, sans que l'on prenne en considération la date à laquelle les faits du procès se sont produits, et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence*”.<sup>11</sup> Os autores mais modernos continuam a seguir a mesma linha, como se vê da afirmação de Jacques Héron de que “*la date-frontière de la norme jurisprudentielle est celle de la disposition législative qu'il (le juge) a visée*”.<sup>12</sup>

Essa conclusão em torno da eficácia necessária e invariavelmente retroativa da jurisprudência, inclusive daquela sumulada, ainda que amparada por numerosos precedentes, dos mais diferentes tribunais, e mesmo por parte da doutrina, está a

8 TRT 2ª R., RO 02970302084, Ac. n. 02980351797, 8ª T., Relª Juíza Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva, J. 22.06.1998, DOESP, PJ, TRT 2ª R., 21.07.1998. No mesmo sentido, ainda: “Em se tratando de jurisprudência cristalizada, não há aplicação do art. 6º da LICC, pois, não ostentando a qualidade de lei, impossível falar-se em irretroatividade de sua aplicação. Considerando que os enunciados de súmula nada mais representam do que a cristalização da jurisprudência que há muito vem se verificando nas decisões pretorianas, impossível requerer a aplicação de determinada súmula ao momento de sua edição” (TRT 10ª R., RO 899/2004, 1ª T., Relª Juíza Maria Regina Machado Guimarães, DJU 05.08.2005).

9 STF, AIAgr 137.619/DF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, J. 04.08.1993, DJU 18.03.1994, p. 5.153. Cf., ainda, STF, AIAgr 94.421/RJ, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, J. 21.10.1983, DJU 11.05.1984, p. 7.210.

10 Cf. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: LGDJ, tome premier, n. 124, 1932, p. 50.

11 *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz e Sirey, n. 7, 1960, p. 25.

12 *Principes du droit transitoire*. Paris: Dalloz, n. 10, 1996, p. 13.



merecer reflexão crítica, tendo em conta a fragilidade de suas premissas e os graves problemas que dela decorrem.

## 2 JURISPRUDÊNCIA E CRIAÇÃO DO DIREITO

Dizer que a jurisprudência não cria normas jurídicas, mas apenas as interpreta, para justificar a sua indiscriminada aplicação retroativa, envolve dupla impropriedade.

Em primeiro lugar, mesmo na mais simples e limitada interpretação de normas preexistentes, há sim – e inevitavelmente – atividade criativa. A decisão judicial, qualquer que seja, sempre acrescenta algo à norma aplicada, pois, “*when the decision has been given, the law is not precisely what it was before*”.<sup>13</sup> Aliás, na verdade, “*judicial law-making is an inseparable facet of law-applying*”.<sup>14</sup> Como assinala Franzen de Lima, “a jurisprudência faz a lei... ela é a forma viva do direito, só ela é a regra aplicada”.<sup>15</sup> Já antes Kelsen havia ressaltado: “a decisão judicial de um caso concreto... de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do Direito que acontece no processo legislativo”.<sup>16</sup> Bem valeria dizer, na linha da decisão da Corte Suprema do Estado norte-americano da Flórida, tomada em setembro de 2005, que “*‘the law’ is comprised of the statute plus decisional caselaw interpreting the statute*”.<sup>17</sup> As citações poderiam continuar indefinidamente, mas não é preciso ir adiante. Registre-se, para terminar, a colocação de Pontes de Miranda: “não há duvidar da ação criadora (ou pelo menos reveladora) do juiz: ele não subsume apenas, também pronuncia julgamentos de valor”.<sup>18</sup> Por isso mesmo é que não há como separar – ao menos não em termos absolutos – interpretação e criação de direito. São atividades que sempre “se co-implicam e se integram”.<sup>19</sup>

Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, o simples caráter interpretativo do ato – pudesse isso existir – não permitiria desconsiderar os limites

- 13 GELDART, W. M. *Elements of English law*. New York: Henry Holt and Company, [s.d.], p. 27.
- 14 GOTTLEB, Gidon. *The logic of choice – an investigation of the concepts of rule and rationality*. London: George Allen and Unwin, 1968, p. 88. Cf. ainda, sobre o tema, as contundentes palavras de Beryl Harold Levy em Realist jurisprudence and prospective overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, p. 1 e ss.
- 15 *Da interpretação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, n. 269 e 273, 1955, p. 210-212.
- 16 *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 285-286. Na doutrina nacional, Lourival Vilanova assinala que “a norma individual da sentença ultrapassa o âmbito da premissa maior, contendo conotação referencial nova” (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 156-157; itálico do original).
- 17 *State of Florida v. Henry Maynard Barnum*, n. SC 03-1315.
- 18 *Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, II, 1972, p. 205.
- 19 REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 247. Analogamente, com a observação de que “a função judicial e a função legislativa estão interligadas”, POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro, 1965, p. 57.

impostos à retroatividade do novo entendimento normatizado. Nem as ditas leis interpretativas podem prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.<sup>20</sup> Nas precisas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “as situações jurídicas, ou os direitos subjetivos constituídos em função da interpretação dada à lei, antes do dispositivo interpretativo, não podem mais ser alterados ou atingidos, ainda que a hermenêutica autêntica venha infirmar o entendimento dado à lei interpretada”.<sup>21</sup> Pimenta Bueno já havia escrito, ainda no século XIX: “a lei por ser declaratória não deixa de ser lei, não deixa de estabelecer uma regra, que pelo menos não foi entendida, que por isso vem a ser nova... e assim o dar-lhe uma data contemporânea a da lei interpretada não se funda na realidade, senão sobre um artifício de palavras”, o que o levou a concluir que a lei interpretativa somente se aplicava a partir de sua publicação e não de modo retroativo.<sup>22</sup> Não discrepa Pontes de Miranda, cuja enfática assertiva merece reprodução: “em sistemas jurídicos, que têm o princípio da legalidade, da irretroatividade das leis e da origem democrática da regra jurídica, não se pode pensar em regra jurídica interpretativa, que, a pretexto de autenticidade da interpretação, retroaja”.<sup>23</sup>

### 3 JURISPRUDÊNCIA INOVADORA

Já a alegação de que a jurisprudência, especialmente aquela sumulada, tão-somente consolida o entendimento firmado nos tribunais ao longo do tempo, sem inovar na ordem jurídica, o que afastaria o risco de surpresa em torno da aplicação do direito, não encontra respaldo nos fatos.

Não são nem raros nem incomuns os casos em que se verificam bruscas e radicais mudanças de orientação da jurisprudência. No direito comparado, a ocorrência é lembrada, com indicação de precedentes da Corte de Cassação francesa, por François Terré.<sup>24</sup> No Brasil, o exemplo da Súmula nº 261 do Tribunal Superior do Trabalho é expressivo. De seu texto original, tirava-se não ser devido o pagamento de férias proporcionais ao empregado que se demitia com menos de um ano de

20 ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, n. 113, 1943, p. 386.

21 *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, n. 32, 1999, p. 108.

22 *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 75. No mesmo sentido, MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, livro I, n. 152, 1933, p. 222, e, na doutrina mais recente, SILVA RAMOS, Elival da. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, n. 28, 2003, p. 167 e ss.

23 *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, t. V, 1987, p. 103.

24 *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, n. 453, 1998, p. 460. Veja-se, também, sobre o ponto, a crítica de Jean Carbonnier à jurisprudência francesa, tanto a do *Conseil d'Etat* como a da *Cour de Cassation*, que teria se tornado *relâché*, contribuindo para a incerteza do direito (*Flexible droit*). Paris: LGDJ, 1971, p. 115).

tempo de serviço.<sup>25</sup> A partir da redação que lhe foi dada pela Resolução Administrativa nº 121, no entanto, chega-se ao resultado exatamente oposto.<sup>26</sup> O exemplo torna-se ainda mais frisante quando se observa que, antes da modificação, provocada pela ratificação da Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho,<sup>27</sup> nem mesmo se punha em dúvida ou se criticava a solução dominante.<sup>28</sup> Não foi diverso o que ocorreu ao tempo da edição do Enunciado nº 330. A solução nele acolhida<sup>29</sup> não apenas contrastava com a eficácia conferida pela lei à quitação trabalhista, nos termos do art. 477, § 2º, da CLT, como, ainda mais, desconsiderava toda a construção criada em torno do Enunciado nº 41, aceita em doutrina<sup>30</sup> e aplicada, sem oposição, pela jurisprudência. Outros exemplos são fornecidos pela Súmula nº 191 do Tribunal Superior do Trabalho, que ampliou a base de incidência do adicional de periculosidade para o eletricitário.

#### 4 APLICAÇÃO RETROATIVA DA JURISPRUDÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA

Demonstrado que a jurisprudência cristalizada nos tribunais nem sempre representa a consolidação de entendimento gradualmente sedimentado, torna-se evidente que os mesmos problemas provocados pela aplicação retroativa das normas legais pode ocorrer quando aplicadas novas orientações, firmadas por decisões judiciais, a fatos pretéritos.

Realmente, a aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial compromete, tanto quanto a aplicação retroativa da lei, a estabilidade das relações jurídicas e atenta contra o ideal de segurança. A experiência vivenciada em torno da Orientação Jurisprudencial nº 320 da Subseção de Dissídios Individuais I<sup>31</sup>

---

25 Dispunha o Enunciado nº 261, na redação dada pela Resolução nº 9, de 1986: “O empregado que, espontaneamente, pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais”.

26 A nova redação da Súmula nº 261 tem o seguinte teor: “O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”.

27 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 492.

28 Veja-se, por exemplo, o que escreveram Amauri Mascaro do Nascimento (*Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 401) e Mauricio Godinho Delgado (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 960).

29 “A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.”

30 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, v. 1, p. 227 e ss.

31 Preceituava o verbete: “O sistema de protocolo integrado, criado pelos tribunais regionais do trabalho, que autoriza as varas localizadas no interior do Estado a receberem e a protocolarem documentos de natureza judiciária ou administrativa, destinados a outras varas ou ao TRT local, tem aplicação restrita ao âmbito de competência do tribunal que o editou, não podendo ser considerado válido em relação a recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

exemplifica bem a assertiva. Editado o verbete, passou-se a admitir sua incidência não apenas prospectiva, como também retroativa, inclusive para reger o exame da admissibilidade de recursos interpostos muito tempo antes. Em consequência, impugnações que, segundo as regras até então adotadas e aplicadas, teriam de ser consideradas regulares passaram a ser julgadas, sem nenhuma oportunidade para retificação dos atos praticados, intempestivas.<sup>32</sup> As numerosas dificuldades que essa solução gerou levaram ao cancelamento do verbete jurisprudencial,<sup>33</sup> o que mostra o efeito potencialmente perturbador à estabilidade jurídica, envolvido na aplicação retroativa da jurisprudência.

Tenha-se em conta, a propósito, que constitui a segurança uma das finalidades mais relevantes de qualquer sistema jurídico, em todos os tempos e nos mais diferentes povos. Nada importa propicie equilibradas relações entre as pessoas a regulamentação em dado momento posta, se não puder oferecer também alguma segurança. Há quem chegue a alçar a segurança à condição de principal e mais elevado valor do direito. Bentham, por exemplo, já se referia à segurança como “*the principal object of the law*”.<sup>34</sup> Radbruch, a seu turno, diz que “é mais importante que exista, primeiro que tudo, uma ordem jurídica, do que estar a discutir desde logo a sua justiça e recta finalidade; porque, se estas – a justiça e a recta finalidade – são realmente duas grandes preocupações do direito, todavia, são secundárias, sendo antes primacial, no sentir de todos, a da segurança e da paz social”.<sup>35</sup> Ainda que por si só não seja a segurança bastante – faz-se necessária também “a ordem intrínseca, que é dada pelo sistema jurídico no que contém de provimento, em si mesmo”<sup>36</sup> –, se não há segurança, “a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem”,<sup>37</sup> o que também foi reconhecido pela Corte Constitucional italiana, na sentença nº 349, de 1985, *verbis*: “*l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica... costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*”.<sup>38</sup>

Pois bem, a jurisprudência que se acha assente e sedimentada, tanto mais a dos tribunais superiores, especialmente aquela compendiada em verbetes publica-

32 Cf., por exemplo, A-RR 816.187/01, 4ª T., Rel. Min. Milton Moura França, J. 30.06.2004, DJU 13.08.2004.

33 Cf. decisão de 02.09.2004, proferida pelo Tribunal Pleno, nos autos do RR 615.930/99, DJU 14.09.2004.

34 *The theory of legislation*. London: Routledge & Kegan Paul, 1931, p. 109.

35 *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 103-104.

36 PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*, op. cit., t. IV, p. 195.

37 OLIVEIRA ASCENSÃO. *O direito – introdução e teoria geral*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 184. Para maior desenvolvimento do tema, cf. LOPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certeza del diritto*. Roma: Gismondi, 1950, passim, bem como a obra *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*, publicação do Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris: Sirey, 1938.

38 Decisão de 12 de dezembro de 1985, relatada por Saja-Greco, publicada na *Gazzetta Ufficiale*, n. 1/1, de 8 de janeiro de 1986. Cf. ainda, GELDART, W. M. *Elements of english law*, op. cit., p. 16.

mente divulgados, cria expectativas, produz confiança, induz comportamentos. Agem as pessoas supondo – e com razão – segura a decisão que tomam em harmonia com o entendimento dominante, pois, como adverte Harry Wellington, “*a court’s decision purports to justify the result in the controversy before it and to guide the behavior of others – whether private individuals, corporate officers, or public officials – who someday may wish to avoid similar controversy*”.<sup>39</sup> Não é possível desprezar impunemente a expectativa legitimamente criada na sociedade, desconsiderar a confiança produzida, ignorar os comportamentos adotados segundo o que na altura se dizia e apregoava ser correto. Fazê-lo compromete a própria autoridade dos tribunais e a credibilidade das respectivas decisões, que deixam de servir ou de ser vistas como guia seguro para o comportamento das pessoas. Como realçado em pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “*considerations of fairness dictate that individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted*”.<sup>40</sup>

Por isso, encontram-se vários pronunciamentos na jurisprudência norteamericana contrários à adoção retroativa da orientação em contraste com a diretriz até então prevalente. No caso *Douglass v. County of Pike*, decidido em 1880, assinalou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com ênfase e firmeza: “*The true rule is to give a change of judicial construction in respect to a statute the same effect in its operation on contracts and existing contract rights that would be given to a legislative amendment; that is to say, make it prospective, but not retroactive... The new decisions would be binding in respect to all issues of bonds after they were made; but we cannot give them a retroactive effect without impairing the obligation of contracts long before entered into. This we feel ourselves prohibited by the Constitution of the United States from doing*”.<sup>41</sup> Já em *Ohio Ins. Co. v. Debolt*, de 1853, coube ao juiz Taney advertir: “*The sound and true rule is, that if the contract when made was valid by the laws of the State, as then expound by all departments of its government, and administered in its courts of justice, its validity and obligation cannot be impaired by any subsequent act of the legislature of the State, or decision of its courts, altering the construction of the law*”.<sup>42</sup> A diretriz emergente dos julgados citados recebeu o apoio da doutrina, que nela reconheceu decisiva contribuição para promover “*business confidence and justice*”,<sup>43</sup> evitando-se instabilidade e incertezas decorrentes de oscilações jurisprudenciais. Assinalou-se mesmo que, “*but whatever reason the courts give, they do not, with but few exceptions, allow a change*

39 *Interpreting the constitution*. New Haven & London: 1990, Yale University Press, p. 3.

40 *Landgraf v. USI Film Products*, 511 US 265.

41 101 US 677.

42 Apud LERREMORE, Wilbur. *Stare decisis and contractual rights*. *Harvard Law Review*, v. 22, p. 186.

43 LERREMORE, Wilbur. *Stare decisis and contractual rights*, op. cit., p. 189.

*of construction of a statute or constitutional provision to retroact to the impairment of rights acquired in reliance on the first construction*".<sup>44</sup>

Em outra oportunidade, estabeleceu ainda a Suprema Corte dos Estados Unidos da América a não-aplicação retroativa de decisão em que afirmara inválido o critério adotado por lei estadual para a cobrança de certo tributo, afastando a obrigação de repetição dos recolhimentos feitos. Considerou que havia o legislador estadual agido de acordo com o entendimento até então dominante, sendo imprevisível a mudança de orientação, o que tornaria iníquo e socialmente danoso aplicar a nova diretriz para reger fatos passados.<sup>45</sup>

Embora, em muitas outras vezes, tenha a Suprema Corte dos Estados Unidos da América adotado solução diversa, admitindo a aplicação retroativa das novas construções jurisprudenciais,<sup>46</sup> chegou, em alguns casos, ao extremo de estender ao campo processual penal a preocupação com a preservação do decidido de acordo com o entendimento até então dominante, ainda que, da observância das novas diretrizes, pudesse até resultar solução favorável ao acusado, inclusive com anulação de penas impostas.<sup>47</sup> No julgamento *DeStefano v. Woods*, por exemplo, assentou que o reconhecimento do direito do acusado de ser processado perante o júri popular mesmo na Justiça dos Estados, afirmado em *Duncan v. Louisiana*,<sup>48</sup> não poderia ser invocado retroativamente para anular condenações firmadas por juízos singulares.<sup>49</sup> Também os tribunais franceses já deixaram de aplicar retroativamente jurisprudência em matéria penal, quando a ação foi praticada de boa-fé, "*sur la base de l'interprétation alors admise de la loi*".<sup>50</sup>

---

44 FREEMAN, Robert Hill. The protection afforded against the retroactive operation of an overruling decision. *Columbia Law Review*, v. 18, p. 243. Na mesma linha, cf. FIELD, Oliver P. *The effect of an unconstitutional statute*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1935, p. 197.

45 Trata-se da decisão tomada em *American Trucking Assns., Inc. v. Smith* (496 U.S. 167), em cuja fundamentação afirma-se: "*Where a State can easily foresee the invalidation of its tax statutes, its reliance interests may merit little concern, see McKesson, ante, at 44-46, 50. By contrast, because the State cannot be expected to foresee that a decision of this Court would overturn established precedents, the inequity of unsettling actions taken in reliance on those precedents is apparent. Although at this point the burden that the retroactive application of Scheiner would place on Arkansas cannot be precisely determined, it is clear that the invalidation of the State's HUE tax would have potentially disruptive consequences for the State and its citizens. A refund, if required by state or federal law, could deplete the state treasury, thus threatening the State's current operations and future plans...*".

46 A propósito, com extensa exposição do assunto, TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: Fondation Press, 2000, p. 218.

47 *Schriro v. Summerlin*, 000 US 03-526.

48 391 US 145.

49 392 US 631. Para outros desdobramentos do problema, cf. CURIE, David P. *The constitution in the supreme court – the second century*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 451 e ss.

50 *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Sirey, 1964, p. 781.

5 CARÁTER NÃO NECESSARIAMENTE RETROATIVO DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Afastar a idéia do caráter necessariamente retroativo da jurisprudência é também justificável em face do direito brasileiro.

De um lado, exteriorizando a regra de preservação dos fatos já consumados, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, elemento essencial à própria idéia de direito, e, ainda mais, garantia fundamental estabelecida em favor de todos, deve merecer interpretação ampla, como é próprio das normas sobre garantias fundamentais. As exceções à sua aplicação recebem sempre tratamento restritivo,<sup>51</sup> podendo-se afirmar, em conseqüência, que proíbe a Constituição o atentado a situações consolidadas praticado quer por norma legal, quer por reversão da jurisprudência.

Ademais, não é razoável e tampouco lógico entender-se que a lei – fonte normativa por excelência no Estado de Direito, que está apta a mais amplamente modificar o ordenamento jurídico, ressalvados apenas os limites impostos pela própria Constituição – não possa, nem mesmo quando reconhecido o seu caráter imperativo e de ordem pública, atentar contra atos passados,<sup>52</sup> e, ao mesmo tempo, tolerar-se que a jurisprudência, que nem mesmo seria fonte normativa, segundo afirmam alguns,<sup>53</sup> o faça. Não se concebe – uma vez que se aceite separar lei de jurisprudência – tenha a última maior eficácia do que a primeira, nem se justifica tratar de maneira diferenciada a mudança provocada por reversão da jurisprudência e a que decorre de alteração legislativa. Talvez por isso o Supremo Tribunal Federal alemão haja declarado possível “aplicar, por analogia, a uma mudança da jurisprudência os princípios que hão de ter-se em conta no caso de leis retroactivas”, como lembra Karl Larenz.<sup>54</sup>

Nem cabe dizer que, reconhecido o desacerto da jurisprudência até então prestigiada, não devem os julgamentos subseqüentes ficar vinculados ao passado. O argumento já foi utilizado, é verdade, por Mailher de Chassat para explicar o efeito retroativo das novas construções jurisprudenciais. “*Une simple usage, une simple jurisprudence contraire*” – escreveu ele – “*quelque ancienne que'elle soit,*

51 Cf., a propósito, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1998, p. 307.

52 Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, “as normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade” (STF, RE 180.441-6, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJU 14.03.1997, p. 6.915).

53 Por exemplo, BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. Paris: Risyey, n. 114, 1939, p. 152; RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Casa Editrice Giuseppe Principato, v. primo, § 12, 1952, p. 27. Na doutrina nacional mais antiga, ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro*. São Paulo: Francisco Alves, v. 1, nota 9, 1917, p. 58.

54 *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 526.

*ne peut limiter le pouvoir du juge; il ne peut être lié par sa propre erreur...*<sup>55</sup> Há, no entanto, equívoco na proposição, que não distingue dois problemas diferentes. Um é a possibilidade de mudança de orientação pelos tribunais, o que ninguém nega seja cabível.<sup>56</sup> Outro é saber se, verificada a mudança, devem ser regidos pela nova orientação também os fatos pretéritos ou apenas os que se verificarem depois dela. Aqui a vinculação dos tribunais à jurisprudência anterior não deve ser posta completamente de lado, ainda que agora se tenha por incorreta a antiga diretriz.

Isso porque até o erro cometido pela autoridade pública cria expectativas entre as pessoas, as quais não podem ser impunemente desprezadas. Nas palavras de D. J. Galligan, *“when a minister or other authority gives an undertaking that certain procedures will be followed before or in the course of a decision, it would be unfair to go back on that undertaking”*.<sup>57</sup>

Eis a razão para que, mesmo em casos muito mais flagrantes, claros e manifestos de erros cometidos por autoridades, inclusive no âmbito judicial, se consideram com particular deferência os comportamentos a partir deles induzidos por informações oficiais. Mencione-se o caso da incorreta e mais larga assinalação, no mandado judicial de citação, de prazo para apresentação de contestação. Ainda que se trate de impropriedade de fácil percepção – vislumbrando-se até a possibilidade de invocação, contra o aproveitamento do prazo excedente mencionado no mandado, da regra do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil –, os tribunais sempre preferiram tutelar o comportamento induzido pela informação inadequada.<sup>58</sup> Hoje já se vai por vezes além, para admitir até mesmo a eficácia das informações que, conquanto desprovidas de qualquer caráter oficial, como aquelas decorrentes das páginas dos tribunais na Internet, levam as pessoas ao erro.<sup>59</sup>

55 *Traité de la rétroactivité des lois*. Paris: Durand, I, 1845, p. 144.

56 A House of Lords inglesa, que, durante longo período, se considerava vinculada à sua jurisprudência, descartou tal idéia em 1966, para admitir o abandono das posições afirmadas pela própria corte (cf. STONE, Julius. 1966 and all that! Loosing the chains of precedent. *Columbia Law Review*, v. 69, p. 1162 e ss.).

57 *Due process and fair procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 321.

58 “Cédula de crédito industrial. Execução. Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969. Prazo para embargos. Súmula nº 283. Se do mandado de citação constou o prazo de dez dias, e os embargos foram opostos dentro dele, não pode sofrer o embargante os efeitos da revelia. Circunstancia excepcional que o acórdão levou em consideração e que constituiu o fundamento suficiente para sua conclusão” (STF, RE 111.802/SP, 2ª T., Rel. Min. Carlos Madeira, J. 27.03.1987, DJU 10.04.1987, p. 6423). Outros precedentes são referidos por NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, nota 8 ao art. 225, 1997, p. 211. Referendando o entendimento, em doutrina, DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Comentários ao código de processo civil*. Porto Alegre: LeJur, v. III, 1985, p. 322.

59 “Processual civil. Contagem de prazo para contestação. Serviço oficial de informática. Informação equivocada. É justificável o equívoco cometido pela parte fora do prazo regular se a tanto foi induzida por informação errada ou imprecisa obtida no serviço oficial de informações posto à disposição das partes e dos seus advogados pelo próprio Poder Judiciário.” (STJ, REsp 538642/RS, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, J. 09.09.2003, DJU 28.10.2003, p. 294); “Processo civil. Acom-



Também se aceita, no âmbito administrativo, imposição de temperamento ao enunciado abrangente da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, contrária à aquisição de direitos em virtude de atos administrativos inválidos,<sup>60</sup> para salvaguardar, em respeito à necessidade de segurança jurídica, situações consolidadas por longo período de tempo, ainda que questionáveis na origem. Veja-se, a título ilustrativo, a seguinte ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal: “Mandado de segurança... Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos... Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente... Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público...”<sup>61</sup>

Ademais, admitida a hipótese de não se aplicarem retroativamente as novas diretrizes jurisprudenciais, torna-se ainda mais fácil – e não mais difícil, como pareceu a Mailher de Chassat – a correção dos erros cometidos. Atribuindo-se à jurisprudência eficácia necessariamente retroativa, são maiores os transtornos e os problemas advindos de sua mudança, que, de um modo ou de outro, produz instabilidade e

---

panhamento processual pelo sistema de informatização do tribunal (Internet). Informação errônea ou imprecisa, de modo a obstar a prática de ato processual em tempo, pretendido reconhecimento de justa causa. Acolhimento. Recurso especial provido. – Se colocado à disposição o serviço de Internet pelo Tribunal, deve ser prestado eficazmente, pois todos os jurisdicionados confiam nas informações prestadas. A propósito, a ilustre Ministra Eliana Calmon, em situação ocorrida neste Sodalício, elucidou que, ‘no momento em que há publicação das decisões pela Internet, tendo criado o Tribunal, inclusive, a Revista Eletrônica, é um contra-senso falar em tempestividade recursal a partir da publicação pelo DJU’. Em outro passo, com a mesma ênfase, adverte a douta Ministra que ‘a demora na publicação das decisões, via Imprensa Oficial, não coloca o Judiciário em condições de cobrar dos causídicos o acompanhamento das lides pelo Diário Oficial’ (cf. AgReg-EmbDecl-REsp 262.316-PR, DJ 07.10.2002). As informações que foram apresentadas de modo incorreto ou impreciso pelo serviço de informatização, configuram justa causa a autorizar que a parte prejudicada pratique o ato que deixou de efetivar quando induzida em erro. Precedentes da 1ª e 4ª Turmas desta Corte Superior de Justiça. – Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp 557.103, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, J. 01.04.2004, DJU 09.08.2004, p. 221) e “Processual. Prazo. Justa causa. Informações prestadas via Internet. Erro. Justa causa. Devolução de prazo. CPC, art. 182. Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. Bem por isso, eventual erro nelas cometido constitui ‘evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato’. Reputa-se, assim, justa causa (CPC, art. 183, § 1º), fazendo com que o juiz permita a prática do ato, no prazo que assinar (art. 183, § 2º).” (STJ, REsp 390.561, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, J. 18.06.2002, DJU 26.08.2002, p. 175)

60 “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...”

61 STF, MS 24.268/MG, Tribunal Pleno, Rel. Desig. Min. Gilmar Mendes, J. 05.02.2004, DJU 17.09.2004, p. 53.

frustra legítimas expectativas criadas, como exposto acima. Em conseqüência, maior é a resistência à evolução. Tendem os tribunais a manter a linha seguida até então, não tanto, ou nem sempre, por conta de seus méritos intrínsecos, mas em decorrências dos inevitáveis inconvenientes práticos da alteração. O mesmo não ocorre, porém, quando aceita a possibilidade de aplicação das novas diretrizes tão-somente de forma prospectiva.

## 6 RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO RETROATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

A irrestrita aplicação retroativa da jurisprudência suscita, como visto, graves problemas práticos, comprometendo a segurança jurídica. Por isso, a despeito do entendimento geralmente dominante nos tribunais, encontram-se, também no sistema jurídico brasileiro, restrições a esse resultado. Algumas estão expressas no próprio direito positivo. Outras são criadas pela doutrina e pelos tribunais, de modo casuístico, para evitar prejuízos sociais relevantes.

Como exemplo de proibição, expressa no ordenamento vigente, de aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial, há a regra do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999. Ao tratar dos princípios aplicáveis ao processo administrativo no âmbito federal, vedou o legislador a “aplicação retroativa de nova interpretação”. Enunciou, no fundo, regra que constitui verdadeira norma de caráter geral e abrangente, cujo significado vai muito além do objeto especificamente regulado.

Entre as exceções criadas pelos próprios tribunais à aplicação retroativa da jurisprudência, coloca-se, em primeiro lugar, o caso da ação rescisória fundada em ofensa à lei (art. 485, inciso V, do CPC). Proferida certa decisão, e verificado o seu trânsito em julgado ao tempo em que controvertido o significado da lei, a posterior consolidação de entendimento contrário ao decidido não permite rescisão do julgado, como assentado em vários precedentes,<sup>62</sup> inclusive na Súmula nº 83 do Tribunal

---

62 Assim, por exemplo, o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: “Ação rescisória. Improcede a ação rescisória quando a decisão rescindenda foi proferida de conformidade com a jurisprudência dominante na época” (STF, AR 957/GB, TP, Rel. Min. Cunha Peixoto, J. 25.11.1981, DJU 18.12.1981, p. 12936). Cf., ainda, pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça: “Descabe a rescisória se, à época da decisão rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, mesmo que posteriormente se tenha fixado em sentido oposto” (STJ, AR 159/MG, 2ª S., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 08.11.1989, DJU 04.12.1989, p. 17872). Na mesma linha, no campo trabalhista, cf. TST, Prc. ROAR 571170/99, SDI-II, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, J. 28.11.2000, DJU 02.02.2001, em que se rejeitou pedido de rescisão de julgado proferido em desacordo com a jurisprudência sedimentada, diante do seguinte fundamento: “Muito embora a matéria encontre hoje entendimento majoritário neste Tribunal, no sentido de que a Lei nº 4.950-A/66 não estipula a jornada mínima reduzida para os engenheiros, mas apenas estabelece o salário mínimo da categoria para uma jornada de 6 (seis) horas (Orientação Jurisprudencial nº 39 desta eg. SBDI-II, inserido em 07.11.1994), a controvérsia à época da prolação da decisão rescindenda é que obsta o cabimento da ação rescisória, nos termos do Enunciado nº 83 da súmula deste Tribunal”. De se mencionar, por

Superior do Trabalho<sup>63</sup> e, ainda, na Súmula nº 134 do Tribunal Federal de Recursos.<sup>64</sup> Tivesse a jurisprudência caráter necessariamente retroativo, não se justificaria a apontada restrição. Afinal, seria irrelevante a controvérsia antes existente, diante de sua superação pela orientação por fim acolhida, dotada, em tese, de efeito retroativo. A observação feita por Pontes de Miranda, no particular, é irresponsável: “na matéria do art. 485, V, o juiz tem de dizer o direito, tal como entende que é e foi violado, sem se preocupar com o fato de existir, ou não, interpretação divergente... Seria bem frágil o sistema jurídico – prossegue, em termos ainda mais severos – se ao simples fato do erro, da meia-ciência, ou da ignorância de aplicadores e intérpretes, as suas regras jurídicas pudessem empanar-se, encobrir-se, a ponto de não se poder corrigir a violação da lei”.<sup>65</sup> A necessidade de segurança jurídica, contudo, mais marcadamente presente no instituto da coisa julgada,<sup>66</sup> impõe afastar, no caso – e aqui os tribunais admitem, sem resistência, a conclusão –, a aplicação retroativa da jurisprudência.

Não apenas na hipótese da ação rescisória, todavia, deixam os tribunais de lado a eficácia retroativa da jurisprudência, que em outras circunstâncias procuram sempre afirmar. Algumas vezes ressalvam atos praticados nos termos do entendimento antes dominante, a despeito de ser ele agora considerado até mesmo inconstitucional. Foi o que se deu quando cancelada a Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal. Conquanto se tenha afirmado não se harmonizar com a Constituição a competência por prerrogativa de função, após cessado o exercício do cargo ou mandato, ressalvou-se a plena validade dos atos praticados de acordo com a diretriz até então vigente.<sup>67</sup> Seria difícil encontrar exemplo mais marcante, significativo e

---

fim, a Súmula nº 3 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “Descabe o ajuizamento de ação rescisória quando fundado em nova adoção de interpretação do texto legal”.

63 “Ação rescisória. Matéria controvertida. I – Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos tribunais. II – O marco divisor quanto a ser ou não controvertida, nos tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na orientação jurisprudencial do TST, da matéria discutida.”

64 “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor.”

65 *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, § 24, 1976, p. 275-276.

66 Lembre-se, ainda que apenas de passagem, a observação da Suprema Corte dos Estados Unidos em torno do fundamento da imutabilidade da coisa julgada: “*public policy dictates that there be an end of litigation; that those who have contested an issue shall be bound by the result of the contest; and that matters once tried shall be considered forever settled as between the parties*” (*Baldwin v. Iowa State Traveling Men’s ass’n* – 283 US 522).

67 O acórdão do Supremo Tribunal Federal tem a seguinte ementa: “Direito constitucional e processual penal. Processo criminal contra ex-deputado federal. Competência originária. Inexistência de foro privilegiado. Competência de Juízo de 1º grau. Não mais do Supremo Tribunal Federal. Cancelamento da Súmula nº 394... A tese consubstanciada nessa súmula não se refletiu na Constituição de 1988... a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e man-

relevante de não-aplicação retroativa da jurisprudência. A hipótese envolve competência funcional, de caráter absoluto, portanto, e, ainda, afirmação de inconstitucionalidade da jurisprudência anterior. Partindo-se da idéia de que a inconstitucionalidade é vício jurídico da enorme gravidade, a nova diretriz teria de se revestir de eficácia retroativa, em homenagem, inclusive, à força normativa da Constituição. O próprio Supremo Tribunal Federal ressaltou o ponto, ao registrar, em outro julgamento: “Atos inconstitucionais são... nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados...”<sup>68</sup> A prevalência da solução inconstitucional por algum tempo, ou mesmo por muito tempo – tal como no caso da Súmula nº 394, que, aprovada em abril de 1964, vigorou por mais de três décadas, uma delas após a vigente Constituição –, nem deveria ter relevância, segundo a concepção tradicional, para elidir o efeito retroativo da decisão tomada, pois, como assinalou a Corte Suprema dos Estados Unidos, “*that an unconstitutional action has been taken before surely does not render the same action any less unconstitutional at a later date*”.<sup>69</sup> Negou o Supremo Tribunal Federal, porém, efeito retroativo à nova jurisprudência resultante do cancelamento da Súmula nº 394, em atenção exatamente aos graves problemas práticos que solução diversa produziria, problemas relacionados com anulação dos atos processuais praticados, com risco, inclusive, de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Ou seja, para preservar o interesse público e salvaguardar a estabilidade das relações jurídicas, limitou-se, em última análise, a eficácia da própria Constituição, admitindo prevalecesse, em relação aos atos já praticados, entendimento em confronto com o seu texto, ao menos segundo a interpretação agora dominante, resultado que Karl Larenz justifica com a seguinte observação: “à Constituição cabe uma elevada função de estabilização, pelo que a sua alteração no procedimento legislativo está dependente de pressupostos especiais. Também existem limites à sua modificação por via de uma interpretação nova”.<sup>70</sup>

---

datários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato... Questão de ordem suscitada pelo relator, propondo cancelamento da Súmula nº 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-deputado federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário... Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula nº 394, enquanto vigorou.” (STF, INQ 687 QO/SP, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 25.08.1999, DJU 09.11.2001, p. 44)

68 STF, ADIQU 652, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 02.04.1992, DJU 02.04.1993, p. 5615. Na linha dessa decisão, há a doutrina de Cooley, para quem falar em lei inconstitucional seria até mesmo contraditório, pois não é lei o que contraria a Constituição (*A treatise on the constitutional limitations*. Boston: Little, Brown, and Company, 1868, p. 3).

69 *Powell v. McCormack* (395 US 486).

70 *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 425.

Aliás, que o interesse público algumas vezes imponha, de modo inafastável, restrições à eficácia temporal das decisões judiciais, está demonstrado pela regra do art. 27 da Lei nº 9.868. Limita-se o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, tomada em controle concentrado, por conta, nem mais nem menos, de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.<sup>71</sup> O Supremo Tribunal Federal já estendeu a solução, prevista pelo legislador apenas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, também ao controle realizado de forma difusa, para afastar “grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente” e preservar o “interesse público”.<sup>72</sup>

Para finalizar, cabe lembrar a interpretação dada pela doutrina ao art. 100, inciso III, do Código Tributário Nacional,<sup>73</sup> segundo a qual, em matéria de aplicação da legislação tributária, “novas diretrizes não podem prejudicar o contribuinte, que agiu de acordo com critérios anteriores, predominantes ao tempo da ocorrência do fato imponível, ainda que disso possa ter resultado falta ou insuficiência no recolhimento do tributo”.<sup>74</sup> É que “a interpretação fazendária dada à legislação tributária, mesmo quando eivada de erro, é vinculante em relação a eventos pretéritos”.<sup>75</sup>

## CONCLUSÃO

Em síntese, tal como não pode a lei nova comprometer o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, a mudança da jurisprudência não deve ser aplicada, indiscriminadamente e sem ressalvas, de forma retroativa, de modo a frustrar expectativas legitimamente criadas ou a infirmar comportamentos induzidos pelas decisões anteriores dos tribunais. Há casos em que não é possível sujeitar à nova jurisprudência situações já consolidadas. Quais são esses casos é algo que, depois de aceita a tese do caráter não necessariamente retroativo da jurisprudência, será preciso examinar com mais atenção.

---

71 Para aprofundado exame do problema, com ampla e abrangente exposição, cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade* – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 535 e ss.

72 STF, RE 197.917/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, J. 06.06.2002, DJU 07.05.2004, p. 8.

73 “Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:... III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas.”

74 DOMINGOS BOTTALLO, Eduardo. *Processo administrativo tributário*. São Paulo, [s.e.], 2005, p. (tese), p. 131.

75 DOMINGOS BOTTALLO, Eduardo. *Processo administrativo tributário*, op. cit., p. 131.

# DENUNCIÇÃO DA LIDE NO PROCESSO DO TRABALHO: UM BREVE ESTUDO ACERCA DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO APÓS O CANCELAMENTO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 227 DA SBDI-1<sup>1</sup>

Fábio Lima Quintas\*

SUMÁRIO: Introdução; A denúncia da lide nas ações oriundas da relação de trabalho; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Na sessão de julgamento do dia 10 de novembro de 2005, o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, acatando a proposta da Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do Tribunal, cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 227 da SBDI-1,<sup>2</sup> que estabelecia a incompatibilidade da denúncia da lide com o processo trabalhista.<sup>3</sup>

De acordo com a Comissão de Jurisprudência, o óbice à aplicação da denúncia da lide no processo do trabalho residia nos estritos limites da competência material trabalhista, fixada no art. 114 da Constituição Federal. Eis os argumentos:

“Semelhante diretriz, é forçoso convir, justificava-se sob a égide da redação originária do art. 114 da Constituição Federal de 1988, que essencialmente vincava a competência material da Justiça do Trabalho à lide entre ‘trabalhadores e empregadores’.

Sucedee, todavia, que o artigo 114, inciso I, da Constituição Federal de 1988, com redação que lhe foi outorgada pela Emenda Constitucional nº 45/04, passou a atribuir à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar: ‘as ações oriundas da relação de trabalho’. Desapareceu, pois, a

---

\* *Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB.*

1 A confecção do presente artigo contou com a inestimável colaboração de Fernando Hugo Miranda, que brindou o autor com pertinentes considerações e questionamentos. Agradeço, ainda, à prestigiosa revisão de Estêvão André Cardoso Waterloo.

2 O cancelamento da OJ 227/SBDI-1 foi publicado no Diário de Justiça de 22 de novembro de 2005.

3 O teor da OJ 227 era o seguinte: “Denúnciação da lide. Processo do trabalho. Incompatibilidade”.

vinculação estrita e clássica da competência material da Justiça do Trabalho à lide exclusivamente entre ‘trabalhadores e empregadores’.

Logo, a rigor, não há mais sustentação legal para se descartar de plano a compatibilidade da denúncia da lide com o processo do trabalho.”

Ampliada a competência material desta Justiça Especializada, pela Emenda Constitucional nº 45/04, e considerando os princípios da economia e da celeridade processuais, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu conveniente cancelar o mencionado verbete, de modo a tornar viável a obtenção de solução integral da lide num mesmo processo.<sup>4</sup>

Durante os quatro anos de sua existência, a Orientação Jurisprudencial nº 227/SBDI-1 ofereceu à comunidade jurídica, seja para o bem, seja para o mal, uma diretriz certa e segura sobre a incompatibilidade da denúncia da lide com o processo trabalhista. Naturalmente, o cancelamento dessa diretriz, aliada à ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, reacenderá a polêmica acerca da aplicação do instituto.

---

4 O inteiro teor do parecer da d. Comissão de Jurisprudência é o seguinte:

“Trata-se de proposta de cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 227 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, que dispõe da seguinte redação:

‘Denúnciação da lide. Processo do trabalho. Incompatibilidade (inserida em 20.06.2001).’

Sabe-se que ‘a denúncia da lide é obrigatória’, entre outros casos, ‘àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrário, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que sofrer a demanda’ (art. 70, inciso III, do CPC). No âmbito do processo do trabalho tal hipótese é concebível, em tese, por exemplo, na lide entre o sucessor e o sucedido, bem assim na lide entre o empregado e o subempreiteiro.

Entretanto, a despeito de admissível em tese no processo do trabalho, prevaleceu em doutrina e jurisprudência o entendimento segundo o qual haveria incompatibilidade da denúncia da lide com o processo do trabalho, em virtude da incompetência material da Justiça do Trabalho para dirimir, na mesma sentença, também a lide *interpatronal* paralela ao dissídio individual entre empregado e empregador.

Semelhante diretriz, é forçoso convir, justificava-se sob a égide da redação originária do art. 114 da Constituição Federal de 1988, que essencialmente vinculava a competência material da Justiça do Trabalho à lide entre ‘trabalhadores e empregadores’.

Sucedea, todavia, que o art. 114, inciso I, da Constituição Federal de 1988, com redação que lhe foi outorgada pela Emenda Constitucional nº 45/04, passou a atribuir à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar: ‘as ações oriundas da relação de trabalho’. Desapareceu, pois, a vinculação estrita e clássica da competência material da Justiça do Trabalho à lide exclusivamente entre ‘trabalhadores e empregadores’.

Logo, a rigor, não há mais sustentação legal para se descartar de plano a compatibilidade da denúncia da lide com o processo do trabalho. De resto, é um instituto que prestigia os princípios da economia e celeridade processuais, de que é tão cioso o processo do trabalho, ao ensejar que, num único processo, obtenha-se a solução integral da lide.

Assim, o parecer da Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos é pelo cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 227 da SDI-1.”

Há, inicialmente, o problema referente à própria ampliação da competência fixada pela EC 45/04. Compreender a real dimensão da expressão “relação de trabalho”, disposta no inciso I do art. 114 da Constituição, exigirá forte empenho dos juristas trabalhistas.

Interessante observar, no entanto, que o propósito que animou o Tribunal Superior do Trabalho a cancelar a sobredita orientação jurisprudencial foi a nova dicção do art. 114, I, da Constituição. Deveras, no parecer, a Comissão de Jurisprudência esboçou o entendimento de que a nova competência poderia alcançar lides interpatronais.

Nesse passo, poder-se-ia admitir, em tese, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar lides entre o tomador – contra o qual foi declarado o vínculo de emprego – e o prestador de serviços; ou entre o sucessor e o sucedido; entre o empreiteiro e o subempreiteiro; ou entre empresas do grupo econômico; ou, ainda, entre o empregador e a seguradora contratada para suportar os riscos trabalhistas etc.

Noutra hipótese, para situar um exemplo mais concreto, que já não envolve diretamente relação de trabalho, seria cabível a *litisdenuciação* no processo em que o Sindicato X, alegando ser o legítimo representante da categoria, pleiteia a condenação de empresa ao pagamento das contribuições sindicais descontadas e repassadas ao Sindicato Y. A empresa, em tese, poderia, com a denúncia da lide, certificar o seu eventual direito de regresso.

Sem querer discutir a denúncia da lide sob o prisma da nova competência, mas aproveitando-se do mote dado pelo Tribunal Superior do Trabalho, pretende-se analisar, nesse artigo, se realmente há compatibilidade da denúncia da lide com o processo do trabalho.<sup>5</sup>

Colocando a questão em outros termos, cabe verificar se, superado o óbice da incompetência material, a denúncia da lide pode ser aplicada indiscriminadamente, nas hipóteses do inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, nas lides trabalhistas.

Para tanto, a investigação grassará examinando a compatibilidade da denúncia da lide com os escopos do processo trabalhista, sobretudo nas ações oriundas das relações de trabalho (art. 114, incisos I, VI e IX, da CF).

## A DENUNCIÇÃO DA LIDE NAS AÇÕES ORIUNDAS DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Como cediço, o processo trabalhista sempre primou pela economia e celeridade processual. Muito antes de esses princípios galgarem *status* constitucional

---

5 A denúncia da lide não é admitida no caso de incompetência absoluta do juízo para julgar ação contra o denunciado. O jurista, desse modo, antes de discutir a compatibilidade do instituto com a Justiça do Trabalho, deve superar o problema da competência.



(inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, introduzido pela EC 45/04), ou mesmo das reformas processuais do Código de Processo Civil, o processo do trabalho propunha procedimentos calcados nesses valores jurídicos: i) a citação pelo correio; ii) a valorização da oralidade no processo; iii) a irrecorribilidade das interlocutórias; iv) a tutela antecipada do art. 659, IX, da CLT.<sup>6</sup>

De fato, para a Justiça do Trabalho, a instrumentalidade do processo sempre foi uma convicção cultuada, antes mesmo de ser um valor perseguido pela comunidade jurídica. Tanto assim que, nos termos do art. 794 da CLT, não há nulidade sem prejuízo.

O processo do trabalho, pois, tem a consciência de que, apesar de a garantia do processo legal encerrar uma noção de justiça, a efetividade da jurisdição completa-lhe o sentido.

Em síntese, o processo não pode comprometer a efetividade da jurisdição.<sup>7</sup> No caso do ramo trabalhista, a efetividade da jurisdição sempre esteve comprometida com a tutela do direito material do trabalhador.

Assim, não obstante as garantias processuais e da efetividade da jurisdição sejam de ambas as partes, o

Essa é a própria razão de ser desta Justiça Especializada.

Nessa linha de raciocínio, ao se falar em celeridade e economia processuais, o direito processual do trabalho mira precipuamente o trabalhador que, se tiver direito ao bem da vida vindicado, deverá recebê-lo o quanto antes.

Chegamos ao nó górdio da questão.

Ao se defender a denúncia da lide no processo do trabalho como mecanismo de implementação do princípio da celeridade e da economia processual, o interesse de que parte está sendo prestigiado?

Não há dúvida de que a denúncia da lide, na hipótese do inciso III do art. 70 do CPC, visa a tutelar o interesse do litisdenuciante, que poderá ser ressarcido, mediante a responsabilização do denunciado, na mesma relação jurídica em que é condenado.<sup>8</sup>

---

6 A respeito da contribuição do processo do trabalho para a moderna teoria do processo, vide artigo do Ministro José Luciano de Castilho Pereira, na *Revista LTr*, a. 69, n. 8, p. 910-914, ago. 2005, intitulado “A nova competência da Justiça do Trabalho – Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004”.

7 Já dizia o professor de processo civil da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, “a justiça que tarda falha...”.

8 O art. 70, *caput* e inciso III, dispõe: “Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória: (...) III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. É predominante, no entanto, o entendimento de que, na hipótese do inciso III, a denúncia da lide não é obrigatória, subsistindo o direito de regresso ainda que a denúncia da lide não tenha sido feita. Filiamo-nos a esse posicionamento.

No processo do trabalho, como demonstra a prática, a denúncia da lide é principalmente almejada pelo empregador. Certamente, a denúncia da lide encurtaria a *via crucis* do sucessor, que deseja ser ressarcido pelo sucedido dos créditos trabalhistas que adimpliu.

Para o trabalhador, no entanto, a denúncia da lide representará mais alguns incidentes processuais que nada colaborarão para o pronto desfecho do processo.<sup>9</sup>

A denúncia da lide, portanto, não se ajusta aos escopos do processo do trabalho, nas ações oriundas da relação de trabalho.

Para fazermos um paralelo, é de bom alvitre realizar uma breve incursão no processo civil, especificamente, no procedimento sumário (arts. 275 *usque* 281 do CPC).

Como lembra Calmon de Passos, na criação do procedimento sumário (à época chamado de sumaríssimo), o legislador adotou, como inspiração, o rito da reclamação trabalhista<sup>10</sup> – daí a relevância do cotejo.<sup>11</sup>

Nos termos do art. 280 do Código de Processo Civil, não é admissível, no procedimento sumaríssimo, de regra, qualquer intervenção de terceiro.<sup>12</sup>

Justificando a opção legislativa, Sérgio Bermudes argumenta que “o empenho do legislador no rápido desenvolvimento das ações de rito sumário levou a lei a impedir, na medida do possível, que ele se prolongue por meio de incidentes que só lhe retardam a marcha e impedem o seu presto desfecho”.<sup>13</sup>

Pois bem, na ação em que o condomínio pleiteia o pagamento de taxas atrasadas em face do condômino/proprietário, não é possível denunciar o inquilino à lide.

Sob a óptica do proprietário, a celeridade e a economia processual exigiriam a possibilidade de certificar, de logo, seu direito de regresso contra o inquilino.

9 O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados julgados, já consignou que a denúncia da lide deve ser indeferida pelo juízo, no caso do inciso III do art. 70 do CPC, quando se concluir que “a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional” (STJ, 1ª Seção, EREsp 313886/RN, Relª Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004). No julgamento do RE 167416, a 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter (DJ 10.04.2000), afirmou que: “A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de por em risco tais princípios”.

10 *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1998, p. 130-131.

11 Não se pode deixar de notar que, apesar da propalada autonomia do processo trabalhista, a legitimação do discurso, nesse ramo do direito, está hoje atrelada ao processo civil.

12 Dispõe o aludido dispositivo legal: “Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro”. A assistência, permitida pelo art. 280 do CPC, não é espécie de intervenção de terceiro.

13 In: PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. III, 2000, p. 557.

Todavia, o interesse tutelado pelo estatuto processual civil, no caso, não é o do condômino, mas o do condomínio...

Outra situação do processo civil que pode oferecer subsídios à reflexão é a referente às relações consumeristas. O art. 88 do Código de Defesa do Consumidor veda a denunciação da lide nas hipóteses de responsabilização do comerciante por vícios no produto.

O motivo é simples. Considerando que o CDC visa à tutela do interesse do consumidor (juridicamente tido por hipossuficiente, tal como o trabalhador), é inadmissível a utilização de um procedimento que mitigará o acesso à Justiça e a defesa dos seus direitos.

Nesse sentir é o escólio de Kazuo Watanabe, para quem “a denunciação da lide (...) foi vedada para o direito de regresso de que trata o art. 13, parágrafo único, do Código, para evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores pudesse ser retardada”.<sup>14</sup>

Feita essa incursão no processo civil, retomemos a indagação: a denunciação da lide é compatível com o processo do trabalho, nas ações oriundas da relação de trabalho?

A resposta que se impõe é negativa. O rito trabalhista tutela, de forma inequívoca, o interesse do trabalhador. Basta recordar os exemplos postos no início deste artigo e outros, tais como a teoria do ônus da prova e a existência de depósito recursal como requisito extrínseco de admissibilidade dos recursos.

A denunciação da lide, nesse passo, representa grave entrave à consecução do escopo do processo trabalhista, no que tange às ações oriundas da relação de emprego.

Apesar de a Consolidação das Leis Trabalhistas não estabelecer, de forma expressa, a vedação à intervenção de terceiros (como o fez o CDC e o CPC no procedimento sumário), há de ser considerado que, ante os inequívocos termos do art. 769 da CLT, a denunciação da lide não é aplicável ao processo trabalhista, ao menos nas ações oriundas da relação de trabalho. Afinal, já dizia o brocardo: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* (onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição legal).

## CONCLUSÃO

Em razão da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, justifica-se efetivamente o cancelamento da OJ 227 da SBDI-1, como bem apreendido pelo Tribunal Superior do Trabalho. O fundamento adotado (redação do art. 114, I, da CF), no entanto, parece-nos equivocado, pois a denunciação da lide permanece incompatível com o processo trabalhista nas ações oriundas da relação de trabalho.

---

14 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 664.

## DOUTRINA

A incompatibilidade remanesce – mesmo que superado o óbice da incompetência absoluta – ante a colisão do instituto com os escopos do processo do trabalho.

A possibilidade de aplicação da denunciação da lide talvez surja nas ações decorrentes da nova competência que não estejam vinculadas às relações de trabalho. Com efeito, de acordo com a Instrução Normativa nº 27 do Tribunal Superior do Trabalho, o rito aplicável às ações decorrentes da nova competência, ajuizadas na Justiça do Trabalho, é a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial celetista.

A partir dessa premissa, pode-se vislumbrar que, nas ações em que não se evidencia a tutela do interesse processual do trabalhador, não haverá óbice à intervenção de terceiros. Assim sucede, por exemplo, nas ações sobre representação sindical (inciso III do art. 114 da Constituição) ou que envolvam exercício do direito de greve (inciso II do art. 114 da CF).

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALMON DE PASSOS. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. A nova competência da Justiça do Trabalho – Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004. *Revista LTr*, a. 69, n. 8, ago. 2005.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. III, 2000.

STJ. 1ª Seção. EREsp 313886/RN. Relª Min. Eliana Calmon. DJ 22.03.2004.

STJ. 3ª Turma. RE 167416. Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJ 10.04.2000.

# DIRETORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS E A PARTICIPAÇÃO EM LUCROS OU RESULTADOS DA LEI Nº 10.101/00

Ricardo Peake Braga\*

SUMÁRIO: 1 Conceito de empregado; 2 O diretor de sociedade anônima; 3 Participação nos lucros ou resultados; Conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 CONCEITO DE EMPREGADO

O conceito de empregado é dado pelo Direito do Trabalho, a partir do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Atentas às inúmeras tentativas de fraude à legislação trabalhista, doutrina e jurisprudência trabalhista construíram sólido entendimento no sentido de que se deve dar mais valor à realidade do que às formas. Assim, ao se enquadrar juridicamente um fato, privilegiar-se-á o que realmente ocorria na realidade, em detrimento de nomes ou formalidades que a tentem mascarar. Tal entendimento é chamado de princípio da primazia da realidade.<sup>1</sup> Este mesmo raciocínio também está na base da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, da teoria da aparência, na determinação do poder de controle das sociedades anônimas etc.

Mesmo no Direito Comercial inglês, cujo apego ao formalismo é grande, “*the courts will not be bound by the label the parties attach to the transaction if it is a sham, in that it does not truly record what the parties have agreed, or if, though the agreement is genuine, the terms as a whole show that its legal character is other than that designated by the parties*” (GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next Millennium*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 25).

Assim, todo o enquadramento jurídico de situações fáticas, especialmente as que envolvam relação de trabalho, deverá ter em mente esse princípio da primazia

---

\* Advogado Graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação (MBA) da Escola Politécnica da USP. Membro da Comissão de Assuntos Institucionais da OAB/SP.

1 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, v. I, p. 129.

da realidade, sem se apegar a nomes ou formalidades, ainda que decorrentes de acordo entre as partes.

## 2 O DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA

A denominação de diretor de sociedade anônima apresenta vários significados. Retrata desde o diretor eleito na forma do estatuto social – chamado por alguns de verdadeiro “órgão da sociedade”<sup>2</sup> – até meros empregados graduados, aos quais, por motivos de *marketing* ou recursos humanos, a sociedade outorga o título de diretor.

A banalização do cargo de diretor, especialmente no setor bancário, foi tamanha que o Banco Central do Brasil, mediante a Circular nº 3.136, de 11.07.2002, restringiu seu uso apenas aos diretores eleitos ou nomeados na forma do estatuto social das sociedades.

Entre os extremos – diretor “titular de órgão da sociedade”<sup>3</sup> e mero empregado graduado – existe uma larga faixa, na qual aparecem figuras mistas, causando dificuldades para seu adequado enquadramento legal. Os doutrinadores clássicos do Direito do Trabalho dividiram-se entre três ou quatro posições.<sup>4</sup> A jurisprudência, por sua vez, consolidou-se no Enunciado nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho.

E é a partir do Enunciado nº 269 do TST que se classificará, a seguir, os diretores das sociedades anônimas, sob a ótica da existência ou não de relação de emprego.

### 2.1 *Espécies de diretores*

#### 2.1.1 *Diretor empregado não eleito na forma do estatuto social*

O empregado graduado da sociedade anônima, ao qual o empregador confere o cargo de “diretor”, mas que não é eleito na forma do estatuto social, não é, sob a ótica legal, verdadeiro diretor.

Para todos os efeitos legais, não passa de empregado, ainda que detenha alguma liberdade de ação no desempenho de suas funções, pelo que seu enquadramento jurídico não oferece maiores dificuldades.

---

2 CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 18. ed. São Paulo: RT, comentário 13 ao art. 3º, p. 37. Não é exato, contudo, confundir-se o titular do órgão com o próprio órgão, como bem demonstra Luis Brito Correia (*Os administradores de sociedades anônimas*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 214/217).

3 Luis Brito Correia (*Os administradores de sociedades anônimas*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 214/217) esclarece que, apesar de titular de órgão da sociedade (i.e., da Diretoria), o diretor não é o próprio órgão, seja porque em regra este é um colegiado cuja vontade é a expressão coletiva de seus titulares, seja porque podem existir conflitos de interesses e vontades entre a pessoa do diretor e a Diretoria enquanto órgão da sociedade.

4 V. a respeito MAGANO, Octavio Bueno. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, v. II, p. 118.

### 2.1.2 Diretor empregado eleito na forma do estatuto social

Situação mais complexa é a do empregado que é eleito diretor, na forma prevista no estatuto da sociedade.

Podem ocorrer duas situações: a) o empregado é eleito diretor, passando a ser responsável (individualmente ou em conjunto com outros diretores) pelas decisões da sociedade, o que é incompatível com sua condição de empregado; ou b) o empregado é eleito diretor, mas suas atribuições continuam sujeitas a determinações de superiores dentro da sociedade, vale dizer, permanece a subordinação.

#### a) Incompatibilidade entre a condição de diretor e a de empregado – Suspensão do contrato de trabalho

A posse do empregado no cargo de diretor, em que efetivamente tenha amplo poder de mando na empresa, com ampla liberdade para tomar decisões diretivas, reportando-se apenas aos acionistas ou ao conselho de administração quanto a metas e objetivos estratégicos da sociedade, é incompatível com a sua condição anterior de empregado. Agora ele é, de certa forma, a própria face da empresa da qual era funcionário. Está-se, neste caso, diante de situação próxima à **confusão** (prevista no art. 381 do Código Civil), em que ambas as partes de uma relação obrigacional (empregador e empregado) tornam-se a mesma pessoa.

Neste caso, o contrato de trabalho ficará suspenso, segundo preconizam doutrina e jurisprudência. É o que dispõe o Enunciado nº 269:

“Enunciado nº 269 – O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.”

Note-se que a Lei nº 8.036/90 (Lei do FGTS), por seu art. 16, faculta às empresas o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para os diretores não-empregados, o que configura uma exceção à regra da suspensão do contrato de trabalho para todos os efeitos.

#### b) Continuidade do contrato de trabalho – Enunciado nº 269 do TST

Existem situações, porém, em que o cargo de diretor não será incompatível com a condição de empregado, porque as funções exercidas mantêm elementos de subordinação a outros diretores ou controladores.

Como em todos os casos em que se discute o elemento de subordinação para configuração de vínculo empregatício, também aqui a investigação deverá ser feita casuisticamente, em razão de não existirem na lei critérios objetivos para tal aferição. Nas palavras de VALENTIN CARRION, “saber se se trata de um verdadeiro diretor ou não dependerá da análise das circunstâncias que envolvem cada caso”.<sup>5</sup>

---

5 CARRION, Valentin. Ob. cit., id.

Nesses casos em que perdura a subordinação, o contrato de trabalho permanecerá em pleno vigor, não obstante a eleição do empregado para o cargo de diretor. Note-se que tal eleição não contém nenhum vício; simplesmente dela não resultará a suspensão do contrato de trabalho. E a própria empresa pode reconhecer essa situação, mantendo o contrato de trabalho com o diretor eleito.

### 2.1.3 Diretor não-empregado eleito na forma do estatuto social

Há casos em que o diretor eleito nunca foi empregado da sociedade. É contratado especialmente para ocupar o cargo de diretor. Assim, não há que se falar em suspensão do contrato de trabalho, pois este nunca existiu.

O enquadramento aqui dependerá da existência ou não de subordinação. Caso esta exista, está-se diante de uma burla à legislação trabalhista e, por força do princípio da primazia da realidade (v. item I acima), ficará configurado o vínculo empregatício, que poderá ser reconhecido tanto pela Justiça do Trabalho como pela Administração Pública (Ministério do Trabalho, INSS etc.).

Se, por outro lado, não se estiver diante de uma relação de emprego, por ausentes seus requisitos fáticos, a relação entre diretor e sociedade terá cunho eminentemente civil. Todavia, mesmo neste caso, existe uma relação de trabalho, ainda que não sob a modalidade empregatícia, pelo que a competência para dirimir as eventuais controvérsias é, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário), da Justiça do Trabalho,<sup>6</sup> nos termos da nova redação conferida ao art. 114, I, da Constituição Federal.

## 3 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS

A participação dos empregados nos lucros e resultados da empresa não é algo novo. Foi prevista no Brasil já na Constituição de 1946<sup>7</sup> e bem assim nas que se lhe seguiram. Todavia, alvo de críticas,<sup>8</sup> ficou sem regulamentação, salvo em alguns casos particulares envolvendo empresas estatais.<sup>9</sup>

Também a Constituição de 1988, em vigor, previu a participação dos empregados nos lucros e resultados das empresas, no art. 7º, XI.

---

6 Neste sentido: MALLETT, Estevão. Aparentamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 71/1, p. 200. Em sentido contrário: SÜSSEKIND, Arnaldo. As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 71/1, p. 26.

7 MALLETT, Estevão. *Participação nos lucros*. In: *Temas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 63.

8 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito do trabalho e participação nos lucros*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1954, p. 5/6.

9 ROMITA, Arion Sayão. Participação nos lucros ou resultados. Instrumentos previstos para a negociação. Mecanismos de composição de litígios. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Participação dos empregados nos lucros*. São Paulo: Dialética, 1995, p. 15.



## D O U T R I N A

A regulamentação somente veio em 1994, por meio da Medida Provisória nº 794, de 29.12.1994, penúltimo dia do Governo Itamar Franco. Tal medida provisória foi reeditada inúmeras vezes, com algumas alterações, até a sua conversão na Lei nº 10.101, de 19.12.2000.

### *3.1 Regime jurídico*

A participação dos empregados em lucros ou resultados é hoje regulada pela Lei nº 10.101/00. Referida norma reserva às partes ampla margem de negociação, quanto aos termos do acordo para a sua instituição.

Assim, além da lei, também as convenções coletivas e os acordos coletivos desempenharão importante papel para a fixação dos contornos do instituto em cada categoria econômica ou empresa.

### *3.2 Beneficiários*

A Constituição Federal (art. 7º, XI) afirma que a participação nos lucros ou resultados é direito dos “trabalhadores urbanos e rurais”.

Já a Lei nº 10.101/00 dispõe que “a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados”. Especifica-se o conceito de “trabalhadores”, estabelecido na Constituição, para restringi-lo aos empregados.

Por outro lado, não existe na lei nenhuma discriminação ou diferenciação entre espécies de empregados. Dessa forma, pelo princípio da isonomia, deve-se entender que o direito à participação nos lucros ou resultados estende-se a todos os empregados, sem exceção.

## CONCLUSÃO

A chave para se saber se o diretor da sociedade anônima pode ou não ser beneficiário do acordo de participação em lucros e resultados, prevista na Lei nº 10.101/00, é se existe ou não relação de emprego, isto é, se é ou não empregado.

Se o diretor não é empregado, ou se o contrato de trabalho estiver suspenso, não poderá ser incluído como beneficiário do acordo. Por outro lado, subsistente o contrato de trabalho (Enunciado nº 269 do TST), é clara possibilidade de os diretores empregados receberem participação em lucros ou resultados, na forma de convenção coletiva e do acordo coletivo em vigor. Mais ainda: na medida em que são empregados, sua exclusão do benefício seria ilegal, por constituir ato discriminatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito do trabalho e participação nos lucros*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1954.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 18. ed. São Paulo: RT.

CORREIA, Luis Brito. *Os administradores de sociedades anônimas*. Coimbra: Almedina, 1993.

GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next Millennium*. London: Sweet & Maxwell, 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, v. II.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 71/1.

\_\_\_\_\_. Participação nos lucros. In: *Temas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr.

ROMITA, Arion Sayão. Participação nos lucros ou resultados. Instrumentos previstos para a negociação. Mecanismos de composição de litígios. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Participação dos empregados nos lucros*. São Paulo: Dialética, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo. As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 71/1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, v. I.

---

## Jurisprudência

---



## **ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. BASES DE CÁLCULO**

*ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. BASES DE CÁLCULO. As bases de cálculo dos adicionais de periculosidade e insalubridade são, respectivamente, o salário básico e o salário mínimo, a teor da orientação concentrada nas Súmulas nºs 191 e 228 desta Corte.*

*SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. A norma inscrita no art. 14 da Lei nº 5.584/70, tratando da assistência judiciária ao empregado pelo sindicato profissional a que pertencer o reclamante e referindo-se expressamente àquele empregado que não puder demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, tem por pressuposto a ação individual; do contrário, tratando-se de reclamação em que o sindicato seja substituto processual – autor da ação –, não faria sentido a norma referir-se à situação econômica de um substituído que, justamente por ser substituído, não responde por custas de uma demanda em que não é autor, acaso vencido.*

*Recurso de revista de que se conhece por ofensa ao art. 14 da Lei nº 5.584/70 e a que se dá provimento para excluir da condenação o pagamento de honorários assistenciais em reclamação que o sindicato atua como substituto processual.*

*(Processo nº TST-RR-19-1993-121-17-00 – Ac. 5ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-19/1993-121-17-00.0, em que é Recorrente ARACRUZ CELULOSE S.A. e Recorrido SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CELULOSE, PASTA DE MADEIRA PARA PAPEL, PAPEL, PAPELÃO, CORTIÇA, QUÍMICAS, ELETROQUÍMICAS, FARMACÊUTICAS E SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINTICEL.

Por força do acórdão de fls. 1794/1799, de 11.05.2004, mediante o qual a Quinta Turma reconheceu a nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, os autos retornaram ao Tribunal Regional do Trabalho da Décima Sétima Região, que, prestando esclarecimentos, proferiu acórdão de fls. 1807/1819.

Irresignada, a reclamada interpõe novo recurso de revista, e suscita preliminar de nulidade da sentença de primeiro grau e do acórdão regional, agora por cerceamento de defesa. No mérito, pretende a reforma relativamente ao pagamento do adicional de periculosidade e de insalubridade reconhecido para diversos reclamantes substituídos. Insurge-se contra a base de cálculo estipulada pelo Colegiado *a quo* para os adicionais de periculosidade e insalubridade – fixados em sede ordinária sobre a remuneração. Pretende ainda a exclusão dos honorários assistenciais reconhecidos pelo Tribunal Regional ao sindicato que atua como substituto processual (fls. 1822/1846).

## JURISPRUDÊNCIA

Despacho de admissibilidade a fls. 1852/1853.

Foram oferecidas contra-razões pelo sindicato-reclamante (fls. 1858/1865).

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

### VOTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade do recurso de revista, examino os específicos.

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Preliminar de nulidade da sentença e do acórdão regional por cerceamento de defesa*

A reclamada renova a preliminar de nulidade da sentença e do acórdão regional. Da sentença, por entender ter sido cerceado seu direito de defesa, argumentando que o juízo de primeiro grau não se pronunciou a respeito da litispendência, determinando a juntada de documentos por linha e o desentranhamento dos documentos que foram apresentados com os embargos de declaração opostos à sentença. A nulidade do acórdão regional refere-se ao fato de que, não obstante tenha acolhido parcialmente a litispendência, para extinguir a ação sem julgamento do mérito em relação a diversos substituídos, inobservou o art. 249, § 2º, do CPC, porquanto se apenas acolheu parcialmente a litispendência, manteve-a em relação a outros substituídos, perpetrando assim a nulidade ocorrida na sentença. Aponta violados os arts. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República, 301, § 4º, 267, inc. V e § 3º, do CPC e 832 da CLT.

Em sede de recurso ordinário, as alegações da reclamada foram rechaçadas pelo Tribunal Regional, que assim fundamentou, *verbis*:

“Primeiramente, é necessário ressaltar que inexistente a alegada negativa de prestação jurisdicional, pois o juízo de piso se manifestou sobre a matéria suscitada nos embargos, deixando claro que o art. 267, § 3º, do CPC estabelece que o juiz conhecerá da litispendência, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito. No caso em análise, a sentença de mérito já havia sido proferida, portanto, caberia ao juiz agora tão-somente sanar as omissões, obscuridades ou contradições porventura existentes no julgado, não sendo esta a hipótese, contudo.

A determinação de desentranhamento dos documentos trazidos aos autos com embargos de declaração está em conformidade com o teor da Súmula nº 8/TST.

Correta a decisão de piso.

Rejeito a preliminar.” (fls. 1670)

Consoante os fundamentos exarados pelo Tribunal Regional, não há que se cogitar de ofensa ao art. 832 da CLT, porquanto o acórdão regional encontra-se devidamente fundamentado. Tampouco vislumbro ofensa ao art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República. Com efeito, o julgado recorrido observou a norma processual atinente ao exercício da jurisdição pelo juízo de origem, que se esgota ao proferir a sentença. A determinação para o desentranhamento dos documentos atende à orientação concentrada na Súmula nº 8 desta Corte.

