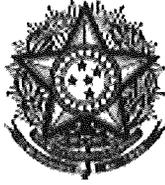


---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Ministro Ronaldo José Lopes Leal  
*Presidente*

Ministro Rider Nogueira de Brito  
*Vice-Presidente*

Ministro José Luciano de Castilho Pereira  
*Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho*

Ministro Ives Gandra Martins Filho  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
*Comissão de Documentação*

Ano 72 – n° 2 – maio a ago. – 2006



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

**Editoração Eletrônica:** IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas

*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 Ronaldo Lopes Leal – Presidente

Ministro Rider Nogueira de Brito – Vice-Presidente

Ministro José Luciano de Castilho Pereira – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala

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 Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

## Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Ronaldo Lopes Leal – Presidente

Ministro Rider Nogueira de Brito – Vice-Presidente

Ministro José Luciano de Castilho Pereira – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala

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 Ronaldo Lopes Leal – Presidente**

**Ministro Rider Nogueira de Brito – Vice-Presidente**

**Ministro José Luciano de Castilho Pereira – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho**

**Ministro Vantuil Abdala**

**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 Corrêa da Veiga**

## **Subseção II**

### **da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

**Ministro Ronaldo Lopes Leal – Presidente**

**Ministro Rider Nogueira de Brito – Vice-Presidente**

**Ministro José Luciano de Castilho Pereira – 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 Lelio Bentes Corrêa**

**Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho**

## Segunda Turma

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

## Terceira Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – Presidente  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

## 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 Emmanoel Pereira

## Sexta Turma

Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – Presidente  
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires  
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



**RONALDO LEAL**  
PRESIDENTE



**RIDER DE BRITO**  
VICE-PRESIDENTE



**JOSÉ LUCIANO**  
CORREGEDOR-GERAL



**VANTUIL ADADALA**



**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 PAIVA**



**EMANOEL PEREIRA**



**LELIO BENTES**



**ALOYSIO VEIGA**



**HORÁCIO SENNA PIRES**



**ROSA MARIA WEBER**



**VIEIRA DE**  
**MELLO FILHO**



**ALBERTO BRESCIANNI**

# Sumário

## DOCTRINAS

1. Prescrição – Multa de 40% do FGTS – Termo Inicial – Alcance da Lei Complementar nº 110/2001  
*Milton de Moura França* ..... 15
2. Ação de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de acidente do trabalho: questões de direito material e processual  
*Maria Cristina Irigoyen Peduzzi* ..... 17
3. Cooperativas de trabalho  
*Arnaldo Süsseskind* ..... 32
4. Quinto constitucional na Constituição brasileira: critério para escolha dos integrantes  
*Afrânio Neves de Melo* ..... 35
5. A nova reforma do CPC e a sua aplicação no âmbito da justiça do Trabalho  
*Cláudio Armando Couce de Menezes e Eduardo Maia Tenório da Cunha* ..... 43
6. Contrato de trabalho nulo. Artigo 37, inciso II, da CF/1988. Ato de improbidade. Responsabilização do chefe do executivo. Competência da justiça comum  
*Júlio Bernardo do Carmo* ..... 57
7. O novo § 5º do artigo 219 do CPC e o processo do trabalho  
*Manoel Carlos Toledo Filho* ..... 67
8. O processo do trabalho e as recentes modificações do código de processo civil  
*Estêvão Mallet* ..... 72
9. Ajuizamento de dissídio coletivo de *comum* acordo  
*Raimundo Simão de Melo* ..... 87
10. Contratos coletivos de trabalho no sistema jurídico italiano: derogabilidade/inderrogabilidade e flexibilização  
*Daniel de Castro Magalhães* ..... 98
11. Decretação da prescrição de ofício: óbices jurídicos, políticos, sociais, lógicos, culturais e éticos  
*João Norberto Vargas Valério* ..... 112

## SUMÁRIO

12. O direito a férias anuais remuneradas segundo o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias: análise de uma sentença judicial – Enfoque comparado <i>Sheila Stolz</i> .....	127
--	-----

### JURISPRUDÊNCIA

1. Acórdãos do TST .....	139
--------------------------	-----

### ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST .....	341
--	-----

---

**Doutrina**

---



# PRESCRIÇÃO – MULTA DE 40% DO FGTS – TERMO INICIAL – ALCANCE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001

**Milton de Moura França\***

Como é sabido, a prescrição tem início a partir do momento em que determinado direito passa a integrar o patrimônio jurídico de uma pessoa e, por conseguinte, torna-se passível de defesa em Juízo, quando violado pelo devedor.