Não reconheço, por conseguinte, ofensa ao art. 249, § 2º, do CPC, conforme argumentado pela recorrente, porque, efetivamente, não havia nulidade a ser declarada da sentença.

Enfim, ileso os dispositivos legais apontados.

Não conheço.

### *1.2 Adicionais de insalubridade e periculosidade. Reflexos*

Sustenta a recorrente que o Tribunal Regional reconheceu natureza salarial aos respectivos adicionais, “concedendo sua integração” (fls. 1825) ao salário, o que viola os arts. 457 da CLT e 5º, inc. II, da Constituição da República, além de divergir do único aresto (fls. 1825) que traz para o confronto de teses.

O acórdão regional assim consigna a respeito da matéria ora debatida, *verbis*:

“Nos meses em que for pago os citados adicionais, seu valor integra o salário para todos os efeitos legais. É certo porém que o pagamento mensal abarca o repouso remunerado, ou seja, quando for pago a empregados mensalistas não gera reflexos em RSR, pois nos seu valor mensal já está incluído o valor do repouso.

Correta a decisão *a quo*.

Nego provimento.” (fls. 1672)

A tese sufragada pelo Tribunal Regional encontra-se em consonância com as Súmulas nºs 132 e 139 desta Corte e as Orientações Jurisprudenciais 47 e 103 da SBDI-1, de sorte que não vislumbro violação aos artigos indicados, não sendo possível, por outro lado, o conhecimento por divergência jurisprudencial, em face do disposto no art. 896, § 4º, da CLT.

Não conheço.

### *1.3 Da periculosidade para eletricitas I, II, eletricista oficial, eletricista de manutenção, de manutenção especializado, eletricista de equipamento eletrônico, técnico de manutenção elétrica, treinando com curso técnico eletricista, técnico de manutenção elétrica, técnico de manutenção especializado, operador de tubo gerador, meio oficial eletricista*

Neste tema, cabe um esclarecimento.

Quando do julgamento do primeiro recurso de revista interposto pela reclamada nesta Corte reconheceu-se a nulidade do acórdão regional por negativa

de prestação jurisdicional em relação à ausência de esclarecimentos quanto ao enquadramento dos substituídos nas atividades perigosas, mais especificamente “acerca da ausência de teste com explosímetro para os almoxarifes e ajudantes de almoxarifado” (acórdão desta Quinta Turma de fls. 1796).

Tal debate se referia à periculosidade, conforme se extrai do excerto acima, atinente aos empregados em almoxarifado, matéria examinada no acórdão regional no item 2.3.7, conforme também restou consignado no acórdão desta Quinta Turma quando examinada a preliminar de nulidade.

A matéria ora em debate – periculosidade reconhecida aos empregados em sistemas elétricos – foi examinada no item 2.3.6 do acórdão regional (fls. 1672) e não foi objeto de insurgência pela reclamada.

A digressão ora feita é importante na medida em que o acórdão regional é sucinto a respeito do debate pretendido pelo recorrente, consignado, *in verbis*:

“2.3.6 DA INTERMITÊNCIA DA EXPOSIÇÃO

Ar. sentença decidiu que o contato intermitente com agente perigoso dá ensejo à percepção do adicional.

Alega o recorrente que apesar de o assunto ter sido objeto da Súmula nº 361/TST, referido enunciado contraria norma legal.

Sem razão a recorrente.

A exposição, de forma intermitente, a agentes legalmente definidos como perigosos, também gera direito ao adicional de periculosidade, conforme iterativa jurisprudência do col. TST.

É nesse sentido, inclusive, a Orientação Jurisprudencial nº 5 da SDI:

‘Adicional de periculosidade. Exposição permanente e intermitente. Inflamáveis e/ou explosivos. Direito ao adicional integral.’

Acresce que o dano decorrente do trabalho na área de risco é potencial, podendo tornar-se efetivo a qualquer momento. Assim, a circunstância de o trabalhador não prestar serviços durante todo o tempo de sua jornada em atividades ou operações perigosas não exclui o direito ao adicional de periculosidade integral. Torna-se, pois, irrelevante o tempo de exposição.

Inexiste a alegada ofensa à norma legal, pois o Decreto nº 93.412/86 extrapola a Lei nº 7.368/85, estabelecendo o que a norma não previu.

Nego provimento.” (fls. 1675/1676)

O acórdão regional encontra-se em consonância com a Súmula nº 361 desta Corte, afastando, assim, a possibilidade de se configurar a divergência jurisprudencial pelos arestos transcritos às fls. 1829/1832.

A tese recursal, no sentido de que “o laudo pericial estabeleceu o percentual de tempo por jornada a que os substituídos estavam supostamente expostos (...) que o tempo era ínfimo (...) tinha caráter eventual” (fls. 1828), revela a pretensão da reclamada em rever o conjunto fático-probatório, insuscetível de reexame nesta



fase onde só se cuida da matéria de direito. Incidência da Súmula nº 126 desta Corte, que, da mesma forma, afasta qualquer possibilidade de confronto jurisprudencial a fim de se estabelecer o pretense dissenso pretoriano.

Mas a recorrente argumenta, ainda, que não houve, no caso específico, a diferenciação entre perigo e risco, quando o texto legal deferiu o adicional a situações de perigo. A questão ora trazida a debate carece do necessário prequestionamento, porquanto não foi objeto de exame pelo Tribunal Regional. Frise-se que não há que se cogitar de omissão do Tribunal Regional a respeito, ou mesmo de nulidade por negativa de prestação jurisdicional do acórdão, ante a consideração anteriormente referida de que a matéria em foco não foi objeto da insurgência da reclamada no primeiro recurso de revista interposto.

Não conheço.

### *1.4 Da periculosidade para almoxarifes e ajudantes de almoxarifado do almoxarifado de produtos químicos – Inexistência de teste*

Queixando-se de não ter sido realizado, por ocasião da perícia, o teste de explosímetro, a reclamada suscita cerceamento de defesa, formulando pedido de exclusão do adicional. Aponta ofensa aos arts. 193, 195 da CLT e 5º, II, LIV e LV, da Constituição da República e colaciona um único aresto para o confronto.

De plano, é de se afastar a pretendida divergência a partir do modelo jurisprudencial de fls. 1836, porquanto a realidade fática ali retratada – empregado de escritório com acesso ao pátio onde há caminhões carregados com inflamáveis – em nada se assemelha à hipótese dos autos – empregados de almoxarifado que abriga produtos inflamáveis. Nesse aspecto o recurso não atende o critério inscrito na Súmula nº 296 desta Corte.

Quanto à necessidade do teste de explosímetro, o acórdão proferido em sede de embargos de declaração esclareceu, *verbis*:

“Especificamente, esclarece-se que não foram realizados testes com explosímetros, até porque referidos instrumentos destinam-se à avaliação do grau e explosividade no meio ambiente, ou seja, trata-se de instrumento para medição de gases ou vapores combustíveis no ar. Por exemplo, se o inflamável, na geração de gases, pode se tornar explosivo. Daí a utilidade daquele medidor. Mas, para o labor dos almoxarifes e ajudantes de almoxarifado, constatou-se a existência de periculosidade em virtude da exposição a inflamáveis, em grande quantidade, não se justificando a utilização de explosímetro, se não foi detectada a existência de labor em condições perigosas por haver chance de explosão.” (fls. 1810)

Ora, uma vez assentado pelo Tribunal Regional – instância soberana no exame da prova – que a periculosidade decorria de exposição a inflamáveis, e não de gases ou vapores combustíveis no ar, a conclusão dando conta da *inocuidade do teste de*

*explosímetro*, ante a aplicabilidade técnica de referido teste, não viola os arts. 193, 195 da CLT e 5º, II, LIV e LV, da Constituição da República.

Não conheço.

*1.5 Do adicional de insalubridade deferido para mecânicos: de manutenção I, II, III, auxiliar; industrial III, de manutenção especializado, ajudante de manutenção fábrica; treinando com curso técnico mecânico e líder de turno, operador de manutenção; lubrificador industrial*

Defende a reclamada, neste ponto, que o adicional foi deferido quando “as atividades em questão não estão relacionadas nos Anexos 11 e 12 da NR 15, o produto não era manipulado e não tinha propriedades carcinogênicas” (fls. 1837), concluindo assim que o deferimento do adicional viola o art. 195 da CLT e o art. 5º, inc. II, da Constituição da República.

A reclamada, com sua argumentação, pretende, em verdade, que seja concedido ao termo “manipulação” o entendimento de “fabricação”, “preparo” de óleos minerais.

A esse respeito, consignou o Tribunal Regional, reportando-se ao laudo pericial, *verbis*:

“Os substituídos não efetuavam a manipulação, preparo com as mãos dos produtos óleos minerais, óleos queimados, mas por força de suas atividades de desmontar e montar engrenagens, rolamentos, caixas redutoras, e outros sistemas mecânicos, entravam em contato direto com os óleos queimados, isto é, óleos velhos já usados de cor negra e graxas, que pelo acesso sempre foram coladas nestas partes interiores com as mãos.

(...)

Dentre os produtos pesquisados e identificados como carcinogênicos estão os óleos minerais e compostos de carbono.” (fls. 1814/1815)

Distante da afirmação da recorrente, no sentido de que as atividades dos substituídos não estão relacionadas nos Anexos 11 e 12 da NR 15, o Tribunal Regional valeu-se do Anexo 13 da NR 15 para concluir que as atividades exercidas ensejam o pagamento do referido adicional.

Ademais, a conclusão do Colegiado de origem encontra-se em perfeita sintonia com a Orientação Jurisprudencial nº 171 da SBDI-1 desta Corte.

Não vislumbro, por conseguinte, ofensa ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República nem do art. 195 da CLT.

Não conheço.

*1.6 Do adicional de insalubridade para operadores: assistente ETE e de tratamento de efluentes*

Dois são as premissas em que se baseia a tese recursal da reclamada neste tópico:

- a) a condenação imposta revela-se genérica, quando ao acórdão consigna que “apesar de, em determinados casos, haver eventualidade da exposição ao agente insalutífero, tal condição não exclui o direito ao pagamento do respectivo adicional” (fls. 1818);
- b) a reclamada fornecia EPI's aos substituídos.

Aponta ofensa aos arts. 191, incs. I e II, 194, 195 da CLT, 5º, *caput*, da Constituição da República, item 4.4 da Portaria 3.311/89, e contrariedade à Súmula nº 80 desta Corte.

Não há como se cogitar de ofensa a dispositivo de Portaria, em vista do que dispõe a alínea *c* do art. 896 da CLT.

Quanto à condenação genérica, nenhum dos artigos apontados como violados referem-se ao tema, de natureza processual, razão pela qual entendo que a primeira premissa de que se vale a reclamada para viabilizar seu recurso de revista encontra-se desfundamentada.

Quanto à segunda premissa, ao contrário do que afirma a reclamada – de que fornecia EPI's –, o Tribunal de origem assinalou:

“Frisa-se que não há prova da eliminação ou neutralização dos agentes insalubres pelo fornecimento de EPI's, sendo certo que o perito considerou a utilização dos equipamentos para apuração do labor em condições insalubres...

Para exemplificar, tomamos o caso do operador retífica de facas (fls. 352/361 do volume 4 de documentos), em que o perito, ao avaliar a atividade respectiva, chega às seguintes conclusões: 1. Não há exposição a inflamável de forma habitual nem permanente; 2. Há níveis de ruído acima dos limites de tolerância porém com uso do protetor auricular a exposição foi atenuada para níveis abaixo do nível máximo aceitável estabelecido pela NR 15, Anexo I; 3. Não há exposição a hidrocarbonetos e outros compostos; 4. ‘Há exposição a chumbo, o que gerou o direito ao adicional de insalubridade em grau máximo.’” (fls. 1818)

Constatada a insalubridade e não provada sua eliminação pelo fornecimento de EPI's, não há ofensa, ante essa conclusão, às normas constitucionais e legais apontadas pela reclamada.

Não conheço.

### *1.7 Do adicional de insalubridade para operador de retífica de facas*

Argumenta a recorrente que o Tribunal Regional desconsiderou, para deferir o pagamento do adicional, o limite de tolerância ao chumbo, relacionado no Anexo 11 da NR 15. Por isso, diz terem sido ofendidos os arts. 191, 192, 194, 195 da CLT e 5º, inc. II, da Constituição da República.

A reclamada refere-se ao 5º parágrafo da fl. 1818 do acórdão regional, em que o Tribunal de origem faz referência às conclusões do perito, assim registrando, *verbis*:

“(…) tomamos o caso do operador retífica de facas (fls. 352/361 do volume 4 de documentos) em que o perito, ao avaliar a atividade respectiva, chega às seguintes conclusões: 1. Não há exposição a inflamável de forma habitual nem permanente; 2. Há níveis de ruído acima dos limites de tolerância porém com uso do protetor auricular a exposição foi atenuada para níveis abaixo do nível máximo aceitável estabelecido pela NR 15, Anexo I; 3. Não há exposição a hidrocarbonetos e outros compostos; 4. Há exposição a chumbo, o que gerou o direito ao adicional de insalubridade em grau máximo.” (fls. 1818)

Para se constatar a afirmação da recorrente – de que o Tribunal desconsiderou o nível de tolerância ao chumbo –, necessário seria a leitura do laudo pericial, porquanto o acórdão limitou-se a transcrever apenas a conclusão daquele laudo, não sendo possível se entender, só por isso, que não tenha considerado os limites de tolerância ao chumbo. Incidência da Súmula nº 126 desta Corte.

Não conheço.

### *1.8 Do adicional de insalubridade. Ajudante de transporte*

Também aqui insiste a reclamada em ofensa aos arts. 191, incs. I e II, 194, 195 da CLT, 5º, *caput*, da Constituição da República, item 4.4 da Portaria 3.311/89, e contrariedade à Súmula nº 80 desta Corte, sustentando que, além da exposição ser eventual, fornecia EPI's.

Conforme já consignado no exame do tópico 1.6, não há como se cogitar de ofensa a dispositivo de portaria, em vista do que dispõe a alínea *c* do art. 896 da CLT.

Da mesma forma, quanto ao fornecimento de EPI's, asseverou o Tribunal não ter havido prova “da eliminação ou neutralização dos agentes insalubres pelo fornecimento de EPI's.” (fls. 1818)

Quanto à afirmação de exposição eventual, o acórdão regional transcreve o laudo pericial, que registra “em condição de habitualidade porém não permanente, duração de +/- 40 minutos por dia, o ajudante de transporte realizar o engate da mangueira do caminhão que descarga de BPF no tanque de combustível da RDA (veja fotos no Volume 3 – Capítulo 5.0 Avaliações Qualitativas item 5.1)” (fls. 1810). Assim, não há como se concluir pela eventualidade quando a exposição era, conforme assinalada, diária, próxima a 1 hora por dia.

Ilesos os dispositivos apontados como violados.

Não conheço.

*1.9 Do adicional de insalubridade. Operador assistente de eletrólise*

Não há no acórdão regional exame a respeito da insalubridade deferida ao operador assistente de eletrólise, de sorte que a matéria, para os substituídos dessa classe, carece do necessário prequestionamento. Frise-se que a reclamada não opôs embargos de declaração para os fins de sanar eventual omissão a respeito. Incidência da Súmula nº 297 desta Corte.

Não conheço.

*1.10 Dos substituídos Jerry G. de Castro, Roberto dos Santos, Vanderlei Emeteiro, Sérgio Afonso Gardimam e Shisto Benfica*

Em relação aos substituídos relacionados no título em epígrafe, o Tribunal Regional assim se pronunciou, *verbis*:

“Quanto às alegações em relação aos substituídos Jerry G. de Castro, Roberto dos Santos, Vanderlei Emeteiro, Sérgio Afonso Gardimam e Shisto Benfica, rechaça-se a tese de afronta aos arts. 195 da CLT e 5º, II, LIV e LV, da CF, porquanto os três primeiros, conforme já dito no acórdão embargado, não tiveram alteração das condições de trabalho, não obstante a atividade tenha novo nome, permaneceu a condição de periculosidade; assim como, quanto aos dois últimos, que atuaram no almoxarifado de produtos químicos e inflamáveis, com enquadramento em atividade periculosa, pelo labor em tais condições.” (fls. 1818/1819)

Em suas razões recursais, a reclamada limita-se a consignar que o “acórdão regional, em síntese, entendeu que as razões recursais da empresa foram desarrazoadas e protelatórias”, o que, todavia, afasta-se dos fundamentos efetivamente declinados pelo Tribunal Regional. Sendo assim, as indicações de violação aos arts. 195 da CLT e 5º, II, LIV e LV, da Constituição da República, carentes de argumentos recursais consentâneos com a pretensão declinada, revelam-se desfundamentadas.

Não conheço.

*1.11 Adicional de periculosidade e de insalubridade. Base de cálculo*

Defende a reclamada que a decisão regional, no tocante à base de cálculo dos dois adicionais – periculosidade e insalubridade –, contrariou, respectivamente, as Súmulas nºs 191 e 228 desta Corte.

No particular, o acórdão regional encontra-se vazado nos seguintes termos:

“Esclarece-se que, não obstante o entendimento cristalizado pela Corte Superior Trabalhista e as disposições celetárias, a Corte, com fulcro no art. 7º, XXIII, da CF, entendeu, por maioria, que a base de cálculo dos adicionais de insalubridade e periculosidade é a remuneração.” (fls. 1809)

## JURISPRUDÊNCIA

Efetivamente, como se verifica do excerto acima transcrito, o Tribunal de origem contrariou as Súmulas nºs 191 e 228 desta Corte.

Conheço.

### *1.12 Sindicato. Substituto processual. Honorários assistenciais*

A respeito dos honorários assistenciais a que a reclamada foi condenada a pagar ao sindicato que atua como substituto processual, o Tribunal assim se pronunciou:

“Este Tribunal tem se posicionado no sentido de que os honorários advocatícios são devidos quando presentes os requisitos exigidos pela Lei nº 5.584/70.

No caso presente o sindicato atua como substituto processual, o que, a meu ver, não impede o deferimento da verba honorária.

Não obstante o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 310 do TST, a melhor exegese sobre a matéria é a contida na antiga Súmula nº 220/TST:

‘HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70, são devidos os honorários advocatícios, ainda que o sindicato figure como substituto processual.’

Dessa forma, mantenho a decisão de piso que entendeu que o sindicato, também na condição de substituto, presta assistência do art. 14 da Lei nº 5.584/70.” (fls. 1675)

Em suas razões recursais, a reclamada indica inicialmente contrariedade à Súmula nº 310 desta Corte, que, todavia, encontra-se cancelada, razão pela qual a revista, por esta vertente, não logra conhecimento.

Indica também contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329 desta Corte, bem como ofensa aos arts. 14 da Lei nº 5.584/70 e 5º, inc. II, da Constituição da República.

O art. 14 da Lei nº 5.584/70 trata da assistência judiciária ao empregado pelo sindicato profissional a que pertencer o reclamante, referindo-se expressamente àquele empregado que não puder demandar, arcando com as custas e as despesas do processo, sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Assim o fazendo, a norma legal tem por pressuposto a ação individual; do contrário, tratando-se de reclamação em que o sindicato seja substituto processual – autor da ação –, não faria sentido a norma referir-se à situação econômica de um substituído que, justamente por ser substituído, não responderá por custas de uma demanda em que não é autor, acaso vencido.

Por essa razão, conheço do recurso de revista por ofensa ao art. 14 da Lei nº 5.584/70.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Adicional de periculosidade e de insalubridade. Bases de cálculo*

Tendo o recurso de revista merecido conhecimento por contrariedade às Súmulas nºs 191 e 228 desta Corte, dou-lhe provimento para determinar que, no cálculo das diferenças salariais a título de periculosidade, o adicional incida sobre o salário básico, nos termos da Súmula nº 191 desta Corte, e, no cálculo das diferenças salariais a título de insalubridade, o respectivo adicional incida sobre o salário mínimo, nos termos da Súmula nº 228 desta Corte.

### *2.2 Sindicato. Substituto processual. Honorários assistenciais*

Uma vez conhecido o recurso de revista por ofensa ao art. 14 da Lei nº 5.584/70, dou-lhe provimento para excluir da condenação os honorários assistenciais.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto aos temas “Adicional de periculosidade e de insalubridade. Bases de cálculo” e “Sindicato. Substituto processual. Honorários assistenciais”, por contrariedade às Súmulas nºs 191 e 228 desta Corte e por ofensa ao art. 14 da Lei nº 5.584/70, respectivamente, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que, no cálculo das diferenças salariais a título de periculosidade, o adicional incida sobre o salário básico, nos termos da Súmula nº 191 desta Corte, e, no cálculo das diferenças salariais a título de insalubridade, o respectivo adicional incida sobre o salário mínimo, nos termos da Súmula nº 228 desta Corte e excluir da condenação o pagamento de honorários assistenciais.

Brasília, 9 de novembro de 2005. *João Batista Brito Pereira*, relator.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS**

*AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. DIFERENÇAS SALARIAIS. A divergência jurisprudencial entre as teses constantes do acórdão regional e do paradigma acostado pelo reclamado justifica o processamento do recurso de revista. Agravo provido.*

*RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para a configuração da negativa de prestação jurisdicional motivadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do CPC. Recurso de revista não conhecido.*

**PRESCRIÇÃO TOTAL.** Não demonstrada divergência jurisprudencial válida com os arestos acostados e com o Enunciado nº 294, de acordo com a alínea “a” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Arguição de violação do art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há como conhecer do recurso de revista pela alínea “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando não demonstrada violação literal de dispositivo de lei federal invocado pelo recorrente. Recurso de revista não conhecido.

**DIFERENÇAS SALARIAIS.** De acordo com o art. 463 da Consolidação das Leis do Trabalho, os salários pagos em espécie, ou seja, em valor, deverão ser feitos em moeda corrente do país, portanto a contratação do pagamento do salário em dólar é nula. A doutrina e a jurisprudência consideram como válido o valor do salário pela conversão para a nossa moeda, ao câmbio da data da celebração do contrato. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.

**SALÁRIO-HABITAÇÃO.** Não demonstrada divergência jurisprudencial válida com os arestos e com a Orientação Jurisprudencial da SBDI-I acostados, de acordo com a alínea “a” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Arguição de violação do art. 458, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há como conhecer do recurso de revista pela alínea “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando não demonstrada violação literal do dispositivo de lei federal invocado pelo recorrente. Recurso de revista não conhecido.

**RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. PRESCRIÇÃO. FGTS.** Conjugando-se o disposto no Enunciado nº 95/TST com o Enunciado nº 362, temos que o empregado pode reclamar o FGTS não recolhido dos últimos trinta anos, desde que ajuizada a ação até dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.

**PRÊMIO. NATUREZA SALARIAL.** Não demonstrada divergência jurisprudencial válida com os arestos acostados, de acordo com a alínea “a” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Arguição de violação do art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há como conhecer do recurso de revista pela alínea “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando não demonstrada violação literal do dispositivo de lei federal invocado pelo recorrente. Recurso de revista não conhecido.

**AVISO PRÉVIO ESPECIAL.** Não demonstrada divergência jurisprudencial válida com os arestos acostados, de acordo com a alínea “a” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Arguição de violação do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ausência de prequestionamento. Não enseja recurso de revista a invocação de violação de dispositivo de lei ou da Constituição Federal cuja tese não foi prequestionada. Cabe à parte interessada provocar o exame da matéria pelo Tribunal Regional, sob pena de não preencher



*os pressupostos firmados pelo Enunciado nº 297 do TST Arguição de violação dos arts. 5º, “caput”, e 7º, “caput”, da Constituição Federal, 442 e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho e 372 do Código de Processo Civil. Não há como conhecer de recurso de revista com base na alínea “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98, quando não ficar demonstrada violação direta e literal de artigo da Constituição Federal, ou ofensa literal a dispositivo de lei federal. Recurso de revista não conhecido.*

*INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS E DESPESAS COM VIAGENS. Não demonstrada divergência jurisprudencial válida com os arestos acostados, de acordo com a alínea “a” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Arguição de violação dos arts. 122 e 129 do novo Código Civil e 146 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há como conhecer do recurso de revista pela alínea “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando não demonstrada violação literal dos dispositivos de lei federal invocados pelo recorrente. Recurso de revista não conhecido.*

*(Processo nº TST-RR-1.003-2001-069-03-00 – Ac. 2ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista e Recurso de Revista nº TST-RR-1.003/2001-069-03-00.4, em que é Agravante e Recorrida FERTECO MINERAÇÃO S.A. e Agravado e Recorrente HORST THINSCHMIDT.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do acórdão de fls. 749/760, deu parcial provimento aos recursos ordinários da reclamada e do reclamante. A empresa opôs embargos declaratórios, a fls. 762/767, com aditamento a fls. 768/772, e o autor também o fez, a fls. 773/777. Foi dado provimento aos embargos de declaração, para acrescer fundamentos à decisão embargada, como se constata do acórdão de fls. 780/785. A empresa opôs novos embargos de declaração, a fls. 787/791, aos quais se deu provimento, a fls. 794/795, para acrescer fundamentos à decisão embargada.

O reclamante interpôs recurso de revista, pelas razões de fls. 798/815, postulando a reforma da decisão regional quanto aos temas prescrição – FGTS, prêmio – natureza salarial, aviso prévio especial e indenização de férias e despesas com viagens. Apontou como violados os arts. 372 do CPC, 122 e 129 do novo Código Civil, 146, parágrafo único, 442, 444 e 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e 5º, *caput*, e 7º, *caput* e XXIX, da Constituição Federal, além de apresentar arestos para confronto de teses e invocar contrariedade aos Enunciados nºs 7 e 95.

A reclamada também interpôs recurso de revista, a fls. 820/845, pleiteando a nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional e postulando a reforma da decisão regional quanto aos temas prescrição total, diferenças salariais e

## JURISPRUDÊNCIA

salário-habitação. Apresentou arestos para confronto de teses, apontou violação dos arts. 458 do Código de Processo Civil, 11, 458, § 3º, 463 e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 5º, XXXV e LIV, e 93, IX, da Constituição Federal e do Decreto-Lei nº 857/69, além de ter invocado contrariedade aos Enunciados nºs 294 e 297 e à Orientação Jurisprudencial nº 131 da SBDI-1.

O recurso de revista do reclamante foi admitido, e ao recurso de revista da reclamada foi negado seguimento, conforme o despacho de fls. 846/847.

A reclamada, inconformada com o despacho que negou seguimento ao seu recurso de revista, interpôs agravo de instrumento, a fls. 850/870, que foi processado nos autos principais. Não apresentou contra-razões.

O reclamante apresentou contraminuta ao agravo, a fls. 875/877, e contra-razões ao recurso de revista da reclamada, a fls. 877/879.

Processo não submetido a parecer do Ministério Público, nos termos do art. 82, § 2º, II, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

### VOTO

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo.

O reclamante, em contraminuta, invoca o não-conhecimento do agravo de instrumento, eis que não atacou o despacho denegatório, mas apenas limitou-se a repetir as razões do recurso de revista.

Todavia, cabe referir que, embora a agravante tenha renovado, em parte, os termos constantes do recurso de revista de fls. 818/845, na verdade objetiva a reforma do despacho denegatório de fls. 846/847, à medida que, a fls. 870, requer "... impõe-se, tal qual os demais itens apontados, o provimento do presente agravo de instrumento de forma a autorizar o seguimento do apelo extraordinário e conseqüente provimento do mesmo".

Insurge-se a agravante, em suas razões de fls. 852/870, contra decisão que denegou seguimento ao seu recurso de revista, sustentando que logrou demonstrar divergência jurisprudencial e violação de lei federal aptas a ensejar o conhecimento do recurso.

#### 1 DIFERENÇAS SALARIAIS

A reclamada, no seu recurso de revista de fls. 818/845, sustenta que não são devidas diferenças salariais, tendo em vista que os contratos de trabalho exequíveis no Brasil, que estipulem pagamento em moeda estrangeira, como ocorreu na hipótese,

são nulos. Apresenta arestos para confronto de teses e aponta violação do art. 463 da Consolidação das Leis do Trabalho e do Decreto-Lei nº 857/69.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

### “DIFERENÇAS SALARIAIS

Alega o reclamante que são devidas as diferenças salariais postuladas, inclusive reflexos daquelas nas parcelas rescisórias, decorrentes da conversão de seu salário, fixado em dólares americanos, para a taxa vigente de câmbio mensalmente. Embora o autor tenha sido admitido, em 1977, para perceber salários em cruzeiros, ou seja, moeda nacional (vide cópia de CTPS, fl. 12), a verdade é que, em 20.03.1984, dentre outras deliberações empresárias, seu ordenado mensal foi fixado, a partir de então, em US\$ 2.770 (dólares americanos, cópia do documento, redigido em alemão, fls. 76-77, com a respectiva tradução às fls. 74-75).

As assinaturas apostas no documento redigido na língua pátria do autor são, comprovadamente, as dos Srs. Klaus Hermut Schweizer e Werner Heinz Toenges, respectivamente, diretores presidente e industrial da reclamada. Veja-se que, a pedido da reclamada, referido documento foi alvo de prova grafotécnica, positiva, conforme laudo de fls. 596-612 e 618-619, 628 e 629.

A verdade é que a ficha de registro de empregados (fl. 266), em consonância com o documento acima citado, comprova que, em abril de 1984 (ou seja, um mês após a deliberação supracitada), o salário mensal do autor foi majorado, majorações que se verificaram nos meses posteriores, inclusive em agosto do mesmo ano, e assim sucessivamente, como se vê também de fls. 263-verso, cujas alterações, praticamente de forma mensal, fazem presumir correta a alegação do autor.

A corroborar referida presunção, a defesa da reclamada se limitou a negar o direito às diferenças salariais apenas ao fundamento de que os subscritores da comunicação de fls. 74-75 não possuíam poderes para fazê-lo, além da impossibilidade legal de se fixar salários em dólar.

A primeira alegação defensiva cai por terra, uma vez que restou provado, à saciedade, que os subscritores do documento de fls. 74-75 possuíam poderes para estipular salários do autor, uma vez que se tratavam, respectivamente, dos diretores presidente e industrial da reclamada.

Como bem ressaltou o MM. juízo de origem (fl. 652), descabido pensar que o diretor presidente da reclamada não tivesse poderes para fixar salários de um alto empregado, oriundo da Alemanha, como era o caso do autor, que, na empresa sediada no Brasil, era, inclusive, detentor de poderes de mando e gestão, possuindo, portanto, salários diferenciados e percebendo vários outros benefícios indiretos, como restou provado quando da instrução do feito.

## JURISPRUDÊNCIA

Doutro tanto, os pagamentos de salário não foram feitos em dólares americanos, como se vê da documentação acostada. Apenas a remuneração foi fixada em dólares americanos e, como se vê do documento de fls. 74-75, seriam ‘pagos sempre pela taxa do câmbio paralelo vigente no final do mês’ (fl. 74, item 1, 2º parágrafo).

Tendo em vista que o mencionado documento estipulou, também, que a avença estaria em vigor até o momento em que não contrariasse ‘preceitos brasileiros’, e tendo em vista que o parâmetro então fixado em dólar paralelo não coincidia/coincide com o índice oficial do país, as diferenças salariais (indicadas pelo autor e não impugnadas especificamente pela reclamada) pautar-se-ão pela variação do preço do dólar vigente no dia do pagamento dos salários (para fins de liquidação, fixa-se o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido) e a cotação oficial da moeda no referido dia de cada mês.” (fls. 750/752)

O primeiro aresto de fls. 839, ao expressar tese no sentido de que é nula a cláusula do contrato de trabalho que estipula o pagamento de salário em moeda estrangeira, apresenta conflito de teses válido.

Recomendável, pois, o conhecimento do recurso de revista para exame da matéria veiculada em suas razões.

Do exposto, conheço do agravo de instrumento da reclamada para dar-lhe provimento e, em consequência, determinar o processamento do seu recurso de revista.

### RECURSOS DE REVISTA DA RECLAMADA E DO RECLAMANTE

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1.003/2001-069-03-00.4, em que são Recorrentes HORST THINSCHMIDT e FERTECO MINERAÇÃO S.A e Recorridos OS MESMOS.

### RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

O recurso é tempestivo (acórdão que julgou os embargos de declaração publicado em 03.04.2003, quinta-feira, conforme a certidão de fls. 796, e recurso protocolizado a fls. 818, em 11.04.2003). A representação processual encontra-se regular (procuração a fls. 670/670v.). Depósito recursal a fls. 819. Custas a fls. 695.

### I – CONHECIMENTO

#### *1.1 Negativa de prestação jurisdicional*

A reclamada, no seu recurso de revista de fls. 818/845, sustenta que o Tribunal Regional, ao julgar o recurso ordinário, “não se manifestou expressamente acerca

da prescrição, limitando-se a declarar que assim o fez conforme a sentença”. Afirma que não houve manifestação da Corte de origem sobre o Enunciado nº 294 e sobre os arts. 119 e 444 da CLT e 7º, XXIX, da Constituição Federal quanto ao tema prescrição – diferenças salariais. Apresenta arestos para confronto de teses e invoca violação dos arts. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 458 do Código de Processo Civil, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, além de invocar contrariedade ao Enunciado nº 297.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

**“DIFERENÇAS SALARIAIS**

Provejo o recurso para deferir as diferenças postuladas, devidas pelo período imprescrito, observando-se a planilha de fl. 434 (arts. 128 e 428 do CPC) e os reflexos pretendidos em férias com 1/3, FGTS acrescido da multa de 40%, aviso prévio, 13ºs salários mensais e proporcional, férias vencidas e proporcionais com 1/3 e em adicional de periculosidade.” (fls. 752)

No julgamento dos primeiros embargos de declaração, deixou expresso:

“A prescrição total em relação ao pedido de diferenças salariais, o disposto nos arts. 119 e 444 da CLT e, ainda, no art. 7º, inciso XXIX, da CR não foram aventados em contra-razões (fls. 686/688).

Entretanto, suscitada a prescrição na peça defensiva, a sentença enfrentou a arguição, afastando-a (fls. 650/651).

Logicamente, se não existe motivação diversa no acórdão é porque restou mantida a decisão no aspecto.

Já os arts. 119 e 444 da CLT, bem como o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da CR, não foram objeto da defesa (fls. 239-243).” (fls. 781)

No julgamento dos segundos embargos de declaração opostos, deixou expresso:

“A embargante afirma que o aresto incorreu em equívoco ao declarar que não foram invocados os arts. 119 e 444 da CLT, tampouco o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, na peça de defesa.

Com razão a embargante. A despeito de os dispositivos não terem sido invocados em contra-razões, constam da defesa (fls. 230 e 231).

Todavia, isso não muda o desfecho do caso. Quisesse a parte que o recurso do reclamante fosse examinado à luz dos mencionados dispositivos, deveria tê-los citados nas contra-razões, e não o fez. Não obstante, o julgamento levou em conta todo o conteúdo da defesa, inclusive as arguições neles apoiadas, mas, ainda assim, se entendeu que o reclamante tinha razão.

Quanto às diferenças salariais, não se acolheu a prescrição (art. 7º, XXIX, da CF), conforme a sentença. Por outro lado, os arts. 119 e 444 da CLT também não alterariam a questão, porque não respaldam a conclusão defendida pela embargante.

Dou provimento, para declarar o acórdão, sem efeito modificativo.” (fls. 794/795)

## JURISPRUDÊNCIA

Destarte, não se há de falar em negativa de prestação jurisdicional.

Dispõe o Enunciado nº 297:

“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.”

Apesar de o tema prescrição total das diferenças salariais, a violação do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e o Enunciado nº 294 não terem sido objeto de análise do Tribunal Regional, consideram-se prequestionados, tendo em vista o item 3 do Enunciado nº 297, supratranscrito.

Quanto aos arts. 119 e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, o Tribunal Regional sobre eles se manifestou, asseverando que “também não alterariam a questão, porque não respaldam a conclusão defendida pela embargante”.

Cumpra observar que há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não há que se falar, pois, em afronta aos arts. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 458 do Código de Processo Civil, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, nem em contrariedade ao Enunciado nº 297.

Assinalo, outrossim, que o entendimento pacífico desta Corte, cristalizado na Orientação Jurisprudencial nº 115 da eg. SBDI-1, é o de que somente ensejam conhecimento, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, as arguições de violação dos arts. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 93, IX, da Constituição Federal e/ou 458 do Código de Processo Civil, conforme os seguintes precedentes:

“EMBARGOS – NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – CONHECIMENTO POR VIOLAÇÃO – ART. 458, CPC, OU ART. 93, IX, CF/88 – 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.” (EAIRR 201590/95, Ac. Julgado em 13.10.1997 [art. 93, IX, CF/88], Min. Cnéa Moreira, decisão unânime; E-RR 170168/95, Ac. 3411/97, DJ 29.08.1997 [art. 458, CPC], Min. Vantuil Abdala, decisão por maioria; E-RR 41425/91, Ac. 0654/95, DJ 26.05.1995 [art. 458, CPC], Min. Vantuil Abdala, decisão unânime)

O art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal e o Enunciado nº 297 não se ajustam, pois, ao fim colimado.

Também não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, pois as nulidades devem ser efetivamente demonstradas no caso concreto.

Não conheço.

### *1.2 Prescrição total*

A reclamada, no seu recurso de revista de fls. 818/845, sustenta que "... as diferenças salariais postuladas, repita-se, ainda que somente a partir de abril de 2000, 'decorrem da única alteração contratual ocorrida em março de 1984, tal como afirmado pelo autor, ora recorrido, em sua inicial, e ainda reconhecido pela sentença e acórdão regional'. Constata-se, assim, que, nesse item específico, impunha-se a aplicação da prescrição total, na forma do entendimento consubstanciado no Enunciado/TST nº 294" (fls. 833). Apresenta arestos para confronto de teses, aponta violação do art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho e invoca contrariedade ao Enunciado nº 294.

De acordo com o consignado no item anterior, apesar de o tema prescrição total das diferenças salariais, a violação do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e o Enunciado nº 294 não terem sido objeto de análise do Tribunal Regional, consideram-se prequestionados, tendo em vista o item 3 do Enunciado nº 297, supratranscrito.

Na sentença, a fls. 651, restou consignado:

"O autor postula o pagamento de diferenças salariais a partir de abril de 2000, porque em vários meses 'recebeu em reais menos que os US\$ 2.770 contratados' (fl. 4, *sic*), resíduos apuráveis considerando a cotação do dólar com acréscimo de 15%."

Portanto, de acordo com os fatos consignados em primeiro grau, de inviável reexame nesta esfera recursal, a postulação é de diferenças salariais a partir de abril de 2000, o que leva à conclusão de que, desde a alteração do contrato para inserir o pagamento em dólares, em 1984 (conforme consta da sentença e do acórdão regional), até abril de 2000, o pagamento em dólares era feito como combinado. Somente a partir do descumprimento do pactuado, ou seja, somente a partir da negativa do pagamento em dólares, em 2000, é que se configura o ato único do empregador, lesivo ao empregado (ato de descumprimento do contrato), e a partir daí se conta o prazo prescricional. O empregado foi despedido em 26.09.2001. Como propôs a reclamação em 08.11.2001, menos de cinco anos após o ato lesivo do empregador e menos de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, não se há de falar em prescrição total, restando desmerecida a apontada violação do art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho e não demonstrada a contrariedade ao Enunciado nº 294.

Também não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que os arestos de fls. 836/837 do recurso de revista não são adequados à demonstração do dissenso, porquanto inespecíficos, eis que não consignam a mesma hipótese fática registrada no acórdão regional, de que o autor propôs a reclamação menos de cinco

anos após o ato lesivo do empregador e menos de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Aplicação do Enunciado nº 296.

Não conheço.

### *1.3 Diferenças salariais*

A reclamada, no seu recurso de revista de fls. 818/845, sustenta que não são devidas diferenças salariais, tendo em vista que os contratos de trabalho exequíveis no Brasil, que estipulem pagamento em moeda estrangeira, como ocorreu na hipótese, são nulos. Apresenta arestos para confronto de teses e aponta violação do art. 463 da Consolidação das Leis do Trabalho e do Decreto-Lei nº 857/69.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

#### “DIFERENÇAS SALARIAIS

Alega o reclamante que são devidas as diferenças salariais postuladas, inclusive reflexos daquelas nas parcelas rescisórias, decorrentes da conversão de seu salário, fixado em dólares americanos, para a taxa vigente de câmbio mensalmente. Embora o autor tenha sido admitido, em 1977, para perceber salários em cruzeiros, ou seja, moeda nacional (vide cópia de CTPS, fl. 12), a verdade é que, em 20.03.1984, dentre outras deliberações empresárias, seu ordenado mensal foi fixado, a partir de então, em US\$ 2.770 (dólares americanos, cópia do documento, redigido em alemão, fls. 76-77, com a respectiva tradução às fls. 74-75).

As assinaturas apostas no documento redigido na língua pátria do autor são, comprovadamente, as dos Srs. Klaus Hermut Schweizer e Werner Heinz Toenges, respectivamente, diretores presidente e industrial da reclamada. Veja-se que, a pedido da reclamada, referido documento foi alvo de prova grafotécnica, positiva, conforme laudo de fls. 596-612 e 618-619, 628 e 629.

A verdade é que a ficha de registro de empregados (fl. 266), em consonância com o documento acima citado, comprova que, em abril de 1984 (ou seja, um mês após a deliberação supracitada), o salário mensal do autor foi majorado, majorações que se verificaram nos meses posteriores, inclusive em agosto do mesmo ano, e assim sucessivamente, como se vê também de fls. 263-verso, cujas alterações, praticamente de forma mensal, fazem presumir correta a alegação do autor.

A corroborar referida presunção, a defesa da reclamada se limitou a negar o direito às diferenças salariais apenas ao fundamento de que os subscritores da comunicação de fls. 74-75 não possuíam poderes para fazê-lo, além da impossibilidade legal de se fixar salários em dólar.

A primeira alegação defensiva cai por terra, uma vez que restou provado, à saciedade, que os subscritores do documento de fls. 74-75



possuíam poderes para estipular salários do autor, uma vez que se tratavam, respectivamente, dos diretores presidente e industrial da reclamada.

Como bem ressaltou o MM. juízo de origem (fl. 652), descabido pensar que o diretor presidente da reclamada não tivesse poderes para fixar salários de um alto empregado, oriundo da Alemanha, como era o caso do autor, que, na empresa sediada no Brasil, era, inclusive, detentor de poderes de mando e gestão, possuindo, portanto, salários diferenciados e percebendo vários outros benefícios indiretos, como restou provado quando da instrução do feito.

Doutro tanto, os pagamentos de salário não foram feitos em dólares americanos, como se vê da documentação acostada. Apenas a remuneração foi fixada em dólares americanos e, como se vê do documento de fls. 74-75, seriam ‘pagos sempre pela taxa do câmbio paralelo vigente no final do mês’ (fl. 74, item 1, 2º parágrafo).

Tendo em vista que o mencionado documento estipulou, também, que a avença estaria em vigor até o momento em que não contrariasse ‘preceitos brasileiros’, e tendo em vista que o parâmetro então fixado em dólar paralelo não coincidia/coincide com o índice oficial do país, as diferenças salariais (indicadas pelo autor e não impugnadas especificamente pela reclamada) pautar-se-ão pela variação do preço do dólar vigente no dia do pagamento dos salários (para fins de liquidação, fixa-se o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido) e a cotação oficial da moeda no referido dia de cada mês.” (fls. 750/752)

O primeiro aresto de fls. 839, ao expressar tese no sentido de que é nula a cláusula do contrato de trabalho que estipula o pagamento de salário em moeda estrangeira, apresenta conflito de teses válido.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

#### *1.4 Salário-habitação*

A reclamada, no seu recurso de revista de fls. 818/845, sustenta que somente pode ser configurada hipótese de salário-habitação *in natura* quando a habitação for concedida gratuitamente, o que não ocorria no caso dos autos. Afirmo, também, que o autor residia em uma vila de empregados, o que demonstra que lá residia em razão da necessidade da própria função que exercia; portanto, o fornecimento da moradia era essencial para o trabalho do reclamante, não se configurando a hipótese de salário *in natura*. Apresenta aresto para confronto de teses, aponta violação do art. 458, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho e invoca contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 131 da SBDI-1.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

“SALÁRIO *IN NATURA*”

A pretensão é de ver excluídas da condenação as integrações decorrentes do salário *in natura* até dezembro 1999, bem como o ressarcimento dos alugueres descontados nos salários do reclamante, ao fundamento de que a habitação não era gratuita, fornecida para o trabalho e não pelo trabalho.

A gratuidade da parcela é incontroversa, diante da confissão empresária de que o contrato de locação firmado com o reclamante tinha como única finalidade justificar a ocupação, pois o aluguel é simbólico (fl. 249).

Patente a tentativa de burlar a norma reguladora da matéria, com a finalidade de desvirtuar o caráter gratuito da moradia (conforme previsto no § 3º do art. 458 da CLT), sendo de nenhuma valia os contratos de locação celebrados (fls. 327-336 e 415-428).

Superada a questão, passa-se à análise sob o enfoque da necessidade do bem para o trabalho.

A natureza da parcela é determinada pela finalidade para a qual foi concedida: se para possibilitar a realização do trabalho ou como retribuição pelo serviço prestado. O ônus de provar a finalidade da utilidade pertencia à reclamada (art. 333, inciso II, do CPC), do que não se desincumbiu.

O conteúdo probatório é desfavorável à empresa, já que não demonstra a necessidade de o reclamante residir próximo do trabalho com a finalidade de viabilizá-lo.

Diversamente, aponta com nitidez para a intenção da empresa de conceder ao reclamante um *plus* salarial pela concessão da habitação.

Prova do fato é o ajuste salarial compensatório quando o reclamante deixou de se utilizar da moradia (fl. 326).

Assim, é devida a integração, bem como a devolução dos alugueres, nos moldes da sentença, pois, somente quando demonstrada a indispensabilidade da habitação fornecida ao empregado para o trabalho, ela não integra o salário. Neste sentido a Orientação Jurisprudencial nº 131 da SBDI-1 do eg. TST." (fls. 756/757)

Não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que os arestos de fls. 843/844 do recurso de revista, bem como a Orientação Jurisprudencial de nº 131 da SBDI-1, não são adequados à demonstração do dissenso.

O primeiro, de fls. 843, e o último, de fls. 844, a teor do disposto na alínea *a* do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, porque originários do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida. O último, de fls. 843, porque não tem indicada a fonte oficial de publicação ou o repositório jurisprudencial de que foi extraído, nem foi juntada cópia autenticada do acórdão paradigma. O segundo, de fls. 843, e o primeiro, de fls. 844, bem como a Orientação Jurisprudencial de nº 131 da SBDI-1, porquanto inespecíficos, eis que não abordam os aspectos consignados no acórdão

regional, de que a prova dos autos foi no sentido de que a reclamada, ao fornecer a habitação ao reclamante, teve a intenção de conceder ao reclamante um *plus* salarial, e de que a empresa não conseguiu demonstrar que a habitação fornecida era necessária para a realização do trabalho. Aplicação do Enunciado nº 296. Registro, por oportuno, que, diante do Enunciado nº 126, é vedado, nesta esfera recursal, o reexame de fatos e provas.

Também não vislumbro afronta à literalidade do art. 458, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, como exige a alínea *c* do art. 896 do diploma consolidado, pois, considerando os aspectos consignados no acórdão regional, de que a prova dos autos foi no sentido de que a reclamada, ao fornecer a habitação ao reclamante, teve a intenção de conceder ao reclamante um *plus* salarial, e de que a empresa não conseguiu demonstrar que a habitação fornecida era necessária para a realização do trabalho, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no dispositivo de lei supracitado.

Não conheço.

## II – MÉRITO

### *Diferenças salariais*

De acordo com o art. 463 da Consolidação das Leis do Trabalho, os salários pagos em espécie, ou seja, em valor, deverão ser feitos em moeda corrente do país, portanto a contratação do pagamento do salário em dólar é nula. É uma medida de proteção ao trabalhador, para evitar a incerteza quanto à oscilação da taxa cambial, que tanto pode variar para valorizar ou desvalorizar a moeda nacional em frente à moeda estrangeira. A doutrina e a jurisprudência consideram como válido o valor do salário pela conversão para a nossa moeda, ao câmbio da data da celebração do contrato, aplicando-se, a partir daí, os reajustes salariais previstos na legislação federal ou da categoria profissional da reclamada. A exceção é o contrato dos técnicos estrangeiros domiciliados ou residentes no exterior, para execução de serviços no Brasil em caráter provisório, conforme o art. 1º do Decreto-Lei nº 691/69, onde se admite a estipulação do contrato em moeda estrangeira, desde que os empregados sejam contratados por prazo determinado e que as prorrogações sejam a termo certo. Nesta linha é a lição de Sérgio Pinto Martins, em seu livro *Comentários à CLT* (8. ed., Atlas 2004, p. 456):

“O pagamento efetuado em moeda estrangeira não é válido, pois a nossa lei exige que o pagamento seja feito em moeda corrente do país, isto é, o real. Não é proibida a contratação em moeda estrangeira, mas apenas o pagamento do salário dessa forma. Se o pagamento for feito em moeda estrangeira, deve haver a conversão para a nossa moeda pelo câmbio da data da celebração do contrato, aplicando-se sobre o referido salário os reajustes legais ou da categoria, pois do contrário estar-se-ia negando vigência à política salarial prevista em lei.”

No mesmo sentido entendem Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão:

“No Brasil, estabelece o art. 463 da Consolidação:

‘A prestação em espécie do salário será paga em moeda corrente do País.

Parágrafo único. O pagamento do salário realizado com observância deste artigo considera-se como não feito.’

Impondo o pagamento do salário em *moeda corrente do País*, excluídas, naturalmente, as utilidades fornecidas nas hipóteses e condições previstas em lei, e, por outro lado, prescrevendo regras de combater ao *truck system*, certo é que a legislação brasileira protege adequadamente o empregado, evitando que a contraprestação dos seus serviços seja efetivada em moeda estrangeira ou por meio de vales, bônus ou crédito em estabelecimento do próprio empregador ou a este vinculados.

Quanto à divergência doutrinária atinente à possibilidade de ser o salário pago em *moeda estrangeira* de curso legal no País, filiamo-nos à corrente que considera tal modalidade proibida pelo mencionado art. 463. Convém realçar que, ao participarmos da elaboração do Projeto da Consolidação das Leis do Trabalho, tivemos a intenção de configurar esse entendimento, ao incluirmos no texto a expressão ‘moeda corrente do País’ em vez de ‘moeda corrente no País’. Aliás, como registra *Krotoschin*, a norma do pagamento do salário em dinheiro efetivo ‘se refere, em geral, também à proibição da substituição da moeda nacional por alguma moeda estrangeira’. E o fundamento da proibição é evidente, uma vez que o trabalhador não pode ter o seu salário sujeito a oscilações do câmbio e ficar obrigado a desembolsar a taxa relativa à operação cambial de conversão da moeda estrangeira em moeda nacional.

No Brasil, já em 1933, o Decreto Legislativo nº 23.501 declarava a plena nulidade de ‘qualquer estipulação de pagamento em ouro, em determinada espécie de moeda ou por qualquer outro meio tendente a recusar ou restringir nos seus efeitos o curso forçado do mil-réis-papel’ (art. 1º) e vedava, a partir de sua vigência, sob pena de nulidade, ‘a estipulação de moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal’ (art. 2º). Atualmente, a matéria é regida pelo Decreto-Lei nº 857, de 1969, que, como regra, preceitua:

‘Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.’

A essa regra abre algumas exceções, entre as quais se incluem os ‘contratos cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional’ (art. 2º, IV). Continua em vigor, portanto, por se enquadrar nessa exceção, o Decreto-Lei nº 691, também de 1969, cujo art. 1º dispõe:

‘Os contratos de técnicos estrangeiros domiciliados ou residentes no exterior, para execução, no Brasil, de serviços especializados, em caráter provisório, com estipulação de salários em moeda estrangeira, serão, obrigatoriamente, celebrados por prazo determinado e prorrogáveis sempre a termo certo, ficando excluídos da aplicação do disposto nos arts. 451, 452 e 453 do Capítulo VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, com as alterações do Decreto-Lei nº 20, de 14 de setembro de 1966, e legislação subsequente.’

E, após enumerar os direitos trabalhistas desses técnicos estrangeiros (art. 2º), estabelece o referido decreto-lei que ‘a taxa de conversão da moeda estrangeira será, para todos os efeitos, a da data do vencimento da obrigação’ (art. 3º).

Esse critério de conversão da moeda estrangeira só se aplica, porém, à execução dos contratos desses técnicos, celebrados de conformidade com o Decreto-Lei nº 691. É que nos demais contratos de trabalho a estipulação dos salários em moeda estrangeira é *nula de pleno direito*. Daí acentuar a jurisprudência que, declarada a nulidade da cláusula salarial, cumpre à empresa converter em moeda nacional o valor ajustado em dólares, ao câmbio em vigor na data da celebração do último contrato, aplicando ao resultado os reajustamentos compulsórios subsequentes, alusivos à correspondente categoria profissional, salvo se o contrato de trabalho já foi desfeito, quando a conversão se dá com base no câmbio do dia da cessação da relação de emprego.

Apesar de o art. 1º do Decreto-Lei nº 691 referir que ‘são nulos de pleno direito os contratos...’, prevalece, na doutrina e na jurisprudência trabalhistas, o entendimento de que a nulidade se circunscreve à cláusula referente ao salário. É que no Direito do Trabalho as nulidades só alcançam o próprio contrato quando concernem à essência da relação jurídica ajustada. Consoante a lição de *Kaskel e Dersch*, a finalidade de manter a relação de trabalho dita a regra segundo a qual a nulidade de uma parte do contrato não afeta a validade do vínculo, salvo se essencial à sua própria sobrevivência. Por isso, cumpre substituir-se a cláusula nula ou anulada pelas condições resultantes do sistema jurídico aplicável.

Em face do estipulado no parágrafo único do art. 463, ter-se-á como não realizado o pagamento do salário que inobservar a regra do artigo. Trata-se de presunção *juris et de jure*, que não admite prova em contrário.” (SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, v. 1, junho de 2002, p. 452/455)

Neste sentido, também, o seguinte precedente:

“I – O salário deve ser pago em moeda corrente do Brasil, não se admitindo, salvo exceções em lei, a obrigação do empregador de pagar o

## JURISPRUDÊNCIA

salário em dólar.” (RR 3507/87, 3ª Turma, Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa, DJU 25.03.1988)

Como não há, nos autos, notícia da provisoriedade da contratação, nem da residência do autor no exterior ou da contratação a termo (aliás, consta da petição inicial, a fls. 3, que o contrato de trabalho perdurou por vinte e quatro anos), o autor faz jus às diferenças salariais decorrentes da conversão do salário para o real, em 20.03.1984, data da contratação em dólar, considerando, a partir daí, a aplicação dos reajustes salariais previstos na legislação trabalhista, observada a prescrição quinquenal.

Dou provimento parcial ao recurso para restringir a condenação ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da conversão do salário para o real, em 20.03.1984, data da contratação em dólar, considerando, a partir daí, a aplicação dos reajustes salariais previstos na legislação trabalhista, diferenças devidas a partir de abril de 2000, como postulado.

### RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE

O recurso é tempestivo (acórdão que julgou os embargos de declaração publicado em 03.04.2003, quinta-feira, conforme a certidão de fls. 796, e recurso protocolizado a fls. 797, em 21.03.2003). A representação processual encontra-se regular (procuração a fls. 210 e substabelecimento a fls. 743).

### I – CONHECIMENTO

#### *1.1 Prescrição – FGTS*

O reclamante, no seu recurso de revista de fls. 797/815, sustenta que o prazo prescricional relativo aos depósitos do FGTS é de trinta anos, uma vez que a ação foi proposta dentro do biênio contado a partir da extinção do contrato de trabalho. Aponta violação dos arts. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e 7º, *caput* e XXIX, da Constituição Federal, além de apresentar arestos para confronto de teses e invocar contrariedade ao Enunciado nº 95.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

“FGTS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

O apelo alega que deve ser aplicada a prescrição quinquenal sobre o FGTS, sustentando a natureza tributária do crédito.

Embora adote ponto de vista diferente do defendido pela reclamada quanto à natureza da verba, entendo que deve ser provido seu apelo. O art. 7º, III, da Constituição Federal nomeia o FGTS como um dos direitos dos trabalhadores, revelando, assim, a nítida natureza de crédito trabalhista. Porém, isso, longe de autorizar a aplicação do prazo trintenário, apenas

confirma que o FGTS também se submete à regra geral pertinente aos demais créditos trabalhistas, inclusive pela prevalência do regramento constitucional sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, é atraída a incidência da prescrição quinquenal prevista no art. 7º, XXIX, da CF e art. 11, I, da CLT sobre o direito de reclamar os depósitos incidentes sobre os salários efetivamente pagos durante o contrato de trabalho, do mesmo modo que é aplicável o limite bienal contado da extinção do vínculo.” (fls. 755)

O aresto de fls. 799, ao expressar tese no sentido de que o prazo prescricional relativo aos depósitos do FGTS é de trinta anos, apresenta conflito de teses válido.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

### *1.2 Prêmio – Natureza salarial*

O reclamante, no seu recurso de revista de fls. 797/815, sustenta que o prêmio que recebeu possui natureza salarial, portanto deve integrar o seu salário. Apresenta arestos para confronto de teses e aponta violação do art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

#### “PRÊMIO

A pretensão do reclamante é de ver refletido o prêmio recebido em abril 2001 no valor de R\$ 118.996,99, nas parcelas de direito, ao fundamento de que se trata de parcela salarial e não indenizatória.

A natureza jurídica do referido prêmio não pode ser tida como salarial, pois não teve a finalidade de remunerar um trabalho realizado, mas, no máximo, recompensar atributos individuais do empregado.

A própria maneira, e causa, do pagamento, admitidas pelo reclamante, denotam a liberalidade e excepcionalidade da benesse, que apenas existiu em razão de um evento único e do desejo particular da reclamada. Cláusulas benéficas se interpretam restritivamente, e, com mais razão ainda, os atos que fogem da contratualidade, revelando, apenas, a atitude de deferência de uma das partes.

Somente teria caráter salarial com a projeção em outras parcelas, se passasse a ser pago habitual e continuamente, em razão do contrato.

Diversamente, foi pago apenas uma vez, de forma extraordinária, em face da mudança no controle acionário da empresa, com conotação de mera liberalidade da recorrida.” (fls. 753/754)

Não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que os arestos de fls. 804 do recurso de revista não são adequados à demonstração do dissenso, porquanto inespecíficos, uma vez que não abrangem o aspecto fático consignado

no acórdão regional, de que o prêmio foi pago apenas uma vez. Aplicação do Enunciado nº 296.

Também não vislumbro afronta à literalidade do art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, como exige a alínea *c* do art. 896 do diploma consolidado, pois, considerando o aspecto fático delineado no acórdão regional, de que o prêmio foi pago apenas uma vez, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no dispositivo de lei supracitado.

Não conheço.

### *1.3 Aviso prévio especial*

O reclamante, no seu recurso de revista de fls. 797/815, sustenta que o documento de fls. 84, apesar de não conter o seu nome, não foi impugnado pela empresa, portanto é válido. Afirma, ainda, que “o v. aresto regional não observou também o fato de que a empresa não alegou nem na defesa nem no seu recurso ordinário que o outro empregado, de nome Karlheinz Ottmann, recebeu o aviso prévio especial, e nem argumentou que se tratava ‘de vantagem pessoal’. Ora, este documento, que constitui norma mais favorável, nos exatos termos do *caput* do art. 7º da CF/88, é suficiente para assegurar ao recorrente o recebimento da vantagem”. Apresenta arestos para confronto de teses e aponta violação dos arts. 442 e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, 372 do Código de Processo Civil, e 5º, *caput*, e 7º, *caput*, da Constituição Federal.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

#### “AVISO PRÉVIO ESPECIAL

Ataca-se a condenação em aviso prévio especial ao fundamento de que inexistente base legal ou fatos que justifiquem o seu deferimento.

A parcela foi concedida com base no documento juntado à fl. 84 e no TRCT de outro trabalhador, colacionado às fls. 39-40.

Contudo, na correspondência inexistente menção ao nome do reclamante.

Além do mais, por se tratar de contrato de trabalho de tamanha especificidade, como demonstrado nos autos, não se pode acatar a isonomia mencionada na decisão, pois as cláusulas são restritas e individuais, alteradas com o tempo, sempre em consideração aos atributos pessoais do empregado e à sua qualificação, conforme se verifica, por exemplo, pela correspondência de fl. 74.

Assim, não provado que o aviso prévio foi concedido ao outro empregado, como vantagem que não de caráter pessoal, não há imposição de pagamento da parcela ao reclamante.

A faticidade apreendida não autoriza a interseção do princípio isonômico, sendo certo que a ausência de impugnação específica da reclamada aos documentos não é suficiente para atraí-lo.



## JURISPRUDÊNCIA

Não se vislumbra, com o afastamento da condenação, violação ao princípio constitucional. Provejo, pois, para absolver a reclamada no pagamento do aviso prévio especial de quatro meses e reflexos.” (fls. 756)  
No julgamento dos embargos de declaração, deixou expresso:

“... Ao contrário do que se alega, o aviso prévio especial foi expressamente impugnado pela empresa (fl. 244), afastando a pretensão de que se aplicasse o princípio da isonomia.

No aspecto, a prova conspira contra o embargante, conforme se observa pelos fundamentos expendidos no aresto (fl. 756):

‘A parcela foi concedida com base no documento juntado à fl. 84 e no TRCT de outro trabalhador, colacionado às fls. 39-40.

Contudo, na correspondência inexistente menção ao nome do reclamante.

Além do mais, por se tratar de contrato de trabalho de tamanha especificidade, como demonstrado nos autos, não se pode acatar a isonomia mencionada na decisão, pois as cláusulas são restritas e individuais, alteradas com o tempo, sempre em consideração aos atributos pessoais do empregado e à sua qualificação, conforme se verifica, por exemplo, pela correspondência de fl. 74.

Assim, não provado que o aviso prévio foi concedido ao outro empregado, como vantagem que não de caráter pessoal, não há imposição de pagamento da parcela ao reclamante.

A faticidade apreendida não autoriza a interseção do princípio isonômico, sendo certo que a ausência de impugnação específica da reclamada aos documentos não é suficiente para atraí-lo.

Não se vislumbra, com o afastamento da condenação, violação ao princípio constitucional.’

Não é o caso de aplicação do disposto no art. 372 do CPC.

Ao rechaçar a possibilidade de ver aplicado o princípio isonômico e pretender a aplicação da legislação vigente, é claro que a reclamada aventava a possibilidade de a vantagem ter sido concedida em caráter pessoal aos outros empregados. Tanto é verdade que, à fl. 244, consta: ‘Tanto que o autor na peça de ingresso *invoca casos análogos*, fazendo crer que pretende ver aplicado o princípio da isonomia’ (g.n.).” (fls. 783/784)

Não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que os arestos de fls. 807/809 do recurso de revista não são adequados à demonstração do dissenso, porquanto inespecíficos. Os de fls. 807 e os três primeiros, de fls. 808, porque não se referem ao aspecto fático consignado no acórdão regional, de que o documento apresentado não continha o nome do autor. O último, de fls. 808, e os de fls. 809, por tratarem da prevalência da norma mais favorável ao empregado, tese não abordada no acórdão regional. Aplicação do Enunciado nº 296.

Quanto ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata do conceito do contrato individual de trabalho, sequer há prova do seu prequestionamento, na forma do Enunciado nº 297 desta Corte, segundo o qual “diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito...”.

Também não vislumbro violação direta e literal dos arts. 5º, *caput*, e 7º, *caput*, da Constituição Federal, nem afronta à literalidade dos arts. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho e 372 do Código de Processo Civil, como exige a alínea *c* do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98, tendo em vista que, diante do consignado no acórdão regional, de que no documento de fls. 84 não havia o nome do reclamante, de que houve impugnação da reclamada quanto ao pedido de aviso prévio especial, e de não provado que o aviso prévio foi concedido ao outro empregado, como vantagem que não de caráter pessoal, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos aos conceitos contidos nos dispositivos de lei federal e da Carta Magna supracitados.

Não conheço.

#### *I.4 Indenização de férias e despesas com viagens*

O reclamante, no seu recurso de revista de fls. 797/815, sustenta que “é incontroverso que a recorrida assegurou ao recorrente o direito de gozar as férias, em seu país de origem, durante 45 dias, com pagamento do salário correspondente e das passagens aéreas de ida e de volta. Assim, ao rescindir o contrato de trabalho, sem justa causa, impediu a fruição das férias, razão pela qual assumiu a obrigação de indenizar, pelo valor correspondente, tal como ocorre normalmente com as férias previstas na própria CLT, principalmente considerando que as férias são irrenunciáveis” (fls. 814). Apresenta arestos para confronto de teses, aponta violação dos arts. 122 e 129 do Código Civil e 146 da Consolidação das Leis do Trabalho, e invoca contrariedade ao Enunciado nº 7.

O Tribunal *a quo* consignou, *in verbis*:

#### **“FÉRIAS E DESPESAS COM VIAGENS**

A recorrente não se conforma com a indenização das férias contratuais e despesas com viagens, ao argumento de que a previsão é de gozo do descanso e não de sua indenização.

O direito decorre de cláusula contratual, conforme se observa pelo item nº 2 às fls. 74-75.

Contudo, é indevida a condenação.

Inicialmente porque restou afastado o aviso prévio especial, via de consequência, a projeção do contrato do autor até 28.02.2002.

E, também, porque a finalidade da cláusula era possibilitar ao reclamante usufruir das férias enquanto o contrato estivesse em vigor, tanto

assim que não há previsão de indenização substitutiva, mas de gozo das férias às expensas da empresa (interpretação estrita da cláusula benéfica).” (fls. 759)

Não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que os acórdãos de fls. 812/814 do recurso de revista, bem como o Enunciado nº 7, não são adequados à demonstração do dissenso, porque não abordam a questão da interpretação de cláusula contratual prevendo gozo das férias de 44 dias e pagamento de despesas de viagem com férias na Europa. Aplicação do Enunciado nº 296.

Também não vislumbro afronta à literalidade dos arts. 122 e 129 do novo Código Civil e 146 da Consolidação das Leis do Trabalho, como exige a alínea *c* do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois não se referem à questão da interpretação de cláusula contratual prevendo gozo das férias de 44 dias e pagamento de despesas de viagem com férias na Europa. Além disso, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no art. 114 do novo Código Civil.

Não conheço.

## II – MÉRITO

### *Prescrição – FGTS*

A prescrição trintenária diz respeito ao prazo prescricional do direito de reclamar o não-recolhimento do FGTS, que, de acordo com disposição expressa do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, é de trinta anos, conforme já pacificado nesta Corte, através do Enunciado nº 95/TST, *verbis*:

“É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”

Com o advento da Constituição Federal de 1988, criou-se certa celeuma acerca do enunciado acima transcrito, em decorrência do teor do art. 7º, XXIX, *a*, da Carta Constitucional. Pacificando a jurisprudência, relativamente à prescrição aplicável ao direito de ação que tenha por objeto recolhimentos do FGTS, esta Corte editou o Enunciado nº 362, que tem o seguinte teor:

“Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”

Vale ressaltar que não há incompatibilidade entre o art. 7º, XXIX, *a*, da Constituição Federal (Enunciado nº 362/TST) e o Enunciado nº 95/TST, uma vez que dizem respeito a prazos prescricionais distintos. O citado dispositivo constitucional e o Enunciado nº 362 estabelecem o prazo para se ajuizar a ação, e o Enunciado nº 95 diz respeito ao prazo prescricional do direito em si, qual seja, o recolhimento do FGTS. Assim, o empregado pode reclamar o FGTS não recolhido

dos últimos trinta anos, desde que ajuizada a ação até dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de fls. 643/664 em relação à prescrição dos depósitos do FGTS.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento da reclamada para destrancar o seu recurso de revista. Também à unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamada quanto ao tema diferenças salariais, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para restringir a condenação ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da conversão do salário para o real, em 20.03.1984, data da contratação em dólar, considerando, a partir daí, a aplicação dos reajustes salariais previstos na legislação trabalhista, diferenças devidas a partir de abril de 2000, como postulado. Por unanimidade, não conhecer do recurso de revista da reclamada quanto aos demais temas. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista do reclamante quanto ao tema prescrição – FGTS e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de fls. 643/664 em relação à prescrição dos depósitos do FGTS. Por unanimidade, não conhecer do recurso de revista do reclamante quanto aos demais temas.

Brasília, 27 de abril de 2005. *Renato de Lacerda Paiva*, relator.

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO**

*AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO. GUIA DARF. Nega-se provimento a agravo de instrumento que visa liberar recurso despido dos pressupostos de cabimento. Agravo desprovido.*

*RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO PROFISSIONAL. TRABALHADOR AVULSO INTERMEDIADO PELO SINDICATO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL (DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL). Em atenção ao princípio constitucional que assegura a igualdade de direitos entre os trabalhadores avulsos e os que mantêm vínculo de emprego permanente (art. 7º, XXXIV, da CF), a figura do sindicato não deve superar os argumentos então traçados pela doutrina no sentido de se constituir; apenas, mero responsável pela intermediação e representação da categoria. Na realidade, é com o tomador de serviço que a “relação de trabalho” efetivamente se concretiza, inclusive porque beneficia-se diretamente dos resultados do labor então executado pelo avulso, de modo que, cumprida finalidade para a qual foi contratado, novo vínculo se forma adquirindo peculiaridades distintas do anterior, oportunidade*

## JURISPRUDÊNCIA

*em que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de dois anos deverá incidir (art. 7º, XXIX, “a”, da CF). Recurso de revista conhecido e desprovido.*

*(Processo nº TST-AIRR-548-1999-007-17-00 – Ac. 2ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-548/1999-007-17-00.5, em que é Agravante AGÊNCIA MARÍTIMA UNIVERSAL LTDA. e Agravado SINDICATO DOS ESTIVADORES E DOS TRABALHADORES EM ESTIVA DE MINÉRIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

Agrava do r. despacho de fls. 680/682, originário do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Sétima Região, que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, por considerá-lo deserto. Agravo processado nos autos principais. Contraminuta apresentada às fls. 703/719. Dispensado o parecer da d. Procuradoria-Geral, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST. Relatados.

### VOTO

Conheço do agravo de instrumento, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se a agravante, em suas razões de agravo, contra o despacho que denegou seguimento ao seu recurso de revista, por deserto, em face da ausência de indicação do número do processo e do respectivo juízo na guia de recolhimento de custas. Alega que, nos termos do § 4º do art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho, procedeu corretamente com o recolhimento dos valores relativos às custas judiciais, mediante guia DARF original autenticada pela agência bancária, onde resta clara a indicação da empresa recorrente, de modo a não restar dúvidas quanto ao recebimento dos valores pelos cofres públicos. Colaciona aresto ao confronto de teses.

O Tribunal Regional, apreciando os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do apelo ordinário interposto pela reclamada, deixou consignado em seu despacho denegatório de fls. 680/682:

“Não obstante o recurso de revista seja próprio e tempestivo (fls. 642 e 644) e encontrar-se regular a representação (fl. 488), não merece seguimento por deserto, uma vez que o comprovante de recolhimento de custas, acostado à fl. 459, não contém o número do processo e o respectivo juízo (Vara ou Tribunal), conforme exige o Provimento TST/JT nº 4, de 26 de agosto de 1999.

Diante disso, inevitável o apelo.” (fls. 681)

Não prospera o inconformismo recursal.

É que a conclusão acatada pela Corte Regional encontra-se em consonância com o disposto no item I do Provimento TST/JT nº 4, de 26.08.1999, que

regulamenta, na Justiça do Trabalho, a comprovação do pagamento de custas processuais, nos seguintes termos:

“1. Tratando-se de pressuposto recursal, o pagamento das custas realizado mediante transferência eletrônica de fundos, com recibo de comprovação nos autos, deve ter a identificação do processo a que se refere, no campo próprio (art. 3º, VI, da Instrução Normativa nº 58), da mesma forma como indicado no DARF aprovado pela Instrução Normativa nº 44, de 02.08.1996, ou seja, com o número do processo na Vara ou Tribunal Regional do Trabalho.”

Nesse passo, entendo que, para a comprovação do preparo recursal, caberia à reclamada não apenas juntar aos autos a guia DARF original e autenticada mecanicamente pela agência bancária responsável pelo recolhimento das custas, como também velar pela correta formalização do documento, fato, todavia, não evidenciado nos autos.

Ora, se é certo afirmar que a deserção decorrente da juntada da guia DARF original destituída do número do processo correlato denuncia o exagerado apego às formas processuais, não menos exato é a assertiva de que a observância às formalidades previstas no ordenamento jurídico se faz necessária para a viabilidade da tutela jurisdicional e efetivação do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Com efeito, não merece seguimento o recurso de revista interposto, porquanto deserto.

Do exposto, conheço do agravo de instrumento para negar-lhe provimento.

### RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO PROFISSIONAL

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-548/1999-007-17-00,5, em que é Recorrente SINDICATO DOS ESTIVADORES E DOS TRABALHADORES EM ESTIVA DE MINÉRIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e Recorrida AGÊNCIA MARÍTIMA UNIVERSAL LTDA.

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Sétima Região, por intermédio do acórdão recorrido de fls. 601/610, complementado pelo de fls. 636/640, rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e de ilegitimidade passiva *ad causam* e deu provimento parcial ao apelo da reclamada para declarar a prescrição total e autorizar a compensação/dedução postulada.

Inconformado, o sindicato da categoria profissional interpõe recurso de revista pelas razões de fls. 645/652, insurgindo-se contra o seguinte tema: trabalhador avulso intermediado pelo sindicato da categoria – prescrição – termo inicial, por violação ao art. 7º, incisos XXIX e XXXIV, da Constituição Federal e divergência jurisprudencial.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 680/682.

## JURISPRUDÊNCIA

Ausentes as contra-razões, conforme certidão de fls. 685v.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

### VOTO

#### I – CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (certidão de fls. 642 e protocolo de fls. 644) e regular a sua representação processual (fls. 615), o que autoriza a incursão nos seus pressupostos intrínsecos.

Trabalhador avulso intermediado pelo sindicato da categoria – Prescrição – Termo inicial

O recorrente insurge-se contra o entendimento adotado pela Corte Regional que declarou a prescrição total das parcelas atinentes aos contratos dos seus substituídos “com base na suposta – e inexistente – premissa de diferenciação entre o trabalhador avulso e aquele que mantém vínculo permanente”. Esclarece que a intenção do legislador constituinte foi incluir os avulsos no prazo prescricional de cinco anos quando lançou de forma clara a expressão “relação de trabalho”, bem assim quando o igualou ao trabalhador que mantém vínculo permanente para todos os efeitos, pelo que resta infundada a premissa no sentido de condicionar a incidência do prazo prescricional a cada dia de trabalho prestado à empresa. E, ainda que assim não se entenda, ressalta que os substituídos somente não deverão fazer jus às parcelas relativas aos acordos coletivos referentes aos períodos de 1998/1999 e 1999/2000. Neste sentido, aponta violação aos incisos XXIX e XXXIV do art. 7º da Constituição Federal e colaciona arestos ao confronto de teses.

Ao apreciar o tema, o Tribunal Regional adotou tese do seguinte teor, *verbis*:

“A presente reclamatória trata de trabalhadores avulsos, ou seja, ‘o que presta serviços na orla marítima, trabalhando, sem vínculos empregatícios, para várias empresas (tomadores de serviço), que requisitam esse à entidade fornecedora de mão-de-obra’ (SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 314).

Nestes termos, o vínculo existente entre os tomadores de serviço e os trabalhadores se limita ao dia efetivamente trabalhado, de modo que, a cada novo serviço, há nova relação jurídica e novo contrato de trabalho.

Dessa forma, por se tratarem de vários contratos individuais, independentes e não contínuos, embora com curtíssimo período de duração, o art. 7º, XXIX, *a*, da Carta Maior resta perfeitamente aplicável ao presente caso, restando prescritas todas as parcelas atinentes aos contratos cuja extinção se deu antes do período de dois anos.

Dou provimento para declarar a prescrição total quanto aos contratos cujos pagamentos foram anteriores aos dois últimos anos antecedentes ao ajuizamento da reclamatória.” (fls. 605/606)

Entretanto, tal conclusão discrepa do primeiro aresto transcrito às fls. 649 das razões de revista, a saber:

“TRABALHADOR AVULSO – DIREITO DE AÇÃO – PRESCRIÇÃO – O direito de ação do trabalhador avulso prescreve em 5 anos, e não em 2, porque a ele não se aplica a parte final da alínea *a* do inciso XXIX do art. 7º da Carta Federal, porque não mantém com o tomador de serviços contrato de trabalho, mas apenas relação de trabalho.” (TRT 2ª R., RS 20020114413 (20020263737), 4ª T., Rel. Juiz Sergio Winnik, DOESP 07.05.2002)

Conheço, portanto, por divergência jurisprudencial.

### II – MÉRITO

Trabalhador avulso intermediado pelo sindicato da categoria – Prescrição – Termo inicial

A questão debatida nos autos cinge-se à aferição do marco inicial para a contagem do prazo prescricional a incidir sobre as relações laborais de uma categoria específica de trabalhadores: os avulsos.

A categoria avulsa detinha basicamente as seguintes características, segundo critério estabelecido pela Portaria nº 3.107, de 07.04.1971, do então Ministério do Trabalho e Previdência Social: a) intermediação do sindicato trabalhador; b) curta duração dos serviços prestados a um beneficiado; e c) remuneração paga basicamente em forma de rateio por meio procedido pelo sindicato.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 8.630, de 25.02.1993 – reorganizadora do regime jurídico dos portos organizados e das instalações portuárias –, o monopólio sindical de intermediação restou quebrado em face de novos aspectos por ela traçados, sugerindo, assim, uma nova posição doutrinária em relação ao conceito de trabalhador avulso, a começar pela admissão de várias figuras específicas relativas a este tipo de “empregado por equiparação”. A respeito das alterações conceituais advindas, Amauri Mascaro Nascimento posiciona-se em sua obra *Curso de direito do trabalho* (18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 384):

“Admitida a pluralidade de tipos de avulsos, como nos parece acertado, impõe-se saber se os dados do conceito tradicional se mantêm, se desapareceram ou se apenas foram de algum modo modificados, começando pelo conceito de intermediação sindical, que, a toda evidência, foi central para a elaboração do conceito de uma figura na qual o trabalho é prestado sem vínculo empregatício e com a intercalação entre o prestador e o tomador, de um órgão de representação sindical.



Desse modo, chega-se à conclusão de que a intermediação do sindicato deixou de ser elemento essencial da figura do avulso portuário de terminais privativos ou de portos organizados, conquanto subsista como dado relativo e não mais absoluto. Há avulsos intermediados e avulsos não intermediados pelo sindicato. Logo, a intermediação deste não é mais indispensável, ou não é a única forma de contratação desse tipo de trabalhador, com o que o conceito tradicional deve ser revisto, principalmente diante da valorização do avulso pela Constituição Federal de 1988.

Esclareça-se que o trabalhador avulso que exerce sua atividade no porto também aliena o poder de direção sobre o próprio trabalho em troca de remuneração. Mas não tem vínculo empregatício. Sua atividade é exercida com a intermediação do seu sindicato, às vezes até mesmo com uma certa dose de direção do seu próprio órgão representativo, mas não é o sindicato que remunera o trabalho ou que se beneficia com os resultados, sendo-os as empresas para as quais o serviço portuário é realizado. O sindicato não é mais o intermediário, e mais nada, do recrutamento do trabalho e da remuneração provinda de terceiros. Na atividade portuária, o sindicato não mais contrata a mão-de-obra, o que compete, agora, a um órgão criado por lei para esse fim e que não é o órgão sindical. O avulso não-portuário pela praxe é contratado por meio do seu sindicato. Desse modo, há dois tipos de trabalhador: o portuário e o não-portuário.”

Partindo-se desta definição doutrinária, há que se registrar que, para os avulsos intermediados, seja pelo sindicato da categoria, seja pelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), não se deve perder de vista o fato de que, na falta de instrumento de negociação coletiva específico, o inciso XXXIV do art. 7º da Constituição Federal reinará como preceito absoluto, na medida em que passou-lhes a assegurar um patamar claro de direitos trabalhistas.

Assim, por força de preceito constitucional, o trabalhador avulso equipara-se ao empregado com vínculo empregatício permanente para fins de direitos sociais, de modo que não se deve obstar a incidência da prescrição – seja bienal ou quinquenal, a depender de cada caso – àquele que prestar seus serviços ao tomador, por intermediação do sindicato ou da OGMO, nos termos do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal.

Pois bem. O quadro fático delimitado pelo Tribunal Regional informa que os contratos mantidos com a tomadora de serviços são “individuais, independentes e não contínuos, embora com curtíssimo período de duração”, o que implicou na conclusão de que “a cada novo serviço há nova relação jurídica e novo contrato de trabalho”.

Dessume-se, pois, que a figura do sindicato, na presente hipótese, tal como demonstrado, não deve superar os argumentos então traçados pela doutrina no sentido de se constituir, apenas, mero responsável pela intermediação e representação da categoria. Na realidade, é com o tomador de serviço que a “relação de trabalho”

efetivamente se concretiza, inclusive porque beneficia-se diretamente dos resultados do labor então executado pelo avulso, de modo que, cumprida finalidade para a qual foi contratado, novo vínculo se forma adquirindo peculiaridades distintas do anterior, oportunidade em que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de dois anos deverá incidir (art. 7º, XXIX, *a*, da Constituição Federal).

Conseqüentemente, impõe-se a aplicação da prescrição bienal, pelo que há que ser mantido os termos da decisão que declarou prescritos os direitos decorrentes de contratações que tenham se extinguido até o limite de dois anos antes da propositura da ação.

Neste mesmo sentido já se manifestou esta Corte por intermédio dos seguintes precedentes:

“TRABALHADOR AVULSO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – A Constituição Federal, no art. 7º, XXXIV, garante a igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o com vínculo empregatício. O trabalhador avulso é aquele que presta serviços a diversas empresas, sem a formação de vínculo de emprego, tendo como intermediador obrigatório o Órgão de Gestão de Mão-de-Obra (OGMO), conforme o disposto na Lei nº 8.630/93. O Órgão de Gestão de Mão-de-obra, portanto, constitui-se em mero responsável pela arrecadação e repasse da remuneração dos trabalhadores, enquanto que o vínculo contratual se dá diretamente entre o avulso e o tomador dos serviços, de forma que, cumprido seu objeto, nova contratação adquire contornos de independência da anterior, daí o termo inicial para efeito da prescrição. Impõe-se, pois, a sua aplicação bienal, declarando-se prescritos os direitos decorrentes de contratações que tenham se extinguido até o limite de dois anos antes da propositura da ação. Recurso de revista provido.” (TST-RR-1417/2001-001-13-00.4, 4ª Turma, Min. Milton Moura França)

“RECURSO DE REVISTA – PRESCRIÇÃO – TRABALHADOR AVULSO – APLICABILIDADE DO ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – A prescrição aplicável ao trabalhador avulso é a mesma prevista para o trabalhador com vínculo de emprego, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Isso porque o mencionado dispositivo refere-se a ‘relações de trabalho’ de forma ampla, não havendo restringir sua aplicação às hipóteses de prestação de serviços com vínculo de emprego. Ademais, o inciso XXXIV do mesmo artigo assegura igualdade de direitos entre os dois tipos de trabalhadores. Recurso conhecido e provido.” (TST-RR-39.341/2002-900-02-00.8, 3ª Turma, Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi)

Com estes fundamentos, nego provimento ao recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento interposto pela reclamada para negar-lhe provimento. Também, por unanimidade, conhecer do recurso de

revista interposto pelo sindicato profissional, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 20 de abril de 2005. Renato de Lacerda Paiva, relator.

## AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DE REPRESENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO

### *AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DA AFAPUC NA REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES PARA DEFLAGRAÇÃO DA GREVE. CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO DO DISSÍDIO DE GREVE SEM EXAME DO MÉRITO*

*I – Incontroverso ter havido entre a AFAPUC e a recorrente acerto para elegê-la interlocutora privilegiada nas negociações envolvendo os interesses dos servidores administrativos.*

*II – Esse acerto, mesmo tendo sido ultimado sob os auspícios das entidades sindicais, tem seus efeitos restritos à interlocução informal, não podendo dele se extrair tenha sido conferido à Associação as prerrogativas reservadas às entidades sindicais pelo art. 8º da Constituição Federal e art. 4º da Lei nº 7.783/89.*

*III – A AFAPUC tomou a iniciativa de deflagrar a campanha salarial dos trabalhadores administrativos, entabulando para tanto sucessivas e infrutíferas negociações com a recorrente, ao fim das quais, em assembléia por ela convocada, deliberou-se a eclosão do movimento, na contramão do art. 4º da Legislação Extravagante, pelo qual essa iniciativa fora cometida exclusivamente aos sindicatos.*

*IV – Não se presta a relevar a flagrante ilegitimidade de representação dos trabalhadores para a deflagração da greve o fato de o presidente da AFAPUC ser membro da diretoria do sindicato-suscitante, uma vez que ele não se confunde com a pessoa jurídica de que faz parte, em virtude de ela gozar de personalidade jurídica própria.*

*V – Tampouco poder-se-ia admitir a higidez da eclosão do movimento, por deliberação da assembléia convocada pela associação, a partir da insinuação de que o seu presidente tivesse sido autorizado a tanto pelo sindicato de classe, pois essa autorização seria nula de pleno direito, por conta da indisponibilidade da prerrogativa conferida às entidades sindicais pelo art. 4º da Lei de Greve. Recurso provido para, acolhendo a preliminar de ilegitimidade da AFAPUC na representação dos trabalhadores para deflagração da greve, extinguir o dissídio sem exame do mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC.*

(Processo nº TST-RODC-20.218-2004-000-02-00 – Ac. SDC)

## JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-20218/2004-000-02-00.1, em que é Recorrente FUNDAÇÃO SÃO PAULO (Mantenedora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC) e é Recorrido SINDICATO DOS AUXILIARES DE ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR DE SÃO PAULO.

O TRT da 2ª Região, pelo acórdão de fls. 410/417, declarou a não-abusividade da greve, concedeu aos trabalhadores a estabilidade provisória de 90 (noventa) dias, a contar do julgamento do presente dissídio coletivo, e o reajuste salarial de 6,36% sobre os salários praticados em 29 de fevereiro de 2004, bem como a manutenção de todas as condições preexistentes.

Os embargos declaratórios interpostos às fls. 419/422 foram parcialmente acolhidos para, sanando omissão, rejeitar as preliminares argüidas pela suscitada.

Inconformada, a Fundação São Paulo – Mantenedora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo interpõe recurso ordinário às fls. 430/456, requerendo a concessão de efeito suspensivo, reiterando as preliminares de falta de atendimento ao requisito legal da negociação prévia, de ausência de legitimidade na representação dos trabalhadores para deflagração da greve e de falta de representatividade dos trabalhadores. Requer, ainda, a extinção do processo em razão de contradição de pedidos – econômico e social. No mérito, pretende a reforma do julgado, em relação à ilegalidade da greve, ao reajuste salarial e às cláusulas sociais preexistentes.

Despacho de admissibilidade às fls. 465.

Contra-razões apresentadas às fls. 468/476.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer de fls. 479/484, opina pela não-admissão do pedido de efeito suspensivo, pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

#### I CONHECIMENTO

Preenchidas as formalidades legais, o recurso merece conhecimento.

##### *1.1 Preliminar de ausência de legitimidade na representação dos trabalhadores para deflagração de greve*

Embora a preliminar de ausência de legitimidade na representação dos trabalhadores para deflagração da greve tenha sido suscitada posteriormente à da ausência de negociação prévia, impõe-se priorizar o seu exame, por causa da sua envergadura jurídica, na medida em que, segundo denuncia a recorrente, o

movimento paredista não foi deflagrado pelo sindicato de classe e sim pela Associação dos Funcionários Administrativos da PUC/SP.

Nesse sentido, afirma que o sindicato suscitante esteve ausente durante o processo de deflagração do movimento, contrariando a regra do art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.783/89. Registra que, apesar de reconhecer a diretoria da AFAPUC como interlocutora dos interesses dos trabalhadores, ficou comprovado que, ao se esgotarem as negociações internas, ela deixou de buscar a participação sindical para que se decidisse sobre o movimento grevista. Ressalta por fim que Anselmo Antônio da Silva, presidente da AFAPUC, conquanto membro da Diretoria do Sindicato Profissional, em momento algum se apresentara como tal, nem consta que o sindicato lhe teria conferido poderes de representação na condição de dirigente sindical.

Verifica-se da inicial a assertiva de que a recorrente tem por hábito negociar acordos coletivos de trabalho diretamente com a Associação dos Funcionários Administrativos da PUC/SP, naquilo que diz respeito aos interesses desses funcionários, muito embora integrem a categoria profissional representada pelo Sindicato dos Auxiliares de Administração Escolar de São Paulo – SAAESP. Esse fato é confirmado pela recorrente ao sustentar na defesa que reconhece a diretoria da AFAPUC como interlocutora dos interesses dos seus trabalhadores e que mantém com ela forte relacionamento interno, com quem tem chegado até mesmo a celebrar acordo coletivo interno com a assistência sindical.

Realmente, pela documentação dos autos se constata a existência de vários acordos internos de trabalho firmados entre a recorrente e a AFAPUC, com a intervenção de entidades sindicais, constando de todos eles cláusula no sentido do reconhecimento da referida associação como legítima representante dos Funcionários Administrativos da PUC/SP, da Fundação São Paulo e da FCSP.

Significa dizer ter havido entre a AFAPUC e a recorrente acerto para elegê-la interlocutora privilegiada nas negociações envolvendo os interesses dos funcionários administrativos. Esse acerto, mesmo tendo sido ultimado sob os auspícios das entidades sindicais, tem seus efeitos restritos à interlocução informal, não podendo dele se extrair tenha sido conferido à Associação as prerrogativas reservadas às entidades sindicais pelo art. 8º da Constituição Federal e art. 4º da Lei nº 7.783/89.

Em outras palavras, não obstante a AFAPUC fosse guindada à condição de interlocutora privilegiada junto à recorrente, não se pode deduzir daí lhe tenham sido delegadas as prerrogativas conferidas aos sindicatos, pela norma constitucional e legislação extravagante, no que concerne, sobretudo, à deflagração de movimento paredista, em razão do princípio da reserva legal, pois essa matéria acha-se confiada à lei em sentido estrito.

Pois bem, o que se colhe da documentação que instrui a inicial é que a AFAPUC tomou a iniciativa de deflagrar a campanha salarial dos trabalhadores administrativos, entabulando para tanto sucessivas e infrutíferas negociações com

a recorrente, ao fim das quais, em assembléia por ela convocada, deliberou-se a eclosão do movimento paredista, na contramão do art. 4º da Lei nº 7.783/89, pelo qual essa iniciativa fora cometida exclusivamente aos sindicatos.

Não se presta a relevar a flagrante ilegitimidade de representação dos trabalhadores para a deflagração da greve o fato de o presidente da AFAPUC ser membro da diretoria do sindicato-suscitante, uma vez que ele não se confunde com a pessoa jurídica de que faz parte, em virtude de ela gozar de personalidade jurídica própria. Tampouco poder-se-ia admitir a higidez da eclosão do movimento, por deliberação da assembléia convocada pela associação, a partir da insinuação de que o seu presidente tivesse sido autorizado a tanto pelo sindicato de classe, pois essa autorização seria nula de pleno direito, por conta da indisponibilidade da prerrogativa conferida às entidades sindicais pelo art. 4º da Lei de Greve.

Assinalado o vício inerente à gênese do movimento paredista, irrompido no âmbito dos trabalhadores administrativos da recorrente, sobressai a ilegitimidade da associação que o deflagrou, vício insuscetível de ser sanado com a anódina e curiosa iniciativa da entidade sindical de requerer a instauração do dissídio coletivo de greve.

Assim, patenteada a ilegitimidade da AFAPUC para capitanear o movimento então deflagrado, impõe-se a extinção do processo sem exame não só da sua pretendida não-abusividade, mas também da pauta de reivindicações, tendo em conta o que prescreve o art. 8º da Lei nº 7.783/89, a teor do art. 267, inciso VI, do CPC. No mais, embora com ressalva de entendimento pessoal, vem ainda a calhar, por analogia, o que preconiza a Orientação Jurisprudencial nº 12 da SDC do TST de que “não se legitima o sindicato profissional a requerer judicialmente a qualificação legal de movimento paredista que ele próprio fomentou”.

Do exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade de representação dos trabalhadores para deflagração da greve, pondo fim ao processo sem exame do mérito, na conformidade do art. 267, VI, do CPC.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolher a preliminar de ilegitimidade de representação dos trabalhadores para deflagração da greve, pondo fim ao processo sem exame do mérito, na conformidade do art. 267, VI, do CPC.

Brasília, 18 de agosto de 2005. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

## **COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. CONLUIO ENTRE AS PARTES**

*COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. EXECUÇÃO. ACORDO JUDICIAL. CONLUIO ENTRE AS PARTES*

## JURISPRUDÊNCIA

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. Daí 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 ruinosa, 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 contra-razões.

É o relatório.

## 1 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 Guarapiranga 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, tornarem-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 explicita 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, de 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 independentes 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*’ (grifei) (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. II, p. 370).

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 à 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, *de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça*.

Por fim, apenas por apego ao debate, o fato da previsão legal de intimação 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 com 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, balbuciação podem ser sintomas de que a parte ou a testemunha esteja falseando a verdade dos fatos. Paradoxalmente, contudo, atitudes de arrogância, de onisciência desassomburada, de respostas imediatas ou dadas quando a pergunta nem sequer foi feita podem ser indício de depoimentos industriados ou prolépticos.” (2. ed. *A sentença no processo do trabalho*. 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 elaborada 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, p. 33, jan./mar. 2003):

“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 transitada em julgado, o percentual de 6% a.a., não caberia, no acórdão recorrido, estipular seu cálculo à 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, RE 105012/RN, Rio Grande do Norte, 1ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 01.07.1988)

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.

## JURISPRUDÊNCIA

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.

### DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

*DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE ENTRE O MONTANTE ARBITRADO E O GRAVAME SOFRIDO PELO EMPREGADO. O critério a ser utilizado para o arbitramento do montante a ser pago em virtude do dano moral sofrido pelo empregado é de ser fixado, já que não há como se dimensionar com segurança o volume da ofensa sofrida; também não há como se quantificar o pagamento dessa ofensa, pois a dor moral não tem preço. Deve buscar o julgador, utilizando-se do princípio da equidade, razoabilidade e proporcionalidade a traduzir tais condenações, de modo que possa proporcionar a certeza de que o ato ofensor não fique impune, e que sirva de desestímulo a práticas que possam retirar do trabalhador a sua dignidade. No caso em que o valor da indenização a ser paga foi considerado sob o prisma da ofensa sofrida, em que o autor que já trabalhava há 17 anos na empresa foi exposto a humilhação decorrente de flagrante de prisão orquestrado pelo empregador. São irrelevantes, diante da extensão do dano sofrido, a remuneração do empregado e o cargo por ele exercido para chegar ao valor da condenação. A gravidade do ato ofensivo foi o bastante para convencer o julgador do valor atribuído. Não há como se verificar a ausência de proporcionalidade ou alterar o valor da condenação. No dano moral, na ausência de parâmetro, a avaliação deve ser feita em benefício da vítima. Embargos não conhecidos.*

*(Processo nº TST-E-RR-763.443/2001 – Ac. SBDI-1)*



## JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-763.443/2001.4, em que é embargante ITACAR – ITAPEMIRIM CARROS LTDA. e embargado GENINHO BELO DIAS.

A col. 4ª Turma desta Corte, mediante o v. acórdão às fls. 549/559, da lavra do Exmo. Sr. Ministro Milton de Moura França, não conheceu do recurso de revista da reclamada, afastando a alegação de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar ação envolvendo pedido de indenização por danos morais, rejeitando a preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, e não conhecendo do apelo em relação aos temas “suspeição – violação do art. 135, IV, do CPC” e quanto à “indenização por danos morais – cabimento – valor”.

A reclamada interpõe embargos à SBDI-1 (fls. 561-573). Alega que a Justiça do Trabalho não tem competência para julgar o pleito, apontando violação aos arts. 896 da CLT e 105, I, *d*, e 114 da Constituição Federal. Traz arestos a confronto com o fim de demonstrar que em conflito de competência o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a matéria é da competência da Justiça Comum. Sustenta que demonstrou conflito jurisprudencial. Insurge-se, ainda, em relação à aplicação da multa nos embargos de declaração, que, ao não ser afastada, violou os arts. 896, *a* e *c*, da CLT e 538 do CPC e 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. Suscita preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, indicando violação dos arts. 832 da CLT, 535 do CPC, 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição, além de contrariedade à Súmula nº 297 do TST. No mérito, aponta violação dos arts. 896 da CLT, 135, IV, e 538 do CPC, 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal e 159 e 1.553 do CC. Invoca contrariedade das Súmulas 126, 296 e 297, e Orientação Jurisprudencial nº 151, além de transcrever jurisprudência. Quanto à condenação em danos morais e ao valor da indenização, indica violação ao art. 896 da CLT em face de ter sido ofendido o art. 5º, V, da Constituição Federal.

Sem impugnação, conforme certidão de fl. 578.

Sem remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 82, II, do RITST.

É o relatório.

## VOTO

### I – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

#### *Razões de não-conhecimento*

O reclamante renova a nulidade do v. acórdão regional, por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que as questões suscitadas nos embargos de declaração opostos à v. decisão regional não foram devidamente enfrentadas, configurando notório cerceamento de defesa da parte, além de violar o devido

processo legal, com manifesta ofensa dos arts. 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 535 do CPC e contrariedade às Súmulas 151 e 297 e à Orientação Jurisprudencial nº 151 SBDI-1.

Quanto ao tema referente à suspeição da Exma. Juíza da MMª JCJ de origem, o Colegiado concluiu que:

“(...) o v. acórdão embargado já havia rejeitado a referida preliminar por entendê-la preclusa, nos termos dos arts. 653, 801 e 802 da CLT, seja porque não argüida junto à própria JCJ de origem, seja porque relativa a fato já conhecido e sucedida de atos processuais praticados pelas partes que consentiram tacitamente com a distribuição do feito àquela magistrada (v. fl. 394). Logo, era mesmo irrelevante, para o deslinde da controvérsia, qualquer apreciação de divergência jurisprudencial ou dos motivos concretos que levaram à argüição de nulidade pela reclamada, razão por que a rejeição dos embargos declaratórios, no particular, não implicou nenhuma negativa de prestação jurisdicional.”

Acerca da alegada omissão relativa ao exame da prova produzida, a col. Quarta Turma firmou o entendimento de que, não tendo a embargante alegado que os depoimentos e documentos dos presentes autos seriam suficientes para elidir o dano moral provado na outra ação, a sustentada omissão foi “mera tentativa da reclamada de submeter a nova apreciação do ilustre Juízo *a quo* o conjunto fático-probatório dos autos, já objeto anteriormente de exaustiva análise quando do julgamento do recurso ordinário. Inexistentes os vícios do art. 535 do CPC, na entrega da prestação jurisdicional, correta a rejeição dos declaratórios, porque inexistente qualquer negativa de prestação jurisdicional” (fls. 553).

Sobre a omissão relativa ao cargo do reclamante fundamentada pela embargante, a col. Quarta Turma entendeu que a reclamada não conseguiu demonstrar nas razões do recurso de revista a pertinência do tema para a solução da lide, visto que a ação versa tão-somente acerca da indenização por danos morais, sendo, portanto, irrelevante a função ou o salário do reclamante, já que estes não são critérios de fixação da indenização.

No que diz respeito aos critérios de fixação do valor arbitrado para a indenização por dano moral, o Colegiado concluiu que a embargante não conseguiu demonstrar nenhuma obscuridade no julgado *a quo*, limitando-se apenas a tecer considerações acerca da necessidade de a indenização ser arbitrada mediante Juízo de equidade. Entendeu ainda que:

“(...) no v. acórdão então embargado, foi consignado que o valor de R\$ 160.000,00 é razoável e proporcional ao gravame produzido pela reclamada (v. fl. 399, quarto parágrafo). Logo, o critério adotado pelo Regional, tal como exposto, situa-se exatamente no prestigioso universo da equidade, considerando-se a gravidade da acusação que foi imputada ao reclamante, circunstância evidenciadora da observância perfeita da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da indenização.”

## JURISPRUDÊNCIA

Plena, portanto, a prestação jurisdicional, deve ser confirmada a decisão da col. Turma, eis que realmente não se vislumbra a negativa ora alegada.

Ileso o art. 896 da CLT, bem como os arts. 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 do col. TST.

Ante o exposto, não conheço dos embargos.

### II – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

#### Razões de não-conhecimento

A col. Turma do TST não conheceu do recurso de revista no tópico relativo à incompetência da justiça do trabalho para apreciar o pedido de indenização por danos morais por entender que:

“A competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114 da Constituição Federal de 1988, estende-se aos conflitos decorrentes da relação de trabalho, entre os quais se encontra a indenização por dano moral. Aplicáveis, no particular, os óbices do Enunciado nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT, pois a decisão recorrida encontra-se em perfeita harmonia com a pacífica jurisprudência deste col. Tribunal Superior do Trabalho.” (fls. 551)

A embargante por sua vez, reitera a alegação de que compete ao juízo cível apreciação desta matéria, por tratar-se de direito personalíssimo do ofendido. Argumenta ainda que o direito à moral não guarda pertinência alguma com a relação de trabalho. Sustenta violação dos arts. 896 da CLT e 105, alínea *d*, inciso I, da Constituição Federal, trazendo arestos a confronto.

Não há mais controvérsia sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar dano moral, em razão da reiterada jurisprudência desta col. Corte, bem como do eg. STF, conforme já transcritos no acórdão da col. Turma.

Além do mais, não há possibilidade de ver examinada em sede de embargos à SDI, a jurisprudência do col. STJ, já superada, inclusive, pela reiterada jurisprudência do eg. STF:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR – CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – TRABALHO – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA DO TRABALHO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – CF, art. 114 – I – Embargos de declaração opostos à decisão singular do relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II – Ação de reparação de danos morais decorrentes da relação de emprego: competência da Justiça do Trabalho: CF, art. 114. Na fixação da competência da Justiça do Trabalho, em casos assim, não importa se a controvérsia tenha base na legislação civil. O que deve ser considerado é se o litígio decorre da relação de trabalho. III – Embargos de declaração convertidos em agravo

## JURISPRUDÊNCIA

regimental. Não-provimento deste.” (RE 421455-ED/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27.08.2004)

Registre-se, ainda, a Súmula nº 392 do col. 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 nº 327, DJ 09.12.2003)

Ante o exposto, afasta-se a alegada violação aos arts. 105, alínea *d*, inciso I, da Constituição Federal e 114 da Constituição Federal, restando intacto o art. 896 da CLT.

Não conheço.

### III – MULTA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

#### *Razões de não-conhecimento*

A col. Quarta Turma confirmou o entendimento do eg. Tribunal Regional, que não conheceu do recurso ordinário em relação à aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, pela MMª Vara, considerando que:

“O art. 538, parágrafo único, do CPC não foi violado, uma vez que, conforme registrado no v. acórdão do Regional, os embargos declaratórios opostos pela reclamada contra a r. sentença pretendiam reabrir a discussão da matéria decidida, o que era não apenas incabível, nos termos do art. 535 do CPC, mas também desnecessário, em razão do disposto no art. 515 do mesmo Código. Somente mediante reexame da sentença embargada, dos embargos declaratórios e da decisão subsequente poder-se-ia chegar a conclusão diversa da adotada pelo v. acórdão do Regional, o que é vedado na presente esfera recursal pelo Enunciado nº 126 do TST.” (fls. 557/558)

A embargante reitera a alegação de não ser devida a aplicação da multa, visto que não houve o caráter protelatório, quando da interposição dos embargos de declaração, e sim a utilização das garantias do contraditório e ampla defesa. Aponta violação dos arts. 896 da CLT, 538 do CPC e 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

Não se infere, outrossim, da decisão impugnada, qualquer afronta aos dispositivos apontados, pois em momento algum foram subtraídos da recorrente os meios inerentes ao exercício do contraditório e da ampla defesa insculpidos no referido preceito constitucional.

Ademais, a aplicação da multa do art. 538 do CPC é atribuição do julgador, quando entender que houve caráter protelatório no ato de recorrer. O eg. Tribunal Regional confirmou a multa aplicada em embargos de declaração pela MMª Vara

em razão de terem sido opostos os embargos para reexame da sentença, não havendo, portanto, que se falar em violação dos arts. 896 da CLT, 538 do CPC e 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

O aresto trazido não diverge da decisão da col. Turma, eis que em nenhum momento se vislumbra tenha havido o acolhimento dos embargos de declaração com o fim de prestar esclarecimentos.

Ante o exposto, não conheço dos embargos.

#### IV – VIOLAÇÃO DO ART. 135, IV, DO CPC

##### Razões de não-conhecimento

A col. Quarta Turma não conheceu do tópico em epígrafe no recurso de revista, conforme se extrai no v. acórdão:

“O recurso não prospera, no particular, por incidência do Enunciado nº 297 do TST, visto que não houve exame, pelo v. acórdão do Regional, a respeito da caracterização ou não das hipóteses previstas no art. 135, IV, do CPC no presente feito, nem poderia o ilustre Juízo *a quo* haver examinado tais fatos, em razão da preclusão, conforme corretamente consta do v. acórdão que rejeitou os embargos declaratórios da reclamada, no particular (v. fl. 415, segundo parágrafo).”

A embargante sustenta que a suspeição é um vício insanável e que não houve a referida preclusão, uma vez que esta só se configurou após a sentença. Aponta violação do art. 135, IV, do CPC.

O não-conhecimento do recurso de revista pela col. Turma teve como fundamento a preclusão da matéria determinada pela Corte *a quo*.

O eg. Tribunal Regional afastou a possibilidade de exame da suspeição da Juíza da MMª Vara por dois fundamentos: primeiro, com base no parágrafo único do art. 801 da CLT, já que a parte deixou de alegar a suspeição, praticando atos processuais que importaram no consentimento da pessoa da juíza, e segundo, com base nos arts. 802 e 653, *a*, da CLT, visto que a suspeição deve ser apreciada no Juízo de primeiro grau, sendo vedado ao Tribunal apreciar originariamente causa de suspeição.

Não se vislumbra, portanto, em face da preclusão, possibilidade de exame da alegada violação do art. 135, IV, do CPC.

Ressalte-se que não há qualquer contradição na fundamentação da col. Turma no sentido de que não houve negativa de prestação jurisdicional sobre o tema, na medida em que a preclusão, que impossibilita o exame do tema recursal, não importa em ausência de prestação jurisdicional.

Ante o exposto, não conheço dos embargos.

V – PREVALÊNCIA DA CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS E DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Razões de não-conhecimento

A col. Turma considerou correta a condenação por danos morais, tendo entendido que:

“As alegadas violações de dispositivos de lei e da Constituição Federal não autorizam o conhecimento da revista por incidência do Enunciado nº 126 do TST, uma vez que somente mediante reexame do conjunto fático-probatório dos autos poder-se-ia chegar a conclusão diversa da adotada pelo v. acórdão do Regional, quanto à não-participação da empresa nos atos que culminaram com a gravíssima acusação contra o reclamante. No que se refere à fixação do montante pecuniário para reparação do dano, igualmente o recurso não prospera. O dano moral deve ser arbitrado em função do padrão econômico e social da vítima e, em se tratando de empregado, sobretudo em função do reflexo na relação empregatícia, em face de futuros tomadores de seus serviços, ante a gravidade da agressão aos seus mais elevados sentimentos e valores morais, espirituais e profissionais. A estima e o respeito que o ser humano usufrui no meio da coletividade estão íntima e diretamente vinculados aos seus mais elevados valores morais e espirituais, virtudes que justificam seu viver e caminhar neste mundo, de forma que a indenização por dano moral, que deverá corresponder à gravidade da lesão, e não ser equivalente, por impossível a equivalência, deve, de um lado, significar uma justa compensação ao ofendido e, de outro lado, uma severa e grave advertência ao ofensor, de forma a inibi-lo ou dissuadi-lo da prática de novo ilícito da mesma natureza. Esse é o sentido pedagógico e punitivo que a indenização representa para o ofensor, enquanto que, para o ofendido, significa a minimização da dor sofrida em seu patrimônio moral.” (fls. 555/556)

A embargante sustenta que muitos dos constrangimentos sofridos pelo reclamante foram decorrentes de atos de terceiros, estranhos, portanto, à empresa reclamada. Afirma que não há nos autos comprovação da coação quanto à confissão do embargado na Delegacia. Aduz, ainda, que caso seja devida a indenização, o valor arbitrado é excessivo e que, sendo mantido, caracteriza o locupletamento indevido do embargado. Aponta violação dos arts. 5º, incisos II e LIV, da Constituição Federal e 159 e 1.553 do Código Civil.

Depreende-se dos autos que em reclamação trabalhista, objeto do acórdão de fls. 70/78, foi deferida ao reclamante rescisão indireta do contrato de trabalho, em face de ter sido vítima de flagrante orquestrado por diretores da empresa reclamada.

O Colegiado *a quo* esclareceu que o flagrante forjado determinou a prisão do reclamante, sendo ele absolvido, remetendo à seguinte conclusão da magistrada que prolatou a decisão na Vara Criminal:

## JURISPRUDÊNCIA

“O que denoto é que o flagrante foi preparado para que pudessem incriminar o acusado e arbitrariamente despedi-lo com justa causa.

O que realmente ocorreu, pelas provas carreadas nos autos, é que induziram o acusado a entrar no veículo e, após denunciá-lo para seu gerente, colocaram o dinheiro no bolso daquele, para que ficasse comprovado o furto do dinheiro.

É absurdo e vergonhoso que uma empresa daquele porte ainda se utilize desse tipo de subterfúgio para despedir um funcionário.

(...)

Por fim, verifico que não há crime a ser apurado e julgado. Ausentes a materialidade e, principalmente, a autoria.” (fls. 398/399)

Nesse sentido, ressaltou a Corte *a quo* que a reclamada não se dignou a produzir qualquer contraprova em relação aos fatos narrados pelo autor, e que “(...) houve transgressão do dever legal de respeitar o bem jurídico alheio ou do dever geral de não causar dano a outrem, desrespeitando a honra e a boa fama do obreiro, bens protegidos legalmente, conforme se infere do art. 483, e (...)”.

Entendeu, portanto, o eg. Tribunal Regional por manter a r. sentença, ao fundamento:

“Assim sendo, mantenho a sentença em sua inteireza, neste tópico, quanto ao valor fixado da condenação, inclusive, pois a estipulação é razoável e proporcional ao gravame produzido pela reclamada.” (fl. 399)

Há, portanto, firme entendimento no sentido de que efetivamente houve o dano moral e que o montante arbitrado era razoável e proporcional ao gravame produzido.

O dispositivo apontado por violado pela embargante, art. 5º, V, da Constituição Federal, trata do direito de resposta, proporcional ao agravo, assegurando a indenização por dano material, moral ou à imagem, e não se observa que o parâmetro utilizado pela col. Corte *a quo*, em face do gravame sofrido, denote qualquer desproporção.

A indenização arbitrada inicialmente – R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) foi alterada pelo Colegiado *a quo*, ao excluir da condenação perdas e danos, ficando estipulada a indenização em R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) considerada pela col. Turma, que entendeu que não houve inobservância do princípio da razoabilidade em relação ao montante da indenização, ante a gravidade da acusação.

Trata-se de tema tortuoso relacionado à proporcionalidade entre o dano sofrido à imagem e o valor a ser determinado pelo julgador, com o fim de indenizar o trabalhador pelo sofrimento moral injustamente causado por outrem.

A preocupação é pertinente. Não há como se dimensionar com segurança o volume da ofensa sofrida e também não há como se quantificar o pagamento dessa ofensa, a fixar o *pretium doloris*, pois a dor moral não tem preço. Deve buscar o

juiz, utilizando-se do princípio da equidade, razoabilidade e proporcionalidade, traduzir com moderação tais condenações em valores que possam proporcionar a garantia de que o ato ofensor não consagre a impunidade do empregador e que sirva de desestímulo a práticas que possam retirar do trabalhador a sua dignidade, ofendendo-lhe a honra.

A gravidade do ato considerado no presente caso é incontroversa. Trata-se de empregado que trabalhou durante dezessete anos na empresa e que foi demitido, após ter sido coagido e humilhado, em face de flagrante orquestrado pela empresa, que implicou sua prisão. Os constrangimentos, portanto, não podem ser mensurados (ato de algemar o trabalhador dentro do ambiente de trabalho, coação física e psicológica, utilização de subterfúgio pela empresa, tudo isso sem conteúdo de prova).

Embora haja necessidade de cautela no arbitramento da indenização do dano moral, no caso específico, não há desproporcionalidade ou ausência de razoabilidade no montante arbitrado.

Decisão do Tribunal de Justiça do Paraná traça parâmetro que deve ser observado na estipulação do montante:

“Ao magistrado compete estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da prudência e do bom senso e levando em estima que o *quantum* arbitrado representa um valor simbólico que tem por escopo não o pagamento do ultraje – a honra não tem preço –, mas a compensação moral, a reparação satisfativa devida pelo ofensor ao ofendido.” (TJPR, Ap. 19.411-2, Rel. Des. Oto Luiz Sponholz, Ac. 05.05.1992, in RT 66/206)

O Ministro Aguiar Dias se manifestou com exatidão ao tratar sobre a mensuração do dano, in *Da responsabilidade civil*:

“A condição de impossibilidade matemática exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar e, assim, beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas (Natur Der Sache).”

Assim sendo, ante os fatos narrados pelo eg. Tribunal Regional e pela col. Turma, o único parâmetro que se tem é a informação de que se trata de empresa de grande porte e que a estipulação “é razoável e proporcional ao gravame produzido pela reclamada” (fl. 399).

São irrelevantes, diante da extensão do dano sofrido, a remuneração do empregado e o cargo por ele exercido para chegar ao valor da condenação. A gravidade do ato ofensivo foi o bastante para convencer o juiz do valor atribuído.

Ante o exposto, não há como se verificar ofensa literal ao art. 5º, II e LIV, da Constituição Federal, muito menos aos arts. 159 e 1.533 do Código Civil.

A decisão recorrida está fundamentada em norma constitucional que garante a indenização por dano moral, nos termos do inciso V do art. 5º da CF/88.



O devido processo legal está sendo garantido à reclamada, e não se vislumbra locupletamento ilícito do empregado, em face exatamente da ampla defesa e do contraditório, por fim respeitado.

Ressalte-se que a col. Turma especificamente trouxe tese no sentido de ser irrelevante qualquer divagação acerca da função ou do salário do reclamante, pois não são critérios de fixação de indenização (fl. 553), adotando o entendimento de que a circunstância que evidenciou o valor arbitrado foi a gravidade da acusação que foi imputada ao reclamante e não foi demonstrada divergência jurisprudencial sobre o tema.

Não conheço dos embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em não conhecer dos embargos.

Brasília, 15 de agosto de 2005. *Aloysio Corrêa da Veiga*, relator.

## DANO MORAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

*DANO MORAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO ILÍCITO NO ÂMBITO INTERNO DE BANCO*

1. *O sigilo bancário, na definição da doutrina, é a obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados pertinentes a seus clientes, que, como consequência das relações jurídicas que os vinculam, sejam de seu conhecimento. Confunde-se, nesse sentido, com o dever de segredo profissional e constitui desdobramento do direito à privacidade, amparável pelo art. 5º, X, da CF e pela Lei nº 4.595/64.*

2. *Pretendeu-se conferir ao sigilo bancário dimensão constitucional específica, com proposta de emenda (PEC 139/84) que previa alteração do art. 153, § 9º, da Constituição Federal de 1967/69, com a seguinte redação: “É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base oponente para a tributação”. No entanto, foi a proposta rejeitada, permanecendo sob o pálio da tutela genérica do direito à intimidade, prevista na Carta Política de 1988.*

3. *Ora, o sigilo bancário tem por guardião o próprio banco, que registra as informações de movimentações feitas pelos seus correntistas, às quais seus gerentes e funcionários têm acesso pelo simples exercício de suas funções.*

## JURISPRUDÊNCIA

4. Assim, a quebra desse sigilo só pode se referir a pedido de acesso a informações bancárias formulado por entidade não bancária. E, como decorrência lógica, o ilícito só se dará se o banco fornecer os dados de que dispõe sem a necessária autorização judicial. Daí que, se o banco tem total conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, impossível se torna a materialização do ilícito de quebra de sigilo em relação ao próprio banco. Apenas se houver exteriorização da informação é que a quebra se materializará.

5. “In casu”, o TRT registrou que o pedido de indenização por dano moral formulado pela reclamante decorreu de auditoria interna do Banco em que trabalhava, amparada no art. 508 da CLT, pela qual foram emitidos extratos bancários dos empregados da agência em que estava lotada, para verificação da situação financeira de cada um. Consignou, outrossim, a decisão recorrida que não houve divulgação ou publicidade do conteúdo dos extratos. Esta última circunstância fática conduz à conclusão de que não houve quebra do sigilo bancário, já que o Banco não revelou a terceiros (entidades ou pessoas que não pertençam ao banco) o conteúdo dos extratos, o que afasta o direito à pretendida indenização.

*Recurso de revista conhecido e desprovido.*

*(Processo nº TST-RR-611-2003-029-12-00 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-611/2003-029-12-00.5, em que é Recorrente WANDERLI FERREIRA DA SILVEIRA e Recorrido BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A. – BANESPA.

### RELATÓRIO

“O TRT da 12ª Região, pelo acórdão de fls. 116/120, deu provimento ao recurso ordinário do reclamado para determinar a exclusão do pagamento dos danos morais decorrente da quebra de sigilo bancário.

O reclamante interpõe recurso de revista às fls. 126/128, com arrimo nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT. Aponta violação expressa de lei, bem como divergência com os arestos que traz para confronto.

A revista foi admitida pelo despacho de fls. 152/154.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 156/167.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno do TST.”

É o relatório, adotado na forma regimental.

VOTO

I – CONHECIMENTO

*Dano moral – Quebra de sigilo bancário*

Adoto os fundamentos do ilustre Ministro Barros Levenhagen quanto à prefacial de incompetência da Justiça do Trabalho e ao conhecimento do recurso de revista:

“Não se sustenta a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, para examinar pedido de indenização por dano moral, reiterada em contrarrazões, tendo em vista achar-se a matéria consolidada no âmbito desta Corte, por meio da OJ 327 da SBDI-1, segundo a qual, ‘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’.

O Colegiado de origem, afastando a configuração do dano moral decorrente da retirada dos extratos bancários, por ocasião da realização de auditoria no banco com o intuito de verificar a situação financeira dos funcionários, consignou:

‘A indenização por danos morais somente é devida quando o trabalhador tenha sofrido, por parte do seu empregador, tratamento humilhatório capaz de gerar seqüelas na vida profissional, tendo em vista que a honra e a imagem de qualquer pessoa são invioláveis (art. 5º, inc. X, da Constituição da República). No caso em tela, ainda que se admitisse a quebra de sigilo bancário, a reclamante não provou nenhum abalo sobre sua reputação ou seqüela moral decorrente desse fato, muito menos a ocorrência de um comportamento hostil, desrespeitoso e admoestador por parte do recorrido. Não houve divulgação do conteúdo dos extratos, porquanto a sua publicidade restringiu-se ao âmbito *interna corporis* do próprio Banco pagador, onde o demandante trabalha e tem conta corrente.’ (fls. 119)

A decisão recorrida ao registrar que a auditoria interna realizada pelo reclamado não gerou seqüelas na honra e imagem do autor perante terceiros, deixou claramente subentendida a tese da licitude da quebra do sigilo bancário. Afastada a incidência da Súmula nº 126 do TST, por não haver necessidade de reexame de fatos e provas, o recurso logra conhecimento, por divergência jurisprudencial, com o aresto de fls. 129, no qual se adotou a tese antagônica de a investigação da movimentação bancária, sem a autorização do titular, em decorrência da realização de inspeção interna, configura a quebra do sigilo bancário e caracteriza o dano moral.”

II – MÉRITO

*Dano moral – Quebra de sigilo bancário*

O sigilo bancário, na definição da doutrina, é a obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados pertinentes a seus clientes, que, como consequência das relações jurídicas que os vinculam, sejam de seu conhecimento. Confunde-se, nesse sentido, com o dever de sigredo profissional.

Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda, o bem protegido no direito ao sigilo é a “liberdade de negação, de oposição à divulgação”, como um desdobramento do direito à privacidade. Assim também o definiam os ilustres penalistas brasileiros Nelson Hungria e Magalhães Noronha, no sentido de que a estrutura essencial desse direito reside na faculdade de manter o sigilo e resistir à sua revelação (cf. Sacha Calmon Navarro Coelho, *Sigilo Bancário e Tributário*, in *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, 2001, p. 91-101).

Não obstante a controvérsia secular em torno do fundamento jurídico do sigilo bancário, o certo é que, no sistema jurídico brasileiro, constitui ele garantia legal, inteiramente disciplinada pela Lei nº 4.595/64, e em leis posteriores, que fixam o seu alcance e estabelecem exceções.

O art. 38, *caput*, da Lei nº 4.595/64 dispõe que:

“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.”

A maioria das exceções ao sigilo bancário consta dos parágrafos desse mesmo art. 38, relativamente às informações e documentos requeridos pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo, inclusive pelas comissões parlamentares de inquérito, e pelas autoridades fiscais, tendo a legislação posterior contemplado outras hipóteses ligadas às requisições do Ministério Público, assunto esse de amplo debate atualmente.

Entretanto, a Lei Complementar nº 105/01 – objeto de diversas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF – dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, autorizando, a exemplo do que ocorre na Itália e nos Estados Unidos, o acesso das autoridades fiscais às informações bancárias dos contribuintes, independentemente de autorização judicial, com o uso exclusivo pela Receita Federal para fins de constituição do crédito tributário, modificando, assim, o art. 38 da Lei nº 4.595/64.

A título comparativo, interessante mencionar que, nos Estados Unidos, o Fisco pode solicitar informações diretamente ao contribuinte ou ao banco. No entanto, o acesso aos dados é feito desde que o contribuinte autorize, podendo ele se opor (direito à negação da informação), propondo ação civil pública para sua anulação, na Corte Federal, e levando a Fazenda a recorrer ao Judiciário para a obtenção de

## JURISPRUDÊNCIA

tais informações (Kanabis, Dianne K. e Osteberg Júnior, Edward C. Sigilo Bancário nos EUA, *in Cahiers de Droit Fiscal Internacional*, p. 274-278).

Trata-se, portanto, de instituto legal, ao qual já se pretendeu conferir dimensão constitucional, com a proposta de emenda (PEC 139/84), que foi rejeitada, e que previa alteração do art. 153, § 9º, da Constituição Federal de 1967/69, com a seguinte redação: “É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base oponível para a tributação”.

É certo, porém, que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição Federal, direito esse que se revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Ora, o sigilo bancário tem por guardião o próprio banco, que registra as informações de movimentações feitas pelos seus correntistas. O acesso às contas é tão natural internamente que:

- a) os gerentes contactam com correntistas para recomendar aplicações ou avisar de saldos negativos e os funcionários dos bancos têm acesso a essas informações, por trabalharem com elas;
- b) as contas de empregados são monitoradas, para detectar emissão de cheques sem fundos, que são motivo de dispensa.

Temos como exemplos dessas duas situações os seguintes casos já julgados por esta Corte:

- a) não se divisoa quebra de sigilo bancário em hipótese inversa, em que o empregado se valeu de prova consistente em cópias de fitas de máquina registradora, com vista à comprovação de horário de entrada e saída para postular horas extras, que continham informações sobre movimentações bancárias de correntistas do banco (cf. TST-RR-698.861/00.6, Rel. Min. Ives Gandra, *in DJ* 15.03.2002).
- b) a exigência de preservação da imagem de idoneidade financeira por parte das instituições bancárias foi considerada como justificadora do controle de eventuais irregularidades financeiras cometidas pelos empregados de bancos, uma vez que o art. 508 da CLT elegeu como justa causa para os bancários a “falta contumaz de pagamento de dívidas exigíveis” (cf. TST-RR-350/2002-341-06-00.3, Red. Designado Min. João Oreste Dalazen, *in DJ* 20.05.2005).

Assim, a quebra desse sigilo só pode se referir a pedido de acesso a informações bancárias feito por entidade não bancária. E o ilícito só se dará se o banco fornecer os dados de que dispõe sem a necessária autorização judicial. Portanto, se o banco tem total conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, impossível se torna a materialização do ilícito. Apenas se houver exteriorização da informação é que a quebra se materializará.

## JURISPRUDÊNCIA

*In casu*, o TRT registrou que o pedido de indenização por dano moral formulado pela reclamante decorreu de auditoria interna, pela qual foram emitidos extratos bancários dos empregados da agência em que trabalhava, para verificação da situação financeira de cada um. Consignou, outrossim, o Regional que não houve divulgação ou publicidade do conteúdo dos extratos. Essa última circunstância fática conduz à conclusão de que não houve quebra do sigilo bancário, já que o Banco não revelou a terceiros (entidades ou pessoas que não pertençam ao banco) o conteúdo dos extratos.

Em precedente anterior, esta Turma havia entendido como passível de caracterização o dano moral por quebra de sigilo bancário por parte de banco em relação a contas de seus empregados (cf. TST-RR-951/2002-029-12-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, *in* DJ 01.07.1905). No entanto, o aprofundamento sobre a questão levou à reformulação de posicionamento.

Assim sendo, mantendo a decisão regional que afastou a condenação à indenização por dano moral, nego provimento ao recurso.

Isto posto,

Acordam os Ministros da eg. 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencido o Exmo. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen.

Brasília, 24 de agosto de 2005. *Ives Gandra Martins Filho*, redator designado.

## DIÁRIAS. INTEGRAÇÃO. SALÁRIO-BASE

*RECURSO DE EMBARGOS. DIÁRIAS. INTEGRAÇÃO. SALÁRIO-BASE. PROVIMENTO. Não se inclui no complexo salarial, nos termos do § 2º do art. 457 da CLT, as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% do salário do empregado. Se o legislador, no § 1º do art. 457, determina que integra o salário-base aquelas parcelas ali estipuladas (comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador), e no § 2º excluiu as diárias para viagem que não ultrapassam a 50% do salário, lógico é que o salário a ser utilizado como parâmetro do excesso ou não das diárias é o salário-base, sem o acréscimo de qualquer adicional.*

*(Processo nº TST-E-ED-RR-93.552-2003-900-04-00 – Ac. SBDI-I)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-93552/2003-900-04-00.6, em que é Embargante JOSÉ ALBERI MARINS e Embargada COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA – CEEE.

## JURISPRUDÊNCIA

A col. 4ª Turma, mediante a decisão prolatada às fls. 1553-1557, da lavra do Exmo. Juiz Convocado José Antonio Pancotti, conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada em que se discutiam diárias – integração no salário, por divergência jurisprudencial. No mérito, deu-lhe provimento para excluir da condenação a totalidade das diárias para viagens, quando não excedentes de 50% do salário, inserindo na base de cálculos as parcelas produtividade, quinquênio, anuênio e adicional de periculosidade.

Interpostos embargos de declaração pelo reclamante, pelas razões de 1589-1591, rejeitados, consoante decisão de fls. 1594-1596.

Inconformado o autor apresenta recurso de embargos, mediante as razões de fls. 1598-1603. Alega que o Colegiado, ao prover o recurso de revista da empresa, contrariou o disposto na Súmula nº 101 do TST, além de violar o art. 457, § 2º, da CLT. Alega que não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim com as diárias para a viagem que não excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado.

Sem impugnação, conforme certidão de fl. 1606.

A douta Procuradoria deixa de se manifestar, por força da Resolução Administrativa nº 322/96 do col. TST.

É o relatório.

### VOTO

#### DIÁRIAS PARA VIAGENS. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO DO EMPREGADO

##### *Conhecimento*

A col. 4ª Turma, mediante a decisão prolatada às fls. 1553-1557, da lavra do Exmo. Juiz Convocado José Antonio Pancotti, conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada em que se discutiam diárias – integração no salário, por divergência jurisprudencial. No mérito, deu-lhe provimento para excluir da condenação a totalidade das diárias para viagens, quando não excedentes de 50% do salário, inserindo na base de cálculos as parcelas produtividade, quinquênio, anuênio e adicional de periculosidade.

A ementa está assim redigida:

“DIÁRIAS – ALCANCE DO TERMO SALÁRIO DO ART. 457, § 1º, DA CLT – Segundo a melhor doutrina, constituem salário todas as parcelas, em pecúnia ou *in natura*, que provêm do empregador em contraprestação aos serviços do empregado. Difere-se da remuneração, na medida em que esta última é composta não só do próprio salário, como também de parcelas que provêm de terceiros, a exemplo das gorjetas. O Regional conclui que

as diárias excedentes de 50% do salário-base devem ser consideradas salário para todos os efeitos. Exclui aquela Corte as parcelas de produtividade, quinquênio, anuênio e periculosidade, para efeito de descaracterizá-las como verba salarial, e, conseqüentemente, afastá-las do cálculo das diárias. *Data venia*, está equivocada, uma vez que todas essas parcelas têm típica natureza salarial, e, como tal, devem ser computadas na base de cálculo das diárias. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.”

O reclamante embargou de declaração, quando a col. Turma entendeu:

“Com efeito, conforme expressamente registrado no acórdão embargado, o Regional fixou quadro fático segundo o qual as diárias recebidas pelo reclamante excedem a 50% do salário-base. A partir da interpretação do art. 457 da CLT, concluiu que, na definição de salário, para os efeitos do cálculo para a integração das diárias, não estão incluídas as parcelas: produtividade, quinquênio, anuênio e adicional de periculosidade. A controvérsia objeto do recurso de revista refere-se à interpretação do art. 457 da CLT, ou seja, alega, a reclamada, que no cálculo das diárias de viagem deve ser considerada a remuneração, e não o salário básico. Não se pode falar, portanto, em aplicação da Súmula nº 126 do TST, quando a controvérsia não está alicerçada na revisão do quadro fático definido no Juízo *a quo*, mas na interpretação de preceito de lei. Também não há omissão a ser sanada quanto ao art. 457 da CLT, pois ficou claro o posicionamento de que todas as parcelas pagas pelo empregador, em pecúnia ou *in natura*, como contraprestação dos serviços, constituem-se salário, pelo que as parcelas: *produtividade, quinquênio, anuênio e adicional de periculosidade possuem natureza salarial, devendo ser consideradas para o cálculo das diárias de viagem.*”

Nos presentes embargos, alega o autor que o Colegiado, ao prover o recurso de revista da empresa, contrariou o disposto na Súmula nº 101 do TST, além de violar o art. 457, § 2º, da CLT. Alega que ao se referir a salário a súmula e o dispositivo citado reportam-se ao salário base, e não ao completo salarial composto por todas as parcelas remuneratórias. Traz aresto a confronto no sentido de que deve ser utilizado como parâmetro o salário-base, sem o acréscimo de qualquer adicional.

Deste modo, o debate refere-se à integração de parcelas no salário, nos termos do art. 457 da CLT, restando demonstrado dissenso jurisprudencial a possibilitar o conhecimento do recurso de embargos, eis que, enquanto a col. Turma entendeu que as parcelas integram o salário para o fim de verificação do percentual de 50% do salário quanto ao pagamento das diárias, a decisão da col. Turma é no sentido de que somente é calculado sobre o salário-base.

Conheço dos embargos.

### MÉRITO

O *caput* do art. 457 da CLT dispõe que se compreendem na remuneração do empregado as gorjetas. Com isso, quis a norma legal que a remuneração seja o



salário *lato sensu* do empregado, abrangida toda e qualquer parcela de natureza salarial, com aquela contraprestação do serviço fornecida por terceiros que não o empregador.

No § 1º do art. 457 da CLT, o legislador determinou que integra o salário, não só importância fixa estipulada pelo empregador, ou seja, não apenas o salário-base, como também outras parcelas: as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador. É o que Martins Catharino denomina de complexo salarial.

Não se incluem no complexo salarial, nos termos do § 2º do art. 457 da CLT, as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% do salário do empregado.

Se o legislador, no § 1º do art. 457, determina que integra o salário-base aquelas parcelas ali estipuladas (comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador), e no § 2º excluiu as diárias para viagem que não ultrapassem a 50% do salário, lógico é que o salário a ser utilizado como parâmetro do excesso ou não das diárias é o salário-base, sem o acréscimo de qualquer adicional.

O art. 457, § 2º, da CLT, quando fala em salário, forma restrita de pagamento, não há que se confundir com remuneração. A leitura do dispositivo não permite interpretação ampla a se considerar o salário como todas as parcelas que o integram, como definido pela col. Turma, quando inseriu na definição de salário, para os efeitos do cálculo para a integração das diárias, também as parcelas produtividade, quinquênio, anuênio e adicional de periculosidade, o que ocasionou em aumento da base de cálculo, e por conseqüência, excluindo a possibilidade do valor da diária alcançar o *quantum* estabelecido na norma legal e na Súmula nº 101 do col. TST, a possibilitar a sua integração ao salário.

A Súmula nº 318 do col. TST dispõe:

“Diárias. Base de cálculo para sua integração no salário Tratando-se de empregado mensalista, a integração das diárias no salário deve ser feita tomando-se por base o salário mensal por ele percebido e não o valor do dia de salário, somente sendo devida a referida integração quando o valor das diárias, no mês, for superior à metade do salário mensal.”

Desta forma, deve ser provido o recurso para restabelecer o v. acórdão recorrido, que determinou como critério para apurar se o valor das diárias excedia ou não 50% do valor do salário do reclamante, o salário-base, de forma simples, sem acréscimo de qualquer adicional.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Rider Nogueira de Brito, em conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhes provimento para restabelecer o v. acórdão recorrido, que determinou como critério para apurar se o valor das diárias excedia ou não 50% do

valor do salário do reclamante, o salário-base, de forma simples, sem acréscimo de qualquer adicional.

Brasília, 7 de novembro de 2005. *Aloysio Corrêa da Veiga*, relator.

## **EMBARGOS. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA**

*EMBARGOS. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. HARMONIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO*

1. *No ordenamento jurídico, está explicitado, ao lado de outros direitos constitucionais do processo, o princípio da celeridade processual. Seu teor está especificado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.*

2. *Com fundamento no relacionamento entre princípios constitucionais do processo e regras jurídicas, a nulidade somente é declarada em última hipótese, quando todas as demais possibilidades de sua superação são esgotadas. A nulidade é, pois, restrita. Apenas ocorre, quando não está em consonância com a harmonização de princípios constitucionais e regras jurídicas, tendo-se sempre em vista a heterodeterminação positiva – ao estabelecer premissas de interpretação jurídica – e negativa – ao delimitar o campo de compreensão do direito – do Direito Constitucional e dos princípios dele decorrentes.*

3. *Por consequência: a) os princípios e garantias constitucionais do processo – a ampla defesa, o contraditório, a celeridade processual – e o princípio da instrumentalidade do processo delimitam a atividade judicial, que deverá sempre operar de modo a efetivar o escopo sócio-político-jurídico do processo; b) O duplo grau de jurisdição – que, contudo, não contém estatura constitucional direta – deve ser analisado em harmonia com os demais princípios e garantias constitucionais do processo, não podendo, por conseguinte, atentar contra essa harmonização, uma vez que a ofensa a princípios jurídicos em harmonia é, na verdade, uma ofensa a todo o ordenamento jurídico (princípio da unidade do ordenamento jurídico); c) não há ofensa direta ao duplo grau de jurisdição, quando analisado isoladamente; d) somente há ofensa direta a princípios e garantias do processo, se se verifica contrariedade à conclusão extraída da análise harmônica de princípios jurídicos e à finalidade do processo.*

4. *Assim sendo, em obediência ao art. 794, da CLT, assim como aos demais princípios constitucionais do processo, o acórdão embargado ofende o*

## JURISPRUDÊNCIA

*ordenamento jurídico ao determinar que os autos retornem ao primeiro grau, sem atentar para o fato de que o Tribunal “a quo” tinha elementos sólidos e suficientes para seu julgamento, sem que isso gerasse prejuízo às partes. Ademais, ofende, diretamente, o princípio constitucionalmente consagrado da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII); atenta contra o princípio da instrumentalidade do processo. Ao mesmo tempo, viola o princípio da ampla defesa e do contraditório, porquanto torna sem efeito todo o exercício desse direito ao longo do processo.*

*Embargos conhecidos e providos.*

*(Processo nº TST-E-RR-490.169/98 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-490.169/1998.5, em que é Embargante FRANCISCO ANTÔNIO RODRIGUES FERREIRA e Embargada ÉTOILE MODAS S/A.

A col. 5ª Turma deste Tribunal, em acórdão de fls. 212/214, por unanimidade, conheceu do recurso de revista da reclamada por violação ao art. 5º, LV da Constituição da República, e, no mérito, deu-lhe provimento, para determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, para serem examinados os demais pedidos da inicial.

A esse acórdão foram interpostos embargos de declaração, rejeitados, consoante acórdão de fls. 230/232.

Inconformado, o reclamante interpõe embargos à SBDI-1 (fls. 234/239), com fundamento no art. 894, b, da CLT. Afirma que o recurso de revista não merecia conhecimento, porquanto a ofensa ao art. 5º, LV da Carta Magna, suscitado na revista, é reflexa. Aduz que, para o conhecimento da revista, seria necessário o exame dos arts. 515, § 1º, do CPC e 769, da CLT, o que demonstra que a ofensa, se houvesse, seria indireta. Indica violação aos arts. 896, c, da CLT e 5º, LV, da Constituição da República.

Impugnação aos embargos às fls. 241/247.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, consoante o art. 82 do RITST.

É o relatório.

VOTO

### REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos recursos.

I – NULIDADE – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO-OCORRÊNCIA –  
PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO –  
HARMONIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO  
PROCESSO

a) *Conhecimento*

A col. 5ª Turma deste Tribunal, em acórdão de fls. 212/214, por unanimidade, conheceu do recurso de revista da reclamada por violação ao art. 5º, LV, da Carta Magna, e, no mérito, deu-lhe provimento, para determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, para serem examinados os demais pedidos da inicial. São estes seus fundamentos:

“A reclamada, em seu recurso de revista, sustenta a nulidade do julgado, a fls. 187/192, por entender que o Regional, ao reformar a sentença para reconhecer o vínculo empregatício entre as partes e deferir os pedidos elencados na petição inicial, incorreu em supressão de instância. Pleiteia, pois, o retorno dos autos à instância de primeiro grau, a fim de que, reconhecido o vínculo de emprego, julgue o restante das postulações do reclamante. Indica violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, bem como transcreve aresto.

Assiste razão à reclamada.

Se na sentença de primeiro grau não foi examinado o mérito dos pedidos relativos às parcelas rescisórias, não se exauriu o julgamento da lide. Nem a simplicidade do processo do trabalho, nem o princípio da celeridade autorizam o Tribunal a examinar a pretensão que não o fora na instância inferior, sob pena de supressão inadmitida do grau de jurisdição, com seu consectário do direito à ampla defesa e ao contraditório, a teor do art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1998.

*Data venia*, o Regional, quando afastou a impossibilidade jurídica do pedido, deveria ter determinado o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, para que fossem examinados, tudo em função do duplo grau de jurisdição. Se assim não faz e julga imediatamente o mérito, suprime uma instância, em contrariedade ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que contempla os princípios do devido processo legal, do contraditório e o da ampla defesa.

Conheço por violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

2 MÉRITO

2.1 Preliminar de nulidade por supressão de instância

Conhecido o recurso de revista por violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, a consequência é o seu *provimento*, a fim de

determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, para que sejam examinados os demais pedidos constantes da inicial.

Restam prejudicados os demais temas.” (fls. 213/214)

A esse acórdão, foram interpostos embargos declaratórios (fls. 218/221), que foram rejeitados pelo acórdão de fls. 230/232, aos seguintes fundamentos:

“Embargos de declaração tempestivos e subscritos por procurador habilitado.

Opõe embargos de declaração o reclamante contra o acórdão desta Turma (fls. 212/214). Afirma que houve omissão quanto à possibilidade de conhecimento do recurso de revista por violação reflexa e indireta de preceito da Constituição da República. Argumenta que a reclamada apenas apontou como violado o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, cuja afronta só poderia ser caracterizada ante a apreciação de norma de natureza infraconstitucional. Aponta violação aos arts. 832, 897, alínea *a*, da CLT, 93, incisos IX e 5º, incisos II e LV da Constituição da República.

Todavia, não procede o inconformismo.

A Quinta Turma, no acórdão embargado, reconheceu a ofensa direta ao art. 5º, inciso LV, diante dos fundamentos assim expendidos:

(...)

Verifica-se que a matéria objeto dos presentes embargos de declaração foi devidamente analisada. O art. 5º, inciso LV, da Constituição da República assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, outro não pode ser o entendimento, que não o conhecimento do recurso de revista por violação direta e inequívoca ao mencionado dispositivo da Constituição da República, em face da supressão de instância caracterizada, que implica flagrante desrespeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, o embargante não demonstrou qualquer omissão no julgado, limitando-se a manifestar o inconformismo com o *decisum*. As razões em exame, nos embargos de declaração opostos, revelam nítido caráter infringente, não se configurando quaisquer das hipóteses dos art. 535 do CPC e 897-A da CLT.

Logo, não se tratando de omissão no julgado ou de quaisquer dos vícios mencionados, não prosperam os presentes embargos de declaração.

Embargos de declaração *rejeitados*.” (fls. 231/232)

Inconformado, o reclamante interpõe embargos à SBDI-1 (fls. 234/239), com fundamento no art. 894, *b*, da CLT. Afirma que o recurso de revista não merecia conhecimento, porquanto a ofensa ao art. 5º, LV da Carta Magna, suscitado na revista, é reflexa. Aduz que, para o conhecimento da revista, seria necessário o exame dos arts. 515, § 1º, do CPC e 769 da CLT, o que demonstra que a ofensa, se

houvesse, seria indireta. Indica violação aos arts. 896, c, da CLT e 5º, LV, da Constituição da República.

Razão assiste ao embargante.

Ao se analisar o acórdão regional, verifica-se que o Tribunal, reconhecendo o vínculo de emprego, reformou a sentença e deu parcial provimento ao recurso do reclamante, deferindo-lhe verbas trabalhistas. É este o teor do dispositivo:

“Acordam os Juízes da Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, em conclusão de julgamento, por unanimidade, em *dar provimento parcial* ao recurso, para julgar a ação procedente em parte, reconhecendo a relação de emprego, condenada a reclamada a anotar a carteira de trabalho do reclamante com o período pedido na inicial, pagando-lhe o aviso prévio, a multa do art. 477 da CLT, férias (em dobro, simples e proporcionais) e décimos terceiros salários do período não prescrito, a regularizar os depósitos no FGTS e a liberá-los com a multa de lei, tudo na conformidade do voto.” (fl. 180)

Percebe-se que o Tribunal *a quo*, ao examinar a matéria, sentiu-se, desde logo, apto a conhecer do mérito e deferir as verbas pleiteadas. Assim o fez, porque tinha, em seu poder, todos os elementos materiais, fáticos, para proceder ao julgamento.

Assim é que, examinando amplamente a prova produzida, indeferiu as horas extras e deferiu a anotação da CTPS, verbas rescisórias, férias, 13º salário.

De fato, constata-se que, no juízo de primeiro grau, foi realizada, assegurada a ampla defesa e o contraditório, toda a instrução probatória, formando-se todos os elementos necessários factuais para o julgamento. Ao mesmo tempo, a lide foi delimitada, estabelecendo as questões decorrentes da controvérsia.

Não há, por conseguinte, como conceber a nulidade do acórdão regional, uma vez que não realizou qualquer atividade contrária aos preceitos do ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico, está explicitado, ao lado de outros direitos constitucionais do processo, o princípio da celeridade processual. Seu teor está especificado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Evidencia-se, pois, que a celeridade do processo é uma garantia constitucionalmente prevista, que deve ser sempre assumida na premissa da atuação judicial.

Ao mesmo tempo, na contemporânea teoria do processo, cada vez mais, instaura-se a concepção de que tem ele o claro intuito de realizar seu escopo sócio-político-jurídico de modo efetivo, pacificando socialmente de modo célere os conflitos. É esse o conteúdo do princípio da instrumentalidade do processo, tão bem desenvolvido na obra *A instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco:

“O *equilíbrio de exigências conflitantes*, que compete à técnica processual, consiste na coordenação dos diversos escopos do processo. Fala-se em exigências de *justiça e celeridade*, ou de *celeridade e ponderação*, mas sempre o que se tem é isso: a necessidade de dotar o processo de meios tais que ele chegue o mais rapidamente possível a proporcionar a pacificação social no caso concreto (é o seu escopo social magno), sem prejuízo da qualidade da decisão. A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, penhor da justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para a do *due process of law*) é predisposta à efetiva fidelidade aos desígnios do direito material.

(...)

*A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo.* O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’ (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 390/391).”

No intuito de estabelecer as premissas dessa harmonização de princípios – que equilibra os da ampla defesa e do contraditório com a celeridade processual e a instrumentalidade, além de outras garantias processuais –, estão previstas várias regras no ordenamento jurídico. É exemplo o art. 794 da CLT, que prescreve: “nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”, regra que está também expressa no art. 249, § 1º, do CPC: “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”. Ao mesmo tempo, o art. 515, § 3º, do CPC estabelece que, “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. Todas essas regras legais, como se infere, têm o nítido propósito de dar concreção à ponderação de princípios constitucionais do processo, efetivando-se o escopo social de pacificação de conflitos de modo célere”.

Percebe-se, pois, no âmbito desse relacionamento entre regras e princípios constitucionais do processo, que a nulidade somente é declarada em última hipótese, quando todas as demais possibilidades de sua superação são esgotadas. Apenas

## JURISPRUDÊNCIA

quando, na compreensão abrangente do ordenamento jurídico e de toda construção normativa não se consegue encontrar uma saída, a nulidade deve ser declarada. Por conseguinte, a nulidade é delimitada, restrita. Apenas ocorre quando não está em consonância com a harmonização de princípios constitucionais e regras jurídicas, tendo-se sempre em vista a heterodeterminação positiva – ao estabelecer premissas de interpretação jurídica – e negativa – ao delimitar o campo de compreensão do direito – do Direito Constitucional e dos princípios dele decorrentes.

Ao assumir essa premissa – a nulidade somente é declarada em última hipótese e, como encontrado na regra estabelecida no art. 794 da CLT, desde que haja prejuízo às partes –, não se verifica a nulidade do acórdão regional. Não há como conceber que ocorreu supressão de instância, porquanto o princípio do duplo grau de jurisdição tem de ser compreendido dentro da premissa abrangente do ordenamento jurídico e estabelecido em consonância com os demais princípios processuais configurados constitucionalmente. Algumas conclusões podem ser aferidas a partir dessa análise principiológica:

Os princípios e garantias constitucionais do processo – a ampla defesa, o contraditório, a celeridade processual – e o princípio da instrumentalidade do processo delimitam a atividade judicial, que deverá sempre operar de modo a efetivar o escopo sócio-político-jurídico do processo.

O duplo grau de jurisdição – que, contudo, não contém estatura constitucional direta – deve ser analisado em harmonia com os demais princípios e garantias constitucionais do processo, não podendo, por conseguinte, atentar contra essa harmonização, uma vez que a ofensa a princípios jurídicos em harmonia é, na verdade, uma ofensa a todo o ordenamento jurídico (princípio da unidade do ordenamento jurídico).

O princípio do duplo grau de jurisdição não pode ser analisado de modo dogmático, isolado. Deve-se repudiar a idéia de um princípio que tem valor em si mesmo. Na verdade, o princípio do duplo grau de jurisdição deve ser empregado sempre tendo em vista a sua possibilidade de permitir a obtenção de máximos resultados firmados no escopo do processo, isto é, a pacificação social.

Não há ofensa direta ao duplo grau de jurisdição, quando analisado isoladamente. Somente há ofensa direta a princípios e garantias do processo, se se verifica: a) contrariedade à conclusão extraída da análise harmônica de princípios jurídicos e b) atentado contra a finalidade do processo.

Assumidas essas premissas, constata-se que o Tribunal *a quo*, tendo elementos suficientes e necessários para o exame do mérito, julgou em sintonia com os princípios e garantias do processo. Como antes mencionado, no juízo de primeiro grau, foi realizada ampla instrução, tendo as partes realizado a defesa e o contraditório. Essa oportunidade foi também exercitada no âmbito do Tribunal, cuja competência é rever os atos do juízo de primeiro grau.

Se não há prejuízo às partes – e, de fato, se o Tribunal tinha todos os elementos para realizar o exame do mérito e tiveram as partes a oportunidade de explicitar seu



posicionamento ao longo do processo –, não há por que se declarar a nulidade por supressão de instância. O princípio do duplo grau de jurisdição, como antes mencionado, não pode ser assumido em seu grau estritamente dogmático; ele deve ser compreendido dentro de um todo abrangente.

Sem a compreensão dessa inserção no âmbito complexo do ordenamento jurídico e sem o entendimento do princípio de sua unidade, não há sequer falar em ofensa direta, reflexa. Simplesmente, não viola o princípio do duplo grau de jurisdição, se os demais princípios constitucionais não forem também ofendidos. É este o raciocínio que deve ser tomado: não há conflito, mas harmonia de princípios e a interpretação devem assumir essa premissa na aplicação do direito.

Assim sendo, em obediência ao art. 794 da CLT, assim como aos demais princípios do processo – ampla defesa, celeridade, devido processo legal, instrumentalidade, contraditório –, ofende o ordenamento jurídico desejar que, muito embora o Tribunal *a quo* tenha analisado o mérito da lide tendo como base elementos sólidos e suficientes para seu julgamento, os autos retornem ao primeiro grau. É um claro sinal de que o processo está se esquecendo de seu fim – a pacificação social – e se perpetuando em um debate jurídico desnecessário. Ofende, diretamente, o princípio constitucionalmente consagrado da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII); atenta contra o princípio da instrumentalidade do processo. Ao mesmo tempo, viola o princípio da ampla defesa e do contraditório, porquanto torna sem efeito todo o exercício desse direito.

Por fim, enfraquece-se o processo, uma vez que deixa de prestar sua “fidelidade aos designios do direito material” (DINAMARCO, *idem*, p. 390), ao assumir uma postura dogmática sobre princípios jurídicos.

Por conseqüência, como o acórdão embargado não analisou a ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição, tendo-se em vista toda essa abrangência de princípios e, ao mesmo tempo, sem atentar para a pertinência do art. 794 da CLT, conclui-se que não há ofensa direta a dispositivo constitucional, tampouco reflexa, porque assumido em sua isolada disposição no ordenamento jurídico.

Afinal, o princípio do duplo grau de jurisdição, que, em princípio, não tem *status* constitucional, somente pode ser violado e, por conseguinte, ensejar a nulidade quando: 1) se harmonizar com os demais princípios constitucionais do processo; 2) se verificar claro prejuízo às partes e atentar contra a finalidade do processo.

Se nenhuma das hipóteses ocorre, há equívoco no acórdão embargado.

Ante o exposto, conheço dos embargos, por violação aos arts. 896, c, da CLT e 5º, LV, da Constituição da República.

#### b) Mérito

Como conseqüência do conhecimento por violação a dispositivo legal, dou provimento aos embargos, para, afastada a preliminar de nulidade por supressão de instância, determinar o retorno dos autos à col. Turma para que aprecie o recurso de revista, como entender de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Ministro João Batista Brito Pereira, em conhecer dos embargos por violação ao art. 896, c, da CLT e 5º, LV, da Constituição da República e, no mérito, por unanimidade, dar-lhe provimento, para, afastada a preliminar de nulidade por supressão de instância, determinar o retorno dos autos à col. Turma para que aprecie o recurso de revista, como entender de direito.

Brasília, 3 de outubro de 2005. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

## **EMBARGOS. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

*EMBARGOS. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA TURMA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A Turma enfrentou todas as questões suscitadas pelo embargante, e ainda esclareceu os pontos considerados omissos nos embargos declaratórios, não se configurando a negativa de prestação jurisdicional. Ausência de violação dos arts. 832 da CLT e 93, inciso IX, do CPC. 2. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART 896, ALÍNEA "A". ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO ARESTO QUE DEU ENSEJO AO CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. No que se refere à alegação que o aresto é oriundo do mesmo Tribunal Regional, e por isso não existe a divergência jurisprudencial suscitada, cabe salientar que a exigência contida na alínea a, do art. 896 consolidado, pela qual a divergência há de se dar com arestos de outros Tribunais Regionais foi introduzida pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998, enquanto que o recurso de revista foi interposto em data anterior à vigência da referida lei, ou seja, 03.11.1997, portanto, plenamente servível ao conhecimento do apelo (item 111 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 da Corte). Com relação à inespecificidade do aresto acostado no recurso de revista, não há como se acolher a pretensão do embargante, já que a Turma, após examinar as premissas concretas de especificidade, entendeu que o aresto era específico, ou seja, possibilitava o conhecimento da revista. Neste particular, esta SBDI entende não violar o art. 896 da CLT decisão de Turma que, após analisar as premissas concretas de especificidade da divergência colacionada, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso (item nº 37 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 da Corte). 3. NULIDADE DO ACÓRDÃO EMBARGADO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E PELA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, INCISO LV, DA CFB/88 E 515 DO CPC. Não ocorreu supressão de instância, porque não consta do processo discussão sobre a existência ou não de vínculo entre as*

*partes, mas, sim, quanto à sua natureza – se empregatícia ou administrativa, questão que precisava ser definida, uma vez que a discussão voltava-se à incompetência da Justiça do Trabalho. Incólumes os arts. 5º, inciso LV da CFB/88 e 515 do CPC. Não se configura a divergência específica. 4. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EMPREGADO DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, INCISOS XXXVI, 125, § 1º, 114 E 236, § 1º, DA CFB/88, 6º DA LICC, 7º DA CLT, 48 DA LEI Nº 8.935/94, 10 DO DECRETO Nº 2.173/97, 106, 144, § 5º, 206, “CAPUT” E §§ DA CFB/67, COMA REDAÇÃO DADA PELA EC 69. O “caput” do art. 236 da Carta Constitucional contém norma auto-aplicável ou auto-executável quanto ao exercício privado dos serviços notariais e registrais, dispensando regulamentação por lei ordinária. A expressão “caráter privado” expressa no texto da Carta Mandamental revela a exclusão do Estado como empregador e não deixa dúvidas quanto à adoção do regime celetista, pelo titular do Cartório, quando contrata seus auxiliares e escreventes antes mesmo da vigência da Lei Regulamentadora nº 8.935/94. Ocorre que, como pessoa física que é, o titular do Cartório equipara-se ao empregador comum, ainda mais quando é notório que a entidade cartorial não é ente dotado de personalidade jurídica. Assim, no exercício de uma delegação do Estado, porque executa serviços públicos, é o titular quem contrata, assalaria e dirige a prestação dos serviços cartoriais, como representante que é da serventia pública. Convém destacar que o titular desenvolve também uma atividade econômica, uma vez que aufere a renda decorrente da exploração do cartório. Competente, pois, a Justiça do Trabalho para apreciar e julgar o presente feito, nos termos do art. 114 da Carta Magna.*

*Embargos não conhecidos.*

*(Processo nº TST-E-RR-474.069/98 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-474.069/1998.0, em que é Embargante CARTÓRIO DO REGISTRO CIVIL SANTA CRUZ – 2º SUBDISTRITO e Embargada HELOÍZA HELENA BEROZZI BUSON.

A 5ª Turma da Corte, em processo oriundo do 15º Regional, por intermédio do acórdão de fls. 711-718, conheceu do recurso de revista apenas quanto ao tema “Competência da Justiça do Trabalho para apreciar Demanda de Serventuário de Cartório”, por divergência jurisprudencial, por violação dos arts. 2º e 3º da CLT; 114, *caput* e 236 da CFB/88. No mérito, deu-lhe provimento para afastar o reconhecimento de ofício da incompetência absoluta desta Justiça do Trabalho, *ratione materiae*, decretada pela Corte de origem, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional da 15ª Região, para que julgue o mérito da questão relativa às verbas de natureza trabalhista, como entender de direito.

## JURISPRUDÊNCIA

Embargos declaratórios opostos pelo reclamado (fls. 720-726), que foram acolhidos para prestar os esclarecimentos constantes do voto do relator (fls. 729-732).

O reclamado interpõe embargos à Seção Especializada em Dissídios Individuais (fls. 801-865), e postula a reforma do julgado.

Impugnação às fls. 993-1018. (Preliminar de deserção).

O processo não foi enviado à Procuradoria-Geral, para emissão de parecer, pela ausência de obrigatoriedade (RI/TST, art. 82, inciso I).

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Preliminar de impossibilidade jurídica*

A embargante alega que a interposição dos embargos é juridicamente impossível, na forma do art. 893, § 1º, da CLT, porque foi determinado o retorno do processo ao TRT/Campinas para julgar o mérito da lide.

Não lhe assiste razão.

É entendimento assente da Corte, consubstanciado na Súmula nº 214, *verbis*:

“Nº 214 – Decisão interlocutória. Irrecorribilidade. *Nova redação.*  
*Res. 121/03, DJ 21.11.2003*”

Na Justiça do Trabalho, as decisões interlocutórias somente ensejam recurso imediato quando suscetíveis de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal ou na hipótese de acolhimento de exceção de incompetência, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante disposto no art. 799, § 2º, da CLT.”

Por se tratar, o presente apelo, de impugnação para o mesmo Tribunal, não se há de falar que a interposição dos embargos é juridicamente impossível.

Rejeito.

##### *1.2 Preliminar de não-conhecimento dos embargos por deserção, argüida em contraminuta*

A embargada postula seja declarado deserto o recurso de embargos, pelo argumento que o embargante não complementou o valor do depósito recursal.

Não lhe assiste razão.

## JURISPRUDÊNCIA

O valor da condenação foi fixado em CR\$ 3.000.000,00, que, convertidos para Real, importa no montante de R\$ 1.909,09, exatamente o valor recolhido pelo embargante, conforme se constata à fl. 866. Uma vez depositado o valor da condenação, nenhum depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, salvo se o valor da condenação vier a ser ampliado (Instrução Normativa nº 03/93, item II, alínea a).

Rejeito.

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos dos embargos.

### *1.3 Preliminar de nulidade do acórdão da Turma por negativa de prestação jurisdicional*

O embargante aduz que o acórdão embargado, ao deixar de se manifestar sobre as questões suscitadas nos embargos declaratórios, incorreu em omissão e violou o art. 5º, incisos XXXV e LIV, e o art. 93, inciso IX da CFB/88, além do art. 832 da CLT porque, não obstante tivesse apontado omissões quanto a diversas questões levantadas nas contra-razões da revista, não foram analisadas ou sequer esclarecidas, em virtude de a Turma não ter emitido tese específica, ao não se manifestar.

É entendimento assente da Corte, consubstanciado no item 115 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1, que, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, admite-se o cabimento do recurso por violação do art. 832 da CLT, ou do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CFB/88. A preliminar, pois, há de ser examinada pela alegação de violação dos arts. 832 da CLT e 93, inciso IX da CFB/88.

A Turma enfrentou todas as questões suscitadas pelo embargante, e ainda esclareceu os pontos considerados omissos nos embargos declaratórios, conforme se constata às fls. 730-732, *verbis*:

“Contudo, em que pese o inconformismo, não se tem como reconhecer qualquer vício no julgado.

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade por supressão de instância, tem-se que tal não ocorreu, em face de não constar dos autos discussão acerca da existência ou não de vínculo entre as partes, mas, sim, quanto à sua natureza se empregatícia ou administrativa –, verdadeira pedra de toque da questão, e que de uma forma ou de outra necessitava ser definida (considerando os aspectos fáticos e jurídicos do caso), uma vez que a discussão voltava-se à incompetência desta Justiça Especializada.

No mais, conforme os fundamentos expostos às fls. 713/717, tem-se que o r. julgado ora embargado, de forma objetiva, alicerçou a sua conclusão no disposto no art. 236 da CF/88, de aplicação que dispensa regulamentação por lei ordinária, no sentido de que os serviços notariais e de registro são

exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público e que mesmo antes do advento da Lei nº 8.935/94, o regime adotado pelos cartórios para a contratação de auxiliares e escreventes era o celetista, isto porque o verdadeiro empregador é o titular da serventia extrajudicial e não o Estado – que, no exercício de delegação estatal, contrata, assalaria e dirige a prestação laboral, equiparando-se, nesta condição, ao empregador comum, ainda mais porque auferire lucros decorrentes da delegação.

Assim, com a delegação da atividade extrajudicial, a serventia passa a ter autonomia, a partir do momento em que ocorre a titularização do serviço na pessoa do notário ou registrador, que passa a responder pelos débitos trabalhistas oriundos dos serventuários por ele dirigidos.

No mais, considerando os fundamentos esposados pelo v. acórdão ora atacado, tem-se que as violações legais e constitucionais não rebatidas explicitamente não prejudicam a conclusão do julgado, em face do contido no art. 236 da Carta Magna, acima analisado, e, especialmente, no art. 114 do mesmo diploma constitucional, que atribuiu à Justiça do Trabalho, sem qualquer exceção, a competência para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, inclusive os entes de direito público externo e da administração indireta dos Municípios, Distrito Federal, dos Estados e da União e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho e, ainda, os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

A propósito, é válido trazer-se à lume trecho de acórdão proferido pelo eg. Supremo Tribunal Federal, que, em caso semelhante, apreciando conflito de competência, deixou dito que, *verbis*:

‘(...) O regime especial dos serventuários não remunerados pelos cofres públicos não é bastante, no caso, a subtraí-los do âmbito da Justiça do Trabalho. O fato das contratações, no regime da Lei nº 6.750/79, art. 78, V, não é suficiente a modificar o sistema jurídico regente da relação empregatícia, que é o da CLT. A fiscalização da Corregedoria-Geral da Justiça sobre os serviços dos ofícios extrajudiciais não basta a retirar as disputas, de índole empregatícia, com o titular do Cartório, da área de competência da Justiça do Trabalho. Se é certo que, em mandado de segurança, impetrado por serventuário contra ato do Corregedor-Geral, a competência é da Justiça Comum, a razão decorre de se ter em conta a autoridade coatora. Também a anterior invocação do art. 110 da Emenda Constitucional nº 1/69, no caso, não guardava pertinência com os litígios trabalhistas da natureza do presente. Cuidava-se, aí, de servidores federais regidos pela CLT, que tinham o foro da Justiça Federal de primeiro grau para o processo e julgamento das reclamações contra a União, autarquias e empresas públicas. Já no regime da Emenda Constitucional nº 1/69, as reclamações de servidores estaduais ou do Distrito Federal, regidos pela CLT, haveriam de processar-se e julgar-

se na Justiça do Trabalho. Cresce de ponto a conclusão no sentido da Justiça do Trabalho, na espécie, à vista do art. 114 da Constituição, eis que o reclamante move ação trabalhista contra o titular do ofício, único responsável por quaisquer indenizações ou pagamentos devidos, sendo o regime jurídico de emprego o da CLT. A fiscalização da Corregedoria-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios, quanto ao funcionamento dos Cartórios, não trasmuda, à evidência, a natureza do vínculo empregatício trabalhista sujeito à CLT. No mesmo sentido, a norma do art. 236 da Constituição de 1988, quanto à natureza dos serviços notariais, ainda mais reforça a conclusão do suscitante e do parecer da Procuradoria-Geral da República. Do exposto, conheço do conflito e dou pela competência do eg. Tribunal Superior do Trabalho, suscitado.’ (CJ 6964/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, publicação: DJ 10.04.1992, p. 04797, Julgamento: 19.06.1991, Tribunal Pleno)

Por fim, registre-se a impertinência do Enunciado nº 123/TST ao caso em concreto, uma vez que disciplina hipótese diversa, de instituição de regime jurídico único, em se tratando de Estado ou Município, enquanto que no caso dos autos a prestação dos serviços pelo reclamado, mesmo que delegados pelo Poder Público, tem caráter eminentemente privado.

Ao exposto, conheço dos embargos e os acolho tão-somente para a prestação de esclarecimentos.”

Não se há de falar em negativa de prestação jurisdicional e, conseqüentemente, em violação dos arts. 832 da CLT e 93, inciso IV, da CFB/88.

Não conheço dos embargos, pela preliminar.

*1.4 Recurso de revista. Conhecimento. Violação do art. 896, alínea “a”.  
Alegação de inexistência da divergência jurisprudencial do aresto que deu ensejo ao conhecimento do recurso de revista*

O embargante aponta violação do art. 896, alínea *a*, da CLT. Aduz que o referido preceito legal determina taxativamente que a divergência jurisprudencial deve ser da interpretação dada por outro Tribunal Regional. No entanto, o acórdão de fls. 606/607 é oriundo do mesmo Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região) e da mesma cidade originária desta ação (Campinas), pelo que não preenche as exigências previstas no artigo consolidado, não existindo a divergência jurisprudencial suscitada.

Alega também que a divergência suscitada não revela teses conflitantes sobre matérias idênticas (Súmula nº 296/TST), e não trata de matéria idêntica à discutida neste processo.

No que se refere à alegação que o aresto é oriundo do mesmo Tribunal Regional, e por isso não existe a divergência jurisprudencial suscitada, cabe salientar que a exigência contida na alínea *a* do art. 896 consolidado, pela qual a divergência há de se dar com arestos de outros Tribunais Regionais foi introduzida pela Lei nº

9.756, de 17.12.1998, enquanto que o recurso de revista foi interposto em data anterior à vigência da referida lei, ou seja, 03.11.1997, portanto, plenamente servível ao conhecimento do apelo (item 111 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 da Corte).

Com relação à inespecificidade do aresto acostado no recurso de revista, não há como se acolher a pretensão do embargante, já que a Turma, após examinar as premissas concretas de especificidade, entendeu que o aresto era específico, ou seja, possibilitava o conhecimento da revista.

Neste particular, esta SBDI entende não violar o art. 896 da CLT decisão de Turma que, após analisar as premissas concretas de especificidade da divergência colacionada, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso (item nº 37 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 da Corte).

Não conheço.

*1.5 Nulidade do acórdão embargado por violação do princípio da ampla defesa e do contraditório e pela violação dos arts. 5º, inciso LV da CFB/88 e 515 do CPC*

O embargante afirma que a Turma incorreu em supressão de instância e violação do princípio do duplo grau de jurisdição, porque o acórdão de fls. 711-718 ultrapassou a controvérsia do processo, que é a de julgar eventual competência da Justiça do Trabalho, ao declarar a relação existente entre as partes como de emprego, regida pela CLT, que não foi objeto de análise pelo acórdão do Regional, pelo que incorreu em nulidade por supressão de instância e violação do grau de jurisdição, previstos constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, e na lei infraconstitucional, no art. 515 do CPC.

Não lhe assiste razão.

Conforme aferido pela Turma, não ocorreu supressão de instância, porque não consta do processo discussão sobre a existência ou não de vínculo entre as partes, mas, sim, quanto à sua natureza – se empregatícia ou administrativa, questão que precisava ser definida, uma vez que a discussão voltava-se à incompetência da Justiça do Trabalho.

Incólumes os arts. 5º, inciso LV da CFB/88 e 515 do CPC. Não se configura a divergência específica.

Não conheço.

*1.6 Competência da Justiça do Trabalho. Empregado de cartório extrajudicial. Violação dos arts. 5º, incisos XXXVI, 125, § 1º, 114 e 236, § 1º, da CFB/88, 6º da LICC, 7º da CLT, 48 da Lei nº 8.935/94, 10 do Decreto nº 2.173/97, 106, 144, § 5º, 206, “caput” e §§ da CFB/67, com a redação dada pela EC 69*

Argumentou a Turma, à fl. 711, *verbis*:



“RECURSO DE REVISTA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – EMPREGADO DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – O regime adotado pelos cartórios para a contratação de auxiliares e escreventes, mesmo antes da Lei nº 8.935/94, era o celetista, o que atrai a competência da Justiça do Trabalho para apreciar o feito. Revista parcialmente conhecida e provida.”

O reclamado postula a reforma do julgado, transcreve arestos que entende divergentes e aponta violação dos arts. 5º, incisos XXXVI, 125, § 1º, 114 e 236, § 1º, da CFB/88, 6º da LICC, 7º da CLT, 48 da Lei nº 8.935/94, 10 do Decreto nº 2.173/97, 106, 144, § 5º, 206, *caput* e §§ da CFB/67, com a redação dada pela EC 69.

Aduz que a embargada não foi contratada pela embargante para exercer o cargo de escrevente habilitada no cartório extrajudicial, porque em 20 de dezembro de 1971, à égide da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda de 1969, foi nomeada, por intermédio da Portaria nº 50/71, pelo Juiz de Direito da Terceira Vara Cível e Corregedor Permanente da cidade e Comarca de Campinas/SP, já que satisfaz as exigências legais para o exercício, após a homologação da Corregedoria do Estado de São Paulo. Alega que a embargante encontrava-se regida pelo regime estatutário previsto na Constituição Federal de 1967, com redação dada pela EC/69 (arts. 106, 144, § 5º e 206 e §§) durante todo o período que exerceu o cargo de escrevente, pelo que lhe é defeso pretender a alteração deste, já que se beneficiou de todas as “benesses” concedidas pelo referido regime.

No que se refere aos arestos acostados, não se prestam ao fim a que se destinam. Os de fls. 847-850, 851, 854-856, 857/858 e 858/859 são inservíveis para a demonstração da divergência específica, porque não se enquadram na alínea *b* do art. 894 da CLT, já que são oriundos do STF, TRT, STJ e TJSP, respectivamente. Os de fls. 837/838 e 859-864 não debatem a matéria discutida no processo, notadamente sob o enfoque do art. 236 da CFB/88 e do fato pelo qual o contrato laboral encerrou-se em 1992. Registre-se que os arestos de fls. 861-863 e o primeiro de fl. 863 são anteriores à CFB/88. Incidência da Súmula nº 296/TST.

Com relação aos preceitos legais e constitucionais suscitados, não se configura violação literal, porque o *caput* do art. 236 da Carta Constitucional contém norma auto-aplicável ou auto-executável quanto ao exercício privado dos serviços notariais e registrais, dispensando regulamentação por lei ordinária.

A expressão “caráter privado” expressa no texto da Carta Mandamental revela a exclusão do Estado como empregador e não deixa dúvidas quanto à adoção do regime celetista, pelo titular do Cartório, quando contrata seus auxiliares e escreventes antes mesmo da vigência da Lei Regulamentadora nº 8.935/94.

A remuneração dos empregados das serventias não oficializadas, como no presente caso, deve ser paga pelos seus titulares, únicos responsáveis pelas obrigações de caráter trabalhista.

## JURISPRUDÊNCIA

Ressalte-se que nem mesmo a intervenção da Justiça Estadual, quando fiscaliza a serventia, é capaz de afastar o regime jurídico trabalhista que acoberta a autora.

No exercício de uma delegação do Estado, por executar serviços públicos, é o titular quem contrata, assalaria e dirige a prestação dos serviços cartoriais, como representante que é da serventia pública.

Ocorre que, como pessoa física que é, o titular do Cartório equipara-se ao empregador comum, ainda mais quando é notório que a entidade cartorial não é ente dotado de personalidade jurídica. Convém destacar que o titular desenvolve também uma atividade econômica, uma vez que aufera a renda decorrente da exploração do cartório.

A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar o presente feito, nos termos do art. 114 da Carta Magna.

Esta Corte tem se manifestado neste sentido, conforme precedentes a seguir citados:

“RECURSO DE REVISTA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – EMPREGADO DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – Competência da Justiça do Trabalho para conhecer os litígios entre cartórios extrajudiciais e os respectivos empregados, mesmo se a contratação ocorreu antes da vigência da Lei nº 8.935/94. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (RR 635.140/2000.2, 5ª Turma, Rel. Min. Gelson de Azevedo, DJ 24.09.1904)

“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – EMPREGADO DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – O regime adotado pelos cartórios extrajudiciais para a contratação de auxiliares e escreventes, mesmo antes da Lei nº 8.935/94, era o celetista. Isso porque o art. 236 da Constituição da República de 1988 – encerrando norma auto-aplicável, que dispensa, pois, regulamentação por lei ordinária – dispõe, em seu *caput*, que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. A expressão caráter privado revela nitidamente a exclusão do Estado como empregador. O titular do cartório, no exercício de delegação estatal, contrata, assalaria e dirige a prestação laboral, equiparando-se ao empregador comum, ainda mais porque aufera renda decorrente da exploração do cartório. Assim, é competente esta Justiça do Trabalho para conhecer e julgar reclamação ajuizada por empregado de cartórios extrajudiciais, pois a relação jurídica existente entre as partes tem a natureza mencionada no art. 114 da Constituição da República, ou seja, foi estabelecida entre trabalhador e empregador. Recurso de revista integralmente não conhecido.” (RR 378565/1997, 3ª Turma, Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 16.11.1901)

Não conheço dos embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em não conhecer integralmente dos embargos.

Brasília, 14 de fevereiro de 2005. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.

## **EMBARGOS DE TERCEIRO. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO**

*EMBARGOS DE TERCEIRO. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO NOS AUTOS DE EMBARGOS DE TERCEIRO. INSTRUMENTO DE MANDATO AOS AUTOS DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA*

*1. Não legitima a atuação do advogado em um processo o instrumento de mandato juntado aos autos de outro processo que se encontram apensados ao primeiro, que dele tenha se originado ou que com ele corra junto.*

*2. A parte não pode se socorrer de um instrumento de mandato que se encontra juntado em autos diversos. É que os autos de um processo encerram relações processuais autônomas e distintas, de sorte que uma parte não se pode valer de documentos juntados em outros autos, sob pena de surpreender a parte contrária ou mesmo desvirtuar o devido processo legal.*

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

*(Processo nº TST-AIRR-1.835-2001-023-01-40 – Ac. 5ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1835/2001-023-01-40.9, em que é Agravante JOSÉ ROBERTO MOURA DE CARVALHO e Agravado RAYMUNDO PINHEIRO NUNES, SETA – SERVIÇOS TERMINAIS ADUANEIROS LTDA.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho mediante o qual se denegou seguimento ao processamento do recurso de revista.

Procura-se, no agravo, demonstrar a satisfação dos pressupostos para o processamento do recurso obstado.

Com contraminuta e contra-razões ao recurso de revista.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

## **VOTO**

Presentes os pressupostos atinentes a representação processual, traslado e tempestividade.

Nos autos de embargos de terceiro, José Roberto Moura de Carvalho interpôs recurso de revista cuja admissão foi denegada ao fundamento de que a subscritora do apelo, Dra. Dalva Gil Vianna Guimarães Salles, não possui instrumento de mandato nos autos a comprovar que a ela foram outorgados poderes para representar a parte naquele feito.

Em agravo de instrumento, sustenta o agravante que referido vício pode ser sanado pela procuração que se encontra juntada aos autos da reclamação trabalhista, a demonstrar que a subscritora do recurso de revista foi legitimamente constituída como sua procuradora.

Sem razão, contudo.

A parte não pode se socorrer de um instrumento de mandato que se encontra juntado em autos diversos. É que os autos de um processo encerram relações processuais autônomas e distintas, de sorte que uma parte não se pode valer de documentos juntados em outros autos, sob pena de surpreender a parte contrária ou mesmo desvirtuar o devido processo legal.

Ainda que os embargos de terceiro e a reclamação trabalhista compartilhem de laços comuns no tocante aos interesses veiculados nesses processos, por se tratarem de relações processuais autônomas, a ausência de procuração a comprovar a representação pelo subscritor do apelo importa em vício insanável, salvo na restrita hipótese do art. 37 do CPC, que não se aplica em sede recursal, consoante as Orientações Jurisprudenciais nºs 311 e 149, ambas da SBDI-1 desta Corte.

Essa tem sido a diretriz das decisões emanadas desta Corte, que, mediante a Orientação Jurisprudencial nº 110 da SBDI-1, firmou o entendimento de que “a existência de instrumento de mandato nos autos de agravo de instrumento, ainda que em apenso, não legitima a atuação de advogado nos autos de que se originou o agravo”.

É possível tomar-se por empréstimo referida orientação para se concluir que não legitima a atuação do advogado em um processo a procuração juntada aos autos de outro processo que se encontram apensados ao primeiro, que dele tenha se originado ou que com ele corra junto.

Cabe, então, salientar que a juntada de procuração nos presentes autos não elide a sua inexistência por ocasião da interposição do recurso de revista.

Logo, nego provimento ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 6 de outubro de 2004. *João Batista Brito Pereira*, relator.

## EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NULIDADE RELATIVA

*PRELIMINAR DE CERCEIO DE DEFESA E VIOLÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM EFEITO MODIFICATIVO SEM VISTA À PARTE CONTRÁRIA. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA TÓPICA DE PREJUÍZO*

1. *A Orientação Jurisprudencial nº 142 da SBDI-1 do TST não alberga tese de nulidade absoluta, mas relativa, ao assentar que “é passível de nulidade decisão que acolhe embargos declaratórios com efeito modificativo sem oportunidade para a parte contrária se manifestar”. A OJ não diz que é nula, mas passível de nulidade tal decisão. E por quê? Justamente pelo fato de poder ser despicienda a oitiva da parte contrária, conforme precedente da própria Suprema Corte (STF-AgR-ED-AI-208.679/PB, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 01.03.2002).*

2. *“In casu”, a matéria de fundo (complementação de aposentadoria no âmbito da Fundação Clemente de Faria) já está pacificada (Orientação Jurisprudencial Transitória nº 41 da SBDI-1 do TST) e os argumentos que a parte poderia trazer à tona se fosse ouvida quando do acolhimento dos embargos declaratórios com efeito modificativo já foram esgrimidos por ocasião da oposição de novos embargos declaratórios, sendo que o TRT os enfrentou e rejeitou expressamente ao apreciar esses novos embargos.*

3. *Assim, o retorno dos autos ao TRT de origem apenas teria como consequência a protelação do deslinde final da controvérsia, pois nem o TRT, nem o reclamante têm mais qualquer argumento novo a aduzir. Por essas razões, não tendo havido prejuízo ao reclamante com a ausência de abertura de vista, não se decreta a nulidade, na esteira do art. 794 da CLT, prestigiando-se a garantia constitucional da celeridade processual (CF, art. 5º, LXXVIII).*

*Recurso de revista não conhecido.*

*(Processo nº TST-RR-649.988/2000 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-649.988/2000.6, em que é Recorrente JOSÉ FARIAS e Recorridos BANCO ABN AMRO S.A. e OUTRA.

### RELATÓRIO

A SBDI-1 do TST, afastando a intempestividade do recurso de revista do reclamante, em razão do cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 320 desta Corte Superior (protocolo integrado), determinou o retorno dos presentes autos à 4ª Turma, a fim de que o apelo seja examinado sem o mencionado óbice (fls. 670-673).

## JURISPRUDÊNCIA

Contra o acórdão do 2º Regional que negou provimento ao recurso ordinário dos reclamados (fls. 272-274), rejeitou os seus embargos de declaração (fls. 283-284), acolheu os segundos embargos declaratórios, imprimindo-lhes efeito modificativo (fls. 431-436), após acórdão desta Turma, da lavra do Min. José Carlos Perret Schulte (fls. 421-424), que anulou a decisão de fls. 283-284, determinando o retorno dos autos ao TRT de origem e rejeitou os embargos de declaração do empregado (fls. 446-448), o reclamante interpõe o presente recurso de revista, arguindo preliminar de nulidade por cerceio de defesa e, no mérito, investindo contra o indeferimento de seu pleito de complementação de aposentadoria (fls. 450-471).

Admitido o apelo (fl. 523), foram apresentadas contra-razões (fls. 528-540), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

### VOTO

#### CONHECIMENTO

##### *1 Pressupostos genéricos*

O recurso é tempestivo (fls. 449 e 450) e tem representação regular (fl. 18), tendo sido as custas pagas pelos reclamados (fl. 234).

##### *2 Pressupostos específicos*

- a) Preliminar de nulidade do julgado por cerceio de defesa e desrespeito ao devido processo legal

*Tese Regional:* A abertura de vista à parte contrária, prévia à impressão de efeito modificativo a embargos declaratórios, constitui preciosismo jurídico, na medida em que nada se acrescenta, a não ser demora no julgamento (fls. 446-448).

*Antitese Recursal:* É nulo o julgamento de embargos declaratórios, quando lhes for concedido efeito modificativo, quando não ouvida a parte contrária, conforme jurisprudência do STF e a Orientação Jurisprudencial nº 142 da SBDI-1 do TST. *In casu*, como ocorreu a hipótese, restou caracterizada a ofensa aos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da CF, por cerceio de defesa e violência ao devido processo legal (fls. 451-455).

*Síntese Decisória:* A Orientação Jurisprudencial nº 142 da SBDI-1 do TST não alberga tese de nulidade absoluta, mas relativa, ao assentar que “é passível de nulidade decisão que acolhe embargos declaratórios com efeito modificativo sem oportunidade para a parte contrária se manifestar”. A OJ não diz que é nula, mas

passível de nulidade tal decisão. E por quê? Justamente pelo fato de poder ser despcienda a oitiva da parte contrária.

Nesse sentido já se pronunciou o STF, *verbis*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – ACÓRDÃO DO TST QUE, APRECIANDO EMBARGOS DECLARATÓRIOS, COM CARÁTER MODIFICATIVO, REJEITOU A TESE DO DIREITO ADQUIRIDO RELATIVO AO REAJUSTE DE 84,32% (PLANO COLLOR), EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF – EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS A ACÓRDÃO DO STF, QUE MANTEVE O NÃO-SEGUIMENTO DO RE – 1. Não havendo, no acórdão embargado, qualquer omissão a ser suprida, nem contradição ou obscuridade a serem sanadas, os embargos não comportam acolhimento. 2. Tanto mais porque não demonstrou o embargante que se tivesse sido ouvido sobre os embargos declaratórios, no Tribunal Superior do Trabalho, poderia convencer aquela Corte do desacerto da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão de fundo. Jurisprudência, aliás, que foi acolhida pelo TST, ao concluir pela procedência da ação rescisória. 3. Embargos declaratórios rejeitados.” (STF, AgR-ED-AI 208.679/PB, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 01.03.2002)

*In casu*, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso ordinário dos reclamados, mantendo a sentença de 1º grau (fls. 272-274). As partes vencidas, irresignadas, opuseram embargos declaratórios (fls. 275-280), que foram rejeitados (fls. 283-284). Diante dessa rejeição, os empregadores interpuseram recurso de revista, provido por esta Turma para anular a decisão regional, determinando o retorno dos autos ao TRT da 2ª Região para proferir novo julgamento dos embargos de declaração (fls. 421-424). O TRT acolheu os embargos de declaração, imprimindo-lhes efeito modificativo, julgando improcedente a reclamação trabalhista (fls. 431-436). O reclamante opôs embargos de declaração (fls. 437-443), que foram rejeitados (fls. 446-448). Inconformado com a decisão regional, o empregado interpõe recurso de revista, retornando os mesmos autos a esta Corte para novo julgamento. Argúi, em sede de revista, nulidade do acórdão regional por violação ao devido processo legal e por cerceio de defesa e, no mérito, requer complementação de aposentadoria (fls. 450-471).

Verifica-se, *in casu*, que a matéria de fundo já está pacificada (OJT 41 da SBDI-1 do TST), e os argumentos que a parte poderia trazer à tona se fosse ouvida quando do acolhimento dos embargos declaratórios com efeito modificativo já foram esgrimidos por ocasião da oposição de novos embargos declaratórios (fls. 439-442), sendo que o TRT os enfrentou e rejeitou expressamente ao apreciar esses novos embargos (fls. 447-448).

Assim, o retorno dos autos ao TRT de origem apenas teria como consequência a protelação do deslinde final da controvérsia, pois nem o TRT, nem o reclamante têm mais qualquer argumento novo a aduzir.

Por essas razões, não tendo havido prejuízo ao reclamante com a ausência de abertura de vista, não se decreta a nulidade, na esteira do art. 794 da CLT.

Pelo exposto, não conheço da revista, quanto à preliminar.

b) Complementação de aposentadoria

*Tese Regional:* O art. 24 do Estatuto de 1955 da Fundação Clemente de Faria condicionou o benefício da complementação de aposentadoria às possibilidades financeiras da Fundação. A alteração do Estatuto em 1980 não violou o direito adquirido dos que já recebiam a complementação de aposentadoria, e, nessa época, o reclamante não reunia os requisitos necessários para obter o benefício previdenciário da aposentadoria, única hipótese em que poderia requerer a sua complementação, o que só se deu em 1992. Portanto, “não há que se falar em direito adquirido à complementação instituída em caráter precário no estatuto original, mas tão-somente em expectativa de direito do autor” (fls. 433-435).

*Antítese Recursal:* O Regional analisou a questão jurídica somente do ponto de vista “Direito Adquirido x Expectativa de Direito”, e não sob o enfoque da discriminação do reclamante em relação a outros empregados, o que acarretaria a violação dos arts. 115 e 1.090 do CC, 8º da CLT e 3º, IV, 5º, *caput* e XXXVI, e 7º, XXXII, da CF, já que outros ex-empregados receberam a complementação de proventos (fls. 450-471).

*Síntese Decisória:* A questão da complementação de aposentadoria no âmbito da Fundação Clemente de Faria já se encontra pacificada por esta Corte, de acordo com a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 41 da SBDI-1 do TST, assim redigida:

“OJ 41 – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – FUNDAÇÃO CLEMENTE DE FARIA – BANCO REAL – É válida a cláusula do Estatuto da Fundação Clemente de Faria que condicionou o direito à complementação de aposentadoria à existência de recursos financeiros, e também previa a suspensão, temporária ou definitiva, da referida complementação.”

A decisão regional se encontra em consonância com o referido verbete, ao concluir que o benefício foi instituído em caráter precário, por mera liberalidade e condicionado às possibilidades financeiras da Fundação (fl. 434).

A linha de argumentação desenvolvida sob o prisma da discriminação, por concessão a uns empregados e não a outros, não altera a substância da jurisprudência sedimentada da Corte, já que, por impossibilidade financeira, a Fundação poderia não conceder o benefício a novos jubilados, ainda que tivesse que manter aos já aposentados. Ademais, a pretensão calcada no princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) é própria de pedido de equiparação salarial (CLT, art. 461), não sendo dedutível em seara de complementação de proventos.

Pelo exposto, com lastro na Súmula nº 333 do TST, em face da pacificação da jurisprudência da Corte sobre a matéria, não conheço do recurso, no particular.



Isto posto,

Acordam os Ministros da eg. 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, em não conhecer do recurso de revista, vencido o Exmo. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, apenas quanto à preliminar de cerceio de defesa e violência ao devido processo legal.

Brasília, 19 de outubro de 2005. *Ives Gandra Martins Filho*, ministro relator.

## **ESTABILIDADE. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91**

*ESTABILIDADE. ART 118 DA LEI Nº 8.213/91.*

*Segundo o Tribunal Regional, o implemento da condição foi obstado pelo empregador, que, embora ciente, deixou de comunicar o acidente à Previdência Social. Nessa hipótese, não se pode condicionar o direito à estabilidade à percepção do auxílio-doença, reputando-se, portanto, verificada a condição, consoante previsto no art. 129 do atual Código Civil. Do contrário, estar-se-ia facultando ao empregador deixar de comunicar à Previdência Social o acidente de trabalho, com a finalidade de obstar o recebimento do auxílio-doença, bem como de impedir que o empregado auferisse a estabilidade respectiva.*

*Recurso de embargos de que não se conhece.*

*(Processo nº TST-E-RR-541.463/1999 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-541.463/1999.5, em que é Embargante BANCO BRADESCO S.A. e Embargada MARIA DAS GRAÇAS RIBEIRO DA SILVA.

A Segunda Turma, mediante o acórdão de fls. 183/189, não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamado quanto ao tema “estabilidade provisória – art. 118 da Lei nº 8.213/91”.

Inconformado, o reclamado interpõe recurso de embargos a fls. 194/196. Sustenta que a existência de moléstia não elide a necessidade de preenchimento do requisito previsto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 nem gera a presunção de prática de ato ilícito pelo empregador. Aponta ofensa aos arts. 896 da CLT e 118 da Lei nº 8.213/91, além de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 230 da SBDI-1.

Não foi oferecida impugnação consoante a certidão de fls. 199.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

## **VOTO**

Cumpriram-se os pressupostos de admissibilidade.

I CONHECIMENTO

1.1 Estabilidade. Art. 118 da Lei nº 8.213/91

A Turma não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamado quanto ao tema, sob o seguinte fundamento:

“Dispõe o *caput* do art. 118 da Lei nº 8.213 de 24/7/91 literalmente que:

‘O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.’

Por outro lado, estabelece o art. 22 desse mesmo Diploma legal o seguinte:

‘A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.’

A interpretação desse preceito legal conduz à conclusão de que é obrigação do empregador comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social, o que, no caso, não ocorreu.

Na hipótese vertente, assinalou o Regional que o reclamado, embora ciente de estar a reclamante acometida de doença profissional (LER), não comunicou à Previdência Social (CAT) a incapacidade laborativa da segurada, nos termos dos arts. 23 e 60, § 4º, da Lei nº 8.213/91. Em face de tal constatação, concluiu o Colegiado de origem, *verbis*:

‘(...) A omissão e ofensa à lei, por malícia do reclamado, obstaram a reclamante de auferir o auxílio-doença acidentário, ou seja, de implementar a condição ensejadora da estabilidade provisória. Tal condição, portanto, reputa-se verificada quanto aos seus efeitos jurídicos, a teor do que dispõe o art. 120 do Código Civil brasileiro (...).’ (fl. 125)

Consoante a decisão revisanda, o auxílio-doença deixou de ser usufruído pela autora devido à omissão do Banco em relação à imprescindível comunicação ao órgão previdenciário. A não-implementação de condição ensejadora da estabilidade provisória, por culpa do reclamado, não pode constituir óbice ao direito da autora à referida estabilidade.

Nessa ordem de idéias, conclui-se pela razoabilidade da interpretação conferida pelo Regional ao art. 118 da Lei nº 8.213/91, o que inviabiliza o conhecimento da revista por violação dessa norma ante o óbice do Enunciado nº 221/TST. Precedentes: RR-434931/98, 2ªT, DJ 14.03.2003, Rel. Min.

## JURISPRUDÊNCIA

Simpliciano Fernandes, e RR-499621/98, 2ª T, DJ 07.06.2002, Rel. Min. Simpliciano Fernandes.” (fls. 184/185)

O reclamado sustenta que a existência de moléstia não elide a necessidade de preenchimento do requisito previsto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 nem gera a presunção de prática de ato ilícito pelo empregador. Aponta ofensa aos arts. 896 da CLT e 118 da Lei nº 8.213/91, além de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 230 da SBDI-1.

Saliente-se que o Tribunal Regional manteve a sentença de primeiro grau quanto a este aspecto, consignando que:

“A defesa da reclamada admite o nexo causal da doença profissional (LER) adquirida pela reclamante, que sofreu dispensa imotivada depois de 09 (nove) anos de serviço. Apega-se a tese defensiva à circunstância de não ter sido a autora beneficiária do auxílio-doença acidentário, como dispõe o art. 118 da Lei nº 8.213/91 a fim de fazer jus à estabilidade provisória.

Razão, porém, não assiste ao reclamado. Ciente e consciente de estar a reclamante acometida de doença profissional (LER), o reclamado não cumpriu o disposto no art. 22 da referida Lei nº 8.213/91, no sentido de comunicar à Previdência Social (CAT) a incapacidade laborativa da segurada (v. lei citada, arts. 23 e 60, § 4º). A omissão e ofensa à lei, por malícia do reclamado, obstaram a reclamante de auferir o auxílio-doença acidentário, ou seja, de implementar a condição ensejadora da estabilidade provisória. Tal condição, portanto, reputa-se verificada quanto aos seus efeitos jurídicos, a teor do que dispõe o art. 120 do Código Civil brasileiro. Incensurável, pois, a r. sentença revisanda. Mantenho.” (fls. 124/125)

Ressalte-se, inicialmente, que a Orientação Jurisprudencial nº 230 da SBDI-1 se revela inespecífica na hipótese, uma vez que não trata do principal fundamento adotado na decisão regional no sentido de que o reclamado não se desincumbira da obrigação de comunicar a incapacidade laborativa da reclamante à Previdência, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.213/91.

Por outro lado, não há falar em ofensa direta e literal ao art. 118 da Lei nº 8.213/91, visto que tanto o Tribunal Regional quanto a Turma desta Corte interpretaram esse dispositivo conjuntamente com o art. 22 do mesmo diploma legal, que estabelece o dever do empregador de comunicar à Previdência Social o acidente de trabalho.

Assim, tendo o Tribunal Regional afirmado que o reclamado, embora estivesse ciente da doença profissional (LER) da reclamante, não cumpriu o disposto no referido art. 22, revela-se razoável a aplicação do art. 120 do Código Civil de 1916, porquanto não se pode condicionar o direito à estabilidade à percepção do auxílio-doença se o implemento da condição for deliberadamente obstado pelo empregador, reputando-se, portanto, verificada a condição, consoante previsto no art. 129 do

## JURISPRUDÊNCIA

atual Código Civil. Do contrário, estar-se-ia facultando à reclamada deixar de comunicar à Previdência Social o acidente de trabalho, com a finalidade de obstar o recebimento do auxílio previdenciário, bem como de impedir que o empregado auferisse a estabilidade respectiva.

Esse também foi o entendimento adotado nos seguintes precedentes:

“ACIDENTE DE TRABALHO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – Reza o art. 22 da Lei nº 8.213/91 que: ‘A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social’. A autora não usufruiu do auxílio-doença em face da omissão da empregadora na comunicação do sinistro, fato esse que acarretou prejuízo para a reclamante. Assim, o não-cumprimento de uma obrigação legal por parte da reclamada não pode constituir óbice à estabilidade provisória acidentária. Recurso não conhecido.” (RR 434.931/1998, 2ª Turma, Rel. Min. Símpliciano Fernandes, DJ 14.03.2003)

“Definido no acórdão regional que o afastamento do reclamante do trabalho, por período presumivelmente superior a quinze dias, e que o acidente ocorrido por força das condições de trabalho na empresa reclamada, a doença do trabalho caracteriza-se como acidente de trabalho, por equiparação, inclusive para efeitos do que dispõe o art. 118 da Lei nº 8.213/91, ainda que o empregador tenha deixado de comunicar o fato ao ente previdenciário competente, para a percepção, pelo obreiro, do auxílio-doença acidentário. Neste diapasão, o empregado tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, à manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do afastamento que corresponderia ao período de percepção do auxílio-doença acidentário.

Não se vislumbra, dessa forma, ofensa direta e frontal a preceito de lei, bem como superadas as divergências jurisprudenciais.” (RR 616.276/1999, 4ª Turma, Rel. Juiz Convocado José Pancotti, DJ 04.06.2004)

Dessa forma, verifica-se que o recurso de revista efetivamente não merecia conhecimento, não se configurando, pois, ofensa ao art. 896 da CLT.

Ante o exposto, não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em não conhecer do recurso de embargos.

Brasília, 4 de outubro de 2004. *João Batista Brito Pereira*, relator.

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE SINDICAL**

*ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE SINDICAL. SINDICATO AINDA NÃO REGISTRADO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. A necessidade de outorgar proteção ao dirigente sindical já se impõe no processo de criação da entidade respectiva. É nessa fase que os trabalhadores em processo de organização encontram-se mais vulneráveis, não se podendo admitir que o empregador frustre a iniciativa obreira na origem. Não se pode, portanto, pretender vincular o início da garantia devida ao dirigente sindical a qualquer providência formal subsequente à deliberação da categoria de organizar-se em sindicato, máxime ao registro no Ministério do Trabalho – providência de índole meramente administrativa, destinada a dar publicidade à constituição da nova entidade sindical.*

*Recurso de revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-810.392/2001 – Ac. 1ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-810.392/2001.0, sendo Recorrente ANA MARIA VIRGINO DE SOUZA e Recorrida LAM CONFECÇÕES S.A.

“O Tribunal do Trabalho da Sétima Região, por meio do acórdão de fls. 98/101, proveu parcialmente o recurso ordinário da reclamada para afastar a determinação de reintegração da reclamante no emprego, mas manteve a condenação nas verbas rescisórias, exceto o seguro-desemprego e multa rescisória.

A reclamante, não se conformando, interpôs recurso de revista buscando acolhimento quanto ao tema ‘Estabilidade do dirigente sindical – Direito à reintegração no emprego – Desnecessidade de registro da entidade sindical’ (fls. 106/119).

Admitido o recurso (fl. 147), não foram apresentadas contra-razões.

Processo não submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho (RITST, art. 82).”

É o relatório, na forma regimental.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, passa-se ao exame daqueles específicos do recurso de revista.

Estabilidade provisória. Dirigente sindical. Sindicato ainda não registrado no Ministério do Trabalho

O eminente Relator de sorteio assim resumiu a matéria controvertida:

“O Colegiado Regional, analisando o recurso ordinário da reclamada, reformou a decisão de primeiro grau que, reconhecendo à reclamante o direito à estabilidade sindical, determinou sua reintegração no emprego e o pagamento dos salários do período de afastamento, sob pena de multa diária. Alicerçou seu convencimento jurídico nos seguintes fundamentos:

‘Razão assiste à recorrente, visto que não se podia ser eleita como membro de uma Diretoria de um sindicato que não existe no mundo jurídico.

A recorrida disse que foi eleita no dia 03.07.2000 e demitida no dia seguinte.

Consta dos autos a eleição em 3 de julho, mas o ato constitutivo da entidade foi registrado no Cartório de Títulos e Documentos em 5 de julho/00 (fls. 24).

De Brasília o Ofício do Ministério do Trabalho, datado de 3 de agosto/00 (fls. 41) dando ciência de que o pedido de registro sindical feito em 13 de julho/00 encontrava-se em análise, lembrando que a certidão ou declaração do registro era o documento insubstituível à comprovação da sua regularidade.

Ainda, em novembro/00 o Ministério do Trabalho estava notificando os Sindicatos relacionados às fls. 51 para se manifestarem sobre o pedido de registro do sindical da entidade que a recorrida diz ter sido eleita.

Sabe-se que não se pode ter dentro da mesma base territorial sindicatos com a mesma representatividade, razão do procedimento perante o Ministério do Trabalho, que se prende tão-somente a registro.

Não é somente querer constituir um sindicato, elaborar o estatuto e eleger a Diretoria. Existem normas legais.

A recorrida ao ser demitida em 4 de julho/00 não era, legalmente, portadora de estabilidade sindical, porque a entidade não existia.’ (fls. 99/100)

Em seu recurso de revista, a reclamante sustenta que a decisão do Regional diverge da jurisprudência dos Tribunais, em especial desta Corte Superior da Justiça do Trabalho (TST) e do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF), o que, na sua óptica, contraria garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Aduz que a falta de registro sindical no Ministério do Trabalho, motivada pela discussão sobre a existência de dois sindicatos da mesma categoria profissional na mesma base territorial, não impede o reconhecimento da estabilidade do empregado eleito dirigente do sindicato legalmente constituído e registrado em Cartório Civil de Pessoas Jurídicas, por se tratar de garantia tutelada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88).

## JURISPRUDÊNCIA

Ademais, afirma que a suposta polêmica já não mais existe, uma vez que o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Confeção (Sinduscon), da qual é dirigente, em decisão da Assembléia Geral realizada no dia 31.01.2001, excluiu de sua base os Municípios de Maracanaú e Maranguape, pondo fim à controvérsia jurídica acerca do eventual desrespeito à unicidade sindical, consoante documentos que acompanham as razões recursais.

Tecendo comentários a respeito da Medida Provisória nº 2.226, de 04.09.2001, que acrescentou o art. 896-A ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), argumenta que os fundamentos apresentados autorizam a admissão do recurso por divergência jurisprudencial, inclusive com base neste preceito legal.”

Posiciona-se S. Exa. no sentido de não conhecer do recurso de revista. Divergi, contudo, de tal posicionamento, pelos fundamentos que passo a expender.

Cumpra salientar, de início, que se mostram totalmente impertinentes as colocações acerca do disposto no art. 896-A da CLT, segundo o qual cabe a esta Corte superior examinar previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, porquanto o exame de admissibilidade do recurso não será feito sob o prisma desta norma, que ainda não se encontra regulamentada.

De outro lado, a despeito de a reclamante referir supostas violações a preceitos da Constituição Federal e de leis infraconstitucionais, o recurso encontra-se amparado unicamente em divergência jurisprudencial.

O segundo aresto transcrito no recurso à fl. 110, proveniente do TRT da 2ª Região, revela o dissenso de teses ao dispor que o dirigente sindical possui estabilidade no emprego desde a constituição legal do Sindicato, sendo irrelevante o fato de o registro respectivo ter sido efetuado após a demissão do empregado.

Conheço, pois, do recurso, por divergência jurisprudencial.

## II – MÉRITO

O art. 8º, inciso VIII, da Constituição Federal consagra a garantia da estabilidade aos dirigentes sindicais. A estabilidade sindical não constitui direito individual do empregado, mas garantia voltada à proteção da atividade sindical, a fim de obstar a interferência indevida do empregador na atuação da entidade profissional, tendente a inviabilizar a defesa dos interesses da categoria por ela representada (art. 543, § 3º, da CLT).

No caso concreto, o Tribunal Regional esposou tese no sentido de que o registro sindical no Ministério do Trabalho constitui condição essencial à validade da representação da categoria, que deverá ocorrer respeitando-se a unicidade sindical que regula a representação sindical. Resulta daí que, antes do registro, não há falar em garantia aos dirigentes sindicais.

## JURISPRUDÊNCIA

O eg. Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma inscrita no art. 8º, inciso I, da Constituição Federal, firmou orientação no sentido de que o registro sindical no Ministério do Trabalho constitui “ato vinculado, subordinado apenas à verificação de pressupostos legais, e não de autorização ou de reconhecimento discricionários” (MI-144/SP, Tribunal Pleno; ADIMC 1121/RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence). Tem-se, assim, que a aquisição de personalidade jurídica pela entidade sindical dá-se antes mesmo do seu registro no Ministério do Trabalho, providência que constitui mero ato cadastral.

A questão acerca do momento da aquisição do direito à estabilidade sindical já foi discutida pelo excelso Pretório que se posicionou no sentido de que a garantia da estabilidade sindical aos diretores eleitos na assembléia constitutiva da entidade sindical é reconhecida antes mesmo do seu registro no Ministério do Trabalho. É o que se infere do seguinte precedente:

“1. A constituição de um sindicato – posto culmine no registro no Ministério do Trabalho (STF, MI 144, 03.08.1992, Pertence, RTJ 147/868) – a ele não se resume: não é um ato, mas um processo.

2. Da exigência do registro para o aperfeiçoamento da constituição do sindicato, não cabe inferir que só a partir dele estejam os seus dirigentes ao abrigo da estabilidade sindical: é ‘interpretação pedestre’, que esvazia de eficácia aquela garantia constitucional, no momento talvez em que ela se apresenta mais necessária, a da fundação da entidade de classe.” (Recurso Extraordinário nº 205.107-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.09.1998)

Com efeito, a necessidade de outorgar proteção ao dirigente sindical já se impõe no processo de criação da entidade respectiva. É nessa fase que os trabalhadores em processo de organização encontram-se mais vulneráveis, não se podendo admitir que o empregador frustre a iniciativa obreira na origem.

Não se pode, portanto, pretender vincular o início da garantia devida ao dirigente sindical a qualquer providência formal subsequente à deliberação da categoria de organizar-se em sindicato, muito menos ao registro no Ministério do Trabalho – providência de índole meramente administrativa, destinada a dar publicidade à constituição da nova entidade sindical.

Registre-se, por fim, que esta eg. Primeira Turma já se pronunciou nesse mesmo sentido, conforme se extrai do seguinte precedente:

“ESTABILIDADE SINDICAL – SINDICATO AINDA NÃO REGISTRADO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO – O direito à estabilidade sindical dos dirigentes eleitos é reconhecido antes mesmo do registro do Sindicato no Ministério do Trabalho. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso de revista conhecido e não provido.” (RR-803.477/01, 1ª Turma, Relator Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 21.11.2003)

Não subsistem, assim, os fundamentos erigidos pelo eg. Tribunal *a quo* para afastar a estabilidade provisória pleiteada pela autora.



Dou provimento ao recurso de revista para deferir à obreira a indenização correspondente ao período em que vigente a estabilidade sindical e consectários daí decorrentes.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, em conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para deferir à obreira a indenização correspondente ao período correspondente à estabilidade sindical e consectários daí decorrentes, vencido o Exmo. Juiz Convocado Altino Pedrozo dos Santos, Relator.

Brasília, 22 de junho de 2005. *Lelio Bentes Corrêa*, redator designado.

## **FÉRIAS COLETIVAS FRACIONADAS. PERÍODO INFERIOR A DEZ DIAS**

*FÉRIAS COLETIVAS FRACIONADAS. PERÍODO INFERIOR A DEZ DIAS. INCIDÊNCIA DO ART. 137 DA CLT. O art. 137 da CLT prevê o pagamento dobrado das férias concedidas fora do prazo previsto no art. 134 da CLT. As férias, além de direito trabalhista relativo ao contrato de trabalho, correspondem a uma obrigação do empregador e estão relacionadas com política de saúde pública e bem-estar coletivo, porquanto permitem a recuperação das energias físicas e mentais do empregado, ao propiciar sua maior integração familiar e social. A concessão das férias de forma diversa daquela estabelecida em lei, na hipótese, sem observar o disposto nos arts. 134, § 1º, e 139, § 1º, da CLT, deixa de atender ao seu objetivo de saúde e segurança do trabalho e ao seu caráter imperativo, de direito indisponível. Cabe ressaltar que esses artigos não autorizam o entendimento de que o fracionamento ou o adiantamento irregular de férias individuais ou coletivas, pela concessão em período inferior a 10 dias, gere apenas mera infração administrativa. O raciocínio que se desenvolve é que o empregador, ao conceder férias individuais em período inferior a dez dias ou, como na hipótese, de concedê-las coletivamente em período, também, inferior a dez dias, corresponde a não concedê-las, diante da gravidade da irregularidade. Assim, não concedidas as férias no período legalmente estabelecido, o empregador submete-se aos efeitos previstos no art. 137 da CLT, pelo que intacto.*

*Recurso de revista não conhecido.*

*(Processo nº TST-RR-67.003-2002-900-04-00 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-67003/2002-900-04-00.5, em que é Recorrente CALÇADOS AZALÉIA S/A e Recorrido ANTÔNIO DA SILVA HOFFMANN.

## JURISPRUDÊNCIA

O TRT da 4ª Região, pelo acórdão de fls. 492-496, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada e manteve a sentença em que a condenou ao pagamento das férias relativas a 1994, 1995 e 1996, em dobro, com acréscimo de 1/3, abatidos os valores pagos sobre a mesma rubrica, porquanto não observado o fracionamento das férias, na forma do disposto nos arts. 134 e 139 da CLT.

A reclamada interpõe recurso de revista, às fls. 498-501, em que sustenta divergência jurisprudencial e violação dos arts. 137 da CLT e 5º, II, da Constituição da República.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 503, sem contra-razões (fls. 505).

Desnecessária a remessa do feito à Procuradoria-Geral do Trabalho, pelos termos do art. 82 do RI/TST.

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

Recurso tempestivo, bem representado, com juízo garantido.

##### *1.1 Férias coletivas fracionadas – Período inferior a dez dias – Incidência do art. 137 da CLT*

O Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamada e manteve a sentença em que a condenou ao pagamento das férias relativas a 1994, 1995 e 1996, em dobro, com acréscimo de 1/3, abatidos os valores pagos sobre a mesma rubrica, porquanto não observado o fracionamento das férias, na forma do disposto nos arts. 134 e 139 da CLT.

Assentou que:

“(…)

A possibilidade de fracionarem-se as férias está disposta no art. 134, § 1º, da CLT, a qual é limitada a dois períodos, sendo imprescindível que um deles não seja inferior a 10 dias. No mesmo sentido, o art. 139, § 1º, Consolidado, o qual trata das férias coletivas.

O laudo pericial, no quesito 3, fl. 298, informa que, não obstante no aviso de férias (fl. 49) conste o período para gozo de 20.01.1997 a 26.01.1997 (referente às férias de 1996), o cartão-ponto do lapso temporal correspondente (fl. 174) consigna registro de trabalho. Depreende-se, também, do referido laudo, que as férias dos anos 1994, 1995 e 1996 foram divididas em três períodos, sendo que um deles inferior a 10 dias. É incontroverso, na defesa (fls. 15-29), que a reclamada fracionava férias e que estas eram coletivas.

## JURISPRUDÊNCIA

Porém, não veio aos autos prova da comunicação ao órgão do Ministério do Trabalho, exigência contida no § 2º do art. 139 da TST, para as férias coletivas.

Não há qualquer elemento probatório, igualmente, no sentido de justificar a excepcionalidade para o fracionamento das férias, previstas no § 1º do art. 134 retro referido.

Ao contrário do que entende a recorrente, incide, na espécie, o disposto no art. 137 da CLT que prevê o pagamento em dobro das férias, sempre que estas forem concedidas após o prazo previsto no art. 134 da CLT.” (fls. 494-495)

A reclamada afirma que o pagamento dobrado das férias, previsto no art. 134 da CLT, dá-se em razão de serem concedidas após o prazo legal, hipótese diversa do processo, em que se trata de fracionamento de férias concedidas dentro do prazo, o que não gera direito ao novo pagamento, por falta de amparo legal. Sustenta que, em se tratando de férias coletivas, não existe a necessidade de comunicação ao empregado. Aduz, também, que a hipótese de não-observância da prescrição legal, quanto ao fracionamento ou à antecipação de férias, ocasiona, somente, infração administrativa, e não novo pagamento. Cita julgado ao confronto e violação dos arts. 137 da CLT e 5º, II, da Constituição da República.

O único modelo transcrito (fl. 500) expressa o entendimento de que, concedida as férias dentro do período legal, o fracionamento irregular configura mera infração administrativa, não ensejando o pagamento dobrado.

No processo, registre-se que o TRT não mencionou se as férias fracionadas, em três períodos, foram ou não concedidas dentro do prazo legal, não houve prova da excepcionalidade para o fracionamento, além do que fundamentou a condenação na inobservância do disposto nos arts. 134, § 1º (relativo ao parcelamento das férias) e 139, § 1º, da CLT, pelo fato de não ter havido demonstração da comunicação ao órgão do Ministério do Trabalho para a concessão de férias coletivas.

O modelo transcrito, portanto, não trata de todos os fundamentos do acórdão recorrido, além do que parte de premissa não exposta na decisão regional. Incide a Súmula nº 296 do TST.

O art. 137 da CLT prevê o pagamento dobrado das férias concedidas fora do prazo previsto no art. 134 da CLT.

As férias, além de direito trabalhista relativo ao contrato de trabalho, correspondem a uma obrigação do empregador e estão relacionadas com política de saúde pública e bem-estar coletivo, porquanto permite a recuperação das energias físicas e mentais do empregado, ao propiciar sua maior integração familiar e social.

A concessão das férias de forma diversa daquela estabelecida em lei, na hipótese, sem observar o disposto nos arts. 134, § 1º, e 139, § 1º, da CLT, deixa de atender ao seu objetivo de saúde e segurança do trabalho e ao seu caráter imperativo, de direito indisponível. Cabe ressaltar que esses artigos não autorizam o entendimento de que o fracionamento ou adiantamento irregular de férias individuais ou coletivas,

pela concessão em período inferior a 10 dias, gere apenas mera infração administrativa.

O raciocínio que se desenvolve é que o empregador, ao conceder férias individuais em período inferior a dez dias ou, como na hipótese, de concedê-las coletivamente em período, também, inferior a dez dias, corresponde a não concedê-las, diante da gravidade da irregularidade.

Assim, não concedidas as férias no período legalmente estabelecido, o empregador submete-se aos efeitos previstos no art. 137 da CLT, pelo que intacto.

Para se concluir pela ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição da República), mister, no caso, examinar a aplicação do art. 137 da CLT, hipótese em que, se violação houvesse, não seria literal, mas reflexa.

Cito precedentes: RR 6032/2002-900-09-00.3, 4ª Turma, Relator Juiz Convocado José Antonio Pancotti, DJ 07.05.2004; RR 777.861/2001.0, 5ª Turma, Relatora Juíza Convocada Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, DJ 13.08.2004; RR 94070/2003-900-04-00.3, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Levenhagen, DJ 20.08.2004, e RR 418.499/1998.8, 1ª Turma, Relatora Juíza Convocada Maria Doralice Novaes.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, em não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 11 de maio de 2005. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.

## **GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT**

*GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT I – A gerência geral ou principal é cargo de confiança imediata do empregador, com poderes que a habilitam administrar a unidade descentralizada, ao passo que as gerências setoriais são cargos de confiança mediata, com poderes secundários de gestão, sem desfrutar da representação do empregador II – Com isso, é imperiosa a ilação de o art. 62, inciso II, da Consolidação ser aplicável ao gerente principal, enquanto o art. 224, § 2º, da CLT, por força do disposto no art. 57 Consolidado, o é aos demais gerentes ditos setoriais e ao grosso da hierarquia local. III – Constatado que o recorrido passou a ocupar o cargo de gerente geral de agência, a partir de 01.07.1998, depara-se com sua inserção no art. 62, inciso II, da CLT, o inabilitando à percepção do sobretrabalho prestado, na esteira da jurisprudência consagrada na Súmula nº 287 do TST. Recurso provido. CARGO DE CONFIANÇA. AUSÊNCIA DE EMPREGADOS SUBALTERNOS. IRRELEVÂNCIA. INTELI-*

## JURISPRUDÊNCIA

*GÊNCIA DO ART. 224, § 2º, DA CLT. I – A norma excludente da jornada reduzida de 6 horas, prevista no § 2º, do art. 224, da Consolidação, abrange tanto funções diretivas quanto cargos de confiança, conforme se deduz da disjuntiva “ou” lá empregada. II – Enquanto as funções diretivas se identificam pela ascensão hierárquica em relação a empregados de menor categoria funcional, os cargos de confiança se singularizam pelo elemento fiduciário, representado pela delegação de atribuições de maior ou menor relevo inerentes à estrutura administrativa da agência. III – Por conta disso não é exigível relativamente às funções diretivas e aos cargos de confiança que os seus ocupantes detenham poderes de mando e representação tão destacados que os igualem ao empregador, nem é exigível relativamente aos cargos de confiança, diferentemente do que se exige para as funções diretivas, a existência de empregados subalternos.*

*Recurso provido.*

*(Processo nº TST-RR-751-2002-281-04-00 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos Recurso de Revista nº TST-RR-751/2002-281-04-00.5, em que é Recorrente BANCO SANTANDER MERIDIONAL S.A. e Recorrido WANDERLEI LABRES.

O TRT da 4ª Região, pelo acórdão de fls. 786/795, complementado pelo acórdão declaratório de fls. 812/815, negou provimento ao recurso ordinário do reclamado no tocante às horas extras.

O reclamado interpõe recurso de revista às fls. 820/828, com arrimo nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT, pretendendo a reforma da decisão, nos seguintes temas: cargo de confiança – horas extras.

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 833/834.

Contra-razões apresentadas às fls. 836/847.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

## VOTO

### 1 CONHECIMENTO

*1.1 Cargo de confiança. Gerente-geral de agência. Aplicação do art. 62, inciso II, da CLT*

Consignou o Regional:

“Já no período em que trabalhou como gerente geral de agência a partir de 01.07.1998, viável enquadrá-lo nas disposições do § 2º do art. 224

da CLT, ou seja, deveria sujeitar-se à jornada de oito horas, porquanto cabalmente comprovado que merecedor de fidúcia especial, encontrando-se em posição hierárquica superior aos demais colegas, conforme admitido pelo próprio, e com padrão salarial diferenciado.” (fl. 791)

No acórdão declaratório, acrescentou:

“Contudo, relativamente ao período laboral realizado após 30.06.1998, o qual o Juízo de origem entendeu pela inserção do reclamante no art. 62, II, da CLT, consta na fundamentação do acórdão ser caso de aplicação do art. 224, § 2º, da CLT (segundo parágrafo da fl. 791) para conceder ao autor o direito de perceber horas extras praticadas além da 8ª hora diária.”

Verifica-se das decisões que o recorrido passara efetivamente a exercer o cargo de gerente-geral de agência, a partir de 01.07.1998, período em que o Regional consignou ter restado cabalmente comprovado que ele era merecedor de fidúcia especial, encontrando-se em posição hierárquica superior aos demais colegas e com padrão salarial diferenciado.

Mesmo assim entendeu de não enquadrá-lo no art. 62, inciso II, da CLT, mas no art. 224, § 2º, da CLT, indo na contramão da parte final da Súmula nº 287 desta Corte, em que se consagrou a tese de que relativamente ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

No particular, confesso já ter sustentado a tese de o gerente de Banco, qualquer que o seja, não ser enquadrável no art. 62, II, da CLT, e sim forçosamente no art. 224, § 2º, da CLT, por conta do disposto no art. 57 da CLT. Ocorre que, embora o art. 224, § 2º, da CLT aluda genericamente a gerente, pelo que em princípio seria vedado ao intérprete introduzir distinção entre as categorias de gerente, essa distinção acaba se impondo pela própria realidade da fidúcia inerente aos cargos de confiança na atividade bancária.

Com efeito, segundo regra ministrada pela experiência (art. 335 do CPC), as agências bancárias constituem unidades produtivas com autonomia compatível com a estrutura hierarquizada da atividade bancária, em que a gerência é desdobrada em gerência geral ou principal e gerências setoriais, cuja finalidade é coadjuvar a gerência geral a que se encontram subordinadas.

Equivale a dizer que a gerência geral ou principal é cargo de confiança imediata do empregador, com poderes que a habilitam administrar a unidade descentralizada, ao passo que as gerências setoriais são cargos de confiança mediata, com poderes secundários de gestão, sem desfrutar da representação do empregador. Com isso, é imperiosa a ilação de o art. 62, inciso II, da Consolidação ser aplicável ao gerente principal, enquanto o art. 224, § 2º, da CLT, por força do disposto no art. 57 Consolidado, o é aos demais gerentes ditos setoriais e ao grosso da hierarquia local.

Constatado pelo Regional que o recorrido passou a ocupar o cargo de gerente geral de agência, a partir de 01.07.1998, depara-se com sua inserção no art. 62,

## JURISPRUDÊNCIA

inciso II, da CLT, o inabilitando à percepção do sobretrabalho prestado, na esteira da jurisprudência consagrada na Súmula nº 287 do TST.

Do exposto, conheço do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 287 do TST e desde já o provejo para excluir da condenação as horas extras e respectivos reflexos, excedentes da jornada de oito horas, do período posterior a 01.07.1998, restabelecendo a sentença da Vara do Trabalho.

### *1.2 Cargo de confiança. Aplicação do art. 224, § 2º, da CLT*

A decisão regional está assim fundamentada:

“Ao exame dos depoimentos, inclusive o do próprio reclamante, conclui-se que deveria submeter-se à jornada de seis horas quando ocupou os cargos de gerente de atendimento e/ou de negócios, pois consoante se extrai dos autos não possuía subordinados, sujeitava-se a controle de horário e nada indica fíducia diversa daquela detida por todos os demais empregados do réu. Assim, inseria-se na hipótese do *caput* do art. 224 da CLT, ou seja, jornada de seis horas, com adoção do divisor 180 para cálculo do salário-hora.”

No acórdão declaratório, esclareceu:

“A questão mencionada diz respeito ao período anterior a 30.06.1998, o qual foi entendido por este eg. TRT como não sendo caso de aplicação do art. 224, § 2º, da CLT, justamente por não ter sido exigida fíducia especial do reclamante, assim como suas funções não terem sido diferenciadas dos demais empregados bancários. O entendimento firmado por esta Turma foi justamente contrário ao trazido pelo reclamado, não sendo a má-apreciação do julgador passível de ser suscitado por meio de embargos declaratórios, à luz do art. 535 do CPC. Houve manifestação expressa acerca da percepção de comissionamento elevado por parte do reclamante mas, apesar desse fator, entendeu-se por ser imprescindível a acumulação de outros requisitos, os quais não se mostraram presentes.” (fl. 815)

Sustenta o recorrente que o simples recebimento de gratificação superior a um terço do salário é suficiente para a caracterização do cargo de confiança, tal como sufragado em alguns dos arestos trazidos à colação. A tese e os arestos que a secundam encontram-se, contudo, superados pela jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, no sentido de ser imprescindível ao enquadramento no § 2º do art. 224 da CLT a concomitância dos pressupostos ali elencados, ou seja, efetivo exercício de cargo de confiança e percepção de gratificação nunca inferior a 1/3 do salário. É o que se infere da Súmula nº 109, segundo a qual “o bancário não enquadrado no § 2º do art. 224 da CLT, que receba gratificação de função, não pode ter o salário relativo a horas extraordinárias compensado com o valor daquela vantagem”.

Pelos depoimentos testemunhais transcritos no acórdão recorrido, percebe-se que o reclamante, no período anterior a 30.06.1998, exercera os cargos de gerente

de contas e gerente comercial, nos quais havia certa *fidúcia* que os distinguia dos demais cargos, sendo que no exercício daquele não tinha subordinados e os tinha no exercício deste, conforme declarou a sua segunda testemunha.

Daí não ser correta a assertiva do Regional de que o recorrido como gerente de atendimento e/ou de negócios não tinha subordinados, tampouco a referência à gerência de atendimento e/ou de negócios, pois a prova testemunhal revelou o exercício dos cargos de gerente de contas e comercial. De qualquer modo, tanto no exercício do cargo de gerente de contas, quanto no de gerente comercial, verifica-se o exercício de cargos de alguma *fidúcia*, tendo o Regional, no entanto, os descaracterizado como de *confiança* porque o reclamante não possuía empregados subalternos.

Os arestos de fls. 827/828, invocados na conformidade da Súmula nº 337 do TST, adotam, contudo, tese antagônica, no sentido de que, exercendo o bancário tarefas de *fidúcia* ou um dos cargos do § 2º do art. 224 da CLT, ainda que não possuía empregados subalternos, acha-se subordinado à jornada de oito horas, não lhe sendo devidas as horas excedentes da jornada reduzida de seis horas. Inaplicável, no caso, o que preconiza o item I da Súmula nº 102 do TST, de ser insuscetível de exame, em sede de recurso de revista, a configuração, ou não, do exercício da função de *confiança*, por conta da singularidade da decisão local ao transcrever o teor dos depoimentos testemunhais.

Conheço por divergência jurisprudencial.

## 2 MÉRITO

A norma excludente da jornada reduzida de 6 horas, prevista no § 2º do art. 224 da Consolidação, abrange tanto funções diretivas quanto cargos de *confiança*, conforme se deduz da disjuntiva “ou” lá empregada. Com efeito, enquanto as funções diretivas se identificam pela ascensão hierárquica em relação a empregados de menor categoria funcional, os cargos de *confiança* se singularizam pelo elemento *fiduciário*, representado pela delegação de atribuições de maior ou menor relevo inerentes à estrutura administrativa da agência.

Por conta disso, não é exigível relativamente às funções diretivas e aos cargos de *confiança* que os seus ocupantes detenham poderes de mando e representação tão destacados que os igualem ao empregador, nem é exigível relativamente aos cargos de *confiança*, diferentemente do que se exige para as funções diretivas, a existência de empregados subalternos.

Constatado que o recorrido ocupara até 30.06.1998 os cargos de gerente de contas e de gerente comercial, recebia gratificação de função e exercia atribuições de relevo na estrutura administrativa da agência, mesmo não possuindo empregados diretamente subordinados a si, embora os possuísse como gerente comercial, depara-se com a evidência de que ocupava cargos de *confiança* mediata do empregador, impondo-se o seu enquadramento no art. 224, § 2º, da CLT, o inabilitando à percepção das 2 horas excedentes da jornada reduzida de 6 horas.



Do exposto, dou provimento ao recurso para excluir da condenação, no período anterior a 30.06.1998, as duas horas extras excedentes da jornada reduzida de seis horas, restabelecendo no particular a sentença da Vara do Trabalho.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 287, relativamente ao enquadramento do reclamante no art. 62, inciso II da CLT, pelo período posterior a 01.07.1998, e por divergência jurisprudencial relativamente ao seu enquadramento no art. 224, § 2º, da CLT, pelo período anterior a 30.06.1998, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença da Vara do Trabalho.

Brasília, 10 de agosto de 2005. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

## JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS

### OPERADORES CINEMATOGRÁFICOS. JORNADA. HORAS EXTRAS. RECURSO. ADMISSIBILIDADE

1. 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.

2. 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.

## JURISPRUDÊNCIA

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 vênia 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 exibições extraordinárias.’

Assim sendo, *concluimos 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 05/10/88) 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, Editora LTr. 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.

**JUSTA CAUSA. CONCORRÊNCIA COM O EMPREGADOR.  
CARACTERIZAÇÃO**

*JUSTA CAUSA. ATO DE CONCORRÊNCIA AO EMPREGADOR. CARACTERIZAÇÃO. GERENTE QUE INSTALA FÁBRICA PARA PRODUZIR OS MESMOS BENS PRODUZIDOS E COMERCIALIZADOS PELO EMPREGADOR. O empregado que, sem o conhecimento do empregador, passa a explorar o mesmo ramo de atividade deste, pratica ato de concorrência ao empregador, dando ensejo a justa causa para rescisão de seu contrato de trabalho, na forma que possibilita o art. 482, alínea “c”, da CLT, sem que seja necessária a comprovação do efetivo prejuízo, bastando o prejuízo em potencial que decorre da possibilidade de o empregado desviar clientes da empresa em que trabalha para aquela da qual é titular. A fidúcia é imprescindível para o contrato de trabalho e, a partir de quando o empregado passa a ser concorrente do empregador, há “perda da confiança do empregador e da lealdade que o empregado deveria ter a ele”.*

*Na espécie, a quebra da fidúcia se afigura ainda mais grave, porquanto o reclamante ocupava cargo de confiança na empresa, qual seja, o cargo de gerente, conforme revela o Tribunal Regional a fls. 716. O gerente é aquele empregado em quem é depositada uma confiança maior do que a depositada nos demais empregados, é aquele que representa o empregador na prática de certos atos ou na administração de alguns interesses da empresa e muitas vezes o substitui perante terceiros. Dessa forma, não é admissível que um empregado que tem tanta ingerência, que atua na condução da empresa e que na maioria das vezes conhece os seus segredos, os fornecedores e os clientes, explore a mesma atividade econômica de seu empregador. Entendo, assim, estar configurado o ato de concorrência à empresa, que constitui justa causa para dispensa, a teor do art. 482, alínea “c”, da CLT.*

*MULTA PREVISTA NO ART 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT A reclamada não indicou ofensa ao art. 538, parágrafo único, do CPC, único fundamento hábil a ensejar a exclusão da referida multa.*

*Recurso de embargos de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento.*

*(Processo nº TST-E-RR-713.081/2000 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-713.081/2000.0, em que é Embargante CAVAN PRÉ MOLDADO S.A. e Embargado BRUNO SALVADOR VELOSO DA SILVEIRA.

A Primeira Turma, mediante o acórdão de fls. 755/759, deu provimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante para, afastada a justa causa para

dispensa, restabelecer a sentença de primeiro grau. Entendeu que a negociação habitual de que cogita o art. 482, alínea *c*, da CLT “somente se configura se o empregado pratica ato de concorrência ao empregador, buscando tomar-lhe clientes e com isso reduzir-lhe o faturamento e causar-lhe prejuízo”. Assentou, ainda, a liberdade do empregado para trabalhar em mais de um emprego sem que esse fato importe concorrência ao empregador.

Irresignada, a reclamada interpõe recurso de embargos mediante as razões de fls. 778/783, argumentando que o fato de o empregado ser proprietário de uma empresa que explora o mesmo ramo de atividade do empregador sem a sua permissão rompe a fidúcia necessária ao liame de emprego. Sustenta, ainda, que a ocorrência de prejuízos para o empregador não é requisito para configuração de ato de concorrência e aplicação da justa causa. Indica violação ao art. 482, alínea *c*, da CLT e transcreve aresto para confronto de teses.

Não foi oferecida impugnação, consoante a certidão de fls. 791.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

### VOTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

### 1 CONHECIMENTO

#### *1.1 Dispensa. Justa causa. Ato de concorrência ao empregador*

Os fundamentos expendidos pela Turma para dar provimento ao recurso de revista quanto ao tema estão consignados na seguinte ementa:

“JUSTA CAUSA – ATO DE CONCORRÊNCIA AO EMPREGADOR  
– ART. 482, C, DA CLT

1. A negociação habitual, nos termos tipificados na CLT, somente se configura se o empregado pratica ato de concorrência ao empregador, buscando tomar-lhe clientes e com isso reduzir-lhe o faturamento e causar-lhe prejuízo.

2. Ademais, o empregado é livre para trabalhar para diversos empregadores, sem estar gerando a concorrência ao empregador, porquanto o elemento da letra *c* do art. 482 da CLT não veda ao empregado a possibilidade de ativar-se em dois empregos, ou então, uma vez empregado, complementar seu salário com o exercício de atividade comercial autônoma em horário diferenciado daquele em que se dedica ao emprego.

3. Recurso de revista conhecido e provido para, afastada a justa causa, restabelecer a sentença de origem.” (fls. 755)

## JURISPRUDÊNCIA

A reclamada argumenta que o fato de o empregado ser proprietário de uma empresa que explora o mesmo ramo de atividade do empregador sem a sua permissão rompe a fidedignidade necessária ao vínculo de emprego. Sustenta, ainda, que a ocorrência de prejuízos para o empregador não é requisito para configuração de ato de concorrência e aplicação da justa causa. Indica violação ao art. 482, alínea c, da CLT e transcreve aresto para confronto de teses.

Quanto aos fatos, assenta o Tribunal Regional, *verbis*:

“No curso das investigações acerca do furto do monotorator, foi revelado que o reclamante montava uma fábrica de pré-moldados, explorando (ou a explorar) o mesmo ramo de atividade da reclamada (ainda que parcialmente).

O fato restou incontroverso, entendendo o MM. Juízo de origem não haver configuração de negociação habitual, nos termos da lei, à falta de concorrência e prejuízos para a ré.

No caso em apreço, em especial pela função exercida pelo autor, de gerente regional, agindo em nome do próprio empregador, não há como entender-se aceitável a permanência do suplicante na função, enquanto titular de empresa de mesmo ramo de atividade, e, portanto, concorrente da reclamada.” (fls. 718).

No julgamento do recurso de revista, a Turma afastou a justa causa, entendendo que, para determinar a justa causa, a concorrência deve ser prejudicial ao empregador, não sendo suficiente a concorrência pura e simples. Concluiu que somente após comprovado o efetivo prejuízo ou diminuição de lucro do empregador estaria caracterizada a concorrência com ele.

Diferentemente, entendo que o empregado que, sem o conhecimento do empregador, passa a explorar o mesmo ramo de atividade deste, pratica ato de concorrência ao empregador, dando ensejo a justa causa para rescisão do seu contrato de trabalho, na forma que possibilita o art. 482, alínea c, da CLT, sem que seja necessária a comprovação do efetivo prejuízo, *bastando o prejuízo em potencial que decorre da possibilidade de o empregado desviar clientes da empresa em que trabalha para aquela da qual é titular*

Nesse sentido é a lição de Wagner D. Giglio:

“Constitui ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência, por isso, ser lícito ao empregado, como regra, trabalhar para mais de um empregador, ter dois ou mais empregos, ou, com maior razão, ser subordinado a uma empresa e, nas horas de folga, exercer outras atividades como trabalhador autônomo, ou até como empregador, desde que essas outras atividades não concorram com as do primeiro empregador nem sejam prejudiciais ao serviço contratado.”

Nessa mesma linha de raciocínio é o ensinamento de Sérgio Pinto Martins:

“O contrato de trabalho tem por pressuposto a confiança entre as partes, a fideducía. Se a confiança deixa de existir, o contrato de trabalho pode cessar, inclusive por justa causa.

O empregado tem por obrigação inerente ao contrato de trabalho ser leal e ter fidelidade em relação ao empregador. Não pode ser o empregado desleal ao seu empregador, principalmente estabelecendo concorrência nesse sentido. Deve o trabalhador colaborar com o empregador no desenvolvimento de suas atividades, tanto que na Administração de Empresas já chamam o empregado de parceiro.

A letra *d* do art. 5 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha é clara no sentido de que são deveres básicos do empregado não concorrer com a atividade da empresa.”

Na espécie, a quebra da fideducía se afigura ainda mais grave, porquanto o reclamante ocupava cargo de confiança na empresa, qual seja, o cargo de gerente, conforme revela o Tribunal Regional a fls. 716. O gerente é aquele empregado em quem é depositada uma confiança maior do que a depositada nos demais empregados, é aquele que representa o empregador na prática de certos atos ou na administração de alguns interesses da empresa e muitas vezes o substitui perante terceiros. Dessa forma, não é admissível que um empregado que tem tanta ingerência, que atua na condução da empresa, que na maioria das vezes conhece os seus segredos, os fornecedores e os clientes, explore a mesma atividade econômica de seu empregador. Configura-se quebra da lealdade do empregado.

Assim, não obstante todo empregado seja livre para trabalhar para outro empregador, a circunstância de o reclamante – ocupante do cargo de gerente – estabelecer uma fábrica de pré-moldado, que é o mesmo ramo de atividade do empregador, configura no mínimo ato de concorrência.

Dessa forma, entendendo que o entendimento firmado pela Turma atenta contra a literalidade do art. 482, alínea *c*, da CLT, razão por que conheço do recurso de embargos no particular.

### *1.2 Multa prevista no art. 538, parágrafo único, da CLT*

A Turma, apreciando os embargos de declaração opostos pela reclamada, aplicou a multa de um por cento sobre o valor da causa, por considerá-los protelatórios.

A reclamada defende o caráter não-protelatório dos embargos de declaração.

No entanto, verifica-se, de plano, que o recurso não merece conhecimento quanto a este tema, uma vez que a reclamada não indicou violação ao art. 538 do CPC, dispositivo que prevê a aplicação da multa por embargos de declaração protelatórios, constituindo, portanto, único fundamento hábil a ensejar a exclusão da referida multa.



Ante o exposto, não conheço.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Dispensa. Justa causa. Ato de concorrência ao empregador*

Tendo merecido conhecimento o recurso de embargos por violação ao art. 482, alínea c, da CLT, dou-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de embargos apenas quanto ao tema “DISPENSA. JUSTA CAUSA. ATO DE CONCORRÊNCIA AO EMPREGADOR”, por violação ao art. 482, alínea c, da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional.

Brasília, 10 de outubro de 2005. *João Batista Brito Pereira*, relator.

## **MANDADO DE SEGURANÇA. ENTE DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. NÃO-CABIMENTO**

*REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTE DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. NÃO-CABIMENTO. Como a impetrante da ação mandamental é pessoa jurídica de direito público externo e não sendo a decisão regional remetida de ofício desfavorável aos interesses da administração pública federal, estadual ou municipal ou do Distrito Federal, afigura-se incabível o reexame necessário, de acordo com os arts. 1º, V, do Decreto-Lei nº 779/69 e 475, I, do CPC e a Súmula nº 303, item III, do TST. Precedente desta SBDI-2. Remessa oficial não conhecida.*

*PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TST PARA EXAME DE RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO POR ESTADO ESTRANGEIRO. O Tribunal Pleno do STF, na Apelação Cível nº 9.712-9/SP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.09.1989), interpretando o art. 114 da Constituição, já definiu competir, em razão da matéria, à Justiça do Trabalho a apreciação, em todas as suas instâncias, de causas envolvendo, de um lado, o trabalhador, e, de outro, o Estado estrangeiro empregador. No caso concreto é de mandado de segurança em grau de recurso ordinário, em que a impetrante impugna ato praticado com o fito de satisfazer o comando executando, que reconheceu a existência de relação de trabalho entre a Federação da Malásia e seu empregado. Tratando-se de litígio que teve origem no cumprimento da sentença trabalhista, não seria razoável que o TRT examinasse originariamente os mandados de segurança impetrados contra as pessoas jurídicas de direito*

*público externo e, de outro plano, coubesse ao STJ a competência recursal. Preliminar rejeitada.*

*DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. PORTE DE REMESSA E RETORNO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Na Justiça do Trabalho não se exige da recorrente a comprovação do pagamento do porte de remessa e retorno. Inaplicável a Súmula nº 187/STJ. Preliminar rejeitada.*

*DECADÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. Não prospera a alegação do recorrido, calcada na Orientação Jurisprudencial nº 127 da SBDI-2, de que “o efetivo ato coator” seria o prolatado em 14.05.2002 – que primeiro teria firmado a tese hostilizada no “mandamus”, em torno do caráter restritivo da imunidade de execução de Estados estrangeiros –, e não aquele proferido em 29.08.2003, o qual, segundo afirma, apenas ratificara o anterior. Isso porque o segundo despacho é que foi indicado na inicial, expressamente, como ato coator, que deferiu a penhora “on line” objeto do “mandamus”. Tanto assim o é que o eg. Regional, ao analisar originariamente a segurança, também procedeu da mesma forma e entendeu cumprido o prazo de 120 (cento e vinte) dias, de que cogita o art. 18 da Lei nº 1.533/51, já que a ação de segurança foi impetrada no dia 11.09.2003, antes do término do aludido lapso temporal.*

*NULIDADE DO FEITO POR VÍCIOS DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. Nos termos dos arts. 214, § 1º, do CPC (comparecimento espontâneo) e 794 e 796, “a”, da CLT e 244 do CPC (princípio da instrumentalidade das formas), não se há falar em nulidade, para se determinar o refazimento dos respectivos atos processuais: a uma, porque o próprio litisconsorte veio aos autos não só para argüir a ausência de citação válida, mas também para se manifestar sobre o cabimento do mandado de segurança na espécie, restando suprida a eventual falha e, a duas, porque a sua intimação do despacho que recebeu o recurso ordinário serviria apenas para fins de ciência, caso tivesse interesse em contra-arrazoar o apelo ordinário da impetrante, o que o recorrido fez mesmo em data anterior à da prolação do referido despacho de admissibilidade. De fato, não há nulidade processual sem que a ausência da prática do ato tenha causado prejuízo às partes e, ademais, a finalidade do ato de intimação já foi alcançada com a apresentação antecipada do aludido contra arrazoado, realmente não havendo necessidade ou utilidade prática na mera formalização do ato se o seu fim foi atingido.*

*ALEGAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. A articulação de pedido de efeito suspensivo ao seu recurso ordinário, para suspender a execução, sem a preocupação de detalhar tecnicamente as situações de fato havidas no processo principal não evidencia necessariamente o intuito da recorrente em postergar o curso do feito e tampouco em alterar a verdade dos fatos ocorridos nos autos*

*originários. Este Juízo, ao atender o pleito, não foi induzido em erro, mas fundou-se na plausibilidade da tese ali defendida. A ora recorrente se restringiu a se utilizar, dos meios e recursos inerentes ao exercício do direito à ampla defesa garantido na Constituição, para resguardar o seu patrimônio da medida expropriatória. Rejeito a aplicação contra a impetrante das penas alusivas à litigância temerária.*

**RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA ELETRÔNICA DE VALORES PERTENCENTES A ESTADO ESTRANGEIRO QUE INVOCA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. HIPÓTESE DE EXCEPCIONAL CABIMENTO.** *Justifica-se no caso específico a utilização da medida urgente para atacar o ato judicial que, em execução definitiva, determina a penhora de numerário (via sistema BACEN JUD) existente em duas contas bancárias de titularidade do Escritório Comercial do Estado estrangeiro impetrante, que alegou ser detentor da prerrogativa da imunidade de execução conferida pela Convenção de Viena e por ele não renunciada, encontrando-se, no momento da impetração, na iminência de sofrer prejuízos dificilmente reparáveis, originados do imediato pagamento de elevada dívida trabalhista, mesmo que se admitisse haver previsão de recurso (“lato sensu”) próprio para impugnação do ato coator. Recurso ordinário provido, para afastar o não-cabimento da “mandamus” e, desde já, passar ao exame do seu mérito (art. 515, § 3º, do CPC).*

**PENHORA “ON LINE” EM CONTA CORRENTE DE ESCRITÓRIO COMERCIAL DE ENTE DE DIREITO PÚBLICO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE QUANDO NÃO COMPROVADA A DESAFETAÇÃO DO BEM. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO.** *No direito comparado é ilegal a determinação de penhora de conta corrente de Estado estrangeiro, salvo quando cabalmente demonstrada sua utilização para fins estritamente mercantis, porque neste caso o dinheiro ali movimentado estaria desvinculado dos fins da Missão diplomática. Nos termos da jurisprudência do eg. STF e da mais abalizada doutrina, fere direito líquido e certo do Estado estrangeiro a incidência de medidas expropriatórias contra bens afetos à sua representação diplomática ou consular, mesmo diante do reconhecido caráter restritivo da imunidade de execução, na medida em que este privilégio tem lugar no que tange aos bens vinculados ao corpo diplomático (art. 22, item “3”, da Convenção de Viena de 1961). No caso concreto, o próprio Juízo Coator atestou, a partir de documentos do processo original, que o Escritório Comercial da Embaixada da Malásia não pode realizar operações de comércio, destinando-se à promoção do intercâmbio comercial entre o Brasil e a Malásia. Some-se a isso o fato de o exequente não ter logrado provar a necessária desafetação das contas bloqueadas, como se faria mister, nos termos do direito internacional público comparado. Logo, há*

*de se conceder em parte a segurança impetrada, para declarar a imunidade à execução das contas bancárias da impetrante que foram alvo de penhora, mantendo, assim, a antecipação de tutela quanto ao desbloqueio das contas e liberação da quantia à impetrante, porém autorizando o prosseguimento da execução quanto aos bens que forem comprovadamente desafetos à Missão diplomática.*

(Processo nº TST-ROMS-282-2003-000-10-00 – Ac. SBDI-2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa *Ex Officio* e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-282/2003-000-10-00.1, em que é Remetente o TRT DA 10ª REGIÃO, Recorrente a FEDERAÇÃO DA MALÁSIA, Recorrido ODAÍZIO DA SILVA ARAÚJO e Autoridade Coatora o JUIZ TITULAR DA 5ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA.

A ora recorrente impetrou o mandado de segurança, às fls. 2/12, com pedido de liminar, fundado na Lei nº 1.533/51, contra o ato judicial de fls. 40/41, que, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 721/96, em fase de execução definitiva e atendendo ao requerimento do exequente, formulado às fls. 35/37, determinou a penhora *on line* (via sistema BACEN JUD) de duas contas bancárias de titularidade do Escritório Comercial da Embaixada da impetrante, até o limite atualizado do crédito exequendo, para garantir a dívida trabalhista, que, à época, importava em R\$ 320.262,16 (vide fls. 22/38).

Invocou a impetrante a imunidade de execução do Estado estrangeiro, sustentando não ser o seu intuito obstar a execução da sentença transitada em julgado, proferida pelo Estado-Juiz brasileiro, mas sim que o título executivo judicial já liquidado seja executado na forma do art. 210 do CPC, por carta rogatória a ser encaminhada ao Ministério da Justiça. Alegou que não haveria como se “relativizar”, como fez a autoridade coatora, “o princípio da imunidade de execução, sob o raciocínio de que seriam passíveis de constrição os bens que não estivessem ‘vinculados ao corpo diplomático’”. Argumentou que “não há como distinguir o que esteja e o que não esteja vinculado às necessidades de manutenção do corpo diplomático do país acreditante, sendo até mesmo óbvio que o dinheiro existente na conta corrente da impetrante destine-se ao pagamento de salários e despesas de seu corpo diplomático”. Aduziu, ainda, que a imunidade diplomática estaria prevista na Convenção de Viena, que integrou o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo nº 103/64, reconhecendo ao Estado estrangeiro e aos seus agentes diplomáticos dupla imunidade: a de jurisdição e a de execução, tendo esta sido recepcionada pela Constituição Federal.

Requeru a Federação da Malásia, liminarmente, a suspensão do ato construtivo, até decisão final do *writ*, “concedendo-se em definitivo a segurança, no sentido de que se evitem futuras penhoras em bens do impetrante”.

A liminar foi deferida à fl. 49, para suspender o ato construtivo, até decisão final do *mandamus*. A autoridade coatora prestou informações às fls. 54/55 e o litisconsorte passivo necessário se manifestou às fls. 58/61 e 73/86.

À fl. 71, a Juíza Relatora do mandado de segurança rejeitou a arguição de nulidade do feito por vício de citação do litisconsorte, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, às fls. 286/291, por maioria, resolveu não admitir a ação de segurança, por considerá-la incabível na espécie, extinguindo-a, sem julgamento do mérito, nos termos dos arts. 5º, II, da Lei nº 1.533/51 e 267, VI, do CPC e da Orientação Jurisprudencial nº 92 da SBDI-2 do TST, em síntese, por entender que existia medida recursal idônea para impugnação do ato atacado, qual seja, a exceção de pré-executividade, mediante a qual a parte poderia “obter a satisfação do alegado direito, cuja eventual violação não a expõe a riscos irreparáveis ou de difícil reparação”.

Irresignada, a impetrante interpõe o presente recurso ordinário, às fls. 297/314, com pedido de efeito suspensivo, visando a imediata suspensão dos bloqueios *on line* de suas contas correntes e a reforma da decisão recorrida, defendendo, em suma: I) o cabimento da segurança, ante a inexistência de outro recurso próprio para combater o ato em questão e capaz de obstaculizar o prosseguimento da execução, a não ser a ação mandamental, pois a exceção de pré-executividade, além de ser uma construção doutrinária e jurisprudencial não prevista no ordenamento jurídico pátrio, constituindo-se em mera faculdade do devedor, tramitaria perante o mesmo Juízo Coator, o qual já se manifestou em sentido contrário à imunidade de execução, e II) a concessão da segurança para proteger o seu suposto direito líquido e certo a não sofrer a penhora eletrônica em qualquer situação, alinhando, para tanto, basicamente as mesmas razões inicialmente expendidas em torno da impossibilidade de seus bens se sujeitarem à execução forçada, haja vista o caráter absoluto de sua imunidade de execução. Trouxe lições doutrinárias e vasta jurisprudência em abono de suas teses.

Despacho de admissibilidade à fl. 333, recebendo o apelo, pelo que se infere, no efeito meramente devolutivo e deixando, contudo, de apreciar o pedido de extrema urgência.

Contra-razões às fls. 320/332.

Subiram os autos a esta alta Corte também em obediência ao duplo grau de jurisdição obrigatório, na forma do Decreto-Lei nº 779/69.

Pela petição de fls. 337/343, o Organismo Internacional reiterou o postulado desde a petição inicial da ação mandamental, afirmando que o tema em debate (possibilidade ou não de os bens pertencentes ao Consulado serem passíveis de execução) já mereceu pronunciamento favorável à impetrante, conforme as ementas de precedentes desta Casa, transcritas às fls. 340/342. Desse modo, pleiteou a atribuição de eficácia suspensiva ao recurso ordinário, com o fito de suspender a tramitação do processo de execução originário.

Nos termos do art. 273 do CPC, recebi o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário aviado nestes autos como de antecipação dos efeitos da tutela de mérito pretendida na exordial, deferindo-a por meio do despacho exarado às fls. 347/348, sob o fundamento de que estavam evidenciados os pressupostos exigidos por lei, autorizando-se a suspensão da execução promovida nos autos da reclamação trabalhista principal, bem como o desbloqueio das contas correntes da recorrente, que foram alvo de penhora *on line*, até o julgamento final da ação de segurança.

Pela via regimental (fls. 354/368), o recorrido suplicou a reconsideração da decisão monocrática ora agravada, tentando demonstrar o seu desacerto. Argüiu a nulidade do processo, por irregularidade em sua intimação para responder ao recurso ordinário interposto pela impetrante e em sua citação como litisconsorte passivo necessário no mandado de segurança. Suscitou, também, a decadência da ação mandamental, com esteio na Orientação Jurisprudencial nº 127 desta col. SBDI-2. No mais, defendeu o caráter restritivo da imunidade de execução, que, portanto, não seria aplicável à hipótese de penhora de crédito. Concluiu afirmando que haveria perigo de ocorrência de dano irreparável à sua saúde. Pugnou pela revogação da tutela antecipada concedida.

Paralelamente, o agravante ajuizou a Reclamação nº 1646/DF (2004/0097671-2) junto ao eg. Superior Tribunal de Justiça, com o fito de atrair para aquela Corte a competência desse processo, impetrando, também o mandado de segurança de fls. 450/456, perante a il. Presidência do TST contra a decisão deste Relator, concessiva da antecipação de tutela, não tendo, no entanto, obtido sucesso em nenhuma das medidas.

Através da petição de fls. 463/468, apreciada na primeira Sessão de Julgamento, realizada no dia 31.08.2004, levantou, ainda, o agravante, quatro questões de ordem.

Esta col. 2ª Subseção Especializada, por intermédio do acórdão de fls. 493/499, indeferiu as questões de ordem, conheceu e negou provimento ao agravo regimental interposto pelo litisconsorte.

Houve oposição de embargos de declaração pelo litisconsorte às fls. 502/510, buscando, em resumo, suprir supostos pontos omissos na decisão ora embargada, além de uma imaginada contradição, com a impressão de efeito modificativo ao julgado, a fim de que fosse revogada a tutela antecipada deferida pelo despacho agravado.

Todavia, os embargos declaratórios foram conhecidos e desprovidos às fls. 521 e 554/557.

Às fls. 522/527, requereu ainda o litisconsorte recorrido, escudando-se no art. 273, § 4º, do CPC, a revogação da tutela antecipada deferida, sob o fundamento de que este Julgador teria incorrido em erro de fato, pois o ato judicial impugnado de fls. 40/41 teria determinado a penhora *on line* de duas contas bancárias de titularidade do Escritório Comercial da Federação da Malásia – supostamente não

## JURISPRUDÊNCIA

protegidas pelo art. 22, III, da Convenção de Viena –, e não da Missão Diplomática da Federação da Malásia, como teria levado a crer a impetrante. Em ordem sucessiva, postulou a modificação da antecipação de tutela, a fim de que fosse ao menos autorizado ao reclamante o prosseguimento da execução quanto aos bens da Federação da Malásia desafetos à sua Missão diplomática acreditada em Brasília/DF, a teor de um recente precedente da SBDI-2, segundo o qual a imunidade dos Estados Estrangeiros seria relativa.

Todavia, verificando que a parte insistia nas mesmas alegações antes tecidas (vide fls. 362/368, 464 e 506/509), pretendendo, na verdade, o reexame de questões já exaustivamente analisadas quando do julgamento dos recursos anteriormente manejados, registrei não haver nada a reconsiderar (vide fl. 537).

A douta Procuradoria-Geral do Trabalho, às fls. 542/551, opinou pelo não-conhecimento da remessa oficial, por incabível à espécie, e conhecimento e provimento do apelo voluntário, para admitir a segurança e concedê-la, afastando-se, definitivamente, a penhora *on line* efetuada contra a Federação da Malásia.

É o relatório.

### VOTO

#### I – CONHECIMENTO

##### *a) Da remessa oficial*

Como a impetrante da ação mandamental é pessoa jurídica de direito público externo (art. 42 do novo CCB) e não sendo a decisão regional remetida de ofício desfavorável aos interesses da administração pública federal, estadual ou municipal ou do distrito federal, não conheço do reexame necessário, porquanto se afigura incabível na espécie, de acordo com os arts. 1º, V, do Decreto-Lei nº 779/69 e 475, I, do CPC e a Súmula nº 303, item III, do TST. Nesse sentido, o precedente desta col. SBDI-2: TST, AG-RXOFROMS 62268/2002-900-02-00, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 27.02.2004.

##### *b) Do recurso ordinário*

##### **b.1) Incompetência do TST *ex ratione personae***

Relativamente à preliminar de incompetência do Tribunal Superior do Trabalho para apreciar o recurso ordinário, suscitada em sede de contra-razões (fls. 321/322), em razão de figurar como parte Estado estrangeiro, impõe-me refutá-la. Baseia o recorrido sua alegação nos arts. 105, II, c, da Constituição Federal e 539, II, b, e 540 do CPC.

Nesse aspecto, reafirmo os fundamentos adotados pela col. 2ª Subseção Especializada em Dissídios Individuais por ocasião do julgamento do agravo regimental interposto nestes autos contra a decisão concessiva da tutela antecipada (fls. 496/497).

Note-se que o que se discute é exatamente a regularidade da execução trabalhista. O mandado de segurança foi impetrado para combater ato judicial praticado em execução trabalhista (fls. 40/41), tendo sido julgado no Juízo Trabalhista (Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região), sem que, no entanto, se tivesse levantado tal óbice (vide as manifestações do litisconsorte passivo necessário às fls. 58/61 e 73/86). Mas não se trata de inovação à lide, porque as incompetências em razão da pessoa e da matéria são absolutas e, assim, improrrogáveis, podendo ser declaradas até mesmo de ofício pelo Julgador ou argüidas pela parte a qualquer tempo.

Contudo, no caso ela não se caracteriza, não havendo o menor fundamento jurídico para se declinar da competência para o eg. Superior Tribunal de Justiça, isto diante da redação inserta no *caput* do art. 114 da Carta Magna de 1988, a norma específica que, tratando das competências material e pessoal desta Justiça Especializada para processar e julgar os dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, incluiu, expressamente, na qualidade de empregadores, os entes de direito público externo, abrangendo, ao final, os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças. É o que ocorreu no processado, em que o Juiz condutor da execução trabalhista buscou satisfazer o comando exequendo, mediante a penhora eletrônica efetuada, tendo sido o ato por ele praticado objeto de impetração, pela executada, do mandado de segurança sob exame, perante o eg. 10º TRT, que, por sua vez, acabou prolatando acórdão desfavorável à impetrante, fazendo-a interpor o atual recurso ordinário para o TST, perfeitamente cabível, nos moldes dos arts. 895, *b*, da CLT, da CLT e 230 do Regimento Interno do TST, segundo os quais cabe recurso ordinário para o TST das decisões definitivas proferidas pelos TRTs em processos de sua competência originária.

Impende fazer *in casu* uma interpretação sistemática dos arts. 105, II, *c*, da Constituição, 539, II, *b*, e 540 do CPC com aqueles mencionados no parágrafo anterior, apesar de nestes não constar ressalva quanto à competência residual da Justiça do Trabalho, como se faria mister, a exemplo do que se deu com o art. 109, I, da Constituição Federal. Trata-se, a toda evidência, de omissão do Legislador plenamente suprível pelo Julgador.

De modo a dissipar quaisquer dúvidas, menciono, a respeito, relevante precedente do eg. STF:

“(…), a competência para julgar reclamação trabalhista contra ‘entes de direito público externo’ se transferiu, no sistema constitucional vigente (art. 114), para a Justiça do Trabalho, em todas as suas instâncias.” (Tribunal Pleno do STF, Apelação Cível nº 9.712-9/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.09.1989)



## JURISPRUDÊNCIA

Como visto, tratando-se de litígio que teve origem no cumprimento da sentença trabalhista que reconheceu a existência de relação de trabalho entre a Federação da Malásia e seu ex-empregado, não seria razoável que o TRT examinasse originariamente os mandados de segurança impetrados contra as pessoas jurídicas de direito público externo e, de outro plano, coubesse ao STJ a competência recursal, embora se tenha notícia da existência de dois precedentes daquela Corte nesse sentido (vide fl. 322).

Aliás, há que se ressaltar que tal instrumento processual deve ser utilizado perante qualquer Tribunal para a preservação de sua competência, porém referindo-se a Órgãos Jurisdicionais subordinados à Corte cuja competência se pretende preservar, o que, obviamente, não é o caso do TST em relação ao STJ. Preliminar rejeitada.

### b.2) Preliminar de deserção

Rejeito a preliminar de deserção argüida em contra-razões (fls. 322/324), porque inaplicável a Súmula nº 187/STJ à Justiça do Trabalho – no âmbito da qual não se exige da recorrente a comprovação do pagamento do porte de remessa e retorno referido pelo recorrido.

### b.3) Pressupostos extrínsecos

Foram atendidos os requisitos genéricos de admissibilidade, pois o recurso é tempestivo (fls. 295 e 297), há capacidade postulatória (fl. 13) e as custas processuais foram devidamente recolhidas (fl. 316). Conheço.

## II – MÉRITO DO APELO VOLUNTÁRIO

### II.1 Preliminar de decadência

De início, importa salientar não ter ocorrido a decadência do direito de propor o mandado de segurança.

Não prospera a alegação do ora recorrido, deduzida às fls. 360/362 e calcada na Orientação Jurisprudencial nº 127 desta col. SBDI-2, de que “o efetivo ato coator” seria o de fls. 24/27, prolatado na data de 14.05.2002, que primeiro teria firmado a tese hostilizada no *mandamus*, e não aquele de fls. 40/41, proferido em 29.08.2003, o qual, segundo afirma, apenas ratificara o anterior. Com isso, pretendeu a parte a extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos dos arts. 269, inciso IV, do CPC e 18 da Lei nº 1.533/51.

Para tanto, historiou o recorrido que o primeiro despacho, declarando o caráter restritivo da imunidade de execução de Estados estrangeiros, determinou a penhora em dinheiro existente nas contas bancárias do Escritório Comercial da Federação

da Malásia, ordem judicial essa que foi cumprida no dia 28.01.2003 (fls. 54/55 e 203/209), quando então um oficial de justiça penhorou a importância que garantiu parcialmente o crédito exequendo do agravante.

Asseverou que, ao contrário do afirmado na petição inicial do *mandamus*, na decisão de fls. 40/41, proferida 7 (sete) meses após a mencionada constrição, o Juízo Coator apenas reafirmou a tese firmada no *decisum* de fls. 24/27, isto é, a de que os bens do Escritório Comercial da Federação da Malásia não estão protegidos pelo art. 22, § 3º, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, que, de forma *numerus clausus*, torna impenhoráveis tão-somente os locais da missão, o mobiliário e demais bens nele (nos locais da missão) situados e os meios de transporte da missão diplomática.

Em relação à questão da contagem do prazo decadencial considerando data do primeiro despacho (fls. 24/27), não há decadência a ser declarada, tendo em vista que o segundo despacho (fls. 40/41) é que foi indicado na inicial, expressamente (fls. 2 e 3), como ato coator, da lavra do Exmo. Sr. Juiz do Trabalho Substituto João Cândido e proferido em 29.08.2003, que deferiu a penhora *on line* objeto do *mandamus*. Tanto assim o é que o eg. Regional, ao analisar originariamente a segurança, também procedeu da mesma forma e entendeu cumprido o prazo de 120 (cento e vinte) dias, de que cogita o art. 18 da Lei nº 1.533/51, já que a ação de segurança foi impetrada no dia 11.09.2003, antes do término do aludido lapso temporal (fl. 288).

Logo, rejeito a preliminar.

## II.2 Nulidade por vício de citação

O litisconsorte passivo necessário erigiu, às fls. 58/61 e 74/77, a nulidade de sua citação, porquanto, segundo alegou, teria ela sido enviada a endereço diverso do seu, a teor do art. 47, parágrafo único, do CPC. À fl. 71, a Juíza Relatora do mandado de segurança rejeitou a arguição.

Conquanto tal questão não tenha sido renovada em sede de contra-razões (fls. 320/332), trata-se de matéria de ordem pública, examinável até de ofício pelo Órgão Julgador, nos termos do art. 267, inciso IV e § 3º, do CPC, e, por outro lado, consignei à fl. 494 (julgamento do agravo regimental) que os pleitos veiculados às fls. 367/368 seriam apreciados por esta Corte quando da decisão definitiva do *mandamus*. Entretanto, comungo, do entendimento da Exma. Sra. Magistrada Relatora da ação mandamental, exarado à fl. 71, *in verbis*:

“Não há, todavia, que se repetir o ato processual impugnado, porquanto, segundo a regra disposta no § 1º do art. 214 do CPC, o seu comparecimento espontâneo restou por suprir a eventual falta ou nulidade da citação.”

Ora, a ausência de citação válida do litisconsorte passivo necessário para integrar a lide mandamental geraria a extinção do processo, por falta de pressuposto

de constituição válida e regular do feito. Todavia, se ele próprio veio aos autos não só para argüir a tal preliminar de nulidade, mas também para se manifestar sobre o cabimento do mandado de segurança na espécie, como se infere das fls. 58/61 e 73/86, não há como acolher a pretensão do ora recorrido.

Nesse passo, adoto tais fundamentos como razões de decidir, na medida em que respaldado na melhor exegese que se extrai do dispositivo legal regulador da matéria, refletindo ainda a posição atual da doutrina e da jurisprudência modernas e majoritárias sobre o tema, dispensando, por óbvio, maiores considerações, e também rejeito a adução da parte.

### *II.3 Nulidade por vício de intimação*

Às fls. 356/357 (agravo regimental), o ora recorrido levantou, nos termos do art. 236, § 1º, do CPC, a questão da inexistência de sua intimação do despacho de fl. 333, que recebeu o recurso ordinário no efeito meramente devolutivo.

Igualmente, pelos mesmos motivos anteriormente aventados, não tem lugar o pedido de remessa dos autos ao TRT, para que refaça nova intimação da parte. Isto porque tal notificação serviria apenas para fins de ciência do litisconsorte, caso tivesse interesse em contra arrazoar o apelo ordinário da impetrante, o que o recorrido fez mesmo em data anterior à da prolação do referido despacho de admissibilidade, como se vê nitidamente às fls. 320/332.

Nos termos dos arts. 794 e 796, *a*, da CLT e 244 do CPC (princípio da instrumentalidade das formas), não há nulidade processual sem que a ausência da prática do ato tenha causado prejuízo às partes e, ademais, a finalidade do ato de intimação já foi alcançada com a apresentação antecipada do aludido contra arrazoado, realmente não havendo necessidade ou utilidade prática na mera formalização do ato se o seu fim foi atingido.

Portanto, rejeito também essa preliminar.

### *II.4 Litigância de má-fé*

Às fls. 362/364, o então agravante e ora recorrido alegou a suposta litigância de má-fé da impetrante e ora recorrente, em síntese, pelo fato de que ela teria, ao formular o pedido de fls. 337/343 (de concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário para suspender a execução), manifestamente alterado a verdade constante dos autos da reclamação trabalhista original, quando afirmou que a ordem judicial impugnada teria sido cumprida pelo Banco Central do Brasil, também induzindo em erro este Ministro Relator quanto à verossimilhança da postulação estribada na imaginada existência no caso da imunidade de execução.

Mais uma vez, sem razão a parte, que confunde a litigância temerária não caracterizada com aspectos puramente meritórios da lide.

Não diviso o intuito da recorrente em postergar o curso do feito e tampouco a suposta alteração da verdade dos fatos. Primeiro, é indiferente o fato de, na prática,

a determinação de penhora *on line* ter sido cumprida por oficial de justiça, e não pelo sistema BACEN JUD. Ora, basta ler o ato combatido, às fls. 40/41, para se constatar que a ordem foi mesmo de penhora eletrônica de valores, a qual, como é cediço, é feita por meio do referido sistema. De qualquer maneira, o que importa saber é a natureza dos bens constrictos, ou seja, se eles estão vinculados ou não à Missão diplomática, como se verá adiante, isso dizendo respeito ao mérito da causa, que passa pela aferição em torno das concepções abusolutista e relativista da invocada imunidade de execução do Estado estrangeiro e desemboca na constatação da existência ou não de direito líquido e certo da impetrante a ser protegido, conforme se analisará a seguir.

Todavia, essas aprofundadas observações – por ser superficial o Juízo de apuração da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – não eram próprias de serem feitas quando da prolação do despacho de fls. 347/348, por intermédio do qual recebi o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário aviado nestes autos como de antecipação dos efeitos da tutela de mérito pretendida na exordial, deferindo-a, sob o fundamento de que estavam evidenciados os pressupostos exigidos por lei, autorizando a suspensão da execução promovida nos autos da reclamação trabalhista principal, bem como o desbloqueio das contas correntes da recorrente, que foram alvo de penhora *on line*, até o julgamento final da ação de segurança.

Assim, por não avistar a denunciada conduta desleal da ora recorrente – que, no meu sentir, se restringiu a se utilizar, nos termos do art. 273 do CPC, dos meios e recursos inerentes ao exercício do direito à ampla defesa garantido constitucionalmente (art. 5º, inciso LV), tudo para resguardar o seu patrimônio da medida expropriatória –, rejeito a aplicação contra a impetrante das penas a ela alusivas.

### *II.5 Cabimento do mandado de segurança*

No mais, assiste razão à recorrente, porém apenas em parte. *Data venia* do posicionamento externado pelo eg. TRT de origem, dele não comungo, pois não me parece realmente mais adequada, na hipótese, a extinção do mandado de segurança em tela, pelo fundamento do seu descabimento na espécie. Vejamos:

Registre-se que a jurisprudência do Excelso 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, se este não possuir efeito suspensivo ou se o ato combatido puder ensejar ao impetrante dano irreparável ou de difícil reparação. Vide, a respeito, a Súmula nº 267/STF.

Por seu turno, o Tribunal Superior do Trabalho endossa amplamente tal pensamento, mormente quando a executada, ente de direito público externo, na propositura da segurança, como na hipótese vertente, se encontrava na iminência de ter de suportar o imediato pagamento de elevada dívida trabalhista, muito embora

tenha invocado a prerrogativa consistente em sua imunidade de execução. Isso porque a importância tornada indisponível por meio do bloqueio eletrônico foi colocada à disposição do Juízo e, em se tratando de execução definitiva, poderia ser liberada a qualquer momento ao reclamante. De fato, os prejuízos dificilmente reparáveis que o impetrante estava prestes a sofrer originaram-se da ordem de penhora de numerário pertencente ao Estado estrangeiro, supostamente detentor do aludido benefício conferido pela Convenção de Viena e por ele não renunciado, a merecer o exercício de medida urgente, ainda que se considere que, de outra parte, o ato impugnado poderia ter sido alvejado por recurso próprio (*lato sensu*), a tanto previsto na legislação processual em vigor.

Assim sendo, mesmo que tivesse a impetrante se valido da propalada exceção de pré-executividade para combater o ato em questão, a qual, em tese, seria capaz de obstaculizar o prosseguimento da execução até a solução do incidente, consoante até admite o julgado desta alta Corte transcrito na decisão recorrida (vide fls. 289/290), o certo é que o tal instrumento – a par da discussão de ter sido criado pela doutrina e, portanto, realmente não ser previsto no ordenamento jurídico pátrio – tramitaria perante o mesmo Juízo Coator, o qual já se manifestou reiteradamente em sentido contrário ao reconhecimento do pretense caráter absoluto da imunidade de execução invocada pela impetrante, que seria obrigada a interpor agravo de petição contra o indeferimento do pleito. Ora, não se mostra razoável exigir essa iniciativa da parte, forçando a resolução da questão nos próprios autos do processo de execução original, pois o que a impetrante pretendeu combater e evitar com a ação de segurança foi justamente a penhora eletrônica, pelo fato de gozar do referido privilégio da imunidade de execução, por força da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, em princípio desrespeitada.

Dá ser cabível a ação mandamental no caso em apreço – a exemplo do tratamento que se dispensa por esta Casa aos entes de direito público interno na hipótese em que são diretamente executados, sem precatório –, como o único remédio processual apto a impedir, eficaz e prontamente, a consumação das imaginadas ilegalidade e abusividade do ato atacado, conforme se verá adiante.

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso, para afastar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, então imposta na origem quando declarou o não-cabimento do *mandamus* e não o admitiu e, desde logo, passar ao exame da sua questão de fundo, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, pois o apelo está em condições de imediata apreciação, na medida em que versa sobre matéria exclusivamente de direito.

## II.6 Direito líquido e certo

Compulsando-se os autos, observo que o ato judicial atacado refere-se à determinação, nos autos da reclamação trabalhista principal e em execução definitiva, de penhora *on line* (via sistema BACEN JUD) de duas contas bancárias de titularidade do Escritório Comercial da Embaixada da impetrante, até o limite atualizado do

crédito exequendo, para garantir a dívida trabalhista, que, à época, importava em R\$ 320.262,16 (vide fls. 22/41).

Afigura-se procedente o pedido de cassação do ato coator, no qual vislumbro ilegalidade e abuso de poder.

Ao que tudo indica, o despacho impugnado de fls. 40/41 apenas atendeu ao pedido do exequente de penhora eletrônica após *deduzir da prova dos autos* não ser o escritório comercial da Malásia “ente indispensável à representação do Estado estrangeiro neste país”, porque, “ao promover o intercâmbio comercial (...) entre o Brasil e a Malásia, resta evidente o seu interesse econômico”. Fundou-se, para tanto, em documentos que noticiavam que “o escritório comercial da Malásia funcionará como seção de comércio da respectiva Embaixada no Brasil, não podendo, entretanto, realizar operações de comércio”. Sobre a inviolabilidade dos bens dos Estados estrangeiros, considerou, ainda, a autoridade coatora, o item “3” do art. 22 da Convenção de Viena de 1961, que revelaria serem impenhoráveis apenas e tão-somente os locais da Missão, seu mobiliário e demais bens ali situados, assim como os seus meios de transporte.

Vale citar, a propósito, o inteiro teor do mencionado art. 22 da Convenção de Viena de 1961 (sobre relações diplomáticas), *in verbis*:

“1. Os locais da Missão são invioláveis. Os agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão.

2. O Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer invasão ou dano e evitar perturbações à tranquilidade da Missão ou ofensas à sua dignidade.

3. Os locais da Missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargos ou medida de execução.”

Por sua vez, a impetrante aduziu que “a manutenção da v. decisão atacada, proferida pela Autoridade Coatora, implicará precedente extremamente perigoso, que infringirá o princípio da reciprocidade, possibilitando que créditos brasileiros sejam passíveis de penhora em outros Estados, especialmente o Malaio, que poderá utilizar tal precedente perante o seu Judiciário. Ou seja, a decisão criará um caos na Diplomacia internacional sem precedentes, com Oficiais de Justiça dos diversos países penhorando créditos, saldos e dinheiro uns dos outros. A manutenção da v. decisão trará prejuízo inclusive à imagem do Brasil perante a comunidade internacional (...)” (vide fl. 8 da petição inicial do *mandamus*).

Depreende-se, outrossim, que a impetrante defendeu que o princípio da imunidade de execução seria absoluto e afirmou que “não há como distinguir o que esteja e o que não esteja vinculado às necessidades de manutenção do corpo diplomático do país acreditante, sendo até mesmo óbvio que o dinheiro existente na

conta corrente da impetrante destine-se ao pagamento de salários e despesas de seu corpo diplomático” (fl. 4).

Para melhor compreensão da matéria, valho-me do direito comparado, transcrevendo ainda os preciosos ensinamentos de Manuel Diez de Velasco Vallejo, Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado de Universidad de Madrid, Membre de l’Institut de Droit Internacional Español, Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, Antiguo Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Registra em sua obra, intitulada *Instituciones de derecho internacional público*, p. 299/300, 14. ed. Madrid, 2004, Ed. Tecnos, traduzido para a língua portuguesa:

“Recentemente, a questão mais delicada que tem se apresentado nos Tribunais em relação à imunidade de execução é só se pode proceder contra as contas correntes bancárias dos Estados estrangeiros quando ditas contas são utilizadas tanto para funções públicas (manutenção das Embaixadas, salários para os representantes diplomáticos e funcionários consulares etc.), como para realização de operações comerciais. O Tribunal Constitucional Federal alemão, em sua sentença de 13 de dezembro de 1977, estimou que a imunidade de execução se estendia a ditas contas correntes indistintas. Para o mais alto Tribunal Britânico, de acordo com a sentença da *House of Lords*, de 12 de abril de 1984, esta imunidade de execução das contas indistintas só é uma presunção que pode decair em caso de que a parte que pretenda a execução demonstre que é o Estado titular da conta corrente houvera assinalado em dita conta que determinadas quantidades estiveram destinadas a garantia de operações comerciais.”

“A jurisprudência espanhola referente à execução de sentenças espanholas sobre bens de Estados estrangeiros reitera que a imunidade de execução se assenta em uma dupla distinção: I) são absolutamente imunes à execução dos bens das missões diplomáticas e consulares; II) são imunes à execução os demais bens dos Estados estrangeiros que estão destinados a atividades *iure imperii*, porém não os destinados a atividades *iure gestionis*. Ademais, se insiste em que não é necessário que os bens objeto de execução estejam destinados à mesma atividade *iure gestionis* que provocou o litígio, pois outra coisa poderia fazer ilusória à execução.”

A respeito, confira-se o inteiro teor do texto acima, *ipsis litteris*:

“*Recientemente la cuestión más delicada que se ha presentado ante los tribunales en relación con la inmunidad de ejecución es si se puede proceder contra las cuentas corrientes bancarias de Estados extranjeros cuando dichas cuentas sean utilizadas tanto para sus funciones públicas (mantenimiento de las embajadas, sueldos para los representantes diplomáticos y funcionarios consulares, etc.), como para realización de operaciones comerciales. El Tribunal Constitucional federal alemán, en su sentencia de 13 de diciembre de 1977, estimó que la inmunidad de ejecución se extendía a dichas cuentas corrientes indistintas (Z.a.ö.R.V., 1978: 242; I.L.R., vol. 65: 146). Para el más alto tribunal británico, de acuerdo con la*

*sentencia de la House of Lords de 12 de abril de 1984, esta inmunidad de ejecución de las cuentas indistintas sólo es una presunción que puede decaer en el caso de que la parte que pretenda la ejecución demuestre que el Estado titular de la cuenta corriente hubiera señalado en dicha cuenta que determinadas cantidades estuvieran destinadas a la garantía de operaciones comerciales (Alcom Ltd. v. Republic of Colombia, All England Law Reports, 1984, vol. 2: 6).*

*La jurisprudencia española referente a la ejecución de sentencias españolas sobre bienes de Estados extranjeros reitera que la inmunidad de ejecución se asienta en una doble distinción: 1) son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares; 2) son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades iure imperii, pero no los destinados a actividades iure gestionis (S.T.C. 107/1992 y 18/1997). Además se insiste en que ‘no es necesario que los bienes objeto de ejecución estén destinados a la misma actividad iure gestionis que provocó el litigio, pues otra cosa podría hacer ilusoria la ejecución’ (ibid.).”*

Como se vê, a autoridade coatora equivocou-se ao associar a promoção de intercâmbio comercial com a caracterização de interesse econômico. Cuida-se de questões sabidamente distintas, fato claramente perceptível no caso específico, em que ficou expressamente consignado no documento em que se fundou a digna autoridade coatora, que o Escritório Comercial da Malásia estaria proibido de realizar operações de comércio (vide fls. 40/41).

Penso que não havia elementos de convicção suficientes para se concluir que os bens penhorados não se destinavam ao cumprimento da Missão diplomática ou consular, ou seja, que não estão vinculados ao corpo diplomático. Realmente, o simples fato de a constar como titular das contas bancárias constringidas o escritório comercial da embaixada da Malásia – “EMBASSY OF MALAYSIA (TRADE OFFICE)” – não permite inferir sua destinação (vide o mandado de penhora de crédito de fl. 192).

Com isso, corre a presunção, favorável à impetrante, em torno da arbitrariedade do ato coator e, portanto, liquidez e a certeza do direito por ela invocado, pressuposto da concessão do remédio constitucional eleito, em virtude da nítida violação do citado preceito da Convenção de Viena de 1961, que foi incorporado à nossa ordem jurídica pelo Decreto Legislativo nº 1.003/64.

Incumbia ao exeqüente comprovar que as contas bancárias pertencentes ao Escritório Comercial da ora recorrente e penhoradas eletronicamente não estariam “vinculadas às necessidades de manutenção do corpo diplomático do país acreditante”. Não o fazendo, presume-se que “o dinheiro existente na conta corrente da impetrante destine-se ao pagamento de salários e despesas de seu corpo diplomático”, como alegou a impetrante e não foi elidido por prova em contrário, a qual, na hipótese, não cuidou a parte interessada de produzir, pelo menos dentre aquelas aqui consideradas.



A jurisprudência referida é no sentido da ilegalidade da determinação de penhora de conta corrente de Estado estrangeiro, salvo quando cabalmente demonstrada sua utilização para fins estritamente mercantis, porque neste caso o dinheiro ali movimentado estaria desvinculado dos fins da Missão diplomática.

Perfilhando essa linha de raciocínio, tem-se o seguinte precedente: TST-ROMS-553480/1999, que foi relatado pelo Exmo. Sr. Min. José Luciano de Castilho Pereira e publicado no DJU de 04.05.2001, em que esta col. SBDI-2 concedeu unanimemente a segurança, para afastar a determinação de penhora sobre os créditos existentes em conta corrente do Consulado Geral da República da Venezuela.

Nos termos da jurisprudência do eg. STF e da mais abalizada doutrina, fere direito líquido e certo do Estado estrangeiro a incidência de medidas expropriatórias contra bens afetos à sua representação diplomática ou consular, mesmo diante do reconhecido caráter restritivo da imunidade de execução, na medida em que este privilégio tem lugar no que tange aos bens vinculados ao corpo diplomático (art. 22, item “3”, da Convenção de Viena de 1961).

Nesse diapasão, cumpre transcrever trechos de julgados e lições doutrinárias que admitem a possibilidade da incidência de medidas expropriatórias contra bens não afetos à representação diplomática ou consular, haja vista o caráter restritivo da imunidade de execução dos Estados estrangeiros, *verbis*:

“(…) O que mudou foi o quadro internacional. O que ruuiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era –, e que assegurava a imunidade em termos absolutos.” (Apelação Cível nº STF-9696-3/SP, 31.05.1989, Min. Francisco Rezek)

“É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame) continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como sendo prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, *ressalvadas as hipóteses excepcionais* (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão – ACOr 543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) ou (b) *de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso país.*” (sublinhamos – STF, AgRg-RE nº 222.368-4/PE, 2ª T., votação unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.02.2003)

“Assim aconteceu quando o Brasil foi o réu. Lá fora, eram bens do Instituto Brasileiro do Café, eram bens do Lloyd Brasileiro. Bens do Estado, portanto, porém não afetos ao serviço diplomático ou consular. Serviam, assim, de objeto a execução. Eram penhorados e garantiam a execução

eficaz.” (Min. Francisco Rezek, *in A imunidade do Estado Estrangeiro à jurisdição local. O problema da execução na Justiça do Trabalho – I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho*, p. 239/242, IBCB, 1995)

“A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto, só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito especial de nossa jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular – visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derogadas por qualquer norma ulterior (...).” (REZEK, J. Francisco, ex-Ministro do STF e atual Juiz da Corte Internacional de Justiça de Haia, *in Direito internacional público*, p. 176/177, item nº 97, 7. ed. 1998, Ed. Saraiva, e RTJ 167/761, Rel. Min. Imar Galvão – ACO 543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

“MANDADO DE SEGURANÇA – EXECUÇÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO – PENHORA DA RESIDÊNCIA OFICIAL DO CÔNSUL – IMUNIDADE DE EXECUÇÃO – Seguindo a orientação do STF, a jurisprudência dos Tribunais de todo o País já se pacificou no sentido de que os estados e organismos internacionais não gozam de imunidade de jurisdição na fase de conhecimento. No entanto, quando a questão diz respeito à execução, o tema suscita debates, quando inexistente renúncia, porque os estados estrangeiros gozam de imunidade de execução. Na questão *sub judice* foi determinada a penhora sobre a residência oficial do Cônsul, cujo bem está integrado ao patrimônio estrangeiro e, por isso, afeto à representação consular, resultando vulnerado o direito líquido e certo do impetrante, consubstanciado no direito à imunidade de execução da qual é detentor. *No caso, a execução deve ser paralisada, a fim de que se encontrem outros bens a serem penhorados, desde que sejam eles desafetos ao Consulado.*” (sublinhamos – TST, AG-RXOFROMS 62268/2002-900-02-00, Min. Emmanoel Pereira, DJ 27.02.2004, decisão unânime)

“Examinando as Convenções de Viena já mencionadas, verifica-se que, em momento algum, aqueles diplomas estabelecem a imunidade do Estado Acreditante perante o Estado Acreditado (para usar a linguagem convencional), a não ser quando falam sobre a inviolabilidade dos bens da Missão. As Convenções tratam, especificamente, das imunidades e privilégios dos agentes diplomáticos e dos agentes consulares e não do Estado em si.” (Maria de Assis Calsing, Juíza do TRT da 10ª Região, *in Imunidade de jurisdição e o Judiciário brasileiro*, p. 207, CEDI, Brasília, 2002)

Ante o exposto, cuidando a hipótese vertente de bens vinculados ao corpo diplomático e existindo expressa vedação legal de a penhora recair sobre os bens afetos à Missão diplomática, a segurança há de ser em parte *concedida*, para declarar a imunidade à execução das contas bancárias da impetrante que foram alvo de penhora, mantendo, assim, a antecipação de tutela deferida às fls. 347/348 quanto ao desbloqueio das contas e liberação da quantia à impetrante, porém autorizando o

prosseguimento da execução promovida nos autos da Reclamação Trabalhista nº 721/96 e perante a 5ª Vara do Trabalho de Brasília/DF quanto aos bens que forem comprovadamente desafetos à Missão diplomática. Oficie-se, para tanto e com urgência, inclusive via fac-símile, ao Exmo. Sr. Juízo Coator.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – apreciando questão de ordem suscitada da tribuna pelo patrono do recorrido, indeferir o pedido de adiamento do julgamento formulado através das petições números TST-PET-83263 e 83264/2005, confirmando o despacho de indeferimento proposto pelo Ministro Relator; II – não conhecer da remessa oficial, por incabível; III) rejeitar as preliminares argüidas pelo recorrido, de incompetência do TST para examinar o recurso voluntário, deserção, decadência, nulidade do feito por vícios de citação e intimação do litisconsorte; IV) rejeitar a alegação de litigância de má-fé; V) conhecer e dar parcial provimento ao recurso ordinário, para afastar a extinção do processo e, desde logo, passar ao exame do mérito da ação mandamental, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, concedendo em parte a segurança, para declarar a imunidade à execução das contas bancárias da impetrante que foram alvo de penhora, mantendo, assim, a antecipação de tutela deferida às fls. 347/348 quanto ao desbloqueio das contas e liberação da quantia à impetrante, porém autorizando o prosseguimento da execução promovida nos autos da Reclamação Trabalhista nº 721/96 e perante a 5ª Vara do Trabalho de Brasília/DF quanto aos bens que forem comprovadamente desafetos à Missão diplomática. Oficie-se, para tanto e com urgência, inclusive via fac-símile, ao Exmo. Sr. Juízo Coator.

Brasília, 28 de junho de 2005. *Renato de Lacerda Paiva*, relator.

## **MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA**

*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 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, 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 exequente 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 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 em 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,

## JURISPRUDÊNCIA

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 exeqüente, 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 em 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 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. 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

imediate 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 41/2001).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, 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 41/2001). Inverta-se o ônus sucumbencial em relação às custas.

Brasília, 9 de agosto de 2005. *Renato de Lacerda Paiva*, relator.

## **MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE**

*MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DEFESA DE INTERESSE SECUNDÁRIO. PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE. ARTS. 127, CAPUT, E 129, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.*

*1. Não se pode interpretar a Constituição da República à luz da Lei Complementar nº 75/93, uma vez que os direitos constitucionalmente assegurados são heterodeterminantes positivos ou negativos dos direitos infraconstitucionais.*

*2. Em uma análise sistemático-teleológica baseada no princípio da integridade, conclui-se que, na defesa de interesse público, o Ministério Público é parte ilegítima para recorrer, visto que não condiz com a finalidade constitucionalmente estabelecida no art. 127.*



## JURISPRUDÊNCIA

3. Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa de interesses públicos secundários, diretamente relacionados ao ente estatal e ao aparelho burocrático.

*Recurso de revista não conhecido.*

*(Processo nº TST-RR-600.623/1999 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-600.623/1999,0, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO e são Recorridos ALAOR DE PAIVA e UNIÃO (EXTINTO BNCC).

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em acórdão de fls. 772/777, negou provimento ao recurso do reclamante e deu parcial provimento ao da reclamada e ao *Ex-Officio*, para excluir da condenação diferenças salariais do IPC de junho/87 e URP de fevereiro/89, mantendo, no mais, a sentença.

O Ministério Público do Trabalho interpôs embargos de declaração às fls. 782/786.

Em acórdão de fls. 788/791, o Tribunal *a quo* não conheceu dos embargos, por entender ser incabível sua interposição pelo Ministério Público do Trabalho, quando exerce a função de fiscal da lei.

Opostos novos embargos de declaração às fls. 794/797, foram novamente não conhecidos, consoante o acórdão de fls. 800/801.

O *Parquet* interpõe, às fls. 805/816, recurso de revista, com fulcro no art. 896, *a e c*, da CLT.

A União interpõe, por sua vez, recurso de revista às fls. 821/827, com fundamento no art. 896 da CLT.

O despacho de fls. 828 deu seguimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho e não admitiu o da reclamada.

Contra-razões foram ofertadas às fls. 833/840.

A intervenção do Ministério Público do Trabalho dispensa o parecer (art. 83, inciso VI, da Lei Complementar nº 75/93).

É o relatório.

### VOTO

#### REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

#### I – PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL QUE NÃO CONHECEU DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

##### *a) Conhecimento*

O Tribunal Regional não conheceu dos embargos de declaração, sustentando que não é cabível sua interposição pelo Ministério Público do Trabalho, quando exerce sua função de fiscal da lei. É este seu teor:

“Revendo posicionamento anterior, entendo que é incabível a interposição dos embargos declaratórios por parte do Ministério Público do Trabalho, quando exerce sua função de ‘fiscal da lei’, e não é parte no processo. O interesse na oposição de embargos declaratórios visando prequestionar a matéria ou conferir efeito infringente pertence à parte.

Ademais, a Carta Política de 1988 proíbe os membros do Ministério Público o exercício da advocacia (art. 128, § 5º, inciso II, letra *b*, e art. 129, IX, parte final).

O art. 83, inciso II, da Lei Complementar nº 75/93 dispõe:

‘Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto (*sic*) órgãos da Justiça do Trabalho:

II – Manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.’

‘O *interesse público* deve ser visto quando predominante o interesse da sociedade, com vista à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. Assim, a intervenção, como parte, do Ministério Público do Trabalho, é de ser admitida quando em litígio os valores ínsitos à sociedade.

O art. 82 do nosso Código de Processo Civil dispõe que compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (inciso III).

Infere-se que o Ministério Público do Trabalho não deve, como *custos legis*, intervir nos processos trabalhistas em função da qualidade da parte (ente público), quando esse mister for de cunho defensivo, pois que, após as alterações constitucionais de 1988, já referidas, a incumbência é exclusivamente dos procuradores dos entes públicos envolvidos. Não sendo assim, restará prejudicado um dos atributos próprios à Instituição, que é a imparcialidade.

Não é por outra razão que nossos mais altos Pretórios vêm decidindo que:

‘Não cabe ao Ministério Público, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de direito público, mas pela correta aplicação da lei, e muito menos, suprir as omissões dos procuradores de tais entidades. A CF, em seu art. 129, IX, parte final, veio expressamente proibir a defesa e a consultoria de entes públicos por parte de membros do *Parquet*. (STJ-RT 671/210);’

O interesse público não se identifica com o da Fazenda Pública (RTJ 93/226, 94/899, 133/345; STF-RP 25/324; RTFR 143/197 (...), mesmo porque esta é representada por seu procurador e se beneficia do disposto no art. 475-II e III.’ (Cf. NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 135)

## JURISPRUDÊNCIA

‘Ministério Público. Intervenção nas causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade das partes. O princípio do art. 82, III, do CPC não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse da Fazenda Pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência.’ (RE 86328, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 93/226 – Conforme TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil*. Saraiva, 1996.)

Isto posto, não conheço dos presentes embargos declaratórios.” (fls. 789/791.)

O Ministério Público do Trabalho interpôs novos embargos, sustentando sua legitimidade para recorrer quando oficia como fiscal da lei.

O Tribunal Regional do Trabalho, em acórdão de fls. 800/801, declarou:

“Não conheço dos presentes embargos. Consigno que somente cabem embargos em relação ao acórdão originário e não em relação ao segundo, já proferido em primeiros embargos.

Todavia, o v. acórdão, embora não conhecendo dos primeiros embargos opostos pelo ora embargante, já debateu as questões abordadas nos presentes embargos, observando, assim, o princípio da entrega da prestação jurisdicional buscada.

Do exposto, não conheço dos presentes embargos declaratórios.” (fls. 801)

Inconformado, o *Parquet* interpõe recurso de revista às fls. 805/816, com fundamento no art. 896, *a e c*, da CLT. Sustenta sua legitimidade para recorrer, tanto nos processos em que atua como parte, como nos em que exerce a função de *custos legis*. Afirma haver violação aos arts. 499, § 2º, do CPC, 746, *f*, da CLT, 83, VI, da Lei Complementar nº 75/93, 127, *caput*, e 129, II e IX, da Constituição da República. Aduz que, na hipótese, há defesa do interesse público, na medida em que se trata de observância de preceito constitucional e de salvaguarda do patrimônio público. Alega nulidade por negativa de prestação jurisdicional, com fundamento nos arts. 832 da CLT, 460, II, do CPC e 93, IX, da Constituição Federal, ao entendimento de que a matéria suscitada em embargos de declaração não foi discutida pelo Tribunal *a quo*. Traz à colação jurisprudência divergente às fls. 812.

A matéria é bastante complexa e envolve análise da legitimidade do Ministério Público em situações como a ora examinada.

O Tribunal *a quo*, ao afirmar que o Ministério Público não tem legitimidade para recorrer nos processos em que atua como fiscal da lei, não conferiu o devido entendimento à questão suscitada. Esse argumento já está superado, pois inúmeros exemplos podem ser apresentados de atuação do *Parquet*, antes, como fiscal da lei, e, após, interpondo recurso. É este, também, o expresso teor do art. 83, VI, da Lei Complementar nº 75/93:

## JURISPRUDÊNCIA

“Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

VI – recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.”

Desse modo, a razão para se averiguar a legitimidade ou não do Ministério Público deve decorrer de outro parâmetro. Para tanto, é imprescindível realizar análise dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria.

O art. 127, *caput*, afirma que “o Ministério Público é 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”.

Por sua vez, o art. 129, no que atine à questão, tem o seguinte conteúdo:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

(...)

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Ao se analisarem os dispositivos constitucionais acima, chega-se à conclusão que o Ministério Público tem a função de defender a ordem democrática, os interesses sociais e individuais indisponíveis. Por outro lado, deve zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e serviços públicos. Estabelece, além do mais, a possibilidade do exercício de outras funções, desde que *compatíveis com sua finalidade*. Veda, por fim, a representação judicial e a consultoria de entidades públicas.

A questão volta-se para a investigação de qual é a finalidade do Ministério Público e se ela, no caso, se verifica.

Para se compreender essa finalidade, que é abrangente e complexa, é importante assumir certas premissas. Sabe-se que os direitos constitucionais são públicos por excelência e têm como característica primordial o fato de se sobrepor, hierarquicamente, aos demais direitos. São, portanto, suficientes por si mesmos (independem de norma superior de validação) e, ao mesmo tempo, são centro de normatização (é com base nesses direitos constitucionais que as normas infraconstitucionais serão criadas).

Como decorrência dessas características – e J. J. Gomes Canotilho o apresenta de modo claro –, está o fato de que os direitos constitucionalmente assegurados são

heterodeterminantes positivos ou negativos dos direitos infraconstitucionais. Assim, segundo este mesmo autor, “como determinantes negativas, as normas de direito constitucional desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como *determinantes positivas*, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares etc.), mas também uma verdadeira conformidade material” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, p. 143).

Essa conseqüência do direito constitucional, que está em sua essência, demonstra que qualquer análise que se vise a empreender quando do estudo da legislação infraconstitucional tem de vir acompanhada da compreensão do tratamento constitucional a partir do qual os demais direitos irão se fundar.

Ao se efetuar o estudo de qualquer dispositivo constitucional, como também de qualquer norma, deve-se sempre adequá-la ao seu contexto. Essa regra, tão lógica e necessária, não se expressa unicamente dentro da ciência jurídica ou do âmbito científico como um todo. O mesmo entendimento se verifica em qualquer arte: em nenhuma hipótese, uma nota de música faz sentido fora da compreensão da música como um todo; da mesma forma, um período afastado de seu texto não é interpretável. Dentro de análise mais direta, pode-se dizer que toda norma deve ser examinada sistematicamente. Nesse propósito, Paulo Bonavides deixa clara a relevância da análise sistêmica, sobretudo no âmbito constitucional:

“A interpretação de todas as normas constitucionais vem portanto regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema. Faz-se assim suspeita ou falha toda análise interpretativa de normas constitucionais tomadas insuladamente, à margem do amplo contexto que deriva do sistema constitucional. De modo que nenhuma liberdade ou direito, nenhuma norma de organização ou construção do Estado, será idônea, fora dos cânones da interpretação sistêmica, única apta a iluminar a regra constitucional em todas as suas possíveis dimensões de sentido para exprimir-lhe corretamente o alcance e grau de eficácia.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111)

A primeira conclusão que se tem, portanto, ao ser feita a análise de qualquer norma constitucional, está na insuficiência de uma interpretação meramente gramatical. A segunda conclusão está em buscar, em qualquer atividade hermenêutica, uma causa que se volta para uma dada finalidade. A interpretação, portanto, não pode se restringir meramente ao que a norma diz de imediato. Há de se perquirir o conteúdo que há por trás dessa norma. Assim, consegue-se abarcar toda a compreensão principiológica necessária, como também a finalidade da existência da norma.

Além do mais, embora sejam os aspectos principiológicos e finalísticos a essência de qualquer interpretação que se faça no âmbito constitucional, não se

pode furtar-se ao entendimento da importância também da norma em si, como necessidade mesma de preservação da segurança jurídica. Existe, efetivamente, grau elevado de repressão a uma concepção que se queira expandir sem limites o objeto a ser interpretado.

A solução dessa problemática, como antes afirmado, está na busca de equilíbrio no mecanismo de interpretação, fato esse ainda mais evidente diante da complexidade principiológica e abertura dos textos constitucionais. Em rigor, não há mecanismo que se possa dizer ideal ou correto para a aferição do conteúdo de uma norma – e seria, ademais, impossível tê-lo no atual esclarecimento da amplitude do direito.

Situado o difícil posicionamento do hermeneuta, que está em constante busca de consenso entre a carga principiológica das normas constitucionais e o princípio da segurança jurídica, deve-se voltar a análise, neste momento, para a extensão da legitimidade que se pode conferir ao Ministério Público. Na verdade, novamente reiterando que há de se buscar equilíbrio no mecanismo de interpretação, há de se averiguar até que ponto se pode considerar que a atuação do Ministério Público está de acordo com as finalidades *constitucionalmente* estabelecidas; há de se examinar até que ponto a atuação do Ministério Público poderá ser consubstanciada a partir de equilíbrio entre *carga principiológica* das normas constitucionais e o princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, há de se constatar em que medida os dispositivos constitucionais podem ser interpretados dentro de um parâmetro de coerência e integridade. Nesse aspecto, é importante trazer à discussão a idéia de um *direito como integridade*, tal como desenvolvido pelo jusfilósofo Ronald Dworkin, que afirma:

“O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

Importa destacar que, na análise das normas constitucionais claramente apresentadas para os fins institucionais do Ministério Público, a reflexão sobre sua finalidade deve-se encontrar em consonância com o que uma *comunidade de princípios* adotaria para o caso concreto. Nesse propósito, a questão que surge é: a finalidade de salvaguardar o Erário Público ou a observância dos princípios constitucionais – como alega o recorrente –, em hipóteses como a ora analisada, consubstancia as finalidades da atuação do Ministério Público de acordo com uma *comunidade de princípios*, que constantemente terá de buscar equilíbrio entre os princípios constitucionalmente previstos e a segurança jurídica?

Se tomados os artigos da Constituição que sustentam a defesa da ordem democrática, dos interesses sociais e individuais disponíveis, o respeito dos Poderes Públicos e serviços públicos, poder-se-á constatar que a defesa do Erário Público, em razão de uma questão referente ao pagamento ou não da URP de abril e maio de

1988, derivado da sucessão de um banco, que era sociedade de economia mista, foge a qualquer parâmetro de integridade. Conforme as premissas teóricas anteriormente analisadas, explica-se.

Esta Corte, reiteradamente, tem entendido que o Ministério Público não pode atuar na defesa de interesse patrimonial privado, inserindo nessa hipótese as sociedades de economia mista ou mesmo empresa pública. É este, aliás, o teor da Orientação Jurisprudencial nº 237 da SBDI-1: “O Ministério Público não tem legitimidade para recorrer na defesa de interesse patrimonial privado, inclusive de empresas públicas e sociedades de economia mista”.

Esse precedente consubstancia premissa que deve ser tomada para manter a coerência do sistema jurisprudencial desta Corte: em casos de interesse patrimonial privado, mesmo quando se está diante de empresa pública e sociedade de economia mista, o Ministério Público é ilegítimo. Ao se seguir a idéia de integridade – que exige continuidade do sistema como se fosse um único autor racional (a comunidade de princípios) –, seria coerente afirmar que, quando houver interesse público, não há choque com a jurisprudência deste Tribunal. Por outro lado, caso se entenda que é hipótese de interesse patrimonial privado, seria incoerente afirmar a legitimidade do Ministério Público.

Esse primeiro argumento enseja as seguintes questões: a defesa do Erário Público, como sustenta o recorrente, é, em rigor, interesse público efetivo? Estaria enquadrado dentro das finalidades dessa instituição? É deveras abrangente o conceito de interesse público, e, dentro dele, diferentes interpretações podem ser assumidas. Por isso, o raciocínio pode ser tomado por outro aspecto, não pela delimitação de seu conceito, e, sim, pela exclusão da hipótese ora em comento.

Se entendido que o Ministério Público é sempre legítimo quando o Erário Público estiver em discussão, assume-se a premissa de que, em qualquer caso em que um ente público esteja no pólo passivo, em julgamento de alguma questão patrimonial, poderá o Ministério Público recorrer. É mais do que notório que não é assim que têm entendido os Tribunais, tampouco a própria atuação do Ministério Público historicamente se revestiu de um propósito de poder recorrer em qualquer questão de Erário Público. Portanto, não é tão direta a correlação – como tenta expressar o Ministério Público – entre *Erário Público* e *interesse público*. Afinal, mesmo que se possa conceber interesse público no fato de estarem sendo utilizados os cofres do Estado para pagamento de uma verba, na verdade, esse interesse é *secundário*.

Sabe-se que o interesse público pode ser compreendido em sua dimensão primária e secundária. É primário o interesse que concerne à própria sociedade. Por sua vez, o interesse secundário é o que compete ao ente público, ao aparelho burocrático estatal.

Na hipótese, está-se discutindo URP, que é unidade de referência de preços estabelecida em período inflacionário. As discussões que dela decorrem, em rigor,

não permitem visualizar, com nitidez, verdadeiro interesse público primário, e essa conclusão torna-se ainda mais nítida quando se analisa a situação dos autos.

No caso, o reclamante era empregado de sociedade de economia mista – Banco Nacional de Crédito –, que entrou em liquidação extrajudicial. A União, por sua vez, sucedeu em relação aos contratos da entidade extinta, inclusive o contrato de trabalho do reclamante. Essas premissas permitem concluir que o problema referente à URP nasceu de relação nitidamente privada, que, em razão de a União ter sucedido no contrato de trabalho, passou a existir a possibilidade de *confusão* com o interesse público, na medida em que o Erário Público poderia ser atingido pelos efeitos da decisão judicial.

Em síntese, percebe-se que, originariamente privado, o interesse, que poderia ser considerado público pelo efeito perante o Erário, não é, rigorosamente, interesse social. Ele se refere a problema que compete ao ente público enquanto sucessor de obrigações da entidade extinta. É, portanto, interesse público secundário, cuja responsabilidade de defesa *não* é do Ministério Público, porém, sim, da Advocacia-Geral da União.

É, nesse aspecto, que há de se compreender o papel da Advocacia-Geral da União. Ela nasce com o propósito de defesa judicial e extrajudicial da União, conforme se verifica no art. 131 da Constituição da República:

“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

É a Advocacia-Geral da União, portanto, que tem o dever de defesa dos interesses públicos secundários, que estão diretamente relacionados ao ente público, a seu aparelho estatal e a todas as situações que estejam ligadas a sua atuação. Por sua vez, o Ministério Público é legítimo para atuação nas causas em que o interesse público primário estiver em discussão, uma vez que é *dentro do conceito de interesse público primário que se enquadra* o pressuposto de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, previstos no art. 127, *caput*, da Constituição da República.

É essa a interpretação que deve ser conferida aos dispositivos constitucionais em debate, sob pena de verdadeira *confusão* entre as atribuições de cada uma dessas instituições – Ministério Público e Advocacia-Geral da União –, o que foge a qualquer princípio de razoabilidade, como também de própria economia na atuação jurídica. Isso porque não teria razão para o Estado patrocinar e criar duas instituições que atuassem nas mesmas finalidades.

É a finalidade, como desde o início apresentado, que permite, portanto, averiguar os limites da atuação do Ministério Público. Essa atuação – há de se reiterar – deve ser interpretada à luz da Constituição, e, não, da Lei Complementar. A própria Constituição da República, em seu art. 129, IX, afirma que é possível o



Ministério Público exercer outras funções – como as conferidas pela Lei Complementar nº 75/93 –, porém apenas se estiverem de acordo com sua finalidade, que está expressa no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, representativo, como antes analisado, do *interesse público primário*. Ao mesmo tempo, o art. 129, IX, veda – exatamente para não ocorrer a confusão entre interesse público primário e secundário – que o Ministério Público realize a “representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Verifica-se, nesse aspecto, a função de limitação da Constituição em relação às leis infraconstitucionais, como também de conformação material do ordenamento jurídico.

Por fim, percebe-se que essa interpretação condiz com a idéia, antes apresentada, de um *direito como integridade*, na terminologia adotada por Ronald Dworkin, uma vez que confere a abrangência necessária aos princípios constitucionalmente assegurados dentro de um parâmetro de coerência, como se um único autor – a comunidade de princípios – houvesse realizado essa interpretação. Além do mais, realiza o devido equilíbrio entre a abertura principiológica da Constituição e o princípio da segurança jurídica.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista, por ilegitimidade de parte.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de revista, vencido o Ministro Ronaldo Lopes Leal, que juntará voto divergente.

Brasília, 31 de agosto de 2005. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

### NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

*NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. I – A estratégia de a parte, ao invocar a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, limitar-se à indicação das questões suscitadas nos embargos de declaração, impede o Tribunal de bem se posicionar sobre o propalado vício, pois é sabido ser ônus de quem o invoca não só a indicação dos pontos abordados no recurso ordinário mas a efetiva demonstração de que não tenham sido examinados na decisão inferior ou o tenham sido de forma contraditória ou obscura. A preliminar que o foi pela recorrente carece, no entanto, da observância desse ônus, na medida em que, após identificar aspectos ventilados nos embargos de declaração, deixou de demonstrar que eles não teriam sido apreciados no acórdão então embargado ou que o teriam sido de forma contraditória ou obscura. II – De qualquer modo, percebe-se do acórdão recorrido não ter o Regional incorrido no vício que lhe fora atribuído pela recorrente nos embargos de declaração. Isso porque foi superlativamente explícito ao examinar a sua responsabilidade subsidiária no confronto entre o*

*art. 71 da Lei nº 8.666/93 e o art. 173 da Constituição e embora não o fosse em relação ao art. 37, § 6º, da Carta, a par de ele se prestar, na realidade, a secundar a tese de origem, depara-se com o seu prequestionamento, na esteira do item III da Súmula nº 297 do TST. Já em relação à aplicabilidade do princípio da isonomia, a partir da alegação de que ele seria inadequado para se deferir diferenças salariais ao reclamante, apesar da diferença entre o labor do reclamante e o dos demais empregados da Caixa (sic), constata-se ser matéria indiferente à recorrente, uma vez que ele foi invocado para garantir ao empregado a percepção das mesmas vantagens dos bancários frente à primeira reclamada e sua ex-empregadora. Recurso não conhecido. JULGAMENTO EXTRA PETITA. I – Mais uma vez se constata ser estranha ao interesse da recorrente a preliminar de julgamento extra petita, reiterada ao argumento de não ter sido formulado na petição inicial nenhum pedido de declaração de ilicitude da terceirização, considerando que as vantagens da categoria dos bancários foram reconhecidas frente à primeira reclamada e real empregadora do reclamante. II – Ainda assim, não se visualiza o julgamento extra petita, invocado à guisa de violação do art. 460 do CPC e 5º, LV, da Constituição, visto que o pedido de condenação da primeira reclamada às vantagens próprias dos bancários traz subentendida a declaração de ilicitude da terceirização, estando a decisão recorrida implicitamente amparada no art. 126 do CPC. Recurso não conhecido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. “Contrato de prestação de serviços. Legalidade. IV – O inadimplemento de obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração pública, 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 (Lei nº 8.666/93, art. 71)”. Recurso não conhecido. ISONOMIA SALARIAL. I – A propositura de ação contra o real empregador e contra o tomador de serviço, a título de responsável subsidiário, retrata a hipótese de litisconsórcio facultativo simples, em relação ao qual há de se aplicar a regra do art. 47 em detrimento da exceção do art. 320, inciso II, ambos do CPC. II – Isso porque a pretensão disparada contra o tomador do serviço não se confunde com a que o foi contra a prestadora e real empregador do reclamante. Contra o tomador, a pretensão cingiu-se à sua responsabilidade subsidiária, ao passo que a dirigida contra a prestadora aos títulos trabalhistas próprios da categoria dos bancários. Vale dizer ter havido duas lides envolvendo pessoas distintas: a principal relativamente ao devedor, tendo por objeto os direitos trabalhistas deduzidos na inicial, e outra paralela, relativamente ao responsável, para garantia do seu pagamento. III – Desse modo, a recorrente, como tomadora de serviços, só detinha legitimidade para resistir à pretensão que lhe foi dirigida, consistente*

*na sua responsabilização subsidiária pelos direitos pleiteados pelo reclamante contra a sua ex-empregadora, só podendo legitimamente se insurgir contra eles na condição de assistente litisconsorcial, a teor do art. 54 do CPC. Como não requereu sua admissão como assistente litisconsorcial da prestadora de serviço, tendo residido em juízo como parte da lide paralela, concernente à sua propalada responsabilidade subsidiária, carecia e carece de legitimidade para impugnar os títulos trabalhistas pleiteados na reclamação, e de recorrer, ordinária e extraordinariamente, da decisão que os deferira. IV – Consta-se do acórdão recorrido que o Regional, embora aludisse à isonomia como fundamento da extensão ao reclamante das vantagens inerentes à categoria dos bancários, não firmou tese, contra a qual se insurge a recorrente, de que se trataria de princípio auto-aplicável, nem foi exortado a tanto nos embargos de declaração, nos quais pedira esclarecimentos inócuos sobre a circunstância de o labor do reclamante ser distinto do labor dos seus empregados, pelo que não se divisa a pretendida ofensa ao inciso XXX do art. 7º, por sinal impertinente à hipótese, ou mesmo ao caput do art. 5º, ambos da Constituição, por falta de prequestionamento da Súmula nº 297 do TST. V – Afora esse aspecto, verifica-se da decisão recorrida não ter o Colegiado de origem se orientado propriamente pelo princípio da isonomia, malgrado houvesse alusão a ele na fundamentação, mas sim pela norma do art. 9º da CLT, infirmando de vez a pretensa violação da norma constitucional. VI – Com essas singularidades da decisão regional, não se vislumbra a especificidade de nenhum dos arestos trazidos à colação, sem embargo de dois deles não servirem sequer como paradigmas, por serem provenientes de Turmas do TST, a teor da alínea a do art. 896 da CLT. Isso porque nenhum deles, especialmente o do TRT da 12ª Região, se orientou implicitamente pela aplicação do art. 9º da CLT.*

*Recurso não conhecido.*

*(Processo nº TST-RR-1.607-2001-023-03-00 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1607/2001-023-03-00.3, em que é Recorrente CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF e Recorrido GERALDO DUARTE MEDEIROS.

O TRT da 3ª Região, pelo acórdão de fls. 484/493, negou provimento ao recurso ordinário da PROSEGUR. Deu provimento parcial ao recurso ordinário da CEF para limitar a sua responsabilidade subsidiária ao período contratual posterior a 31.07.1999 e para determinar que os créditos trabalhistas reconhecidos na demanda sejam atualizados com utilização dos índices de correção monetária vigentes a partir do 5º dia útil do mês subsequente ao trabalhado, nos termos do Precedente nº 124 da SDI/TST.

Foram interpostos embargos declaratórios, aos quais foi negado provimento, nos termos do acórdão de fls. 500/503.

## JURISPRUDÊNCIA

A reclamada – CEF – interpõe recurso de revista às fls. 505/519, com arrimo nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT, pretendendo, em preliminar, a decretação de nulidade da decisão por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, busca a reforma do julgado nos seguintes temas: julgamento *extra petita*, responsabilidade subsidiária e isonomia salarial.

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 520.

Não foram apresentadas razões de contrariedade, conforme certificado às fls. 521-verso.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Negativa de prestação jurisdicional*

A estratégia de a parte, ao invocar a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, limitar-se à indicação das questões suscitadas nos embargos de declaração, impede o Tribunal de bem se posicionar sobre o propalado vício, pois é sabido ser ônus de quem o invoca não só a indicação dos pontos abordados no recurso ordinário mas a efetiva demonstração de que não tenham sido examinados na decisão inferior ou o tenham sido de forma contraditória ou obscura.

A preliminar que o foi pela recorrente carece, no entanto, da observância desse ônus, na medida em que, após identificar aspectos ventilados nos embargos de declaração, deixou de demonstrar que eles não teriam sido apreciados no acórdão então embargado ou que o teriam sido de forma contraditória ou obscura.

Com efeito, após de enumerar nos itens *a*, *b* e *c*, das razões de fls. 508, as matérias levantadas nos embargos de declaração, cuidou abruptamente de consignar que a decisão que os rejeitara seria manifestamente equivocada, uma vez que não teria pretendido o reexame, e sim o exame de aspectos que não teriam sido apreciados no julgado (*sic*).

E nem a socorre alusão ao intuito de obter o prequestionamento que lhe pavimentasse o acesso ao Tribunal Superior, a teor do Enunciado nº 297 do TST, pois este propósito não a isenta do ônus de identificar as questões suscitadas nos embargos e demonstrar que não foram examinadas no acórdão embargado ou que o foram de maneira contraditória ou obscura.

Apesar dessa deficiência no manejo da preliminar de negativa de prestação jurisdicional, compulsando o acórdão recorrido percebe-se não ter incorrido no vício que lhe fora atribuído pela recorrente nos embargos de declaração. Isso porque o

Regional foi superlativamente explícito ao examinar a sua responsabilidade subsidiária no confronto entre o art. 71 da Lei nº 8.666/93 e o art. 173 da Constituição e embora não o fosse em relação ao art. 37, § 6º, da Carta, a par de ele se prestar, na realidade, a secundar a tese de origem, depara-se com o seu prequestionamento, na esteira do item III da Súmula nº 297 do TST.

Já em relação à aplicabilidade do princípio da isonomia, a partir da alegação de que ele seria inadequado para se deferir diferenças salariais ao reclamante, apesar da diferença entre o labor do reclamante e o dos demais empregados da Caixa (*sic*), constata-se ser matéria indiferente à recorrente, uma vez que ele foi invocado para garantir ao empregado a percepção das mesmas vantagens dos bancários frente à primeira reclamada e sua ex-empregadora, a empresa PROSEGUR – Processamento de Documentos Ltda.

Sendo assim, não se divisa a pretensa violação aos arts. 832 da CLT e 93, IX, da Constituição, nem a higidez da divergência jurisprudencial, em razão de os arestos só serem inteligíveis no âmbito do contexto processual em que foram proferidos, divergência por sinal insuscetível de embasar a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, segundo se extrai da OJ 115 da SBDI-I.

Não conheço.

### 1.2 Julgamento “*extra petita*”

Mais uma vez se constata ser estranha ao interesse da recorrente a preliminar de julgamento *extra petita*, reiterada ao argumento de não ter sido formulado na petição inicial nenhum pedido de declaração de ilicitude da terceirização, considerando que as vantagens da categoria dos bancários foram reconhecidas frente à primeira reclamada e real empregadora do reclamante.

De qualquer modo, não se visualiza o julgamento *extra petita*, invocado à guisa de violação do art. 460 do CPC e 5º, LV, da Constituição, visto que o pedido de condenação da primeira reclamada às vantagens próprias dos bancários traz subentendida a declaração de ilicitude da terceirização, estando a decisão recorrida implicitamente amparada no art. 126 do CPC.

Descartada a violação ao art. 460 do CPC, em razão de a orientação de o Regional ter-se inclinado pela tese do pedido implícito, o máximo que se poderia cogitar é de ofensa ao art. 293 do CPC, em que é consagrada a regra de hermenêutica do pedido inicial, a qual no entanto acha-se à margem da cognição do Tribunal por não ter sido suscitada pela recorrente.

No mais, não há nenhum vestígio de o Regional ter violado o art. 5º, inciso LV, da Constituição, uma vez que não foi sonogado ao ora recorrente o contraditório nem a ampla defesa, tendo em vista as oportunidades que lhe foram asseguradas de impugnar as decisões que lhe foram desfavoráveis.

Não conheço.

### 1.3 Responsabilidade subsidiária

Insurge-se a recorrente contra a sua condenação à responsabilidade subsidiária, em virtude do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, alegando que a súmula desta Corte não tem o condão de respaldar decisão judicial contrária a texto de lei federal.

Aponta como violado o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

A responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público encontra-se materializada na esteira da culpa *in vigilando*, que está associada à concepção de inobservância do dever da empresa tomadora, de zelar pela higidez dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora, independente da verificação de fraude na terceirização ou de eventual inidoneidade econômico-financeira.

Desse dever não se encontram imunes os entes públicos, pois o princípio da culpabilidade por danos causados pela empresa contratada é princípio geral de direito aplicável à universalidade das pessoas, quer sejam naturais ou jurídicas, de direito privado ou de direito público. Sobretudo, tratando-se de empresa pública e de sociedade de economia mista por conta da regra insculpida no art. 173, § 1º, I, da Constituição, em razão da qual apresenta-se juridicamente indiferente a norma contida no art. 61 do Decreto-Lei nº 2.300/86 ou no art. 71 da Lei nº 8.666/83.

Mesmo porque a norma do art. 173, § 1º, III, da Carta Política de 1988, ao dispor sobre a observância dos princípios da administração pública, traz consigo a dos princípios da legalidade e moralidade, pelos quais resulta incontrastável a responsabilidade subsidiária dos entes estatais.

Aliás, nesse sentido é a recente orientação desta Corte conforme se constata da nova redação dada ao item IV da Súmula nº 331, por ocasião do julgamento do IJ-RR-297.751/96, em 11.09.2000, *in verbis*:

“Contrato de prestação de serviços. Legalidade. IV – O inadimplemento de obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração pública, 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 (Lei nº 8.666/93, art. 71).”

Diante do exposto, não se pode cogitar de ofensa aos dispositivos legais invocados, até porque a decisão regional fora proferida com lastro na Súmula nº 331, IV, do TST, erigida à condição de requisito negativo de admissibilidade do recurso, na esteira do § 5º do art. 896 da CLT Longe de a decisão regional ter violado o art. 37, § 6º, da Constituição, ela na verdade o levou em conta para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos casos de terceirização ainda que de terceirização lícita.

Não conheço.

#### *1.4 Isonomia salarial*

Não é demais registrar que o caso concreto, em que a ação foi dirigida contra o real empregador e contra a recorrente, a título de responsável subsidiário, retrata a hipótese de litisconsórcio facultativo simples, em relação ao qual há de se aplicar a regra do art. 47 em detrimento da exceção do art. 320, inciso II, ambos do CPC.

Isso porque a pretensão disparada contra o tomador do serviço não se confunde com a que o foi contra a prestadora e real empregador do reclamante. Contra o tomador, a pretensão cingiu-se à sua responsabilidade subsidiária, ao passo que a dirigida contra a prestadora aos títulos trabalhistas próprios da categoria dos bancários. Vale dizer ter havido duas lides envolvendo pessoas distintas: a principal relativamente ao devedor, tendo por objeto os direitos trabalhistas deduzidos na inicial, e outra paralela, relativamente ao responsável, para garantia do seu pagamento.

Desse modo, a recorrente, como tomadora de serviços, só detinha legitimidade para resistir à pretensão que lhe foi dirigida, consistente na sua responsabilização subsidiária pelos direitos pleiteados pelo reclamante contra a sua ex-empregadora, só podendo legitimamente se insurgir contra eles na condição de assistente litisconsorcial, a teor do art. 54 do CPC.

Como não requereu sua admissão como assistente litisconsorcial da prestadora de serviço, tendo residido em juízo como parte da lide paralela, concernente à sua propalada responsabilidade subsidiária, carecia e carece de legitimidade para impugnar os títulos trabalhistas pleiteados na reclamação, e de recorrer, ordinária e extraordinariamente, da decisão que os deferira.

De qualquer sorte, constata-se do acórdão recorrido que o Regional, embora aludisse à isonomia como fundamento da extensão ao reclamante das vantagens inerentes à categoria dos bancários, não firmou tese, contra a qual se insurge a recorrente, de que se trataria de princípio auto-aplicável, nem foi exortado a tanto nos embargos de declaração, nos quais pedira esclarecimentos inócuos sobre a circunstância de o labor do reclamante ser distinto do labor dos seus empregados, pelo que não se divisa a pretendida ofensa ao inciso XXX do art. 7º, por sinal impertinente à hipótese, ou mesmo ao *caput* do art. 5º, ambos da Constituição, por falta do prequestionamento da Súmula nº 297 do TST.

Afora esse aspecto, verifica-se da decisão recorrida não ter o Colegiado de origem se orientado propriamente pelo princípio da isonomia, malgrado houvesse alusão a ele na fundamentação de fls. 489, mas sim pela norma do art. 9º da CLT, conforme se infere da transcrição da lição de Maurício Godinho, acerca da redução da terceirização “a um simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista... colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea”.

## JURISPRUDÊNCIA

Com essas singularidades da decisão regional, não se vislumbra a especificidade dos arestos trazidos à colação, sem embargo de dois deles não servirem sequer como paradigmas, por serem provenientes de turmas do TST, a teor da alínea *a* do art. 896 da CLT, visto que nenhum deles, especialmente o do TRT da 12ª Região, se orientou, nem mesmo implicitamente, pela aplicação do art. 9º da CLT.

Aliás, reportando-se ainda ao acórdão impugnado, percebe-se ter sido adicionado um terceiro fundamento, para extensão ao reclamante das vantagens inerentes aos bancários, consistente desta feita no registro fático, e por isso intangível em sede de revista, a teor da Súmula nº 126, de que a primeira reclamada, Prosegur Sistema de Segurança Ltda., reconheceu em defesa “que concedia vantagens próprias da categoria dos bancários para o autor, como jornada máxima de seis horas, adicional de tempo de serviço e ajuda de deslocamento noturno”.

Com isso, afastada a questiúncula de que tal extensão teria sido fruto de mera liberalidade, até porque o Regional nada deliberou a respeito, incidindo no caso a Súmula nº 297, sobressai altaneira a inespecificidade dos arestos, na esteira do que preconiza a Súmula nº 23 do TST.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 5 de outubro de 2005. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

## PETIÇÃO DE RECURSO DE REVISTA 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.*



## JURISPRUDÊNCIA

*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. ED-AG-ED-RESP-530021/PR; Primeira Turma; DJ 28.02.2005; Min. Luiz Fux)

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.

## JURISPRUDÊNCIA

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, 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. Deférida juntada de voto divergente ao Exmo. Ministro João Batista de Brito Pereira.

Brasília, 2 de junho de 2005. *Rider de Brito*, redator designado.

## PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL

*CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL NA HIPÓTESE DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. A prescrição qüinqüenal conta-se da data do ajuizamento da primeira ação trabalhista. Ao disciplinar que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação, à data do ato que a interrompeu (arts. 219, § 1º, do CPC, 173 do CCB de 1916 e parágrafo único do art. 202 do novo CCB de 2002), o legislador tratou do gênero prescrição, não distinguindo entre prescrição bienal e qüinqüenal. Onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.*

*Recurso de revista provido.*

*(Processo nº TST-RR-642.748/2000 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-642.748/2000.2, em que é Recorrente FLORIZA LOPES DE OLIVEIRA e Recorrido BANCO DO ESTADO DO PARANÁ S/A.

## JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (fls. 349/360 e 373/375) deu provimento ao recurso ordinário do reclamado quanto ao tema “prescrição – interrupção”.

O reclamante interpõe recurso de revista às fls. 378/389, com base nas alíneas *a e c* do art. 896 da CLT, sustentando que deve ser reformado o acórdão recorrido.

Despacho de admissibilidade à fl. 409.

Contra-razões às fls. 412/415.

O processo não foi remetido ao Ministério Público do Trabalho, ante os termos do art. 82 do RI/TST.

É o relatório.

### VOTO

Encontram-se preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista.

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Contagem da prescrição quinquenal na hipótese de interrupção da prescrição*

No caso concreto foram ajuizadas três ações trabalhistas.

Uma em 13.04.1992, na qual foi apresentada desistência em 13.09.1993, e outra em 17.03.1994, com os mesmos pedidos da primeira.

Em relação a terceira ação, ajuizada em 13.07.1994, também foi apresentada desistência.

Está em discussão se a prescrição quinquenal deve ser contada da data de ajuizamento da primeira ação (alcançando 13.04.1987) ou da data de ajuizamento da segunda ação (alcançando 17.03.1989).

O Regional (fl. 351) deu provimento ao recurso ordinário do reclamado para determinar que seja observada a contagem do prazo prescricional quinquenal a partir da data do ajuizamento da segunda reclamação.

As razões de decidir foram assim expostas:

“No caso *sub examen*, o rompimento do contrato de trabalho ocorreu em 18.12.1991 e, em 13.04.1992, foi ajuizada reclamatória trabalhista que interrompeu a fluência do biênio prescricional no que se refere aos pedidos nela elencados (cópia anexa, fls. 171/183). Nesta ação foram postuladas, dentre outras parcelas, horas extras excedentes da 6ª diária e 36ª semanal, além da nulidade da despedida e conseqüente reintegração no emprego. No dia 13 de setembro de 1993 (ata, fls. 184/188), houve desistência devidamente

homologada dos pedidos formulados naquela reclamatória, à exceção daqueles relacionados com a nulidade do despedimento. *Em data de 17.03.1994 e 13.07.1994 foram ajuizadas duas reclamatórias distribuídas sob nºs 5.618/94 e 14.347/94, sendo a segunda distribuída por dependência, em face à conexão das ações. Nos autos nº 14.347/94, existe pedido de nulidade da pré-contratação de horas extras, não postulado na ação proposta inicialmente em 13.04.1992. No entanto, tal fato é de somenos importância, na medida em que houve desistência desta reclamatória, formulada à fl. 268 e homologada pelo juízo, restando apenas a de nº 5.618/94, que repete os pedidos da reclamatória postulada inicialmente (autos nº 7.961/92), inclusive no tocante às horas extras, não ocorrendo a alegada inovação do pedido.*

Via de consequência, interrompida a prescrição em 13.04.1992, quando foi proposta a primeira reclamatória, recomeçou a fluência do prazo em 13.09.1993, quando da desistência de parte dos pedidos formulados naquela ação e proposta nova reclamatória no dia 17.03.1994, com os mesmos pedidos, por óbvio que não transcorreu o biênio prescricional.

*Prospera apenas o pedido sucessivo, eis que proposta a reclamatória dia 17.03.1994, estão prescritas as parcelas exigíveis anteriores a 17.03.89.*” (grifamos)

Constou do acórdão de embargos de declaração (fl. 374):

“(…) no que concerne à prescrição quinquenal, impõe-se esclarecer que o entendimento da maioria da eg. Turma é no sentido de que a contagem deve ser feita a partir do ajuizamento da última reclamatória, sob pena de premiar-se o demandante de má-fé, que teria garantida a contagem do prazo quinquenal do primeiro ajuizamento, caso renovasse sucessivamente as ações.” (grifamos)

Em suas razões de recurso de revista, a reclamante sustenta que a prescrição quinquenal deve ser contada da data do ajuizamento da primeira reclamação.

Argumenta que não há que se dar tratamento diferenciado à prescrição bienal e à prescrição quinquenal, porquanto o ordenamento jurídico não embasa o procedimento.

Traz arestos. Indica violação dos arts. 7º, XXIX, da CF/88, 172, I, do CCB e 219 do CPC. Aponta contrariedade à Súmula nº 268/TST.

Cumpra esclarecer que não houve contrariedade à Súmula nº 268/TST, cujo teor é o seguinte:

“Prescrição. Interrupção. Ação trabalhista arquivada. Nova redação. Res. 121/2003, DJ 21.11.2003

A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.”

O TRT expressamente reconheceu a existência da interrupção da prescrição em razão de as duas ações trabalhistas em debate versarem a respeito das mesmas pretensões.

Feita esta ressalva, verifica-se que deve ser conhecido o recurso por dissenso de teses.

O acórdão de fl. 386 (TRT da 12ª Região) veicula a tese divergente de que a interrupção da prescrição repercute tanto na prescrição bienal quanto na quinquenal, contando-se esta da data do ajuizamento da primeira ação trabalhista.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Contagem da prescrição quinquenal na hipótese de interrupção da prescrição*

O § 1º do art. 219 do Código de Processo Civil estabelece que:

“§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.”

O art. 173 do Código Civil de 1916 disciplinava que:

“A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.”

No novo Código Civil de 2002, a mesma regra foi recepcionada no parágrafo único do art. 202:

“Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.”

O legislador trata do gênero prescrição, não distinguindo entre prescrição bienal e quinquenal.

Onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Importante notar que a regra que norteia todo o ordenamento jurídico é a da presunção da boa-fé dos jurisdicionados. A má-fé, ao contrário, há de ser provada, de maneira que não poderia o Regional, no caso concreto, tê-la invocado na interpretação da legislação que rege a matéria.

A respeito da questão discutida neste processo, cita-se o Precedente AIRR-776944/2001, 5ª Turma, DJ 29.08.2003, Ministro João Batista Brito Pereira:

**“PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – INTERRUPTÃO POR AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO ANTERIOR – NOVA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – MARCO INICIAL – CONTAGEM DO PRAZO – DATA DO AJUIZAMENTO DA PRIMEIRA AÇÃO**

1. A interrupção de que tratam os arts. 172 do Código Civil de 1916 e 219, *caput*, do CPC não distingue entre a prescrição bienal e a prescrição quinquenal, não cabendo ao intérprete fazê-lo para concluir que o ajuizamento de ação trabalhista anterior interrompe tão-somente a prescrição bienal.

916 e

2. Incontroverso que a prescrição bienal foi interrompida pelo ajuizamento de ação anterior, também a prescrição quinquenal segue a mesma sorte.

3. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu (CCB/1916, art. 173), razão por que o prazo quinquenal de que trata o art. 7º, inc. XXIX, da Constituição da República deve ser reiniciado na data do ajuizamento na primeira reclamação.

4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para declarar prescrito o direito de reclamar parcelas anteriores ao quinquênio que precede o ajuizamento da primeira reclamação trabalhista.”

Cita-se ainda o Precedente nº RR-814351/2001, 4ª Turma, DJ 13.02.2004, Ministro Antônio José de Barros Levenhagen:

“PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL – INTERRUPÇÃO

A interrupção prevista nos arts. 172 do Código Civil de 1916 e 219, *caput*, do CPC alcança tanto a prescrição bienal como a quinquenal, haja vista que inserida no capítulo II, que trata das causas que impedem ou suspendem a prescrição.

Partindo do entendimento de que a prescrição bienal foi interrompida pelo ajuizamento de ação anterior, iniciando-se a contagem do biênio a partir do trânsito em julgado da primeira ação, com o intuito de assegurar o acesso da parte ao Poder Judiciário, o efeito interruptivo da prescrição quinquenal deve garantir igualmente a invocação da tutela jurisdicional ao indivíduo, sob pena de tornar inócua a interrupção da prescrição, razão pela qual o prazo quinquenal de que trata o art. 7º, inc. XXIX, da Constituição da República deve ser reiniciado na data do ajuizamento na primeira reclamação.”

Nos termos da fundamentação *supra*, dou provimento ao recurso de revista para, observada a contagem do prazo prescricional quinquenal a partir da data do ajuizamento da primeira reclamação trabalhista, 13.04.1992, somente declarar prescrito o direito de reclamar as verbas trabalhistas anteriores a 13.04.1987.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para, observada a contagem do prazo prescricional quinquenal a partir da data do ajuizamento da primeira reclamação trabalhista, 13.04.1992, somente declarar prescrito o direito de reclamar as verbas trabalhistas anteriores a 13.04.1987.

Brasília, 24 de novembro de 2004. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.



**PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA.  
DISCRIMINAÇÃO E RESTRIÇÃO AO DIREITO DE AÇÃO**

*PETROBRÁS. PROGRAMA DE INCENTIVO À SAÍDA VOLUNTÁRIA (PISV). ADESÃO. OBRIGATORIEDADE DE DESISTÊNCIA DE AÇÃO TRABALHISTA. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO E RESTRIÇÃO AO DIREITO DE AÇÃO NÃO CARACTERIZADOS*

*Discute-se a existência de ato discriminatório, bem como de restrição ao direito de ação, em razão de cláusula constante do Programa de Incentivo à Saída Voluntária – PISV, que condiciona a adesão do empregado à ausência de ação judicial trabalhista contra a PETROBRÁS.*

*Trata-se de norma interna, de liberalidade do empregador, implicando interpretação restritiva. Nesse caso, o empregador detém o poder de estabelecer os requisitos necessários à concessão do benefício, não se evidenciando tratamento desigual ou discriminatório.*

*A razão de uma empresa instituir programa de incentivo ao desligamento voluntário é reduzir o seu quadro de pessoal sem a existência de litígio, de forma consensual, estabelecendo-se para isso concessões recíprocas. Não faz sentido exigir a exclusão da cláusula em discussão, pois se estaria desconsiderando a razão da instituição de programas dessa natureza.*

*Por outro lado, os reclamantes não foram coagidos a aderir ao Programa ou a desistir das ações ajuizadas contra a reclamada. Então, não se pode cogitar de violação ao direito de ação, pois os empregados não estão sendo impedidos de manterem suas ações trabalhistas ou de virem a ingressar em juízo. A adesão ao programa de desligamento voluntário é uma faculdade do empregado.*

*Embargos providos para, reformando o acórdão da Turma, restabelecer o acórdão do Tribunal Regional que absolveu a reclamada da condenação imposta, revertendo o ônus do pagamento das custas processuais.*

*(Processo nº TST-E-RR-610.728/1999 – Ac. SBDI 1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-610.728/1999.1, em que é Embargante PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS e Embargados JOSÉ PAULO MARTINS E OUTRO.

Havendo sido designado Redator deste acórdão, adoto o relatório do Exmo. Ministro José Luciano de Castilho Pereira, Relator originário, *verbis*:

“A eg. 1ª Turma, por meio do v. acórdão de fls. 146/151, conheceu do recurso de revista dos reclamantes quanto à questão da ocorrência de tratamento discriminatório praticado pela reclamada, ao exigir como um dos requisitos para a adesão ao Programa de Incentivo à Saída Voluntária – PISV

## JURISPRUDÊNCIA

a inexistência de ação judicial movida contra a Petrobrás e, no mérito, deulhe provimento para restabelecer a r. Sentença.

Inconformada, a reclamada apresenta recurso de embargos, pelas razões de fls. 154/156. Diz que o entendimento meritório adotado divergiu de aresto de outra Turma desta Corte e violou o art. 840 do Código Civil e argumenta que o conhecimento da revista afrontou o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula nº 333/TST.

Houve impugnação às fls. 162/173.

Os autos não foram enviados ao d. Ministério Público do Trabalho. É o relatório”, na forma regimental.

### VOTO

Recurso próprio, tempestivo, com representação regular (fls. 158/159-v.) e devidamente preparado (fl. 157).

Quanto ao tópico abaixo, prevalece o voto do Exmo. Ministro Relator originário, *in verbis*:

“1. AFRONTA AO ART. 896, § 4º, DA CLT E À SÚMULA Nº 333/TST

#### 1.1 CONHECIMENTO

Sustenta a embargante que o Acórdão embargado, ao conhecer da Revista dos Obreiros, por divergência jurisprudencial, afrontou as disposições do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333/TST, pois o paradigma confrontado não reflete a atualidade exigida.

Sem razão.

A eg. Turma vislumbrou a existência de divergência jurisprudencial específica com o aresto de fls. 110/114, não podendo esta Subseção reavaliar essa especificidade, consoante inteligência do item II da Súmula nº 296/TST.

De outro lado, a matéria debatida nos autos, acerca da ocorrência de tratamento discriminatório praticado pela reclamada, ao exigir como um dos requisitos para a adesão ao Programa de Incentivo à Saída Voluntária – PISV a inexistência de ação judicial movida contra a Petrobrás, não se encontra pacificada no âmbito desta Corte, sendo impossível admitir, nessa ordem, que a tese constante do paradigma invocado está superada por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O conhecimento do apelo revisional, portanto, ao contrário do alegado pela embargante, não afrontou o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula nº 333/TST.

Não conheço dos embargos.”

## JURISPRUDÊNCIA

Prevalece, igualmente, o voto do Exmo. Ministro Relator originário, quanto ao conhecimento do tópico abaixo.

### “2. PROGRAMA DE INCENTIVO À SAÍDA VOLUNTÁRIA (PISV) – CONDIÇÃO – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – OBRIGATORIEDADE DE DESISTÊNCIA – TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO

#### 2.1 CONHECIMENTO

A eg. Turma entendeu que se caracteriza como tratamento *discriminatório a exigência prevista no Programa de Incentivo à Saída Voluntária instituído pela Petrobrás, no qual se limita a adesão àqueles que não estejam movendo ação judicial trabalhista, ou que, caso contrário, renunciem ao direito proveniente da ação ajuizada.*

Nos embargos, alega a embargante que merece reforma o entendimento adotado, porque não se trata de discriminação, mas, sim, da efetiva aplicação do princípio da autonomia, ou seja, tratamento igual para situações iguais. Afirma que o Acórdão embargado divergiu de aresto de outra Turma desta Corte e violou o art. 840 do Código Civil.

Pelo prisma da violação, o recurso de embargos não prospera, pois o art. 840 do Código Civil versa sobre a licitude de os interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas, hipótese que não se amolda perfeitamente àquela discutida nos autos, em que se apreciou a existência ou não de tratamento discriminatório decorrente do fato de a Petrobrás, no Programa de Incentivo à Saída Voluntária por ela instituído, limitar a possibilidade de adesão para aqueles empregados que não estejam movendo ação judicial trabalhista, ou que *renunciem ao direito proveniente da ação já ajuizada.*

Todavia, pelo prisma da divergência, o conhecimento do Apelo resta viabilizado, pois o único aresto transcrito (fls. 154/155), emanado de outra Turma desta Corte, ao apreciar a mesma controvérsia, entende que a restrição feita pela Petrobrás no Programa de Incentivo à Saída Voluntária não configura discriminação contra o trabalhador, na medida em que se trata de vantagem que decorre de manifestação de vontade unilateral da Empresa.

Conheço, por divergência jurisprudencial.”

Em relação ao mérito, fui designado Redator do acórdão.

#### 2.2 MÉRITO

Discute-se a existência de ato discriminatório, bem como de restrição ao direito de ação, em razão de cláusula constante do Programa de Incentivo à Saída Voluntária – PISV, que condiciona a adesão do empregado à ausência de ação judicial trabalhista contra a PETROBRÁS.

## JURISPRUDÊNCIA

Trata de norma interna, de liberalidade do empregador, implicando interpretação restritiva. Nesse caso, o empregador detém o poder de estabelecer os requisitos necessários à concessão do benefício.

O fato de a reclamada ter restringido o direito de adesão àqueles empregados que não eram parte em ação judicial trabalhista, não evidencia tratamento desigual ou discriminatório. O empregador não pode ser obrigado a aceitar todos os pedidos de adesão, especialmente quando o seu deferimento está condicionado ao preenchimento de requisitos que não foram satisfeitos.

A razão de uma empresa instituir programa de incentivo ao desligamento voluntário é reduzir o seu quadro de pessoal sem a existência de litígio, de forma consensual, estabelecendo-se para isso concessões recíprocas. Não há sentido em incentivar a rescisão do contrato de trabalho se o conflito for mantido, pois um dos pressupostos da instituição destes programas é a inexistência de conflito. Portanto, não faz sentido exigir a exclusão da cláusula em discussão, pois se estaria desconsiderando a razão da instituição de programas dessa natureza.

Por outro lado, os reclamantes não foram coagidos a aderir ao programa ou a desistir das ações ajuizadas contra a reclamada. Então, não se pode cogitar de violação ao direito de ação, pois os empregados não estão sendo impedidos de manterem suas ações trabalhistas ou de virem a ingressar em juízo. A adesão ao programa de desligamento voluntário é uma faculdade do empregado. Não se está retirando o seu direito de ação, mas o direito de adesão ao programa por não-satisfação de seus pressupostos.

Desse modo, a exigência prevista no aludido programa não contraria os princípios constitucionais da não-discriminação, da igualdade ou do acesso ao Judiciário, inscritos nos arts. 3º, IV, 5º, I e XXXV, da Constituição Federal.

Por todo o exposto, dou provimento aos embargos para, reformando o acórdão da Turma, restabelecer o acórdão do Tribunal Regional que absolveu a reclamada da condenação imposta, revertendo o ônus do pagamento das custas processuais.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos quanto ao tema afronta ao art. 896, § 4º, da CLT e à Súmula nº 333/TST; II – Por unanimidade, conhecer dos embargos quanto ao tema “Programa de Incentivo à Saída Voluntária (PISV) – Condição – Reclamação Trabalhista – Obrigatoriedade de Desistência – Tratamento Discriminatório”, e, no mérito, pelo voto prevalente do Exmo. Ministro Presidente, dar-lhes provimento para restabelecer o acórdão regional, vencidos os Exmos. Ministros José Luciano de Castilho Pereira, relator, João Oreste Dalazen, Carlos Alberto Reis de Paula e Lelio Bentes Corrêa.

Brasília, 19 de setembro de 2005. *Rider de Brito*, redator designado.

## RECURSO. ADMISSIBILIDADE

### *RECURSO. ADMISSIBILIDADE. EMBARGOS PARA A SDI. PROCESSO DE EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI*

1. Não obstante o pressuposto de conhecimento do recurso de revista em fase de execução seja a demonstração de ofensa direta e literal à Constituição da República, em se tratando de recurso de embargos, seja em processo de conhecimento ou de execução, em que o objeto dos embargos é demonstrar error in iudicando da Turma quanto ao conhecimento do recurso de revista, a violação, acaso configurada, será, sempre, ao art. 896 da CLT.

2. Se a Turma, no julgamento do recurso de revista, concluir estarem ausentes os requisitos insertos naquele dispositivo e a parte, ao recorrer insistir em que esses requisitos foram atendidos, a conclusão inarredável é a de que a violação, acaso configurada, será àquela norma. Se, ao contrário, como no caso concreto, a parte então recorrida deparou com o conhecimento do recurso e, ao impugnar a decisão da Turma, sustenta que o referido apelo não reunia condições de conhecimento, é natural que o combate ao conhecimento daquele recurso passe pelo exame dos seus pressupostos de admissibilidade, porque, caso se conheça do 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, sendo, in casu, inútil apontar violação ao dispositivo de lei (ou da Constituição) mencionado nas razões do recurso de revista. Por isso, o art. 896 da CLT é o dispositivo a ser invocado como ofendido na espécie.

3. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-E-RR-792.241/2001 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-792.241/2001.1, em que são Embargantes ARTHUR GERARD MESKELL e OUTRA e Embargadas PETERSON GONÇALVES, LÚCIA SILVEIRA OLIVEIRA DE FREITAS e MASSA FALIDA DE ENCOL S.A. – ENGENHARIA, COMÉRCIO E INDÚSTRIA.

“A eg. Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do v. acórdão de fls. 417/424, da lavra do Exmo. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, não conheceu das preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho e de nulidade processual argüidas em contra-razões pelos Terceiros Embargantes, Arthur Gerard Meskell e Outra, porque inadequada a via processual eleita.

De outro lado, conheceu do recurso de revista interposto em execução pela arrematante, Lúcia Silveira Oliveira de Freitas, que versou sobre o tema ‘arrematação – desfazimento – hipóteses’, por violação ao art. 5º, incisos II,

XXII e XXXVI, da Constituição Federal e, no mérito, deu-lhe provimento para, reformando o v. acórdão regional, julgar improcedente a ação incidental de embargos de terceiro, restabelecendo a decisão do juízo da execução.

Aos sucessivos embargos de declaração interpostos pelos terceiros embargantes (fls. 412/437 e 460/463), deu-se provimento para a prestação de esclarecimentos relativos à preliminar de deserção suscitada em contra-razões ao recurso de revista (fls. 466/468).

Inconformados, os terceiros embargantes, Arthur Gerard Meskell e outra, interpõem os presentes embargos, pugnando pela reforma do v. acórdão turmário no tocante aos seguintes temas: ‘inadmissibilidade do recurso de revista’, ‘deserção’, ‘incompetência da Justiça do Trabalho’ e ‘arrematação – desfazimento – hipóteses’.

Para tanto, alegam ofensa ao art. 114, da Constituição Federal, aos arts. 795, § 1º, e 896, § 2º, da CLT, ao art. 40, da Lei nº 8.177/91, aos arts. 23, 63, incisos XVI e XVII, e 210, do Decreto-Lei nº 7.661, além de contrariedade à Súmula nº 266 do TST (fls. 472/488).”

É o relatório, conforme aprovado em sessão.

## 1 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos embargos, passo ao exame dos requisitos intrínsecos do presente recurso.

### *1.1 Arrematação – Desfazimento – Hipóteses*

A Quinta Turma, por maioria, conheceu do recurso de revista interposto pela arrematante por ofensa direta e literal dos incisos II, XXII e XXXVI do art. 5º da Constituição da República, e, no mérito, em consequência, deu provimento para ratificar a validade da arrematação realizada nos autos principais.

Os terceiros embargantes interpõem recurso de embargos, indicando ofensa aos arts. 114 da Constituição da República, 795, § 1º, e 896, § 2º, da CLT, 40 da Lei nº 8.177/91, 23, 63, incisos XVI e XVII, e 210 do Decreto-Lei nº 7.661, além de contrariedade à Súmula nº 266 do TST (fls. 472/488).

O nobre relator originário, Ministro João Oreste Dalazen, não conheceu do recurso em voto proferido nos seguintes termos, *verbis*:

“Por fim, quanto ao tema ora em apreço, os ora embargantes transcrevem os fundamentos consignados no voto-vencido ao v. acórdão ora impugnado e alegam ofensa aos arts. 63, incisos XVI e XVII, e 210, do Decreto-Lei nº 7.661, ante a ausência de intimação do síndico e do promotor após decretada a falência.

No particular, mais uma vez se constata que os ora embargantes não suscitam ofensa a nenhum dispositivo constitucional, o que atrai a incidência

## JURISPRUDÊNCIA

da Súmula nº 266 do TST como óbice ao conhecimento dos embargos em recurso de revista em processo de execução.

Desse modo, *inadmissível* o recurso de revista, a teor do § 2º do art. 896 da CLT.”

Ousei divergir, por entender que a pretensão dos embargantes é justamente demonstrar que o recurso de revista não merecia conhecimento, porque não configuradas violações aos incisos II, XXII e XXXVI do art. 5º da Constituição da República.

Se o objeto do recurso de embargos é a insurgência contra acórdão quanto ao conhecimento (não importando, aí, se o recurso tenha sido conhecido ou não), a impugnação própria e específica deve demonstrar ofensa ao art. 896 da CLT, visto que é neste dispositivo que residem os pressupostos de admissibilidade do recurso de revista.

Com efeito, se no julgamento do recurso de revista, a Turma, no julgamento do recurso de revista, concluir estarem ausentes os requisitos insertos naquele dispositivo e a parte, ao recorrer insistir em que esses requisitos foram atendidos, a conclusão inarredável é a de que a violação, acaso configurada, será àquela norma. Se, ao contrário, como no caso concreto, a parte então recorrida deparou com o conhecimento do recurso e, ao impugnar a decisão da Turma, sustenta que o referido apelo não reunia condições de conhecimento, é natural que o combate ao conhecimento daquele recurso passe pelo exame dos seus pressupostos de admissibilidade, porque, caso se conheça do 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, sendo, *in casu*, inútil apontar violação ao dispositivo de lei (ou da Constituição) mencionado nas razões do recurso de revista. Por isso, o art. 896 da CLT é o dispositivo a ser invocado como ofendido na espécie.

Ao combater o conhecimento do recurso de revista, os ora embargantes argüiram violação ao art. 896, § 2º, da CLT e contrariedade à Súmula nº 266 do TST.

*In casu*, nas razões do recurso de revista, a arrematante, Lúcia Silveira Oliveira de Freitas, sustentou, em síntese, que o Tribunal Regional tinha incidido em equívoco ao anular a praça e a arrematação, declarando insubsistente a penhora em hipótese não prevista no parágrafo único do art. 694 do CPC, visto que, desfazendo ato jurídico perfeito, acabado e irretroatável, como é a arrematação judicial, liberou os recorridos (terceiros embargantes) de cumprirem determinação legal, qual seja a aquisição da propriedade do imóvel constrito mediante a transcrição do título de transferência no registro de imóvel, nos termos dos arts. 530, inc. I, 531 a 535 e 856 a 862, todos do Código Civil. Indicou como violados os art. 5º, incisos II, XXII, XXXVI e LIV, da Constituição Federal.

Primeiramente, verifico que o Tribunal Regional do Trabalho não liberou os embargantes da transcrição do título de propriedade no registro imobiliário (a resultar em ofensa ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República), mas tão-somente

reconheceu-lhes a legitimidade para opor embargos de terceiros em razão da posse no imóvel, em consonância, portanto, com a Súmula nº 84 do STJ, que expressa: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro”.

Se a súmula cogita expressamente de posse, não há de se concluir ter havido prevalência da posse em detrimento do que prescreve a legislação acerca da necessidade de registro público para o reconhecimento do direito de propriedade.

Quais são, portanto, os limites da controvérsia? Na presente hipótese, buscase, precipuamente, saber se a arrematação, com posterior expedição da carta de arrematação constituiu-se em ato jurídico perfeito, em razão do que só poderia ser desfeita nas hipóteses previstas no parágrafo único, incisos I, II e III, do art. 694 do Código de Processo Civil.

Segundo o Tribunal Regional, os autores só tiveram ciência da arrematação na imissão na posse e contra este ajuizaram embargos de terceiro. A arrematante defende que os embargos de terceiro foram oferecidos após o prazo decadencial previsto no art. 1.048 do CPC, tendo decorrido todos os prazos legais para a impugnação da arrematação.

Ora, se o proprietário ou possuidor do imóvel somente teve ciência do processo de execução quando do ato de imissão na posse, os embargos de terceiro ajuizados contra este ato se apresentam inquestionavelmente tempestivos.

Valho-me da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para concluir que os embargos de terceiro foram ajuizados tempestivamente, segundo o qual:

“Se o terceiro não teve conhecimento da execução (STJ-4ª Turma, RESP 57.461/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 29.09.1997) e os embargos de terceiro são opostos contra imissão na posse subsequente a arrematação, o prazo de cinco dias não se conta desta (RT 488/123), mas da consumação da imissão (BOL AASP 909/58); e isto porque o embargante não se insurge contra a arrematação, que não o prejudica, e sim contra a imissão de posse (RT 560/13).” (NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 33. ed. Saraiva, p. 940)

Por essa razão, entendo que a oposição dos embargos de terceiro impediu o aperfeiçoamento da arrematação, a possibilitar dessa forma que o Tribunal Regional do Trabalho anulasse a praça, sem que se possa concluir que tal decisão tenha resultado em ofensa ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República.

Mas não é só.

A execução, *in casu*, deve ser suportada pela massa falida da ENCOL S.A.

E o princípio geral é que somente o patrimônio do devedor fica sujeito à execução (art. 591: O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei).



As exceções estão previstas no art. 592, segundo o qual ficam sujeitos à execução os bens do sucessor, do sócio, do cônjuge, alienados ou gravados com ônus real ou fraude à execução.

Ora, a ENCOL prometeu vender aos embargantes (Arthur Gerardo Meskell e Maria Lúcia de Barros Neiva Meskell) a sala descrita nos autos, ocasião em que celebraram instrumento particular de promessa de compra e venda, lavrado em 5 de março de 1990 (fls. 11/13), que não foi inscrito no registro de imóveis.

Esse imóvel foi objeto de penhora na execução trabalhista que move *Peterson Gonçalves contra sua ex-empregadora ENCOL*, cuja falência fora decretada. *Os adquirentes do imóvel não foram cientificados da penhora nem da praça, apenas da imissão na posse, daí os embargos de terceiro encontrarem-se tempestivos.*

Necessário salientar, outrossim, que é fato notório que a ENCOL teve sua falência decretada, razão por que seus bens foram arrecadados à massa falida.

A meu juízo, havendo insolvência decretada judicialmente, não se pode admitir execuções singulares contra o devedor (falido); logo, não pode mesmo haver penhora.

*Assim sendo, na hipótese, se o bem não foi arrecadado, é porque não pertencia mais ao patrimônio da devedora falida, circunstância que por si só induz a procedência dos embargos de terceiro.*

Portanto, seja porque os embargos de terceiro não foram opostos fora do prazo, seja porque a execução e a expropriação do bem arrematado se deram fora do juízo falimentar (e, portanto por juízo incompetente para tanto), a arrematação não se constituiu em ato jurídico perfeito e, em consequência, não houve transferência do bem arrematado para o patrimônio da arrematante. E se assim o é, também não há como se cogitar de ofensa ao art. 5º, inc. XXII, da Constituição da República.

Na remota hipótese de o referido imóvel pertencer à devedora/falida, o produto da expropriação haveria de ter sido acrescido à massa falida – nos termos do art. 766, inc. I, do CPC: “Cumpra ao administrador: I – arrecadar todos os bens do devedor, onde quer que estejam, requerendo para esse fim as medidas judiciais necessárias” – para execução coletiva, à qual se submetem todos os credores da mesma natureza. Também por esse prisma, entendo que a arrematação não poderia ser considerada perfeita.

Por fim, entendo inaplicável a Súmula nº 621 do STF à hipótese vertente, visto que sua orientação se destina à proteção dos credores contra eventual fraude à execução. Aqui há um contrato de “promessa de compra e venda” anterior à constituição da dívida, ou seja, anterior ao trânsito, de sorte que também por ofensa ao art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República não está justificado o recurso de revista.

Por todo o exposto, é de se concluir que, não obstante o pressuposto de conhecimento do recurso de revista em sede de execução seja a demonstração de ofensa direta e literal à Constituição da República, em se tratando de recurso de

embargos, seja em processo de conhecimento ou de execução, em que o objeto dos embargos é demonstrar *error in iudicando* da Turma quanto ao conhecimento do recurso de revista, a violação, acaso configurada, será, sempre, ao art. 896 da CLT.

Assim, se as indicações de violação ao art. 5º, incisos II, XXII, XXXVI e LIV, da Constituição da República não restaram demonstradas, o conhecimento do recurso de revista ofendeu o art. 896, § 2º, da CLT e contrariou a Súmula nº 266 do TST.

Assim, conheço dos embargos.

## 2 MÉRITO

### 2.1 Arrematação – Desfazimento – Hipóteses

Uma vez concluído que o recurso de revista não merecia conhecimento, tendo sido ofendido o art. 896, § 2º, da CLT e contrariada a Súmula nº 266 desta Corte, dou provimento ao recurso de embargos para restabelecer a decisão regional, ficando prejudicado o exame dos demais temas dos embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros João Oreste Dalazen, relator, e José Luciano de Castilho Pereira, conhecer do recurso de embargos apenas quanto ao tema “Arrematação. Desfazimento. Hipóteses”, por violação ao art. 896, § 2º, da CLT e contrariedade à Súmula nº 266 do TST e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para restabelecer a decisão regional, ficando prejudicado o exame dos demais temas dos embargos.

Brasília, 27 de junho de 2005. *João Batista Brito Pereira*, redator designado.

## **RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

*RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A decisão recorrida expendeu fundamentação sobre todos os aspectos suscitados nos embargos de declaração e, mesmo que contrária aos interesses da parte, apresentou solução judicial para o conflito, tendo havido efetiva prestação jurisdicional.*

*NULIDADE PROCESSUAL. ATRASO DA PARTE PARA DEPOR EM AUDIÊNCIA QUANDO AINDA NÃO ENCERRADA. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO FICTA. Não caracteriza ausência à audiência o comparecimento da parte quando a ata da audiência, embora impressa, não se encontrava assinada. A assinatura da ata é formalidade essencial para se proclamar*

## JURISPRUDÊNCIA

*encerrada a audiência, daí por que não se configuram os efeitos da ficta confessio quando a parte comparece à audiência onde deveria depor, antes da assinatura da ata respectiva.*

*(Processo nº TST-RR-14.627-1999-651-09-00 – Ac. 5ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-14.627/1999-651-09-00.4, em que é Recorrente LUCYR PASINI CONSTRUÇÕES LTDA. e Recorrido HANS EGON BREYER.

O Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, mediante o acórdão de fls. 356/369, rejeitou a preliminar de nulidade processual argüida no recurso ordinário interposto pela reclamada e, no mérito, manteve a sentença de primeiro grau quanto aos temas “confissão ficta”, “sucessão de empregadores/grupo econômico”, “relação de emprego” e “horas extras”.

Os embargos de declaração opostos pela reclamada foram rejeitados pelo Tribunal de origem, consoante a decisão proferida a fls. 378/382.

Irresignada, a reclamada interpõe recurso de revista, no qual busca reformar a decisão regional, mediante as razões de fls. 387/421.

O recurso foi admitido por meio do despacho de fls. 424.

Foram oferecidas contra-razões a fls. 426/441.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

### VOTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade do recurso de revista, examino os específicos.

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional*

A reclamada suscita a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição de embargos de declaração, o Tribunal Regional permaneceu silente sobre aspectos essenciais para o deslinde da controvérsia. Indica violação aos arts. 458, inc. II, do CPC e transcreve arestos para confronto de teses.

Infere-se que o Tribunal Regional, em resposta aos embargos de declaração, expendeu fundamentação em relação a todos os aspectos questionados, manifestando-se expressamente sobre cada um deles, sublinhando que:

## JURISPRUDÊNCIA

“O Enunciado nº 297 do col. TST, quando diz que incumbe à parte interpor embargos declaratórios visando ao prequestionamento da matéria obviamente atua sob a ótica de ter havido omissão no julgado. Não há omissão alguma no v. acórdão, na forma como preconiza o art. 535 do CPC. Omissão, nos termos do diploma Processual Civil, ocorre quando o julgador deixa de se manifestar sobre ponto no qual deveria emitir uma decisão. Ele não está obrigado a rebater ou se manifestar acerca de todos os argumentos sustentados pela parte, bastando firmar seu convencimento de forma fundamentada, como ocorreu na hipótese dos autos quando analisada a nulidade processual argüida.

Ainda assim, ressalto que houve expresso pronunciamento no v. acórdão no sentido de se considerar que a reclamada não apresentou qualquer justificativa legal para a impontualidade de sua preposta, bem como que a lei não prevê qualquer tolerância relativamente ao horário de comparecimento das partes na audiência, em que pese a irrisoriedade dos minutos de atraso verificado nos autos, não havendo que se falar em omissão por qualquer ângulo que se analise a questão.” (fls. 379)

“Pretende a reclamada, na verdade, nova apreciação da matéria e valoração de provas, à luz de sua argumentação, o que é vedado por lei e não constitui hipótese de cabimento de embargos declaratórios, na forma do art. 535 do CPC.

Observe apenas que, no tocante ao documento de fls. 66/67, houve expressa manifestação acerca do mesmo às fls. 362, exatamente no sentido alegado pela embargante, quanto à extinção das atividades da empresa Pasini Imóveis, o que, pelo entendimento adotado por esta col. Turma, não impediu o reconhecimento da sucessão de empregadores.” (fls. 380)

“Sem razão, ainda, a embargante, ao asseverar que não houve pronunciamento desta col. Turma sobre os documentos de fls. 183/186, comprobatórios dos pagamentos das férias, ao condená-la à remuneração em dobro das mesmas, sem determinar a compensação do terço, convertido em pecúnia por duas ocasiões.

Consta expressamente do v. acórdão, às fls. 365, que se prestam ‘... os valores consignados nos recibos de fls. 179/186 tão-somente a remunerar o labor e não o período anual de descanso que, como direito indisponível, não foi gozado ou pago.’ (fls. 380/381)

Assim, a decisão, mesmo que contrária ao interesse da recorrente, apresentou solução judicial para o conflito, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, portanto, em violação aos dispositivos indicados.

Ressalte-se, por oportuno, ser absolutamente imprópria a indicação de divergência com os arestos colacionados, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1.

Não conheço.

### *1.2 Preliminar de nulidade processual*

A reclamada reitera a arguição de nulidade do processo, sob o fundamento de ser absolutamente inaceitável que a Justiça apóie sua decisão em simples presunção relativa, cerceando o direito de ampla defesa da parte. Pretende sejam afastados os efeitos da *ficta confessio* e, conseqüentemente, reaberta a instrução processual, a fim de permitir-lhe a produção das provas orais requeridas em contestação, notadamente a testemunhal. Transcreve arestos para confronto de teses.

O Tribunal Regional rejeitou a preliminar em questão, diante dos seguintes fundamentos:

“Resta certificado às fls. 256, assim como se extrai do despacho de fls. 250 que, de fato, a *preposta da empresa compareceu em Juízo após já impressa a ata de audiência*, às 14h05min.

Ocorre que, *exatamente pelo fato de a ata constituir instrumento formal de documentação da audiência que, quando determinada a sua impressão pelo Juiz, já se considera o ato encerrado, passando-se apenas à colheita das assinaturas das partes que dele efetivamente participaram*. É de se ressaltar que, *não obstante a irrisoriedade dos minutos de atraso verificado nos autos, não prevê a lei qualquer tolerância relativamente ao horário de comparecimento das partes na audiência, mormente na hipótese em tela, porque a reclamada não apresentou qualquer justificativa legal para sua impuntualidade*, a qual decorreu de mero equívoco de sua preposta, quanto à Vara em que seria realizada a audiência, conforme alegado.

Neste sentido, assim tem-se firmado a jurisprudência, inclusive do col. TST:

‘Designada a audiência para determinado horário, deve a parte ser diligente, respeitando a necessária pontualidade para a prática do ato. A lei não prevê tolerância para atraso da parte à audiência’. (TST, RR 301.014/96.6, Rel. Min. Georgenor de Souza Franco Filho, Ac. 4ª T/99 – in: *Comentário à consolidação das leis do trabalho*, 26. ed. Valentin Carrion, 2001, p. 600)

Destarte, instada a reclamada, sob pena de confissão (vide ata de fls. 38), a comparecer em audiência para ser interrogada, o atraso de sua preposta, que adentrou à sala de audiência somente quando a ata já havia sido impressa, não se mostra suficiente a afastar a incidência do disposto no art. 844, da CLT, com propriedade aplicado em primeiro grau.

Não vislumbro, assim, qualquer atitude de abuso de poder da parte do il. Julgador *a quo*.

Por tais fundamentos, rejeito a nulidade processual argüida.” (fls. 358, grifos nossos)

Os dois últimos arestos colacionados a fls. 396, oriundos da Segunda Região, e o terceiro de fls. 397, oriundo da Décima Quinta Região, apresentam-se divergentes do acórdão regional.

Com efeito, o Tribunal Regional do Trabalho, não obstante tenha considerado irrisório o atraso da preposta, que somente adentrou à sala de audiência “quando a ata já havia sido impressa” (fls. 358), entendeu que a “lei não prevê qualquer tolerância” e rejeitou a preliminar de nulidade processual, mantendo a decisão que aplicou o disposto no art. 844 da CLT. Os arestos paradigmáticos, examinando as mesmas premissas, concluem por elidir a revelia quando assim consignam:

“REVELIA – CONFIGURAÇÃO – Revelia e confissão. Impõe-se a reconsideração da revelia e da pena de confissão se a parte comparece à audiência com poucos minutos de atraso, quando a ata ainda não foi redigida e assinada. (TRT 2ª R. – Ac. 02969965233 – 9ª Turma – Rel. Juiz Ildeu Lara de Albuquerque – DOESDP 13.02.1996)”

“REVELIA – INAPLICABILIDADE – Demonstrando o ânimo de defesa com o comparecimento à audiência, apesar do atraso tolerável de três minutos, é de ser elidida a revelia e, conseqüentemente, anulado o processo a partir da audiência, inaugural, com o retorno dos autos à JCM de origem para a reabertura da instrução processual. (TRT 12ª Região, RO-7.527/94, Ac. 1.376/96, 2ª Turma, Rel. Juiz Cláudio Carioni, DJSC – Juris Síntese Millennium)”

Conheço por divergência jurisprudencial.

## 2 MÉRITO

### 2.1 Preliminar de nulidade processual

De tudo quanto se extrai do acórdão regional nesse tópico, resta manifesto o ânimo da parte em defender-se, comparecendo com irrisório atraso quando sequer a ata da audiência havia sido assinada.

A hipótese dos autos é de confissão, por atraso no comparecimento à audiência para depoimento, tendo apontado defesa em oportunidade anterior. Entretanto, se a revelia é o pecado maior e, nessas circunstâncias, vem sendo elidida, com mais razão pode-se adotar esse entendimento para o comparecimento em atraso para interrogatório.

Consoante ressaltado pelo Tribunal Regional, a confissão se deu porquanto a preposta se atrasou por apenas quatro minutos, visto que compareceu *quando já impressa a ata de audiência*. Ainda que de poucos minutos, o atraso não deve ser tolerado quando já encerrada a audiência, pois somente em tal hipótese é possível imputar às partes o “não-comparecimento”, como dispõe o art. 844 da CLT, *in verbis*:

“Art. 844. O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato.”

## JURISPRUDÊNCIA

Nesse contexto, a só impressão da ata não é o que demarca o fim da audiência, de sorte que o atraso não pode prejudicar a parte, sendo importante frisar que, segundo se extrai do acórdão recorrido, a ata de audiência sequer havia sido assinada pelos presentes. E a assinatura da ata é formalidade essencial para se proclamar encerrada a audiência, daí por que não se configuram os efeitos da *ficta confessio* quando a parte comparece à audiência onde deveria depor, antes da assinatura da ata respectiva.

Assim é porque, enquanto não for assinada, o Juiz ou qualquer das partes presentes poderá constatar, v.g., omissão ou equívoco na ata, e esse fato ensejar sua correção. E a releitura ou a retificação da ata constitui ato de audiência e, a toda evidência, a assinatura é que dá por concluído o ato formal da audiência. Desse modo, se a parte comparece para depor antes da assinatura da ata de audiência, não se-lhe pode imputar o atraso ensejador da *ficta confessio*, uma vez que a audiência não se encontrava encerrada.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de revista para declarar a nulidade dos atos processuais praticados a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando o retorno dos presentes autos à Vara de origem para que, reabrindo-se a instrução processual, seja afastada a confissão ficta imputada à reclamada, e realizada sua intimação para prestar depoimento, dando-se prosseguimento aos demais atos processuais. Fica prejudicado o exame das demais matérias suscitadas no recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto à preliminar de nulidade processual, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar provimento ao recurso de revista para declarar a nulidade dos atos processuais praticados a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando o retorno dos presentes autos à Vara de origem para que, reabrindo-se a instrução processual, seja afastada a confissão ficta imputada à reclamada e realizada sua intimação para prestar depoimento, dando-se prosseguimento aos demais atos processuais. Fica prejudicado o exame das demais matérias do recurso de revista.

Brasília, 25 de agosto de 2004. *João Batista Brito Pereira*, relator.

## RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL

### *RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. ARGÜIÇÃO EM ADITAMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO E EM CONTRA-RAZÕES*

*1. Em respeito ao princípio da unirrecorribilidade, as razões do segundo recurso ordinário só poderiam aditar as do primeiro se dissessem respeito a esclarecimentos prestados após a interposição deste. Nessa linha, a sentença que julgou os embargos de declaração não deu azo ao aditamento do recurso ordinário do reclamado, pois o tema “prescrição quinquenal” não foi objeto de esclarecimentos.*

## JURISPRUDÊNCIA

2. A jurisprudência desta Corte orienta no sentido de que a arguição da prescrição pode ocorrer até a interposição do recurso ordinário ou o oferecimento de contra-razões (Súmula nº 153/TST).

3. Há de interpretar-se que, apenas em situações excepcionais, justifica-se a arguição da prescrição, originariamente, em contra-razões ao recurso ordinário. Isso porque, nessa circunstância, o reclamado não deixa ao reclamante oportunidade para o contraditório, assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

4. Nesse sentido, admite-se a arguição de prescrição em contra-razões ao recurso ordinário quando a sentença julga improcedente a reclamação trabalhista. Em semelhante situação, admite-se que o reclamado, por não ter interesse recursal, possa, uma vez interposto Recurso Ordinário pela reclamante, arguir a prescrição em contra-razões.

5. In casu, a sentença impôs às partes litigantes sucumbência recíproca, pelo que seria possível ao reclamado a arguição de prescrição no recurso ordinário que interpôs, não se justificando a suscitação inicial da prescrição apenas em contra-razões ao recurso ordinário da reclamante.

### CONTRATO NULO – EFEITOS

1. Dá-se provimento ao recurso de revista para aplicar a Súmula nº 363/TST e restringir a condenação à totalidade das horas trabalhadas e ao FGTS correspondente.

2. Prejudicado o exame dos demais tópicos, por se referirem a parcelas salariais excluídas da condenação.

*Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-188-2002-069-09-00 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-188/2002-069-09-00.8, em que é Recorrente INSTITUTO DE SAÚDE DO PARANÁ – ISEPR e Recorrida NATALINA GUADALUPE MONTANGER.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelo acórdão de fls. 472/499, deu parcial provimento aos recursos ordinários do reclamado e reclamante e à remessa *ex officio*. No que interessa, afirmou que, apesar da nulidade do contrato com a Administração Pública, a reclamante tem jus às verbas trabalhistas.

Às fls. 503/530, o reclamado interpõe recurso de revista.

Despacho de admissibilidade, às fls. 532.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 534/539.

Às fls. 540/545, a autora apresentou recurso de revista adesivo, não admitido na origem (fls. 546).



## JURISPRUDÊNCIA

O Ministério Público do Trabalho opinou, às fls. 551/552, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

#### REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Recurso tempestivo (fls. 501 e 503), representação processual regular (fls. 57) e preparo dispensado, nos termos do art. 1º, inciso IV, do Decreto-Lei nº 779/69, passo ao exame dos requisitos intrínsecos de admissibilidade.

#### I – PRESCRIÇÃO – ARGÜIÇÃO EM ADITAMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO E EM CONTRA-RAZÕES

##### *a) Conhecimento*

No que interessa, eis o teor do acórdão recorrido:

“Presentes os pressupostos legais, admito os recursos. Admito, por imperativo legal, a remessa *ex officio*. Não conheço da petição de aditamento ao recurso ordinário do réu.

O aditamento ao recurso ordinário do réu não abrange matéria relacionada ao que foi discutido em embargos de declaração, donde resta concluir incidente a preclusão consumativa, uma vez que o direito de recorrer já havia sido exercido anteriormente. O aditamento seria cabível apenas para possibilitar rediscussão de matéria que ainda estivesse sob análise, em sede de embargos declaratórios.

Quanto à argüição de prescrição inserta em contra-razões, pelo réu, não será analisada, uma vez que a resposta ao recurso ordinário da parte adversa não se constitui em meio processual adequado para a inclusão de matéria que não faz parte dos limites da *litiscontestatio*.” (fls. 473/474)

No recurso de revista (fls. 472/499), o reclamado sustenta que argüiu a prescrição quinquenal perante a instância ordinária, em aditamento ao seu recurso ordinário e em contra-razões. Argumenta que, tendo sido oportunamente argüida a prescrição, o Tribunal *a quo* deveria ter-se pronunciado sobre ela. Aponta violação ao art. 7º, inciso XXIX, da Carta Magna. Colaciona arestos ao cotejo de teses.

Uma breve retrospectiva dos atos processuais praticados pelo reclamado é útil ao exame do presente tópico.

A sentença de fls. 377/393 julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista.

Às fls. 394, a reclamante opôs embargos de declaração, pretendendo fosse sanada omissão na sentença. Os aludidos Embargos requeriam manifestação no tocante a reflexos das diferenças salariais no cálculo das horas extras e do adicional noturno, bem como esclarecimentos sobre a integração da gratificação de atividade específica na base de cálculo das horas extras e do adicional noturno.

Entre a oposição e o julgamento dos embargos de declaração, o reclamado interpôs recurso ordinário (fls. 396/414), não abordando a prescrição quinquenal.

Sobrevindo a sentença de fls. 415/416, que acolheu parcialmente os embargos de declaração da reclamante, o Instituto de Saúde do Paraná, a pretexto de aditar o recurso ordinário, arguiu, pela primeira vez no curso do processo, a prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas (fls. 441/442).

Ocorre que, em respeito ao princípio da unirrecorribilidade, as razões do segundo recurso ordinário só poderiam aditar as do primeiro se dissessem respeito a esclarecimentos prestados após a interposição deste, no julgamento de embargos de declaração.

Nessa linha, recorro a seguinte ementa, da lavra do Ministro Barros Levenhagen:

“PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE – TEMAS TRAZIDOS NO SEGUNDO RECURSO DE REVISTA – COGNOSCIBILIDADE LIMITADA

Decorre do princípio da unirrecorribilidade que as razões deduzidas em um segundo recurso de revista só podem ser levadas em conta como aditamento das razões recursais precedentes no que se referirem a esclarecimentos prestados pelo Tribunal Regional em acórdão de embargos de declaração proferido posteriormente à interposição do primeiro recurso de revista. Nesse passo, o exame da segunda revista ofertada cingir-se-á ao adicional de insalubridade, visto que além de o tópico ali alusivo à ilegitimidade ativa inexistir juridicamente, por não se encontrar abarcado nos esclarecimentos oferecidos nos embargos declaratórios, é despicienda a sua invocação, tendo em vista estar comportado no primeiro recurso interposto.” (RR-788.302/2001.3, Rel. Min. Barros Levenhagen, publicado no DJ 06.05.2005)

Assim, a sentença que julgou os embargos de declaração não deu azo ao aditamento do recurso ordinário do reclamado, pois o tema “prescrição quinquenal” não foi objeto de esclarecimentos.

Quanto ao argumento de que a prescrição quinquenal deveria ter sido pronunciada pelo Tribunal *a quo*, porque constou das contra-razões ao recurso ordinário da reclamante (fls. 443/452), melhor sorte não assiste ao Instituto de Saúde do Paraná.

O art. 162 do Código Civil de 1916, cujo sentido é mantido no art. 193 do Código de 2002, dispunha que “a prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita”.

Por sua vez, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a arguição da prescrição pode ocorrer até a interposição do recurso ordinário ou o oferecimento de contra-razões. Nesse sentido, a Súmula nº 153/TST assevera que “não se conhece de prescrição não argüida na instância ordinária”. Trata-se posicionamento que leva em conta a natureza extraordinária do recurso de revista. Nesse diapasão, não cabe a esta Corte pronunciar a prescrição, sem que esta haja sido previamente submetida ao crivo das instâncias ordinárias.

Há de interpretar-se que, apenas em situações excepcionais, justifica-se a arguição da prescrição, originariamente, em contra-razões ao recurso ordinário. Isso porque, nessa circunstância, o reclamado não deixa ao reclamante oportunidade para o contraditório, assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Nesse sentido, admite-se a arguição de prescrição em contra-razões ao recurso ordinário quando a sentença julga improcedente a reclamação trabalhista. Em semelhante situação, admite-se que o reclamado, por não ter interesse recursal, possa, uma vez interposto recurso ordinário pela reclamante, argüir a prescrição em contra-razões.

*In casu*, a sentença impôs às partes litigantes sucumbência recíproca, pelo que seria possível ao Instituto de Saúde do Paraná argüir a prescrição no recurso ordinário que interpôs (fls. 396/414), não se justificando, de forma alguma, a suscitação inicial apenas em contra-razões ao recurso ordinário da reclamante.

De fato, há dois fundamentos para afirmar que a prescrição argüida nas contra-razões de fls. 443/452 não pode ser levada em conta: a) o reclamado não se valeu do momento processual oportuno para suscitá-la, qual seja, o da interposição do seu recurso ordinário; b) sua arguição em contra-razões só é admitida quando a parte não possa fazê-lo de outra forma, preservando, assim, o princípio do contraditório.

Por fim, verifico que esta Corte já começa a formar jurisprudência no julgamento de casos idênticos do Instituto de Saúde do Paraná, decidindo de forma acorde com a fundamentação acima referida. Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente:

### “1. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL – ARGÜIÇÃO EM CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ORDINÁRIO

A jurisprudência cristalizada na Súmula nº 153 do TST, ao interpretar o disposto no art. 193 do Código Civil, firmou-se no sentido de que não se conhece de prescrição não argüida na instância ordinária. No presente caso, o reclamado não alegou a prescrição qüinquenal na defesa e, sendo parcialmente vencido, utilizou-se do seu direito de interpor recurso ordinário. Entretanto, não cuidou de argüir a prescrição qüinquenal no recurso, fazendo-o apenas nas contra-razões ao recurso ordinário interposto pelo reclamante. Em tal situação, consolidou-se a preclusão, considerando a ausência de impedimento legal para a invocação no recurso ordinário, consistindo, pois, em ônus processual do reclamado. Apenas se houvesse sido integralmente vencedor na 1ª instância é que poderia argüir originariamente a prescrição

nas contra-razões, uma vez que ausente o interesse recursal, inclusive adesivamente.” (RR-244/2002-069-09-00.4, Rel. Min. Ives Gandra Martins, publicado no DJ 29.04.2005)

São insubsistentes as alegadas violações ao art. 7º, inciso XXIX, da Carta Magna. Os arestos de fls. 507/508 são inespecíficos, porque não tratam das mesmas circunstâncias que caracterizam o caso vertente. Incidência da Súmula nº 296/TST.

Não conheço.

## II – CONTRATO NULO – EFEITOS

### a) *Conhecimento*

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelo acórdão de fls. 472/499, afirmou que, apesar da nulidade do contrato celebrado com a Administração Pública, a reclamante tem jus às verbas trabalhistas.

No que interessa, eis o teor do acórdão regional:

“A contratação irregular pela Administração Pública cria um impasse ao julgador, provocando o confronto entre o reconhecimento do vício, do qual fica eivado o aludido contrato e, por outro lado, a valorização do trabalho prestado, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo preconiza o art. 1º, inciso IV, da CF/88.

Entendo que, em existindo prestação de labor subordinado, deverá haver a tutela dos preceitos trabalhistas, não podendo ser ignorado tal fato, sob a escusa de que o contrato realizado fora irregular ou nulo, sendo justo que o empregado receba, mesmo que a título de indenização, todas as parcelas remuneratórias devidas.

Nesta esteira, devem ser conferidos ‘efeitos’ jurídicos à relação fática constituída entre as partes, mesmo que nulo seja o contrato.

(...)

A interpretação teleológica do preceito constitucional, art. 37 c/c inciso II e § 2º da CF/88, leva-nos a concluir que o óbice previsto destina-se a responsabilizar o ‘administrador’ pela contratação fora dos parâmetros legais, cabendo à autoridade administrativa zelar pela observância dos princípios elencados no *caput* do art. 37 da CF/88.

O § 2º do art. 37 da CF/88 ainda comina de nulidade os atos praticados sem observância de tal dispositivo, consagrando o princípio da legalidade, pois todo contrato de trabalho que não obedecer a forma prescrita em lei será considerado nulo.

A nulidade no processo comum gera efeito *ex tunc*, ou seja, seus efeitos deverão se operar de forma que as partes sejam devolvidas ao estado anterior, mas no direito do trabalho o efeito deve ser *ex nunc*, pois tendo o

## JURISPRUDÊNCIA

contrato laboral como conteúdo a obrigação de *facere*, torna-se impossível devolver ao empregado o esforço despendido no trabalho, sendo justo que receba pelo labor executado, mesmo quando nulo o contrato.” (fls. 476/478.)

No recurso de revista de fls. 503/530, o reclamado sustenta que contrato nulo apenas dá direito à contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas. Aponta violação ao art. 37, inciso II e § 2º, da Constituição da República, bem como contrariedade à Súmula nº 363/TST. Colaciona arestos ao cotejo de teses.

Na esteira da jurisprudência consolidada nesta Corte, após a Constituição de 1988, a Administração Pública não pode contratar empregados, senão mediante aprovação prévia em concurso público. Se não houver concurso, há nulidade do contrato de trabalho. Nesse caso, o empregado só faz jus ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, e aos valores referentes aos depósitos do FGTS, como é expressa a Súmula nº 363/TST:

“Contrato nulo – Efeitos – Nova redação – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003

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.”

No caso vertente, o Tribunal *a quo* atribuiu efeitos outros ao contrato reconhecido como nulo, o que viola o art. 37, inciso II e § 2º, da Carta Política de 1988.

Ante o exposto, conheço do recurso por violação ao art. 37, inciso II e § 2º, da Constituição da República.

### *b) Mérito*

A conseqüência do conhecimento por violação constitucional é o provimento do recurso de revista.

Dou provimento ao recurso de revista para, harmonizando o acórdão regional com o teor da Súmula nº 363/TST, restringir a condenação ao pagamento, de forma simples, das horas trabalhadas, excedentes a 44 (quarenta e quatro) semanais, e ao valor dos depósitos, conseqüentes, do FGTS. Prejudicado o exame dos demais tópicos, por se referirem a parcelas salariais indevidas em razão da nulidade contratual proclamada.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – não conhecer do recurso de revista no tópico “prescrição – argüição em aditamento ao recurso ordinário e em contra-razões”; II – conhecer do recurso de revista no tópico “contrato nulo – efeitos”, por ofensa ao art. 37, inciso II

e § 2º, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para, harmonizando o acórdão regional com o teor da Súmula nº 363/TST, restringir a condenação ao pagamento, de forma simples, das horas trabalhadas, excedentes a 44 (quarenta e quatro) semanais, e ao valor dos depósitos, consequentes, do FGTS. Prejudicado o exame dos demais tópicos, por se referirem a parcelas salariais indevidas em razão da nulidade contratual proclamada.

Brasília, 5 de outubro de 2005. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

## RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

*RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO TST. VENDEDOR DE SEGUROS E EMPRESA SEGURADORA. Sendo o corretor de seguros – pessoa física ou jurídica – o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros de vida ou a colocar títulos de capitalização entre sociedades de seguros e o público em geral, não há que se falar em responsabilidade subsidiária da empresa seguradora quanto ao pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empregador, empresa de corretagem, ao seu empregado, vendedor de seguros. Situação que não se assemelha àquela prevista na Súmula nº 331 deste Tribunal Superior do Trabalho.*

*Recurso de revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-501-2004-013-08-00 – Ac. 5ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-501/2004-013-08-00.0, em que é recorrente SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A e são recorridos ILZA KARLA SODRÉ DA SILVA e IMPREZA ADMINISTRAÇÃO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, mediante o acórdão de fls. 210-216, deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda reclamada, para reformar a r. sentença que determinou a sua responsabilidade solidária quanto aos créditos trabalhistas, mantendo, todavia, a responsabilidade subsidiária, em face do reconhecimento de autêntica relação de terceirização relacionada à atividade de capitalização de recursos.

Interposto recurso de revista, às fls. 218-230. A reclamada alega que, mediante a decisão recorrida, o eg. Tribunal Regional transformou um contrato de natureza comercial de intermediação de negócio, que é obrigatório por lei para a comercialização de seus títulos de capitalização no mercado consumidor, em contrato de terceirização de serviços (intermediação de mão-de-obra), condenando-a subsidiariamente ao pagamento dos créditos trabalhistas devidos à reclamante, nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST.

## JURISPRUDÊNCIA

Nesse sentido, aduz violação dos arts. 17 da Lei nº 4.594/64 e 9º do Decreto nº 56.903/65.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial a respeito do tema (fls. 221 e 224).

O recurso de revista foi admitido mediante o despacho de fls. 233-234, por divergência jurisprudencial.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certificado à fl. 236.

Sem remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno deste Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

### VOTO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – TOMADOR DE SERVIÇOS –  
SERVIÇOS DE CORRETAGEM – CAPITALIZAÇÃO DE RECURSOS –  
SÚMULA Nº 331, IV, DO TST

### CONHECIMENTO

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, mediante o acórdão de fls. 210-216, deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda reclamada, para reformar a r. sentença que determinou a sua responsabilidade solidária quanto aos créditos trabalhistas, mantendo, todavia, a responsabilidade subsidiária, em face do reconhecimento de autêntica relação de terceirização relacionada à atividade de capitalização de recursos.

A decisão está assim fundamentada:

“Inicialmente destaco que o art. 1º da Lei nº 4.594/64, bem como o art. 1º do Decreto nº 56.903/65, não impede que seja reconhecido que entre as partes houve uma autêntica relação de terceirização, pois a realidade que veio à tona no presente processo foi que a IMPREZA era meramente prestadora de serviço inclusive desenvolvendo atividade-fim da reclamada que é a capitalização de recursos. A hipótese dos autos e de terceirização, pois restou claro que a recorrente contratou os serviços da primeira reclamada, IMPREZA, para serviços de corretagem.” (fl. 213)

A recorrente aponta divergência jurisprudencial a respeito do tema.

Com efeito, o aresto colacionado às fls. 221-223, oriundo do TRT da 3ª Região, julgando processo em que a ora recorrente figurou como parte, consigna tese divergente, no sentido de que “a relação comercial mantida entre a pessoa jurídica regularmente constituída para o exercício de atividade de corretagem e a sociedade seguradora rege-se pela Lei nº 4.594/64 e legislação complementar

pertinente (Decreto nº 56.903/65 e Decreto-Lei nº 73/66), não comportando responsabilização do tomador dos serviços, por aplicação do entendimento consubstanciado no Enunciado nº 331 do TST, que parte do princípio de que uma atividade-meio, que em tese poderia ser exercida pela própria empresa, foi delegada, por terceirização, a outra empresa”.

Conheço em face da divergência jurisprudencial demonstrada.

### MÉRITO

Conforme relatado, o eg. Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela ora recorrente, reformou a r. sentença que determinou a sua responsabilidade solidária quanto aos créditos trabalhistas, mas manteve a responsabilidade subsidiária, em face do reconhecimento de autêntica relação de terceirização relacionada à atividade de capitalização de recursos.

O contorno fático dos autos restou claramente delimitado no acórdão recorrido, ao consignar que a primeira reclamada, Impreza Administração e Corretagem de Seguros Ltda., desenvolvia atividade fim da reclamada, a saber a capitalização de recursos e serviços de corretagem (fl. 213). Trata-se, aliás, de fato incontroverso.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 4.594/64, que regula a corretagem de seguros, “o corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as sociedades de seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado”.

E, ainda, nos termos do art. 17, *verbis*:

“É vedado aos corretores e aos postos:

- a) aceitarem ou exercerem empregos de pessoa jurídica de direito público, inclusive de entidade paraestatal;
- b) serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresa de seguros.

Parágrafo único. O impedimento previsto neste artigo é extensivo aos sócios e diretores de empresa de corretagem.”

Percebe-se, pois, que a situação tratada nos autos em nada se assemelha àquela referida na Súmula nº 331 desta Corte.

De fato, este Tribunal Superior do Trabalho há muito vem se posicionando no sentido da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços quanto às obrigações trabalhistas não-satisfeitas pelo empregador, prestador dos serviços, ante a falta de fiscalização, desde que aquela conste da relação processual e do título executivo judicial.

A orientação contida na súmula procurou assegurar a garantia de adimplemento das obrigações trabalhistas relativas ao empregado, não excluindo,



assim, da relação processual o tomador de serviços, sendo que a única condição para que a responsabilidade seja reconhecida é que elas tenham participado da relação processual e constem do título executivo judicial.

No caso dos autos, conforme restou delimitado, a reclamante atuou como promotora de vendas de títulos de capitalização, na condição de empregada da primeira reclamada, empresa de administração e corretagem de seguros.

Também não há dúvida de que entre as reclamadas foi celebrado um contrato comercial baseado na Lei nº 4.594/64, que disciplina a comercialização de seguros de vida ou de capitalização.

Conforme relatado pela recorrente, seu objetivo social é a constituição de capitais, mediante sistema de capitalização. Já a primeira reclamada, empregadora da recorrida, atuava na intermediação de contratos entre a recorrente e as pessoas que se interessavam pela aquisição de seguros e títulos.

Nos termos disciplinados pela referida lei, tal intermediação faz-se obrigatória, ou seja, a necessidade de participação do corretor de seguros (pessoa física ou jurídica) é imprescindível para a consecução do negócio, estando, assim, expressamente impedida a ora recorrente ao exercício da atividade de corretagem.

Tal fato, portanto, confirma a tese da recorrente no sentido de que a situação não se enquadra na legítima terceirização ou mesmo intermediação ilegal de mão-de-obra, com a contratação de empregado para a realização de sua atividade-fim.

A primeira reclamada, para que pudesse atuar legalmente na venda de seguros, deveria estar registrada na Superintendência de Seguros Privados, condição que lhe permitiu, inclusive, o credenciamento junto à segunda reclamada para comercialização de seus títulos.

Por esse motivo, a segunda reclamada não pode ser qualificada como tomadora dos serviços prestados pela reclamante, pois, conforme consta, esta atuou como promotora de vendas contratada pela empresa de corretagem para a comercialização dos produtos da ora recorrente.

Se considerarmos que, nos termos da lei, apenas o corretor de seguros, seja ele pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros de vida ou a colocar títulos de capitalização à venda, não há como reconhecer a responsabilidade subsidiária das sociedades de seguros e capitalização, haja vista que não se trata da típica terceirização de mão-de-obra e muito menos de contrato de prestação de serviços, em que a empresa tomadora se beneficia diretamente dos serviços prestados pelo trabalhador.

Assim, não sendo a hipótese de terceirização de mão-de-obra ou de típica contratação de prestação de serviços, resta afastada a incidência do disposto na Súmula nº 331 deste Tribunal.

Nestes termos, dou provimento ao recurso de revista para excluir da lide a Sul América Capitalização S.A. por inexistir responsabilidade subsidiária.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da lide a Sul América Capitalização S.A. por inexistir responsabilidade subsidiária.

Brasília, 9 de novembro de 2005. *Aloysio Corrêa da Veiga*, relator.

## RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA

*RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA. EMPREITADA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SBDI-1*

*De acordo com os fatos descritos pelo Tribunal Regional, o reclamante foi contratado pela COSEL – Comércio e Serviços Elétricos Ltda., que celebrou contrato de empreitada com a TELESC – Telecomunicações de Santa Catarina S/A, a favor de quem o autor despendia a sua força de trabalho.*

*No caso da empreitada, o empreiteiro obriga-se a executar obra ou serviço certo, enquanto o dono da obra se compromete ao pagamento do preço estabelecido, objetivando apenas o resultado do trabalho contratado. Desse modo, o empreiteiro pode, para a execução da obra ou do serviço a que se comprometeu, contratar empregados que ficarão sob sua subordinação, inexistindo entre estes e o dono da obra qualquer vínculo jurídico.*

*Logo, este tipo de contrato não enseja a responsabilidade subsidiária e tampouco solidária do dono da obra, conforme estabelecido no Item nº 191 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1.*

*Embargos providos para restabelecer o acórdão do Tribunal Regional.*

(Processo nº TST-E-RR-618.000/1999 – Ac. SBDI-1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-618.000/1999,6, em que é Embargante BRASIL TELECOM (atual denominação de Telecomunicações de Santa Catarina S/A – TELESC) e Embargado JAIR BORGES CLAUDINO.

Havendo sido designado Redator destes embargos, adoto o relatório do Relator originário, *verbis*:

“A eg. 1ª Turma, por meio do v. acórdão de fls. 336/342, complementado às fls. 389/390, conheceu do recurso de revista do reclamante e deu-lhe provimento para restabelecer a responsabilidade subsidiária da Telecomunicações de Santa Catarina S/A quanto às obrigações trabalhistas a que foi condenada a empresa Cosel – Comércio e Serviços Elétricos Ltda.

A BRASIL TELECOM (atual denominação de Telecomunicações de Santa Catarina S/A – TELESC) apresenta recurso de embargos à SDI, pelas razões de fls. 392/394.

## JURISPRUDÊNCIA

Impugnação apresentada às fls. 399/403.

Os autos não foram remetidos ao d. Ministério Público do Trabalho”.

É o relatório, na forma regimental.

### VOTO

Recurso próprio, tempestivo e subscrito por advogado habilitado nos autos, fls. 347/349. Preparo efetuado, fl. 396.

#### 1 VIOLAÇÃO AO ART. 896 DA CLT – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – DONO DA OBRA – EMPREITADA – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SBDII

##### *1.1 Conhecimento*

A 1ª Turma conheceu do recurso de revista do reclamante por contrariedade do item IV da Súmula nº 331/TST e, no mérito, deu-lhe provimento para tornar subsistente a sentença, que condenou a TELESC (atual Brasil TELECOM S.A.) a responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho celebrado entre o reclamante e a empresa COSEL – Comércio e Serviços Elétricos Ltda. (Súmula nº 331, IV, do TST).

A TELESC, nos embargos, indica violação ao art. 896 da CLT, ao argumento de que o item IV da Súmula nº 331/TST não foi contrariado como entendeu a Turma. Sustenta que o Tribunal Regional consignou expressamente que a circunstância dos autos é de empreitada/dono da obra, atraindo a aplicação da OJ 191 da SBDII, que exclui a condenação subsidiária da empresa tomadora dos serviços. Entende que a Súmula nº 126/TST foi contrariada e que a hipótese era de aplicação da Súmula nº 333/TST (fls. 392/394).

Verifica-se que a discussão dos autos gira em torno do correto enquadramento do contrato firmado entre a TELESC e a COSEL, se de empreitada ou de prestação de serviços, com a consequente aplicação da OJ 191 da SBDII ou do item IV da Súmula nº 331/TST.

A TELESC afirma que o quadro fático descrito pelo Tribunal Regional demonstra a existência de contrato de empreitada, e que concluir de forma diversa, como o fez a Turma, implica rever fatos e provas, atraindo a incidência da Súmula nº 126/TST.

O Tribunal Regional esclareceu no corpo do acórdão o seguinte:

“A TELESC celebrou com a primeira ré um contrato de empreitada pelo prazo de 120 dias, após realizar procedimentos licitatório vencido pela última, como dá notícia o documento de fls. 24.

(...)

## JURISPRUDÊNCIA

Todavia, a recorrente não tinha ingerência na administração de pessoal da empresa COSEL Telecomunicações e Eletricidade Ltda. Não há notícia nos autos da inidoneidade técnica ou financeira desta, e tais situações não se presumem. A TELESC é ainda dona das linhas e terminais telefônicos em que o autor fazia a colocação dos aparelhos, pois aliena os direitos de uso e gozo (e, em alguns casos, as ações) relativos aos serviços de telefonia.

Portanto, se a recorrente não é parte solidária nos termos do art. 55 da CLT, por ser dona da obra e por não ter administração direta dos trabalhos realizados pelo reclamante, também não há de onde extrair fundamento para que se lhe atribua responsabilidade subsidiária. Ela não incorreu em culpa *in eligendo* (pois é certo que inexistia prova de inidoneidade da empreiteira) ou *in vigilando* (pois não se tornou inadimplente para com suas próprias obrigações, inclusive a se pagar pelos serviços feitos, ao mesmo tempo em que não repassava ordens diretas ao autor, nem administrava de qualquer forma a execução de suas tarefas).

(...)

A recorrente não fez contratação por interposta pessoa, eis que não administrava o trabalho do reclamante, como já ficou dito. Porém, se tivesse feito isso, nos termos do Enunciado nº 331 do TST não geraria vínculo.” (fls. 245/246)

Extrai-se dos fatos descritos pelo Tribunal Regional, que o reclamante foi contratado pela COSEL, que celebrou contrato de empreitada com a TELESC, a favor de quem o autor despendia a sua força de trabalho. Restou igualmente demonstrado que a COSEL explorava atividade econômica e assumia os riscos dessa atividade sem qualquer ingerência da TELESC.

Com efeito, não é possível equiparar o dono da obra a empreiteiro ou subempreiteiro, nem a tomador dos serviços. Não existe no ordenamento jurídico lei que dê suporte à condenação solidária ou subsidiária do dono da obra, simplesmente porque ostenta esta condição.

A Turma não podia entender aplicável o item IV da Súmula nº 331/TST, que se refere exclusivamente a contrato de prestação de serviços.

É que o tomador de serviço é pessoa, física ou jurídica, que, podendo contratar diretamente o trabalhador, prefere valer-se de empresa interposta, individual ou não. Nessa hipótese, os empregados realmente ficam à disposição do tomador, de quem recebem as ordens e com quem se relacionam de forma direta, de tal modo a formar, em muitas hipóteses, verdadeiro vínculo empregatício, nos termos da Súmula nº 331/TST.

No caso da empreitada, o empreiteiro obriga-se a executar obra ou serviço certo, enquanto o dono da obra se compromete ao pagamento do preço estabelecido, objetivando apenas o resultado do trabalho contratado. Deste modo, o empreiteiro pode, para a execução da obra ou serviço a que se comprometeu, contratar

empregados que ficarão sob sua subordinação, inexistindo entre estes e o dono da obra qualquer vínculo jurídico.

Logo, este tipo de contrato não enseja a responsabilidade subsidiária e tampouco solidária do dono da obra, conforme estabelece a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI1, *verbis*:

### “DONO DA OBRA – RESPONSABILIDADE

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.”

Desse modo, pela impossibilidade de se dar novo enquadramento jurídico ao caso dos autos, pois o Tribunal Regional fora explícito ao afirmar a existência de contrato de empreitada, entendo que a Turma, ao aplicar o item IV da Súmula nº 331/TST, desconsiderou o teor do acórdão do Tribunal Regional, contrariando, conseqüentemente, a Súmula nº 126/TST e a OJ 191 da SBDI1.

Conheço, por violação ao art. 896, alínea *a*, da CLT, porque contrariada a Súmula nº 126/TST e a OJ 191 da SBDI1.

## II – MÉRITO

Dou provimento aos embargos para, reformando o acórdão da Turma, restabelecer o acórdão do Tribunal Regional que afastou a condenação subsidiária, relativamente ao pagamento das verbas rescisórias e dos salários em dobro, e para excluir da lide a Telecomunicações de Santa Catarina S.A. – TELESC (atual Brasil Telecom S.A.).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Exmos. Ministros José Luciano de Castilho Pereira, relator, e Lelio Bentes Corrêa, conhecer dos embargos por violação do art. 896 da CLT e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para restabelecer a decisão regional.

Brasília, 12 de setembro de 2005. *Rider de Brito*, redator designado.

## TRABALHADOR AVULSO. PRESCRIÇÃO

*TRABALHADOR AVULSO. PRESCRIÇÃO BIENAL. APLICABILIDADE. CF, ART. 7º, XXIX E XXXIV. MARCO INICIAL*

1. O art. 7º, XXXIV, da CF, diferentemente do parágrafo único do mesmo dispositivo (que trata dos domésticos e enumera apenas alguns dos incisos do art. 7º), concedeu ao trabalhador avulso todos os direitos conferidos aos trabalhadores urbanos e rurais com vínculo empregatício reconhecido.

## JURISPRUDÊNCIA

2. No rol do art. 7º se encontra o inciso XXIX, que trata do prazo prescricional (unificado o critério para trabalhadores urbanos e rurais a partir da Emenda Constitucional nº 28/00), sendo bienal a partir da extinção do contrato e quinquenal a contar da data da lesão, quando esta ocorrer no curso do contrato.

3. Assim, a primeira conclusão a que se chega é a de que a prescrição bienal não pode, em tese, ser descartada em relação ao trabalhador avulso, por imperativo constitucional. O que se questiona é o marco inicial da prescrição, quando se tratar de trabalhador avulso, dada a natureza especial do trabalho que desempenha.

4. O trabalhador avulso portuário presta serviços sob a modalidade de engajamento nos navios que aportam, com a intermediação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMO (que, substituiu, nesse mister, os sindicatos obreiros, conforme a Lei nº 8.630/93). Assim, duas são as possibilidades de consideração do marco prescricional: a) a data do encerramento de cada engajamento, considerado como um contrato a prazo determinado com o navio; b) a baixa do registro no OGMO, assimilado, por analogia, o OGMO ao empregador (já que recebe as verbas salariais e as repassa ao trabalhador).

5. Ora, no caso em tela, em que se pleiteia justamente o registro como trabalhador avulso no OGMO, qualquer das duas teses que se adote quanto ao marco inicial, a ação estará fatalmente prescrita, uma vez que a denegação de registro se deu em janeiro de 1997, conforme consignado na decisão regional.

*Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-1.508-2001-008-17-00 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1.508/2001-008-17-00.2, em que é Recorrente ÓRGÃO GESTOR DE MÃO-DE-OBRA DO TRABALHO PORTUÁRIO AVULSO DO PORTO ORGANIZADO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e Recorridos ALTAIR HORTELÃ AZEVEDO e OUTROS.

### RELATÓRIO

Contra a decisão do 17º TRT que deu provimento parcial ao recurso ordinário dos reclamantes (fls. 311-314 e 368-370), o reclamado interpõe o presente recurso de revista, arguindo a preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional e, no mérito, postulando a reforma do julgado no que diz respeito à prescrição e ao registro dos reclamantes como trabalhadores avulsos (fls. 380-411).

Admitido o recurso (fls. 416-418), não foram apresentadas contra-razões, 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. 371 e 380) e tem representação regular (fl. 180), encontrando-se devidamente preparado, com custas recolhidas (fl. 412) e depósito recursal efetuado no montante legal (fls. 412-413).

*2 Pressupostos específicos*

a) Nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional

*Fundamento do Recurso:* O acórdão regional teria sido omissivo e contraditório (não obstante a oposição dos embargos declaratórios) no que diz respeito à questão da possibilidade de registro ou cadastro dos amarradores junto ao OGMO, dada a ausência de suporte legal para tanto, o que acarretaria a violação do disposto nos arts. 26 e 57, § 3º, da Lei nº 8.630/93 e 7º, parágrafo único, do Decreto nº 24.508/34. Tais fundamentos teriam sido oportunamente prequestionados, desde a contestação até o recurso ordinário, sendo que o silêncio do Regional, insistindo em não examinar esses aspectos da controvérsia, implicaria violação dos arts. 794 e 832 da CLT, 535, I e II, do CPC e 5º, XXXV, e 93, IX, da CF (fls. 383-392).

*Solução:* Aciono o art. 249, § 2º, do CPC e a Súmula nº 297, III, do TST para deixar de acolher a preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, até por não vislumbrar a pretensa omissão. Não conheço.

b) Trabalhador avulso. Prescrição

*Tese Regional:* O direito de ação dos trabalhadores avulsos prescreve em cinco anos, não lhes sendo aplicável a prescrição bienal, tendo em vista as particularidades que envolvem a prestação de serviço desses trabalhadores (fls. 312-313).

*Antítese Recursal:* Aplica-se tanto a prescrição quinquenal quanto à bienal aos trabalhadores avulsos, em observância ao princípio constitucional da igualdade de direitos entre trabalhadores avulsos e com vínculo empregatício. *In casu*, o marco inicial da prescrição seria a publicação no DOE de edital do Delegado Regional do Trabalho, tornando sem efeito o enquadramento de amarradores como trabalhadores portuários avulsos, em 30.10.1996. Assim, o direito de ação já estaria prescrito. A revista lastreia-se em divergência jurisprudencial e em violação do art. 7º, XXIX e XXXIV, da CF (fls. 392-399).

*Síntese Decisória:* Quanto aos arestos colacionados como divergentes, o primeiro de fl. 396 e o segundo de fl. 397 são genéricos, uma vez que apenas afirmam o que está claro na Constituição Federal (art. 7º, XXXIV), de que aos avulsos se aplicam os mesmos direitos dos trabalhadores urbanos, incluindo, implicitamente, o que se refere à prescrição (art. 7º, XXIX). No entanto, o debate que se trava nos autos se refere ao marco inicial da prescrição, que não é claro em relação aos avulsos, dada a forma especial pela qual são contratados e engajados no labor.

Já o julgamento de fl. 398 peca por tratar de hipótese fática diversa, uma vez que se refere à extinção do contrato por adesão a plano de desligamento voluntário.

No que se refere ao primeiro aresto de fl. 397, apesar de tratar de demanda entre sindicato e trabalhador avulso, reconhecendo que aquele não é empregador deste, admite a tese da prescrição no curso (quinqüenal) e ao final (bienal) da relação de intermediação. Nesse sentido, diverge especificamente, quanto à tese, da decisão recorrida, que só contempla, para o avulso, a prescrição quinqüenal.

Assim, conheço do recurso, por divergência jurisprudencial.

### c) Registro do trabalhador avulso

*Tese Regional:* O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso ordinário dos reclamantes no que tange ao registro, sustentando que os trabalhadores avulsos necessitam ter seus cadastros previamente efetivados para obter o registro. Quanto ao cadastro, o Regional o deferiu, com base nos arts. 26 e 27, § 1º, da Lei nº 8.630/93 (fl. 313).

*Antítese Recursal:* Os arts. 26, 27 e 57, § 3º, da Lei dos Portos autorizam o cadastro dos trabalhadores avulsos e dos empregados de capatazia, não fazendo referência aos amarradores, razão pela qual o TRT os teria vulnerado ao enquadrá-los como trabalhadores portuários avulsos, uma vez que tal atividade não está sujeita à gestão do OGMO. Além disso, alega que a atividade de amarrador encontra-se sujeita à alçada do capitão e da praticagem e não à do OGMO (fls. 399-410).

*Síntese Decisória:* Em face do decidido em relação ao tópico anterior, reputo PREJUDICADO o recurso, no particular.

## II – MÉRITO

### *Trabalhador avulso – Prescrição*

O art. 7º, XXXIV, da CF, diferentemente do parágrafo único do mesmo artigo (que trata dos domésticos e elenca apenas alguns dos incisos do art. 7º), concedeu ao trabalhador avulso todos os direitos conferidos aos trabalhadores urbanos e rurais com vínculo empregatício reconhecido.

No rol do art. 7º se encontra o inciso XXIX, que trata do prazo prescricional (unificado o critério para trabalhadores urbanos e rurais a partir da Emenda



Constitucional nº 28/00), sendo bienal a partir da extinção do contrato e quinquenal a contar da data da lesão, quando esta ocorrer no curso do contrato.

Assim, a primeira conclusão a que se chega é a de que a prescrição bienal não pode, em tese, ser descartada em relação ao trabalhador avulso, por imperativo constitucional. Nesse sentido, temos o seguinte precedente: TST-AIRR e RR-548/1999-007-17-00.5, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DJ 13.05.2005.

O que se questiona é o marco inicial da prescrição, quando se tratar de trabalhador avulso, dada a natureza especial do trabalho que desempenha.

Com efeito, o trabalhador avulso portuário presta serviços sob a modalidade de engajamento nos navios que aportam, com a intermediação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMO (que, substituiu, nesse mister, os sindicatos obreiros, conforme a Lei nº 8.630/93).

Assim, duas são as possibilidades de consideração do marco prescricional: a data do encerramento de cada engajamento, considerado como um contrato a prazo determinado com o navio, ou a baixa do registro no OGMO, assimilado, por analogia, o OGMO ao empregador (já que recebe as verbas salariais e as repassa ao trabalhador).

Em precedente anterior desta 4ª Turma (TST-RR 1.417/2001-001-13-00.4, Rel. Min. Milton de Moura França, 4ª Turma, DJ 17.09.2004), no qual foi voto vencido o Min. Antônio José de Barros Levenhagen, entendeu-se que o prazo prescricional de 2 anos seria contado de cada engajamento concreto, para postular os direitos dele decorrentes.

Em sentido contrário, entendendo, ainda que implicitamente, que o marco inicial da prescrição seria a baixa do registro no OGMO, temos o seguinte precedente: TST-RR-39.341/2002-900-02-00.8, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ 10.09.2004.

Ora, no caso em tela, em que se pleiteia justamente o registro como trabalhador avulso no OGMO, qualquer das duas teses que se adote quanto ao marco inicial, a ação estará fatalmente prescrita, uma vez que a denegação de registro se deu em janeiro de 1997, conforme consignado na decisão regional (fl. 370).

Assim sendo, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença que declarou prescrito o direito de ação.

Isto posto,

Acordam os Ministros da eg. 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tópico da prescrição, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença que decretou a prescrição da reclamatória.

Brasília, 5 de outubro de 2005. *Ives Gandra Martins Filho*, ministro relator.

# EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

## TRIBUNAL PLENO

### ERROS MATERIAIS – REVISÃO – COISA JULGADA

#### ERROS MATERIAIS REVISÃO. COISA JULGADA.

1. Não cabe rediscutir, em sede administrativa como a de precatórios, verbas que não se enquadram no conceito de erro material.

2. Somente há erro material em caso de inexatidão de cálculo de precatórios ou de substituição, por força de lei, do índice aplicado. Não se enquadra, por conseguinte, no aludido conceito o deferimento de verbas que, em sede administrativa, entende a União serem indevidas, ferindo qualquer princípio elementar de segurança jurídica.

RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO ERRO DE CÁLCULO. LIMITAÇÃO DOS JUROS DE MORA. LEI Nº 9.494/97 E MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/01. Conforme o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da Medida Provisória nº 2.180-35, os juros moratórios contra a União, a partir de setembro de 2001, são de 0,5% a.m. Recurso ordinário parcialmente provido. (TST – ROAG – 25/2004-000-08-01.4 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 30.09.2005)

### PRECATÓRIO – CUSTAS PROCESSUAIS

PRECATÓRIO. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. Em face do que dispõe a Lei nº 10.537, de 27.08.2002, as Fundações estão isentas do pagamento de custas. Norma de aplicação imediata. Remessa necessária não conhecida, e recurso ordinário a que se dá provimento em parte. (TST – RXOFROAG – 34899/2002-900-09-00.9 – Tribunal Pleno – Rel. Min. José Luciano deCastilho Pereira – DJU 26.08.2005)

### REVISÃO DE CÁLCULOS – JUROS DE MORA

RECURSO ORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO DE CÁLCULOS. JUROS DE MORA. CRITÉRIO DE APURAÇÃO. MP 2.180/01. A norma do art. 1º-F, referente à taxa de 0,5%, introduzida pela MP 2.180-35/01, é norma de ordem pública, incidente sobre relação jurídica de natureza continuativa, alcançando, por conseguinte, os processos em curso, observado o princípio da irretroatividade, relativamente ao período anterior à sua edição. Essa Corte já consolidou jurisprudência nesse mesmo sentido, segundo a qual, após a publicação da Medida Provisória nº 2.180/01, os juros de mora aplicáveis nas condenações da Fazenda Pública são de 0,5% ao mês a partir de 1º de setembro de 2001. Recurso provido. (TST – ROAG – 12650/1992-005-09-41.5 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 26.08.2005)

## SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS COLETIVOS

### ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – TÉCNICOS AGRÍCOLAS DE NÍVEL MÉDIO – CATEGORIA PROFISSIONAL NÃO DIFERENCIADA

RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO. SINDICATO DOS TÉCNICOS AGRÍCOLAS DE NÍVEL MÉDIO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (SINTARGS).

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Profissionais técnicos agrícolas de nível médio. Categoria profissional não diferenciada. Ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato-suscitante. Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil). Precedentes deste Tribunal. Recurso ordinário a que se dá provimento. (TST – RODC – 580540/1999.3 – Seção Especializada em Dissídios Coletivos – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 05.08.2005)

### SEÇÃO ADMINISTRATIVA

#### **EMPREGADO PÚBLICO – CARGO EM COMISSÃO – SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO**

RECURSO. MATÉRIA ADMINISTRATIVA. EMPREGADO PÚBLICO. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO COM BASE NO DECRETO Nº 77.242/76. POSTERIOR EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Alegação de ocorrência de suspensão do contrato de trabalho decorrente do exercício dos cargos em comissão de Diretor do Serviço de Processamento de Dados do Tribunal Superior do Trabalho no período de 2 de outubro de 1984 a 21 de janeiro de 1993 e de Diretor do Serviço de Informática do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Região no período de 22 de janeiro de 1993 a 1º de fevereiro de 2002. Pretensão do requerente de interrupção da suspensão do contrato de trabalho ocorrida em 2 de outubro de 1984. Impossibilidade de presunção de ocorrência de suspensão do contrato de trabalho, uma vez que inexistiu registro nesse sentido na Ficha Funcional do requerente. Ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, em razão da dispensa do encargo de Assistente de Diretor do Serviço de Processamento de Dados deste Tribunal. Recurso a que se nega provimento. (TST – MA – 132635/2004-000-00-00.0 – Seção Administrativa – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 30.09.2005)

#### **JUIZ CLASSISTA – PENSÃO – REAJUSTE VINCULADO AOS VENCIMENTOS DE MAGISTRADO TOGADO – INVIABILIDADE**

MATÉRIA ADMINISTRATIVA. JUIZ CLASSISTA. PROVENTO/PENSÃO. REAJUSTE VINCULADO AOS VENCIMENTOS DE MAGISTRADO TOGADO. INVIABILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. Por força do art. 5º da Lei nº 9.655/98, foi definitivamente alterada a forma de remuneração dos juizes classistas, deixando de haver vinculação entre a respectiva remuneração com a dos juizes togados.

2. Ademais, com a revogação da Lei nº 6.903/81, que garantia aos classistas aposentados os mesmos reajustes daqueles que estivessem em atividade, pela Lei nº 9.528/97, inviável conceder aos juizes temporários aposentados vantagem própria dos magistrados togados instituída pela Lei nº 10.474/02.

3. Inteligência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não há direito adquirido a regime jurídico. Precedentes administrativos do TCU e do TST.

4. Recurso em matéria administrativa a que se nega provimento. (TST – RMA – 2917/2002-000-01-00.3 – Seção Administrativa – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 16.09.2005)

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

### **MAGISTRADO – LICENÇA-PRÊMIO – ILEGALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79**

RECURSO. MATÉRIA ADMINISTRATIVA. MAGISTRADO. LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79. Deferimento de licença-prêmio por assiduidade a magistrado por meio da Resolução Administrativa nº 91/1997 do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Terceira Região. Interposição de recurso pelo Ministério Público do Trabalho da Décima Terceira Região. Ilegalidade da mencionada resolução administrativa. Inexistência de previsão na Lei Complementar nº 35/79 no tocante à concessão de licença-prêmio por assiduidade a magistrado. Restituição dos valores irregularmente recebidos no período de 23 de maio de 1997 a 20 de agosto de 1997. Desconsideração do tempo de serviço. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Recurso a que se dá provimento. (*TST – RMA – 384406/1997.6 – Seção Administrativa – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 30.09.2005*)

### **SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS**

#### **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – TRABALHO EM SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÃO**

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. TRABALHO EM SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÃO. A Lei nº 7.369/85 criou o direito ao adicional de periculosidade para o empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica, atribuindo ao decreto regulamentar a especificação das atividades que se exercem em condições de periculosidade e limitando àquelas exercidas em contato com sistema elétrico de potência, conforme expressamente consta do quadro anexo ao Decreto nº 93.412/86. No caso, restou expressamente consignado pelo v. acórdão do eg. TRT que o reclamante, ao executar suas tarefas, adotava procedimentos de risco, expondo-se a contato com linhas de baixa e alta tensão, pois executava suas atividades próximo à fiação de energia elétrica. Destarte, é devido ao autor o adicional de periculosidade, pois, apesar de trabalhar em empresa de telecomunicações, estava sujeito ao risco de choques elétricos na rede energizada, havendo perigo efetivo à sua integridade física. Embargos não conhecidos. (*TST – E-RR – 861/2002-009-18-00.7 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 05.08.2005*)

#### **AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO – EMBARGOS – HIPÓTESE DE CABIMENTO**

AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. EMBARGOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. A jurisprudência desta Corte, acerca das hipóteses de cabimento de embargos para a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho contra decisão de Turma que nega provimento ao agravo de instrumento, mantendo o despacho denegatório do recurso de revista, está registrada na Súmula nº 353/TST. Não se enquadrando a situação dos autos em qualquer uma das ressalvas previstas em tal Súmula, não há como se considerar cabíveis os presentes embargos. Embargos não conhecidos. (*TST – E-AIRR – 14610/2000-016-09-40.0 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 28.10.2005*)

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

### **ALTERAÇÃO CONTRATUAL UNILATERAL – INTERVALO INTRAJORNADA – 15 MINUTOS**

ALTERAÇÃO CONTRATUAL. VIOLAÇÃO DO ART. 468 DA CLT. A alteração unilateral do contrato, que acresce à jornada quinze minutos a fim de satisfazer o disposto no art. 71 da CLT, sem acréscimo salarial, revela-se prejudicial ao empregado, com violação do art. 468 da CLT. Recurso conhecido em parte e provido. (TST – E-ED-RR – 523/2002-026-04-00.7 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 02.09.2005)

### **AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS – CARIMBO DO SINDICATO – AUSÊNCIA DE FÉ-PÚBLICA**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORMAÇÃO. AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS. CARIMBO DO SINDICATO. INVALIDADE. AUSÊNCIA DE FÉ-PÚBLICA. A declaração de autenticidade constante das peças que formam o agravo de instrumento não atende a exigência do art. 830 da CLT, porque constituída de mero carimbo confeccionado pelo sindicato reclamante, não tendo fé-pública nem atendendo ao disposto no art. 544, § 1º, do CPC. Recurso de embargos de que não se conhece. (TST – E-AIRR – 373/2003-078-02-40.7 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 23.09.2005)

### **COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – INTEGRALIDADE – LIMITE DE IDADE**

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INTEGRALIDADE. LIMITE DE IDADE. A Lei nº 6.435/77, regulada pelo Decreto nº 81.240/78, fixou a idade de 55 anos para a concessão da complementação de aposentadoria integral e determinou que as empresas de previdência privada ajustassem seus regulamentos. Por essa razão, aplica-se esse limite de idade aos empregados admitidos sob a vigência dessa lei. Recurso de embargos de que não se conhece. (TST – E-RR – 720280/2000.5 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 26.08.2005)

### **CONTRATO TEMPORÁRIO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

RECURSO DE EMBARGOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRATO TEMPORÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICA EM QUE SE BUSCA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO E PAGAMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. A discussão acerca dos efeitos da lei que permite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF/88, art. 37, inciso IX) não justifica o deslocamento da competência da Justiça do Trabalho para a Justiça Comum, ainda mais quando a controvérsia cinge-se a possível desvirtuamento em tal contratação. Se a prestação de serviços à Administração Pública se efetivou para atendimento de necessidade permanente, e não para atender a situação transitória e emergencial, conforme delimitado no julgamento, a competência para o julgamento da lide é da Justiça do Trabalho. O cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 263 do col. TST torna pacífico o entendimento desta col. Corte pela competência da Justiça do Trabalho para dirimir o feito. Embargos conhecidos e providos. (TST – E-RR – 415079/1998.8 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 19.08.2005)

### **EMBARGOS DECLARATÓRIOS – NÃO-CONHECIMENTO – PRAZO RECURSAL – AUSÊNCIA DE INTERRUPÇÃO**

EMBARGOS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NÃO-CONHECIMENTO POR IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. PRAZO RECURSAL. AUSÊNCIA DE INTERRUPÇÃO. EMBARGOS INTEMPESTIVOS. Segundo a sistemática processual, interpostos declaratórios, o prazo que fluiu é desprezado, voltando a correr após a publicação do acórdão pertinente. Se os embargos declaratórios não são conhecidos por intempestivos ou por irregularidade de representação, tem-se que não houve a interrupção para a interposição do recurso subsequente, já que o ato processual não pode gerar qualquer efeito no mundo jurídico. O prazo recursal, no presente caso, transcorreu *in albis*, sem nenhuma interrupção. Na hipótese, o acórdão embargado foi publicado em 17.12.2004. O prazo para recurso, em consequência, não foi interrompido pela interposição dos declaratórios. Ocorre que os embargos somente foram interpostos em 20.04.2005 via fac-símile e os originais juntados em 25.04.2005, sendo, pois, intempestivos. Recurso de embargos não conhecido. (*TST – E-ED-AIRR – 1592/2001-077-15-40.4 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 26.08.2005*)

### **ESTABILIDADE – DIRIGENTE SINDICAL – EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO**

ESTABILIDADE. DIRIGENTE SINDICAL. EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO. Estando confirmado pelo Regional que a reclamada não extinguiu suas atividades no âmbito de toda a base territorial do Sindicato para o qual o empregado fora eleito membro do Conselho Fiscal, deve ser mantida a decisão que reconheceu a estabilidade do empregado. Recurso conhecido em parte e provido. (*TST – E-RR – 577350/1999.4 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 21.10.2005*)

### **ESTABILIDADE PROVISÓRIA – VERBAS RESCISÓRIAS – RECEBIMENTO SEM RESSALVA EXPRESSA**

EMBARGOS. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. VERBAS RESCISÓRIAS. RECEBIMENTO SEM RESSALVA EXPRESSA. RENÚNCIA. Conforme abalizada doutrina, a renúncia, na Justiça do Trabalho, ante a inderrogabilidade da maioria das normas de proteção ao trabalho, está sujeita a restrições, devendo ser admitida, em relação ao trabalhador, apenas excepcionalmente. A regra, pois, é a irrenunciabilidade dos direitos que a lei, as convenções coletivas, as sentenças normativas e as decisões administrativas conferem aos trabalhadores, salvo se a renúncia for admitida por norma constitucional ou legal ou se não acarretar uma desvantagem para o trabalhador ou um prejuízo à coletividade. De se concluir, pois, que não ocorre renúncia, notadamente tácita, na hipótese de o empregado, ao receber as suas verbas rescisórias, não fazer qualquer ressalvas com relação à sua condição de estável, porque, além de não ser admitida por norma constitucional ou legal, acarreta uma grande desvantagem para o trabalhador, que, detentor de estabilidade, vê-se privado de direito inderrogável, imposto por norma jurídica de ordem pública. Cabe invocar, porque oportuno, o entendimento contido na Súmula nº 330/TST, que alude à quitação de parcelas expressamente consignadas no recibo, do qual não consta a estabilidade provisória. Embargos conhecidos e desprovidos. (*TST – E-RR – 631/2001-003-13-00.6 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 28.10.2005*)

**HORÁRIO DE TRABALHO – ALTERAÇÃO – DIREITO DE RESISTÊNCIA**

RECURSO DE EMBARGOS. Inviável o recurso de embargos que não consegue infirmar os fundamentos que conduziram à não-caracterização da justa causa para a dispensa do empregado. Recurso de embargos não conhecido. (TST – E-RR – 664380/2000.7 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 02.09.2005)

**INTERVALO INTRAJORNADA – NÃO-CONCESSÃO – REFLEXOS**

INTERVALO INTRAJORNADA. NÃO-CONCESSÃO. HORAS EXTRAS. DEVIDAS. AKT. 71, § 4º, DA CLT. NATUREZA JURÍDICA. REFLEXOS. Reveste-se de natureza salarial e não indenizatória o valor a que se refere o art. 71, § 4º, da CLT. Tal dispositivo determina o pagamento, como labor extraordinário, do período correspondente ao intervalo para repouso e alimentação não usufruído, com o evidente propósito de coibir o desrespeito à norma de proteção à saúde e segurança do trabalhador erigida no seu *caput*. Inafastável, daí, o caráter salarial da parcela. Precedentes da Corte. Embargos conhecidos, porém não providos. (TST – E-RR – 190/2002-658-09-00.2 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 05.08.2005)

**INTERVALO INTRAJORNADA – REDUÇÃO POR ATO DO MINISTRO DO TRABALHO**

EMBARGOS. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO POR ATO DO MINISTRO DO TRABALHO. ART. 71, § 3º, DA CLT.

1. O ato do Ministro do Trabalho, autorizador da redução do intervalo intrajornada, não obstante concedido uma única vez, não precisa ser renovado, pela simples razão de não haver previsão legal de tal exigência. Tratando-se de ato privativo do Ministro do Trabalho, com previsão específica no art. 71, § 3º, da CLT, a exigência de renovação do ato ministerial ofende o princípio da legalidade, inserto no art. 5º, inc. II, da Constituição da República.

2. A autorização do Ministro do Trabalho para redução do intervalo intrajornada pressupõe o atendimento aos requisitos do art. 71, § 3º, da CLT, que, na hipótese dos autos, constituiu-se ato jurídico perfeito, não submetido a termo.

3. Embargos não conhecidos. (TST – E-RR – 719257/2000.7 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Red. Designado Min. João Batista Brito Pereira – DJU 30.09.2005)

**PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL – INTERRUÇÃO – CONTAGEM DO QÜINQUÊNIO**

EMBARGOS. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. INTERRUÇÃO. CONTAGEM DO QÜINQUÊNIO. A prescrição dos créditos trabalhistas, tanto a bialnal quanto à qüinquenal, é interrompida pelo ajuizamento da ação, e, uma vez interrompida a prescrição, o cômputo do biênio recomeça a fluir a partir do término da condição interruptiva, considerando a prescrição qüinquenal a partir do primeiro ato de interrupção da prescrição, ou seja, do ingresso da reclamação anteriormente ajuizada, sob pena de se tornar inócua a interrupção da prescrição, notadamente na hipótese em que se medeasse mais de cinco anos entre o término do contrato de trabalho e o ajuizamento da nova ação. Embargos conhecidos e providos. (TST – E-RR –

4713/2000-016-09-00.7 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 11.11.2005)

**SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS**

**AÇÃO RESCISÓRIA – EMBARGOS DE TERCEIRO – BEM DE FAMÍLIA – IMÓVEL – IMPENHORABILIDADE**

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. OFENSA AOS ARTS. 1º E 3º DA LEI Nº 8.009/90. Demonstrado que o imóvel penhorado é aquele onde os recorridos mantêm sua residência, é inafastável a conclusão acerca da sua impenhorabilidade, sendo irrelevante a circunstância de ele não ter sido inscrito como bem de família no cartório de registro de imóveis, uma vez que tal exigência não consta da Lei nº 8.009/90. Por outro lado, a alegação de que os recorridos são proprietários de vários bens imóveis não tem o condão de afastar a conclusão sobre a procedência da ação, diante do disposto no parágrafo único do art. 5º do referido diploma legal, que prevê a impenhorabilidade do bem destinado à residência até mesmo na hipótese de a entidade familiar ser proprietária de outros imóveis utilizados como moradia. Recurso a que se nega provimento. (TST – ROAR – 100195/2003-900-02-00.8 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 26.08.2005)

**AÇÃO RESCISÓRIA – PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS – PRESCRIÇÃO**

REMESSA OFICIAL E RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO LITERAL DO ART. 7º, INCISO XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No presente caso, somente através da EM/CGR-01, de 31.01.1990, é que foi concedida a extensão de 12 (doze) referências a todos os servidores pertencentes ao Plano de Classificação de Cargos instituídos pela Lei nº 5.645/70, dentre eles, os ora reclamantes. Assim, somente a partir daquela data é que nasceu, para os reclamantes, o direito de pleitear tal verba. E, tendo a reclamação trabalhista sido ajuizada em 1991, quando já em vigor a atual Constituição Federal, e estando em vigor o contrato de trabalho dos reclamantes, correta a v. decisão rescindendo que afastou a arguição de prescrição do direito de ação dos reclamantes, nos exatos termos do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

PERCEPÇÃO DAS REFERÊNCIAS REIVINDICADAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º, 61, § 1º, INCISO II, LETRA A E 169, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Se o v. acórdão rescindendo sequer expressou tese que abrangesse a matéria debatida na ação rescisória, pela ótica que quer conferir o recorrente (violação dos arts. 2º, 61, § 1º, inciso II, letra a, e 169, § 1º, da Constituição Federal), tem-se ausente o pressuposto do prequestionamento, estabelecido nos itens I e II da Súmula nº 298 do TST, que devem ser aplicados como óbice ao exame do pedido rescisório fundado em violação do art. 485, inciso V, do CPC. Remessa oficial e recurso ordinário não providos. (TST – RXOF e ROAR – 4159/2002-000-21-00.9 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 28.10.2005)



### EXECUÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – INCABÍVEL

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE VIA PROCESSUAL PRÓPRIA. AGRAVO DE PETIÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. Mandado de segurança impugnando ato da Juíza da 5ª Vara do Trabalho de Goiânia, que, indeferiu o pedido de liberação de valores de conta corrente, requerido com fundamento na decisão do STJ, que reconheceu a competência do juízo falimentar para prosseguimento dos atos de execução da reclamação trabalhista. Para a impugnação desse ato que entende ilegal, a parte dispõe de meio processual próprio, qual seja, o agravo de petição, que é a via adequada para propiciar o reexame pela instância *ad quem* das decisões proferidas pelo juízo da execução. Dessa forma, havendo no ordenamento jurídico a previsão de remédio processual apto a corrigir a apontada ilegalidade, incabível o uso do *mandamus*, a ser manejado *in extremis* (art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51 e Súmula 267 do eg. STF). Sendo inadequada a via eleita pela impetrante, não se há falar em regular constituição da relação jurídico-processual. Processo extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC. (TST – ROMS – 210/2004-000-18-00.1 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 30.09.2005)

### HABEAS CORPUS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL

HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL. O paciente comprometeu-se na condição de fiel depositário a não abrir mão do bem penhorado sem prévia e expressa autorização do Juiz Titular da Vara do Trabalho, sob as penas da lei. Em contraposição ao argumento do impetrante de que à época o depositário exercia na empresa a função de auxiliar administrativo, o auto de depósito, devidamente assinado, expressa que detinha ele a função de diretor. Aliás, pelos registros constantes do acórdão proferido no *habeas corpus* impetrado perante o 2º Regional, essa específica circunstância foi um dos fundamentos que motivaram o juiz da execução a indeferir o pedido de reconsideração do decreto de prisão. Dessa forma, a referida alegação não se presta a subtrair os efeitos jurídicos e legais do encargo assumido. Em relação ao argumento de que não fora intimado pessoalmente para apresentar o bem, não é demais lembrar a possibilidade de aplicação analógica do art. 841, § 1º, da CLT, que espelha o notório sistema da impessoalidade da citação vigente nesta Justiça Especializada. Nesse passo, não há notícia de que a intimação dirigida ao endereço residencial do depositário tenha sido devolvida pelos Correios. Por outro lado, embora decretada a falência da executada, o bem depositado não foi objeto de arrecadação, não subsistindo, dessa forma, a alegação de que inviável sua apresentação. De resto, o depositário não informou ao Juízo, oportunamente, sua saída da empresa e, na condição de fiel depositário, cabia-lhe o informar a respeito no curso do processo, a fim de desonerar-se da guarda dos bens. Ordem denegada. (TST – HC – 95109/2003-000-00-00.8 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 09.09.2005)

### HABEAS CORPUS – DEPOSITÁRIO INFIEL – PENHORA DE FATURAMENTO

HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA DE FATURAMENTO. AUSÊNCIA DO APERFEIÇOAMENTO DA FIGURA JURÍDICA DO DEPÓSITO. Hipótese em que a filha do dono da empresa executada aceitou o encargo de depositária, comprometendo-se a recolher, mensalmente, em instituição financeira, o valor correspondente a 10% do faturamento da executada. Ausência do aperfeiçoamento da figura jurídica do depósito, uma vez que não incidente sobre coisa corpórea. Recurso ordinário a que se dá provimento, a fim de se determinar a expedição de salvo-conduto a favor da paciente. (TST –

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

*ROHC – 438/2004-000-15-00.8 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 26.08.2005)*

### **MANDADO DE SEGURANÇA – FAZENDA PÚBLICA – DÉBITO DE PEQUENO VALOR – EXECUÇÃO**

MANDADO DE SEGURANÇA. FAZENDA PÚBLICA. DÉBITO DE PEQUENO VALOR. EXECUÇÃO DIRETA. LEGALIDADE. Não se reveste de ilegalidade ou abusividade a determinação judicial para a execução direta de valor devido por fazenda pública estadual caracterizado como de pequeno valor, decorrente de sentença judicial transitada em julgado. Em tais casos, o Texto Constitucional dispensa a formação de precatório (art. 100, § 3º). Incidência do item nº 1 da Orientação Jurisprudencial do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho. Por outro lado, aplicação analógica da Lei nº 10.259/01, no tocante ao prazo para o pagamento da obrigação, encontra respaldo no art. 769 da CLT. Segurança denegada. *(TST – RZO e ROAG – 1110/2003-000-15-00.8 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJU 28.10.2005)*

### **MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA EM DINHEIRO NA BOCA DO CAIXA**

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA EM DINHEIRO NA BOCA DO CAIXA DO BANCO EXECUTADO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. No caso, mesmo tendo o executado ofertado bens à penhora, o Juízo Coator atendeu o pedido do exequente, no sentido de penhorar o numerário encontrado na boca do caixa do Banco impetrante. O entendimento dominante desta Subseção Especializada é no sentido de que fere o direito líquido e certo do 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). Logo, dá-se provimento ao recurso ordinário, para conceder a segurança, ordenando a desconstituição da penhora efetuada e a devolução ao impetrante do numerário indevidamente penhorado, enquanto provisória a execução. *(TST – ROMS – 2356/2003-000-06-00.6 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 26.08.2005)*

### **MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA – CONTA CORRENTE – PROVENTOS DE APOSENTADORIA**

MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE VALORES EM CONTA CORRENTE ORIUNDOS DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE FUNCIONÁRIA PÚBLICA. Ato impugnado em que o Juízo da Execução determinou a penhora de 15% (quinze por cento) dos valores líquidos existentes em conta corrente da executada, funcionária de Assembléia Legislativa Estadual, percebidos a título de proventos de aposentadoria, até a satisfação do crédito trabalhista. Configuração de ofensa ao art. 649, inciso IV, do CPC. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. *(TST – ROMS – 125/2004-000-18-00.3 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 26.08.2005)*

### **MANDADO DE SEGURANÇA – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – TESTEMUNHA**

MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. TESTEMUNHA. Ato impugnado consistente na determinação de quebra de sigilo bancário de testemunha

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

da reclamada, à vista de contradição entre o depoimento desta e o de duas testemunhas do reclamante, no sentido de ter ocorrido, ou não, pagamento de salário “por fora” depositado em conta corrente. O pressuposto de que apenas a testemunha da reclamada poderia estar faltando com a verdade é cabível para valoração da prova e decisão, não, porém, para quebra do sigilo bancário da testemunha. Possibilidade de tal procedimento, mediante determinação judicial, apenas em inquérito ou processo de natureza penal, fundados em perjúrio. Recurso a que se dá provimento para conceder a segurança, cassando a determinação de quebra de sigilo bancário do impetrante, proferida nos autos do Processo nº 2.335/2001-4. (TST – ROMS – 465/2002-000-15-00.9 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 26.08.2005)

### REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Ministério Público do Trabalho é conferida a legitimidade para promover o inquérito civil público e a ação civil pública (art. 129, III), instrumentos destinados à tutela dos interesses sociais dos trabalhadores, à proteção dos direitos constitucionais e outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (Lei Complementar nº 75/93, arts. 6º, VII, *a e d*, 7º, I, 83, III, 84, *caput* e II). Recurso ordinário e remessa necessária a que se nega provimento. (TST – RXOF e ROAR – 2711/2003-000-13-00.9 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 26.08.2005)

### RESTAURAÇÃO DE AUTOS – AÇÃO RESCISÓRIA

RESTAURAÇÃO DE AUTOS DE AÇÃO RESCISÓRIA E AÇÃO RESCISÓRIA. As peças juntadas aos autos em restauração são suficientes para a reconstituição dos autos originais, ainda que não juntadas para a recomposição integral dos autos da reclamatória trabalhista. Ademais, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em resposta a ofício expedido pelo Relator destes autos à época, complementou a documentação restante com as cópias autenticadas do acórdão rescindendo e dos embargos de declaração contra este opostos. Não havendo contestação quanto aos documentos apresentados, tem-se por findo o processo de restauração de autos. (TST – RA – 662928/2000.9 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJU 05.08.2005)

### TESTEMUNHA CONSIDERADA SUSPEITA – INDEFERIMENTO DA OITIVA – CERCEAMENTO DO DIREITO À DILAÇÃO PROBATÓRIA

RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO DA OITIVA, COMO INFORMANTE, DE TESTEMUNHA CONSIDERADA SUSPEITA. CERCEAMENTO DO DIREITO À DILAÇÃO PROBATÓRIA. A questão submetida à apreciação da Corte refere-se ao fato de, inobstante os protestos do autor manifestados em audiência e razões finais, não ter sido deferida a oitiva de sua testemunha como informante. Nesse passo, contrariamente à disposição contida no § 4º do art. 405 do CPC, que faculta ao juiz a oitiva da testemunha considerada suspeita, o art. 829 da CLT impõe seja ela ouvida na condição de informante. Havendo disposição específica na CLT sobre a matéria, conclui-se que o indeferimento da oitiva da testemunha como informante cerceou o direito do autor à dilação probatória, razão pela qual se acolhe a preliminar suscitada para, anulando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos ao Regional a fim de que, reaberta a instrução probatória, seja tomado o

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

depoimento da segunda testemunha do autor como mera informante, atribuindo-se-lhe o valor que merecer. (TST – ROAR – 145805/2004-900-02-00.7 – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 24.06.2005)

### PRIMEIRA TURMA

#### ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – COMISSÁRIOS DE VÔO

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. COMISSÁRIOS DE VÔO. Se a exposição dos reclamantes ao fator de risco abastecimento ocorria durante as paradas da aeronave, revela-se a habitualidade da exposição ao agente perigoso, cuja configuração demonstra o risco acentuado a justificar o direito ao adicional de periculosidade. Recurso de revista de que se conhece, em parte, e a que se dá provimento. (TST – RR – 79476/2003-900-02-00.7 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 07.10.2005)

#### ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – REDE DE TELEFONIA

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REDE DE TELEFONIA.

1. A Lei nº 7.369/85, regulamentada pelo Decreto nº 93.412/86, não restringe o pagamento do adicional aos empregados de empresas do setor de energia elétrica.

2. É assegurado o adicional de periculosidade de que trata a Lei nº 7.369/85 aos empregados que trabalham em sistema elétrico de potência, em condições de risco, ou que o façam com equipamentos e instalações elétricas similares, que ofereçam risco equivalente, ainda que em unidade consumidora de energia elétrica. Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1 do TST.

3. Empregado que trabalhe próximo a cabos energizados, executando serviços na rede aérea de telefone, nos postes de uso da concessionária de energia elétrica, faz jus ao adicional de periculosidade.

4. Recurso de revista de que não se conhece. (TST – RR – 780889/2001.1 – 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 12.08.2005)

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA – PEÇAS – TRASLADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DAS PEÇAS INDICADAS NO § 5º, I, DO ART. 897, DA CLT. JUSTIÇA GRATUITA. O agravante não providenciou o traslado de nenhuma peça à formação do agravo de instrumento e, embora tenha requerido o benefício da justiça gratuita, a Lei nº 1.060/50 não exclui o dever de a parte providenciar as peças para a formação do instrumento e de zelar por sua formação. Agravo de instrumento não conhecido. (TST – AIRR – 3. 6/2003-028-15-40.2 – 1ª Turma – Rel. JC Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro – DJU 28.10.2005)

#### AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO – SUPRESSÃO – PARCELA DE TRATO SUCESSIVO

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. SUPRESSÃO. PARCELA DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO.

1. Estando a decisão recorrida em dissonância com o teor da Súmula nº 327 do Tribunal Superior do Trabalho, merece conhecimento e provimento o recurso de revista dos reclamantes,

tribunal

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

para afastar a prescrição do direito de ação e determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, para proceder ao exame dos pedidos declinados na inicial, como entender de direito.

2. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR – 940/2003-019-10-00.0 – 1ª Turma – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJU 19.08.2005)

### CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – VÍNCULO DE EMPREGO

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. VÍNCULO DE EMPREGO. “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)” (Súmula nº 331, II, do TST). No caso concreto, o Tribunal Regional, ao reconhecer vínculo de emprego diretamente com a União, contrariou o item II da Súmula nº 331 desta Corte Superior. Recurso de revista provido. (TST – RR – 693773/2000.0 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 07.10.2005)

### CUSTAS – JUSTIÇA GRATUITA – REQUERIMENTO EM GRAU DE RECURSO

DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA REQUERIDO EM GRAU DE RECURSO ORDINÁRIO. A norma instituidora do benefício da justiça gratuita não exige que a parte comprove a sua insuficiência econômica para demandar em juízo; estabelece apenas punição em caso de afirmação falsa, ao mesmo tempo em que confere presunção de veracidade à declaração de miserabilidade jurídica da parte. Seguindo a ordem legal, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem-se orientado no sentido de desobrigar a parte da produção de provas quanto à sua condição econômica, considerando suficiente a mera afirmação em juízo, em qualquer fase processual. Inteligência da Lei nº 1.060/50 e da Orientação Jurisprudencial nº 269 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR – 1519/2001-003-02-00.2 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 07.10.2005)

### DANO MORAL – RACISMO – INDENIZAÇÃO

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RACISMO. DISCRIMINAÇÃO. OFENSAS VERBAIS.

1. O ordenamento jurídico brasileiro e normas internacionais proíbem ao empregador e a qualquer pessoa a adoção de qualquer prática que implique preconceito ou discriminação em virtude de raça. Constituição Federal, 3º, inciso IV e art. 5º, *caput*. Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19.01.1968, em que se preconiza a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego, inclusive por motivos de raça. Assim também a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, na qual se reafirmou o compromisso dos Estados-membros, dentre os quais figura o Brasil, de aplicar o princípio da não-discriminação em matéria de emprego e ocupação. Nesse sentido também a Lei nº 9.029, de 13.04.1995.

2. A emissão de vocativos de cunho explicitamente racista e de conteúdo depreciativo, dirigidos por chefe imediato a empregado negro, constitui ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana. Patente que constrange e humilha o ser humano, provocando-lhe profunda dor na alma. Comportamento discriminatório e preconceituoso desse jaez não apenas merece

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

o mais candente repúdio da cidadania, como também gera direito a uma compensação pelo dano moral daí advindo.

3. Incumbe ao empregador velar pela respeitabilidade, civilidade e decoro no ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego, cabendo-lhe responsabilidade civil por quaisquer danos causados a outrem por seus prepostos (Código Civil de 2002, arts. 932, III e 933).

4. Recurso de revista de que não se conhece, no particular. (*TST – RR – 1011/2001-561-04-00.5 – 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 26.08.2005*)

### **EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA MENTAL – INCAPACIDADE ABSOLUTA – SUSPENSÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL**

SENTENÇA DECLARATÓRIA DA INTERDIÇÃO DE DIREITOS. EFEITOS *EX TUNC*. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA MENTAL. INCAPACIDADE ABSOLUTA. SUSPENSÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. Não é a interdição que gera a incapacidade, mas a doença mental, que necessariamente precede ao próprio reconhecimento em juízo. Em situação na qual interdito o reclamante em 1997, depois de ter estado em gozo de licença para tratamento de saúde de 2 de abril de 1992 a 1º de dezembro de 1995, quando o benefício foi transformado em aposentadoria por invalidez, tem-se como única a causa do afastamento, da aposentação e da interdição, qual seja: o acometimento de moléstia incapacitante para a prática dos atos da vida civil, justificadora do enquadramento do reclamante na previsão do inciso II do art. 5º do CCB de 1916. De tal modo, a partir do reconhecimento da manifestação da doença, com o início do gozo da licença, contra o empregado deixou de correr a prescrição (art. 169, I, CCB anterior). Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (*TST – RR – 712069/2000.3 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 19.08.2005*)

### **MEMBRO DO CONSELHO FISCAL – ESTABILIDADE NÃO RECONHECIDA**

MEMBRO DO CONSELHO FISCAL. ESTABILIDADE. ART. 522 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.

1. Mesmo diante da mais ampla liberdade sindical, prevista no art. 8º, incisos I e VIII, da Constituição de 1988, continua em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, a norma contida no art. 522 da CLT. Assim, somente possuem estabilidade temporária os ocupantes de cargo de direção ou representação sindical, dentre os quais não se enquadram os membros do conselho fiscal, nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte e no excelso Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso de revista conhecido e provido. (*TST – RR – 268/2000-101-22-00.4 – 1ª Turma – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJU 24.06.2005*)

### **PARCELA PRÊMIO – NATUREZA JURÍDICA**

PARCELA PRÊMIO. NATUREZA JURÍDICA. A col. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal, firmou jurisprudência sobre o tema, no sentido de atribuir natureza salarial aos prêmios desde que caracterizada a habitualidade no seu pagamento. Incontroverso nos autos que o prêmio-produtividade não era pago habitualmente ao reclamante, inviável emprestar-lhe natureza salarial, a *contrario sensu* do disposto no art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso conhecido e provido.

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

**INTEGRAÇÃO DOS PRÊMIOS EM HORAS EXTRAS.** Definida a natureza indenizatória, e não salarial, da parcela, não se cogita do direito à sua integração em horas extraordinárias. Revista conhecida e provida.

**CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA.** “Correção monetária. Salário. Art. 459 da CLT (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 124 da SDI-1, Res. 129/05, DJ 20.04.2005). O pagamento dos salários até o 5º 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 do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º.” Súmula nº 381 do TST. Recurso conhecido e provido. (TST – RR – 75947/2003-900-01-00.3 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 23.09.2005)

### **PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS – PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE CONDICIONADA – INVALIDADE**

**EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE CONDICIONADA À AVALIAÇÃO DE MÉRITO. INVALIDADE.**

1. O art. 461, § 2º, da CLT, ao erigir em óbice à equiparação salarial a existência de quadro de carreira, com previsão de promoções, por merecimento e por antiguidade, alternadamente, não condiciona a promoção, por antiguidade, a qualquer critério de avaliação de conteúdo meritório.

2. Viola o art. 461, § 2º, da CLT decisão regional que elege em óbice à equiparação a existência de Plano de Cargos e Salários em que a promoção por antiguidade nele prevista condiciona-se a critérios de avaliação de mérito.

3. Inválido Plano de Classificação de Cargos e Salários do qual não conste promoção, por antiguidade, de forma incondicionada.

4. Recurso de revista de que se conhece, por violação ao art. 461, § 2º, da CLT e a que se dá provimento para, afastado o óbice inscrito no art. 2º do art. 461 da CLT, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que proceda ao exame do pedido de equiparação salarial sob enfoque dos requisitos erigidos no § 1º do mesmo diploma legal. (TST – RR – 598481/1999.8 – 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 28.10.2005)

### **PRESCRIÇÃO – RURÍCOLA**

**PRESCRIÇÃO. RURÍCOLA. AÇÃO PROPOSTA POSTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28/00.** Deve preponderar o entendimento de que, em relação aos contratos extintos antes da Emenda Constitucional nº 28/00, não deve ser aplicada a prescrição quinquenal, ainda que a ação seja ajuizada após a citada emenda. Isso porque a EC 28/00 tem aplicação imediata, mas não tem efeito retroativo, que exige previsão expressa da norma. Assim, há de prevalecer o princípio segundo o qual a prescrição deve ser declarada de acordo com a normatização vigente ao tempo da extinção do contrato de trabalho. Desta forma, não pode a nova redação do art. 7º, XXIX, da Constituição da República atingir as situações já definidas pela norma anterior, não obstante sua aplicação ser imediata.

**ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.** Recurso de revista que não merece conhecimento, pois os arestos colacionados não se amoldam às exigências do art. 896, a, da

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Consolidação das Leis do Trabalho e da Súmula nº 337 do TST. (TST – RR – 877/2001-561-04-00.9 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 30.09.2005)

### PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA – IMPOSTO DE RENDA – INCIDÊNCIA

COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. INDENIZAÇÃO. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A teor do art. 114, inciso I, da Constituição Federal, inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho o dissídio individual entre empregado e empregador tendo por objeto a devolução de valores descontados a título de imposto de renda, por ocasião da rescisão do contrato de emprego. A definição da natureza jurídica, indenizatória ou salarial da importância paga pelo empregador ao empregado em virtude de adesão a programa de incentivo à demissão, para efeito de incidência e retenção do imposto de renda, não desloca a competência da Justiça do Trabalho, porquanto se apresenta como questão prejudicial ao equacionamento de lide principal que está afeta inequivocamente a esse segmento especializado do Poder Judiciário.

2. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST – RR – 539338/1999.8 – 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 01.07.2005)

### REAJUSTES SALARIAIS – APLICAÇÃO DO ÍNDICE DO DIEESE

REAJUSTES SALARIAIS. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DO DIEESE. A norma municipal não fere o Princípio da Moralidade, pelo fato de que os índices do DIEESE apenas são fixados utilizando-se como parâmetro a inflação apurada mês a mês, e sua utilização, não ultrapassando o teto-limite dos gastos a serem realizados com o pessoal ativo e inativo, não a torna inconstitucional. Recurso de revista conhecido e não provido.

DIFERENÇAS DA URP DE AGOSTO DE 1988. O recurso, no tópico, está desfundamentado, uma vez que o reclamado apenas manifestou seu inconformismo sem, contudo, indicar violação de dispositivo de lei ou da Constituição Federal, bem como aresto para configuração de divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE SEXTA PARTE. A análise da alegação de ofensa aos dispositivos apontados implica na interpretação de normas jurídicas insertas na Lei Orgânica do Município, inviabilizando o conhecimento do recurso de revista, nos termos do art. 896, c, da CLT. Recurso de revista não conhecido.

DIFERENÇAS DO FGTS. ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT. A Corte Regional nada registrou acerca da apontada estabilidade definitiva. Logo, não há como se aferir a apontada ofensa aos arts. 19 do ADCT e 39, § 2º, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR – 694588/2000.9 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 02.09.2005)

### RELAÇÃO DE EMPREGO – INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA – FRAUDE

RELAÇÃO DE EMPREGO. TOMADOR DE SERVIÇO. COOPERATIVA DE CRÉDITO. INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. FRAUDE

1. A incidência do art. 442, parágrafo único, da CLT, supõe: a) cuidar-se de cooperativa típica, do ângulo formal e substancial, pois somente nela há cooperado autônomo; b) inexistir



## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

fraude à legislação trabalhista; e c) operar-se a terceirização em atividade-meio da empresa tomadora dos serviços.

2. Não afronta o art. 442 da CLT acórdão regional que reconhece relação de emprego entre suposta cooperada e empresa tomadora de serviços se se constata que a terceirização dá-se mediante fraude na aplicação da legislação trabalhista, evidenciada na contratação de “cooperado” para execução de trabalho diretamente relacionado com a atividade-fim da empresa tomadora.

3. Recurso de revista de que não se conhece. (TST – RR – 638877/2000.9 – 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 23.09.2005)

### **SINDICATO – SUBSTITUTO PROCESSUAL – AÇÃO DE CUMPRIMENTO**

SINDICATO. LEGITIMIDADE PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. ART. 872 DA CLT. Em situação na qual objetivada a observância de norma coletiva determinante da duração máxima da jornada laborativa, o sindicato tem legitimidade para atuar em juízo na condição de substituto processual, a teor do disposto no art. 872 da CLT. Se dúvida havia quanto à amplitude do instituto da substituição processual, tornaram-se insubsistentes ante o disposto no art. 8º, inciso III, da Carta Política de 1988, que expressamente autoriza a atuação ampla das entidades sindicais representativas das categorias, dada a sua missão institucional de defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria respectiva. Daí o cancelamento da Súmula nº 310 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja orientação impunha restrições ao instituto que a nova ordem constitucional não mais comporta. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR – 121294/2004-900-04-00.4 – 1ª Turma – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 07.10.2005)

### **TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO – CARACTERIZAÇÃO – ATIVIDADE DA EMPRESA**

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. TRABALHO EM DOIS TURNOS ALTERNADOS. CARACTERIZAÇÃO.

1. Conquanto o art. 7º, inciso XIV, da Constituição Federal não exija que o empregado trabalhe necessariamente em três turnos para fins de caracterização do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, necessário que a atividade produtiva da empresa se desenvolva de maneira ininterrupta e contínua, de sorte a abranger as 24 (vinte e quatro) horas do dia.

2. Assim, o empregado não faz jus a horas extras após a sexta se não há registro de labor das 22 às 5h, pois tal evidencia que não houve revezamento ininterrupto da atividade, ao menos no setor em que trabalhava.

3. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST – RR – 651027/2000.2 – 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 12.08.2005)

## **SEGUNDA TURMA**

### **ABONO PREVISTO POR ACORDO COLETIVO – NATUREZA JURÍDICA**

RECURSO DE REVISTA. ABONO PREVISTO POR ACORDO COLETIVO NATUREZA JURÍDICA. Não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes que limitou exclusivamente ao pessoal da ativa o direito à percepção de abonos como forma de retribuição da produtividade, atribuindo-lhe caráter

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

nitidamente indenizatório. É que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (art. 7º, inciso XXIV), e, portanto, merece ser privilegiada. Recurso de revista não conhecido.

**COISA JULGADA.** Não se conhece de recurso de revista por ausência de sucumbência.

**TUTELA ANTECIPADA.** Prejudicado o exame do tema, em face do indeferimento do pedido principal. (*TST – RR – 381/2003-008-08-00.5 – 2ª Turma – Rel. Min Renato de Lacerda Paiva – DJU 23.09.2005*)

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO – MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO LEVANTAMENTO DO FGTS**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO. LEVANTAMENTO DO FGTS.** Nos termos do art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/90, o trabalhador poderá levantar os depósitos do FGTS, desde que sua conta vinculada permaneça três anos ininterruptos sem movimentação. No caso presente, tendo decorrido esse prazo, estão os reclamantes autorizados a levantarem os referidos depósitos, independentemente de qualquer decisão judicial, razão pela qual a ação perdeu o objeto. Processo extinto, sem exame de mérito, conforme o art. 267, VI, do CPC. (*TST – AIRR – 1204/2001-005-17-00.6 – 2ª Turma – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 28.10.2005*)

### **APOSENTADORIA ESPONTÂNEA – ESTABILIDADE – MEMBRO DA CIPA**

**NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.** Não se declara a nulidade da decisão quando, na análise do mérito, o resultado for favorável para a parte a quem aproveita a declaração de nulidade, conforme previsão do art. 249, § 2º, do CPC, aplicado de forma subsidiária ao processo do trabalho. Preliminares rejeitadas.

**APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. ESTABILIDADE. MEMBRO DA CIPA.** A aposentadoria espontânea é causa de extinção do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 do TST). Assim, se o empregado requer o benefício previdenciário, dá causa à extinção do contrato de trabalho, renunciando à estabilidade que lhe era conferida. Recurso conhecido e provido. Prejudicado o pedido de limitação do período estável. (*TST – RR – 725394/2001.9 – 2ª Turma – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 16.09.2005*)

### **APOSENTADORIA ESPONTÂNEA – MULTA DO FGTS**

**APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS NO CONTRATO DE TRABALHO.** Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 desta Corte, a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. Recurso conhecido e provido. (*TST – RR – 765549/2001.4 – 2ª Turma – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 28.10.2005*)

### **DIFERENÇAS SALARIAIS – PROMOÇÕES**

**RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. PROMOÇÕES.** A inobservância dos critérios de merecimento e antiguidade previstos no regulamento de pessoal, resultando em melhorias salariais para alguns empregados em detrimento de outros, viola o

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, ensejando a nulidade do ato, razão pela qual não podem gerar direitos para os que dele se beneficiaram, tampouco para os demais empregados não abrangidos pelo ato nulo. Recurso de revista conhecido e improvido.

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Diante da ausência de sucumbência, é improsperável a pretensão de condenação da reclamada em honorários advocatícios. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR – 805416/2001.9 – 2ª Turma – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 12.08.2005)

### **EMPREGADO COMISSIONISTA – CANCELAMENTO DE VENDA**

**RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO COMISSIONISTA. CANCELAMENTO DE VENDA (VIOLAÇÃO AO ART. 466 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO).** A “últimação da transação”, na presente hipótese, restou subordinada ao implemento de uma condição específica e preestabelecida no contrato de trabalho firmado entre as partes. Assim sendo, não há que se atribuir ao empregador a responsabilidade pelos riscos do empreendimento nas vendas comissionadas que foram acertadas mediante o implemento de uma “condição suspensiva” (confirmação do pagamento da 1ª parcela), vez que é a própria lei que assegura tal possibilidade (arts. 121 e 125 do novo Código Civil). Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR – 713987/2000.0 – 2ª Turma – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 07.10.2005)

### **HERDEIROS – MENORES – ESPÓLIO – PRESCRIÇÃO**

**HERDEIROS. MENORES. ESPÓLIO. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 440 DA CLT.** Não ocorre prescrição contra o herdeiro menor de trabalhador, em face do art. 169, I, do CPC. Os direitos decorrentes do contrato de trabalho e transmitidos aos herdeiros são aqueles não alcançados pela prescrição na data do falecimento do empregado. Recurso conhecido e provido. (TST – RR – 717928/2000.2 – 2ª Turma – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 07.10.2005)

### **JUSTIÇA GRATUITA – PESSOA JURÍDICA**

**RECURSO DE REVISTA. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA.** O entendimento predominante nesta Corte é no sentido de que, à pessoa jurídica, é inaplicável o benefício da justiça gratuita previsto na Lei nº 1.060/50, regido, no âmbito desta Justiça Especializada, pelo disposto no art. 14 da Lei nº 5.584/70, vez que dirigido ao hipossuficiente, que não tem condições de arcar com os custos de movimentação do processo, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR – 2272/2001-025-05-00.2 – 2ª Turma – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 09.09.2005)

### **PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS – DESCARACTERIZAÇÃO**

**PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. VERBA DE NATUREZA SALARIAL. DESCARACTERIZAÇÃO. REFLEXOS.** Havendo previsão legal impossibilitando a antecipação da participação nos lucros e resultados da empresa (art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.101/00), não há como reconhecer como tal verba paga mensalmente pelo empregador, ainda que via empréstimos aos trabalhadores, mesmo porque não comprovado o acerto de contas alegado pelo réu. Trata-se de verba habitual e de natureza salarial. Devidos os reflexos. Recurso conhecido e não provido.

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

**HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. VALIDADE. SÚMULA 85 DO TST.** A jurisprudência uniforme do TST é no sentido de que a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação e que é devido apenas o adicional no tocante às horas destinadas à compensação de jornada (Súmula 85, IV, do TST). Recurso conhecido e parcialmente provido.

**MULTAS CONVENCIONAIS. RECURSO DE REVISTA DESFUNDAMENTADO.** As hipóteses de conhecimento do recurso de revista são aquelas elencadas no art. 896 da CLT. Se a parte não aponta violação de dispositivo constitucional ou de lei federal, contrariedade à jurisprudência uniforme do TST e divergência jurisprudencial apta, desfundamentado o apelo. Recurso não conhecido. (*TST – RR – 24551/1999-006-09-00.1 – 2ª Turma – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 23.09.2005*)

### **PROCESSO DE EXECUÇÃO – ERROS DE CÁLCULO – PRECLUSÃO**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE EXECUÇÃO. ERROS DE CÁLCULO. PRECLUSÃO.** A admissibilidade do recurso de revista em processo de execução depende de demonstração inequívoca de ofensa direta e literal à Constituição Federal, nos termos do art. 896, § 2º, da CLT e da Súmula 266 do TST. Nesse passo, não prospera a alegação de que o instituto da preclusão não alcança o debate acerca de erros de cálculo, porquanto adstrita à legislação infraconstitucional. Quanto às demais alegações, tem-se por prejudicada sua análise, porque se referem ao mérito da causa e os recorrentes não lograram desconstituir o acórdão regional, conforme pretendido. Agravo de instrumento não provido. (*TST – AIRR – 663/1991-007-06-40.7 – 2ª Turma – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 28.10.2005*)

### **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – VERBAS RESCISÓRIAS**

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. VERBAS RESCISÓRIAS.** A Súmula nº 331, inciso IV, do TST impõe ao tomador dos serviços a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas não quitadas, encontrando-se indiscutivelmente abrangida em tais obrigações aquela relativa ao pagamento das parcelas rescisórias devidas ao reclamante. Recurso conhecido e provido. (*TST – RR – 757822/2001.1 – 2ª Turma – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 28.10.2005*)

### **SEGURO-DESEMPREGO – GUIA – NÃO-FORNECIMENTO – INDENIZAÇÃO**

**RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO SEGURO- DESEMPREGO.** Não se conhece de recurso de revista quando a decisão regional está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que o não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização. Item II da Súmula nº 389/TST. Recurso não conhecido. (*TST – RR – 724545/2001.4 – 2ª Turma – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 28.10.2005*)

### **VÍNCULO EMPREGATÍCIO – FATO IMPEDITIVO NÃO COMPROVADO**

**VÍNCULO EMPREGATÍCIO.** Não se vislumbra violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, seja porque o Regional concluiu estarem presentes os requisitos exigidos no art. 3º da CLT, seja porque não comprovado o fato impeditivo do direito obreiro, alegado pela reclamada. Incide também ao caso os termos da Súmula 297/TST quanto às demais violações apontadas. Recurso não conhecido.

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O Apelo encontra óbice na Súmula 297 desta Corte. Recurso não conhecido. (TST – RR – 689415/2000.5 – 2ª Turma – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F Fernandes – DJU 07.10.2005)

### TERCEIRA TURMA

#### ADESÃO AO PDV – PAGAMENTO DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO

RECURSO DE REVISTA. ADESÃO AO PDV. PAGAMENTO DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INTEGRAÇÃO AO TEMPO DE SERVIÇO DO RECLAMANTE.

1. O empregador não pode selecionar as conseqüências jurídicas de sua liberalidade. Se, como no caso, admite pagar aviso prévio indenizado a quem adere ao Programa de Desligamento Voluntário (PDV), deve suportar as implicações legais decorrentes.

2. Assim, deve o reclamado integrar o período do pré-aviso ao tempo de serviço do reclamante.

#### COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – ABONO

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR. AUSÊNCIA. Inexistente a identidade de causa de pedir, não há falar em coisa julgada, a teor do art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC.

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ABONO. EXTENSÃO À PENSIONISTA. IMPOSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO ESTIPULADA EM NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA.

1. Os ajustes firmados mediante acordo e convenção coletiva, visando à prevenção e composição de conflitos pelos próprios trabalhadores e empregadores, devem ser prestigiados, a teor do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República.

2. Na hipótese vertente, o instrumento normativo, ao estipular o pagamento do abono salarial, restringiu o benefício aos empregados em atividade, estabelecendo, ainda, sua natureza indenizatória.

3. Nesses termos, diante dos limites impostos pela norma coletiva, não há falar em extensão do abono a aposentados e pensionistas. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (TST – RR – 709870/2000.6 – 3ª Turma – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 19.08.2005)

#### ESTABILIDADE SINDICAL – PERÍODO DE AFASTAMENTO – REMUNERAÇÃO

ESTABILIDADE SINDICAL. PERÍODO DE AFASTAMENTO. REMUNERAÇÃO. Inere-se do disposto no art. 543, § 2º, da CLT que o período de afastamento do empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional não é remunerado pela empresa a que pertence, salvo com o assentimento desta ou previsão em cláusula contratual. Na hipótese, ficou consignado que a reclamada efetuou o pagamento dos salários da reclamante durante os dois mandatos seguidos, suspendendo a remuneração durante o exercício do terceiro mandato, no cargo de presidente do sindicato profissional. Assente-se que a empresa adotou procedimento que caracterizou em assentimento à licença remunerada, de forma que não pode alegar ausência do preenchimento dos requisitos do art. 543, § 2º, da CLT. Ademais, mesmo considerando que a concordância na remuneração da empregada estava

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

vinculada a cada mandato, *per si*, o certo é que em parte do último mandato houve o pagamento. A comunicação à empregada para fazer a opção pela licença não remunerada ou o retorno à atividade efetivou-se tardiamente porquanto a reclamante já assumira a presidência do sindicato, e a mencionada “opção” importaria em tese em viabilizar o exercício do cargo para o qual foi eleita pela categoria profissional a que pertencia. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR – 130851/2004-900-01-00.6 – 3ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 11.11.2005)

### FGTS – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

**DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA.** O Regional, mediante a análise da prova documental juntada, constatou que os depósitos do FGTS não foram devidamente recolhidos. Diante disso, despcienda a análise da argumentação deduzida em torno do ônus da prova.

**FGTS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.** A verba decorrente da incidência do FGTS sobre parcelas da condenação tem natureza de crédito trabalhista, razão pelo que a sua atualização monetária deve ser feita pelo mesmo índice de atualização das demais verbas trabalhistas.

**DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS.** A decisão recorrida está em consonância com a Súmula 368, III, do TST (incidência da Súmula 333/TST). Recurso de revista não conhecido integralmente. (TST – RR – 803923/2001.7 – 3ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 14.10.2005)

### HORA EXTRA – TRABALHO EXTERNO – FALTA DE ANOTAÇÃO NA CTPS

**RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.** Não se pronuncia a nulidade quando se divisa a possibilidade de julgamento favorável ao recorrente no mérito. Inteligência do art. 249, § 2º, do CPC.

**HORA EXTRA. TRABALHO EXTERNO. FALTA DE ANOTAÇÃO NA CTPS. ART. 62, INCISO I, DA CLT.** A falta de anotação na CTPS da atividade externa não é despida de conseqüências jurídicas, para fins do art. 62, I, da CLT. A omissão poderá modificar, em favor do empregado, o ônus da prova em juízo.

*In casu*, a reclamada não se desincumbiu satisfatoriamente do ônus de comprovar que o reclamante exercia atividade externa, não compatível com a fixação de horário de trabalho e controle da jornada. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR – 691561/2000.5 – 3ª Turma – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 02.09.2005)

### INDENIZAÇÃO REFERENTE AO SEGURO DESEMPREGO

**RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA.** No particular, não ficaram preenchidos os pressupostos do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido.

**INDENIZAÇÃO REFERENTE AO SEGURO DESEMPREGO.** O próprio regional consignou que não ocorreu a justa causa para a demissão da obreira e, também, a própria reclamada reconheceu a não-entrega das guias de seguro desemprego. Assim, correto o posicionamento do Regional quanto ao pagamento da respectiva indenização. Recurso não conhecido.

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Recurso de revista conhecido por contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329 do TST e provido para excluir da condenação os honorários advocatícios. (TST – RR – 777922/2001.1 – 3ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 14.10.2005)

### RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO – DIARISTA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DIARISTA. Não se verifica, na hipótese, qualquer vício a que alude o art. 535 do CPC, pois o quadro delineado pelo TRT dá notícia de que houve continuidade na prestação do labor, diante do pagamento de valor fixo mensal, independentemente da quantidade de dias trabalhados durante o mês. O conjunto fático-probatório traçado pelo Regional afasta a alegada violação do art. 1º da Lei nº 5.859/72, que trata da profissão do empregado doméstico e preconiza que será considerado empregado doméstico aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não-lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial. Embargos declaratórios rejeitados. (TST – ED-RR – 746828/2001.0 – 3ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 19.08.2005)

### QUARTA TURMA

#### ACIDENTE DE TRABALHO – DANOS MORAL E MATERIAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. DANOS MORAL E MATERIAL. PROVENIENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete ao Judiciário do Trabalho o julgamento das ações indenizatórias de danos moral e material, provenientes de infortúnios do trabalho. Precedente do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Conflito de Competência nº 7.204/MG. Recurso provido para, reformando-se o acórdão recorrido, determinar-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que julgue o pedido de indenização por dano oriundo de acidente de trabalho, como entender de direito, ficando prejudicado o exame do recurso de revista da reclamada. (TST – RR – 2713/2001-007-12-00.6 – 4ª Turma – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 07.10.2005)

#### ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – COMISSÁRIO DE BORDO

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. COMISSÁRIO DE BORDO. Reportando-se ao acórdão recorrido, constata-se ter o laudo pericial concluído que o fato de o empregado encontrar-se presente quando do abastecimento da aeronave lhe garante o direito ao adicional, registrando que quando estava no interior da aeronave, no pátio de manobras para tráfego e estacionamento de aeronaves, ocorria o reabastecimento de combustíveis, movimentação para carga e descarga de mercadorias e bagagens e manutenção de pista. A imediação do reclamante ao abastecimento da aeronave não configura do risco decorrente do contato permanente com inflamáveis e explosivos em condições de risco acentuado previsto no art. 193 da CLT, sendo indevido o adicional de periculosidade. A NR 16 prevê como área de risco nos pontos de reabastecimento de aeronaves todos os trabalhadores da área de operação (NR 16, Anexo 2, item I, letra c). Tratando-se a hipótese de proximidade do reclamante à área de reabastecimento de aeronaves, extrai-se dos pressupostos fáticos delineados pelo Tribunal Regional que ele não desenvolve suas atividades nos pontos de reabastecimento de aeronaves,

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

inviabilizando o seu enquadramento na referida norma. Vale registrar que esta Corte, em casos análogos, vem se posicionando nesse sentido. Recurso provido. (*TST – RR – 1265/2000-315-02-00.6 – 4ª Turma – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 12.08.2005*)

### **DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – FONTE DE PUBLICAÇÃO – INTERNET**

1. AGRADO DE INSTRUMENTO OBREIRO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FONTE DE PUBLICAÇÃO. SÍTIO ELETRÔNICO. Contra o ponto de vista pessoal deste Relator, que reconhece como suficiente que a ementa, extraída do sítio eletrônico em seu inteiro teor, esclareça a data da publicação, esta Corte entende que os acórdãos transcritos da Internet não se prestam à comprovação de divergência jurisprudencial, por não ser fonte oficial nos moldes previstos no art. 232, § 2º, II, do Regimento Interno. Agravo de instrumento desprovido.

2. RECURSO DE REVISTA PATRONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA Nº 381 DO TST. A teor da Súmula nº 381 do TST, o pagamento dos salários até o 5º 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 do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia primeiro. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (*TST – AIRR e RR – 814082/2001.5 – 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 24.06.2005*)

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DO STF**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS PARA A SBDI-1 DO TST. O art. 535 do CPC disciplina as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, inviabilizando o apelo quando não caracterizados os vícios nele elencados. No caso, a embargante aponta omissão no julgado em face de “recentíssima” decisão do STF no sentido de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para julgar pedido de indenização por danos moral e material decorrentes de acidente de trabalho. Todavia, a Turma julgou o recurso de revista obreiro em 01.06.2005, tendo o acórdão sido publicado no DJ de 24.06.2005, sendo que o julgamento do Processo nº STF-CC-7.204/MG (aludido nos declaratórios) somente ocorreu em 29.06.2005, conforme reconhecido pela própria embargante em suas razões. A questão, portanto, não autoriza a oposição de embargos declaratórios, mas de embargos para a SBDI-1 do TST, remédio processual não utilizado pela reclamante. Embargos declaratórios rejeitados. (*TST – ED-RR – 955/2000-004-05-00.3 – 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 09.09.2005*)

### **JORNADA ESPECIAL DE 12X36 – HORAS SUPLEMENTARES QUE EXCEDAM O LIMITE**

JORNADA ESPECIAL DE 12X36. ACORDO INDIVIDUAL ESCRITO. INVALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DO ACORDO COLETIVO. O acordo individual escrito só se presta para legitimar o regime de compensação do § 2º do art. 59 da CLT, pelo qual a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedentes de duas. Ou seja, é válido tal modalidade de acordo para introdução do proverbial regime de compensação, pelo qual se admite o elasticamento da jornada legal até o máximo de duas horas por dia. Não o é para implantação do regime de compensação, inerente à jornada especial de 12x36, uma vez que as horas suplementares excedem o limite



preconizado no *caput* do art. 59 da CLT, sendo imprescindível, para sua validade, a celebração de acordo coletivo. Recurso não conhecido. (TST – RR – 32665/2002-902-02-00.8 – 4ª Turma – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 01.07.2005)

### **MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO – PACÇÃO EM NORMA COLETIVA**

RECURSO DE REVISTA EM PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM À JORNADA DE TRABALHO. DESCONSIDERAÇÃO DO TEMPO NO CÔMPUTO DA JORNADA. PACÇÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. O art. 7º, XXVI, da CF estabelece o reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas de trabalho. Ora, se a categoria pactuou, mediante instrumento normativo, a desconsideração de trinta minutos no início e no término da jornada, não respeitar essa pactuação é tornar inócua a norma coletiva e letra morta a disposição constitucional. Como, ademais, a integração, na jornada de trabalho, dos minutos que antecedem e sucedem à jornada se trabalho decorre de construção jurisprudencial em torno da interpretação do art. 4º da CLT (Súmula nº 366 do TST), posteriormente incorporada como § 1º ao art. 58 da CLT, e a jornada de trabalho é direito passível de flexibilização, a teor do art. 7º, XIII, da CF, deve-se prestigiar, *in casu*, o negociado sobre o legislado. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST – RR – 302/2004-088-03-00.2 – 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 12.08.2005)

### **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – CONTRATO DE FRANQUIA**

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE FRANQUIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 331, IV, DO TST. O contrato de franquia é entabulado entre o franqueador (aquele que concede o direito de uso e distribuição de marcas, serviços ou tecnologias de sua propriedade meremuneração) e franqueado (aquele que adquire essa concessão, assumindo os riscos do uso desses direitos), estabelecendo-se entre as partes uma relação jurídica empresarial que tem por objetivo, de um lado, o fortalecimento da atividade econômica pela aplicação de menores investimentos e, de outro, o acesso a um mercado que não exige maiores esforços de conquista. A inaplicabilidade da Súmula nº 331, IV, do TST ao caso concreto, devidamente declarada pelo Regional, decorre das peculiaridades inerentes ao contrato de franquia, que possui natureza jurídica de concessão de direitos por parte da franqueadora, mediante remuneração, não se caracterizando esta como empresa tomadora de serviços ou intermediadora de mão-de-obra. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST – RR – 5408/2003-014-09-00.2 – 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 12.08.2005)

### **TURNOS ININTERRUPTOS – ALTERAÇÃO – TURNO FIXO – *JUS VARIANDI* DO EMPREGADOR**

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. ADOÇÃO DE TURNO FIXO. *JUS VARIANDI* DO EMPREGADOR. Consoante estabelece o art. 468 da CLT, nos contratos individuais de trabalho, só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia. No caso, a reclamada alterou o contrato para que o reclamante deixasse de trabalhar em turnos ininterruptos de revezamento e passasse a exercer suas atividades em horário fixo, cumprindo uma jornada de 8 horas. Mesmo tendo havido a dilatação da jornada,

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

afigura-se benéfica ao reclamante a alteração contratual havida, pois trouxe melhorias à sua saúde física e mental, evitando os prejuízos causados ao organismo pela troca constante dos turnos. Assim, as mudanças promovidas pela reclamada caracterizam-se como lícitas, não se inserindo na vedação contida no art. 468 da CLT, mas sim no *ius variandi* do empregador, a quem cabe administrar a prestação dos serviços. Recurso de revista conhecido em parte e provido. (TST – RR – 365/2000-161-05-00.3 – 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 07.10.2005)

### QUINTA TURMA

#### ACORDO JUDICIAL – VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA

RECURSO DE REVISTA. ACORDO JUDICIAL. VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. As contribuições sociais incidem sobre qualquer tipo de prestação de serviços, com ou sem vínculo de emprego, bem como sobre os valores apurados em processos trabalhistas findos, inclusive os decorrentes de acordo. Dessa maneira, são exigíveis as contribuições para a previdência social sobre o total do acordo quando não houver discriminação específica das verbas acordadas. O Decreto nº 3.048/99, por sua vez, define a sentença condenatória ou o acordo homologado como fato gerador da obrigação. Resta evidenciada, pois, a exigência de incidência da contribuição previdenciária sobre os valores estabelecidos no acordo judicial. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento. (TST – RR – 19004/2002-902-02-00.7 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 19.08.2005)

#### AUXÍLIO-FUNERAL E PENSÃO – MANUAL DE PESSOAL

RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO-FUNERAL E PENSÃO. MANUAL DE PESSOAL. PETROBRÁS. APOSENTADO. As parcelas pensão e auxílio-funeral somente são devidas aos familiares daqueles que mantinham relação de emprego até o momento do óbito. Precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST – RR – 118/2003-013-05-00.8 – 5ª Turma – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 19.08.2005)

#### CONTRATAÇÃO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PERÍODO ELEITORAL

RECURSO DE REVISTA. CONTRATAÇÃO EFETUADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PERÍODO ELEITORAL. NULDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. A continuidade na prestação de serviços à Administração Pública pelo empregado após o decurso do período eleitoral de 15.07.1985 a 01.01.1986 acarreta a formação de um novo contrato de trabalho válido, pois efetuado sob a égide da Constituição de 1967, em que se autorizava contratação de empregado público sem prévia aprovação em concurso público. Recurso de revista de que não se conhece. (TST – RR – 373/2001-020-13-00.3 – 5ª Turma – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 24.06.2005)

#### DEPÓSITO RECURSAL – AUSÊNCIA DO NOME DO RECLAMANTE

RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. PREENCHIMENTO. AUSÊNCIA DO NOME DO RECLAMANTE NA GUIA DE RECOLHIMENTO DE DEPÓSITO RECURSAL. VALIDADE DO DEPÓSITO. Se do preenchimento

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

da guia depósito recursal é possível constatar o seu recolhimento, posto que feito por meio de formulário próprio do agente operador do fundo de garantia, contendo o número do processo, o nome do reclamado e sob o código correto, no valor devido, com observância do prazo, demonstrando verdadeiro ânimo de se desincumbir de tal encargo processual, mostra-se irrelevante a falta de indicação de quaisquer outros elementos, nos termos da legislação pertinente à matéria. Adotando o princípio da instrumentalidade das formas e verificando-se que o depósito atingiu a finalidade de ressarcir a União das despesas processuais, considera-se válido o ato (art. 244 do CPC). Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR – 1409/2003-031-23-00.7 – 5ª Turma – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 07.10.2005)

### DEPÓSITO RECURSAL – VIGÊNCIA DE NORMA DISCIPLINADORA – INÍCIO DO PRAZO

DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. PRAZO PARA INÍCIO DE VIGÊNCIA DE NORMA DISCIPLINADORA DE DEPÓSITO RECURSAL.

1. Havendo determinação expressa no ato GP 278/97, que sua vigência se daria a partir do quinto dia seguinte ao da sua publicação, a contagem do quinquídio começa do dia subsequente ao da sua publicação, podendo esse coincidir com dia em que não há expediente forense.

2. Tendo sido publicado o ato no dia 1º de agosto (sexta-feira), o primeiro dia da contagem foi o sábado, dia 2, visto que, neste caso, não se aplica a regra do art. 184 do CPC quanto ao primeiro dia do prazo para a prática de ato processual. Recursos de revista de que não se conhece. (TST – RR – 629362/2000.8 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 19.08.2005)

### EMPREGADO PÚBLICO – ESTÁGIO PROBATÓRIO – ATO DEMISSIONAL – MOTIVAÇÃO

RECURSO DE REVISTA. SERVIDOR CELETISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. ATO DEMISSIONAL. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO.

1. A Administração Pública, ao demitir servidor em estágio probatório, deve motivar o ato demissional em homenagem ao princípio da impessoalidade, insculpido no art. 37, caput, da Constituição da República. A motivação do ato possibilita, no controle dos atos administrativos, verificar se os critérios adotados para a demissão foram objetivos, de modo a atingir a finalidade pública e evitar a adoção de critérios subjetivos, que revelariam, nessa ordem, o desrespeito ao princípio da impessoalidade, por que deve se pautar a Administração Pública.

2. Não se cogita, na hipótese de servidor que ainda não completou o estágio probatório de 3 anos, de reconhecer-lhe a estabilidade do art. 41 da Constituição da República, razão pela qual a invocação pelo Município do aludido dispositivo revela-se impertinente.

3. Recurso de revista de que não se conhece. (TST – RR – 1267/2000-086-15-00.7 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 07.10.2005)

### EXECUÇÃO – SENTENÇA NORMATIVA REFORMADA – EXTINÇÃO DO PROCESSO

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO DE EXECUÇÃO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO FUNDADA EM DECISÃO NORMATIVA QUE SOFREU POSTERIOR

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

REFORMA, QUANDO JÁ TRANSITADA EM JULGADO A SENTENÇA CONDENATÓRIA. A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutiva, ou seja, da não-modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a consequente extinção do processo, sem julgamento do mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir no mundo jurídico. Recurso conhecido e provido. (TST – RR – 5405/2000-026-12-00.0 – 5ª Turma – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 07.10.2005)

### **JORNADA DE TRABALHO DE 12X36 – ACORDO DE COMPENSAÇÃO – VALIDADE**

RECURSO DE REVISTA. JORNADA DE TRABALHO DE 12X36. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. VALIDADE. O art. 7º, inc. XIII, da Constituição da República permite a flexibilização da jornada de trabalho, sendo, portanto, válido o regime de trabalho de 12x36 estabelecido em norma coletiva. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – RR – 136597/2004-900-04-00.0 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 26.08.2005)

### **JUNTADA DE DOCUMENTO APÓS A DEFESA – CRITÉRIO DO JUIZ**

JUNTADA DE DOCUMENTO APÓS A DEFESA, NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ADMISSIBILIDADE. É admissível a juntada de documento em audiência após a apresentação de defesa e antes de encerrada a instrução processual, a critério do juiz instrutor, que avaliará sua pertinência (conveniência) e a oportunidade, desde que garantido o contraditório. Essa diretriz não contraria o art. 845 da CLT nem o art. 396 do CPC. *In casu*, como o documento se mostrou importante para o deslinde da controvérsia e foi observado o contraditório por ocasião de sua juntada, não se reconhece vício na determinação de sua juntada. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST – RR – 459/2003-660-09-00.8 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 30.09.2005)

### **LIBERAÇÃO DO SALDO DA CONTA VINCULADA AO FGTS – INATIVIDADE DA CONTA**

LIBERAÇÃO DO SALDO DA CONTA VINCULADA AO FGTS. INATIVIDADE DA CONTA POR TRÊS ANOS ININTERRUPTOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. O art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/90 autoriza a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS “quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos (...) fora do regime do FGTS”. Vencido o triênio, perde objeto a reclamação, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, por ausência de interesse processual. (TST – RR – 487/2002-002-17-00.0 – 5ª Turma – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 19.08.2005)

### **MÃE ADOTANTE – LICENÇA-MATERNIDADE**

RECURSO DE REVISTA. MÃE ADOTANTE. LICENÇA-MATERNIDADE. LEI Nº 10.421/02. ART. 392-A DA CLT. CONCESSÃO.

1. 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.

otante

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” (Estevão Mallet).

2. 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. Inscrindo-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.

3. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – RR – 691952/2000.6 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 24.06.2005)

### **PROMOÇÕES – PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS – PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL**

PRESCRIÇÃO. PROMOÇÕES PREVISTAS EM PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS INCORPORADO AO CONTRATO DE TRABALHO. Tratando-se de pedido de diferenças salariais resultantes das ausências de promoções previstas no Plano de Classificação de Cargos e Salários, não se aplica o preceituado no verbete sumular 294 desta Corte, pois o pedido não decorre de alteração do pactuado, visto que não houve nenhuma alteração contratual e porque trata-se de prestações sucessivas devidas ao empregado, em razão do não-cumprimento de obrigação prevista em norma regulamentar. A prescrição nesta hipótese a ser adotada é a parcial, considerando-se prescritos os direitos anteriores ao quinquêdio prescricional. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR – 51/2003-821-04-00.7 – 5ª Turma – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 19.08.2005)

### **SALÁRIO IN NATURA – AUTOMÓVEL – USO PARTICULAR SECUNDÁRIO – NÃO-CONFIGURAÇÃO**

SALÁRIO-UTILIDADE. AUTOMÓVEL FORNECIDO PARA O TRABALHO. USO PARTICULAR SECUNDÁRIO. Uso particular secundário de veículo fornecido prioritariamente para a prestação do serviço não confere natureza salarial à utilidade (Súmula nº 367/TST). Recurso conhecido em parte e provido. (TST – RR – 8/1997-015-04-00.5 – 5ª Turma – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 26.08.2005)

### **SALÁRIO MÍNIMO PROPORCIONAL À JORNADA DE TRABALHO**

RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO MÍNIMO PROPORCIONAL À JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA. POSSIBILIDADE. O salário mínimo previsto no art. 7º, IV, da Constituição Federal é fixado com base na jornada de trabalho de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais (art. 7º, XIII, da Constituição Federal). Assim, sendo a jornada de trabalho do empregado inferior àquela constitucionalmente estipulada, o salário pode ser pago de forma proporcional ao número de horas trabalhadas. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST – RR – 811/2001-028-07-00.7 – 5ª Turma – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 01.07.2005)

### **SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – AUXÍLIO-DOENÇA – PRAZO PRESCRICIONAL**

RECURSO DE REVISTA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. A suspensão do contrato de trabalho em virtude de o empregado haver sido acometido de doença profissional, com percepção de auxílio-doença, impede a fluência do prazo prescricional. Recurso de revista de que se conhece

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

e a que se dá provimento. (TST – RR – 280/2003-089-03-00.6 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 02.09.2005)

### TEMPO DESPENDIDO PARA TROCA DE UNIFORME – HORAS EXTRAS

RECURSO DE REVISTA. TEMPO DESPENDIDO PARA TROCA DE UNIFORME. HORAS EXTRAS. ACORDO COLETIVO. Deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores, por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. A flexibilização no direito do trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram fixar que os vinte minutos diários despendidos para a troca de uniforme não podem ser considerados como tempo à disposição da reclamada, não se pode dar interpretação elástica ao instrumento normativo e deferir o acréscimo dessas horas firmado em acordo como horas extras.

DESCONTOS FISCAIS NÃO EFETUADOS NA ÉPOCA PRÓPRIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO. Nos termos do Provimento 3/05 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e da Súmula 368, item II, desta Corte, cabe ao empregador deduzir do crédito a ser pago ao reclamante o recolhimento dos descontos fiscais. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – RR – 395/2002-020-12-00.0 – 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 26.08.2005)

# ÍNDICE TEMÁTICO

## JURISPRUDÊNCIA

Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Bases de cálculo .....	165
Agravo de instrumento. Diferenças salariais .....	175
Agravo de instrumento. Recurso de revista. Deserção .....	196
Ausência de legitimidade de representação. Configuração .....	203
Coisa julgada. Relativação. Conluio entre as partes .....	206
Dano moral. Indenização .....	216
Dano moral. Quebra de sigilo bancário .....	225
Diárias. Integração. Salário-base .....	230
Embargos. Nulidade. Supressão de instância .....	234
Embargos. Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional .	242
Embargos de terceiro. Recurso de revista. Irregularidade de representação	251
Embargos declaratórios. Nulidade relativa .....	253
Estabilidade. Art. 118 da Lei nº 8.213/91 .....	257
Estabilidade provisória. Dirigente sindical .....	261
Férias coletivas fracionadas. Período inferior a 10 dias .....	265
Gerente-geral de agência. Aplicação do art. 62, II, da CLT .....	268
Jornada de trabalho. Horas extras .....	273
Justa causa. Concorrência com o empregador. Caracterização .....	277
Mandado de segurança. Ente de direito internacional público. Não-cabimento .....	281
Mandado de segurança. Penhora .....	299
Ministério Público. Legitimidade .....	304
Negativa de prestação jurisdicional .....	313
Petição de recurso de revista por <i>e-mail</i> . Validade .....	320
Prescrição quinquenal .....	324
Programa de demissão voluntária. Discriminação e restrição ao direito de ação .....	329

## JURISPRUDÊNCIA

Recurso. Admissibilidade .....	333
Recurso de revista. Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional .....	338
Recurso de revista. Prescrição quinquenal .....	343
Recurso de revista. Responsabilidade subsidiária .....	350
Responsabilidade subsidiária. Dono da obra .....	354
Trabalhador avulso. Prescrição .....	357

## EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

### TRIBUNAL PLENO

Erros materiais. Revisão. Coisa julgada .....	362
Precatório. Custas processuais .....	362
Revisão de cálculos. Juros de mora .....	362

### SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS COLETIVOS

Ilegitimidade ativa <i>ad causam</i> . Técnicos agrícolas de nível médio. Categoria profissional não diferenciada .....	362
--	-----

### SEÇÃO ADMINISTRATIVA

Empregado público. Cargo em comissão. Suspensão do contrato de trabalho .....	363
Juiz classista. Pensão. Reajuste vinculado aos vencimentos de magistrado togado. Inviabilidade .....	363
Magistrado. Licença-prêmio. Ilegalidade. Lei Complementar nº 35/1979 ..	364

### SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Adicional de periculosidade. Trabalho em sistema de telecomunicação .....	364
Agravo de instrumento desprovido. Embargos. Hipótese de cabimento .....	364
Alteração contratual unilateral. Intervalo intrajornada. 15 minutos .....	365
Autenticação das peças. Carimbo do sindicato. Ausência de fê pública .....	365



## JURISPRUDÊNCIA

Complementação de aposentadoria. Integralidade. Limite de idade .....	365
Contrato temporário. Competência da Justiça do Trabalho .....	365
Embargos declaratórios. Não-conhecimento. Prazo recursal. Ausência de interrupção .....	366
Estabilidade. Dirigente sindical. Extinção do estabelecimento .....	366
Estabilidade provisória. Verbas rescisórias. Recebimento sem ressalva expressa .....	366
Horário de trabalho. Alteração. Direito de resistência .....	367
Intervalo intrajornada. Não-concessão. Reflexos .....	367
Intervalo intrajornada. Redução por ato do Ministro do Trabalho .....	367
Prescrição quinquenal. Interrupção. Contagem do quinquênio .....	367

### SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Ação rescisória. Embargos de terceiro. Bem de família. Imóvel. Impenhorabilidade .....	368
Ação rescisória. Plano de classificação de cargos. Prescrição .....	368
Execução. Mandado de segurança. Incabível .....	369
<i>Habeas corpus</i> . Ausência de ilegalidade do decreto prisional .....	369
<i>Habeas corpus</i> . Depositário infiel. Penhora de faturamento .....	369
Mandado de segurança. Fazenda pública. Débito de pequeno valor. Execução .....	370
Mandado de segurança. Penhora em dinheiro na boca do caixa .....	370
Mandado de segurança. Penhora. Conta corrente. Proventos de aposentadoria .....	370
Mandado de segurança. Quebra de sigilo bancário. Testemunha .....	370
Remessa necessária. Ação rescisória. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público .....	371
Restauração de autos. Ação rescisória .....	371
Testemunha considerada suspeita. Indeferimento da oitiva. Cerceamento do direito à dilação probatória .....	371

### PRIMEIRA TURMA

Adicional de periculosidade. Comissários de vôo .....	372
---	-----

## JURISPRUDÊNCIA

Adicional de periculosidade. Rede de telefonia .....	372
Agravo de instrumento. Justiça gratuita. Peças. Traslado .....	372
Auxílio-alimentação. Supressão. Parcela de trato sucessivo .....	372
Contrato de prestação de serviços. Vínculo de emprego .....	373
Custas. Justiça gratuita. Requerimento em grau de recurso .....	373
Dano moral. Racismo. Indenização .....	373
Empregado portador de doença mental. Incapacidade absoluta. Suspensão da contagem do prazo prescricional .....	374
Membro do conselho fiscal. Estabilidade não reconhecida .....	374
Parcela prêmio. Natureza jurídica .....	374
Plano de cargos e salários. Promoção por antiguidade condicionada. Invalidade .....	375
Prescrição. Rurícola .....	375
Programa de incentivo à demissão voluntária. Imposto de renda. Incidência .....	376
Reajustes salariais. Aplicação do índice do Dieese .....	376
Relação de emprego. Intermediação de mão-de-obra. Fraude .....	376
Sindicato. Substituto processual. Ação de cumprimento .....	377
Turnos ininterruptos de revezamento. Caracterização. Atividade da empresa .....	377

## SEGUNDA TURMA

Abono previsto por acordo coletivo. Natureza jurídica .....	377
Agravo de instrumento. Mudança de regime jurídico. Levantamento do FGTS .....	378
Aposentadoria espontânea. Estabilidade. Membro da Cipa .....	378
Aposentadoria espontânea. Multa do FGTS .....	378
Diferenças salariais. Promoções .....	378
Empregado comissionista. Cancelamento de venda .....	379
Herdeiros. Menores. Espólio. Prescrição .....	379
Justiça gratuita. Pessoa jurídica .....	379
Participação nos lucros. Descaracterização .....	379

## JURISPRUDÊNCIA

Processo de execução. Erros de cálculo. Preclusão .....	380
Responsabilidade subsidiária. Verbas rescisórias .....	380
Seguro-desemprego. Guia. Não-fornecimento. Indenização .....	380
Vínculo empregatício. Fato impeditivo não comprovado .....	380

### TERCEIRA TURMA

Adesão ao PDV. Pagamento de aviso prévio indenizado .....	381
Complementação de aposentadoria. Abono .....	381
Estabilidade sindical. Período de afastamento. Remuneração .....	381
FGTS. Atualização monetária .....	382
Hora extra. Trabalho externo. Falta de anotação na CTPS .....	382
Indenização referente ao seguro-desemprego .....	382
Reconhecimento do vínculo empregatício. Diarista .....	383

### QUARTA TURMA

Acidente de trabalho. Danos moral e material. Competência da Justiça do Trabalho .....	383
Adicional de periculosidade. Comissário de bordo .....	383
Divergência jurisprudencial. Fonte de publicação. Internet .....	384
Embargos de declaração. Superveniência de decisão do STF .....	384
Jornada especial de 12 x 36. Horas suplementares que excedam o limite ...	384
Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho. Pacção em norma coletiva .....	385
Responsabilidade subsidiária. Contrato de franquia .....	385
Turnos ininterruptos. Alteração. Turno fixo. <i>Jus variandi</i> do empregador ..	385

### QUINTA TURMA

Acordo judicial. Verbas de natureza indenizatória .....	386
Auxílio-funeral e pensão. Manual de pessoal .....	386
Contratação. Administração pública. Período eleitoral .....	386
Depósito recursal. Ausência do nome do reclamante .....	386

## JURISPRUDÊNCIA

Depósito recursal. Vigência de norma disciplinadora. Início do prazo .....	387
Empregado Público. Estágio Probatório. Ato Demissional. Motivação .....	387
Execução. Sentença normativa reformada. Extinção do processo .....	387
Jornada de trabalho de 12 x 36. Acordo de compensação. Validade .....	388
Juntada de documento após a defesa. Critério do juiz .....	388
Liberação do saldo da conta vinculado ao FGTS. Inatividade da conta .....	388
Mãe adotante. Licença-maternidade .....	388
Promoções. Plano de cargos e salários. Prescrição quinquenal .....	389
Salário <i>in natura</i> . Automóvel. Uso particular secundário. Não-configuração .....	389
Salário mínimo proporcional à jornada de trabalho .....	389
Suspensão do contrato de trabalho. Auxílio-doença. Prazo prescricional .....	389
Tempo despendido para troca de uniforme. Horas extras .....	390