É equivocado, *data venia*, o entendimento de que se encontra prescrito o direito de ação do empregado de reclamar as diferenças da multa de 40% do FGTS, a pretexto de que não ajuizou seu pedido nos dois anos subseqüentes à extinção do contrato de trabalho, em consonância com o que dispõe o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Com efeito, se, à época da dissolução do contrato de trabalho, o empregador não observou os índices de correção que o Governo desconsiderou para efeito dos depósitos do FGTS (janeiro de 1989 e abril de 1990), obrigação que, no entanto, veio a ser, posteriormente, declarada exigível pela Justiça Federal, inclusive com o aval do Supremo Tribunal Federal, não é de boa lógica jurídica se falar em ofensa ao dispositivo constitucional em exame, porque inexistia, à época, direito a ser exercitado pelo empregado injustamente dispensado.

Igualmente, não se sustenta, com todas as vênias, o argumento de que o trânsito em julgado da ação na Justiça Federal somente pode ser considerado para fim de marco inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da reclamação trabalhista se este se der antes da vigência da Lei Complementar nº 110/2001; caso contrário, o marco inicial é o dia 30.06.2001, consoante regra geral insculpida na nova redação da Orientação Jurisprudencial nº 344 da SDI-1 desta Corte.

Não se desconhece que foi após a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o direito à reposição dos índices inflacionários (Plano Verão – janeiro de 1989 e Plano Collor I – abril de 1990) nas contas do FGTS de alguns trabalhadores, que o Governo, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e das Centrais Sindicais, procurou estender os efeitos desse direito aos demais trabalhadores, o que veio a se concretizar com a Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001.

---

*Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

## D O U T R I N A

Entretanto, a norma, a par de prever expressamente, como condição de exigibilidade do direito, que o empregado assinasse termo de renúncia de ação que estivesse promovendo ou que pretendesse promover na Justiça Federal comum, para obter a reposição dos valores de sua conta do FGTS, também determina que o pagamento não ocorra de forma integral, ao criar um deságio, a partir de determinado valor do crédito – R\$ 2.000,01 (dois mil reais e um centavo), além de impor até mesmo o seu parcelamento em determinadas situações.

Mais do que isso, ao assegurar ao empregado a opção de assinar ou não o termo de adesão como condição de se beneficiar dos seus efeitos, já demonstra, por si só, que jamais se poderia confundir as duas legítimas situações, ou seja, do empregado que buscou seus direitos na Justiça Federal com aquele que concordou com a proposta de pagamento amigável feita pelo Governo.

É bom enfatizar, por isso mesmo, que a Lei Complementar nº 110/2001 somente pode ser considerada como termo inicial da prescrição em relação aos empregados que, espontaneamente, aderiram aos seus termos, ou seja, concordaram com a proposta de pagamento, inclusive com o parcelamento de seu crédito e até mesmo com o deságio, sem se falar ainda no compromisso de desistir de ação que estivesse promovendo na Justiça Federal ou renunciar ao direito de ajuizá-la.

Não há, pois, a mínima possibilidade de se imbricarem as duas situações jurídicas, porque absolutamente distintas.

Realmente, impor aos empregados que não aderiram à proposta do Governo o ônus da prescrição, tendo como termo inicial a Lei Complementar nº 110/2001, que não criou um direito, mas sim formulou proposta restritiva de pagamento de um direito, que o Supremo Tribunal Federal assegura de forma ampla a todos os trabalhadores, é procedimento juridicamente inaceitável, na medida em que ofende o art. 5º, II, da Constituição Federal.

Pior ainda, nesse contexto, é criar óbice ao empregado que busca seu direito cujo fato gerador tem contornos próprios, aptos a adequar a causa de pedir e o pedido na Justiça Federal, com prazo prescricional que lhe é mais favorável, diferentemente da norma legal, de aplicação restrita àquele que aderiu aos seus termos.

# AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL OU PATRIMONIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO: QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

**Maria Cristina Irigoyen Peduzzi\***

SUMÁRIO: 1 Ampliação da competência material da Justiça do Trabalho; 2 O inciso VI do artigo 114 da CF – ações de indenização por dano moral e patrimonial decorrentes de acidente de trabalho; 2.1 Competência material da Justiça do Trabalho; 2.2 Indenização por dano moral – fixação do *quantum* indenizatório – sistemática adotada para apuração do dano; 2.3 Indenização por dano material – redução parcial da capacidade laborativa; 2.4 Indenização por dano material – pensionamento – pagamento mensal x parcela única; 2.5 Responsabilidade civil – acidente de trabalho – saúde e segurança do trabalho – previsibilidade do risco – inversão do ônus da prova – responsabilidade subjetiva com culpa presumida; 3 Aplicação da nova competência no tempo; 4 Prescrição aplicável. Natureza jurídica. Espécies; 4.1 Prescrição aplicável.

## 1 AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31.12.2004, que implantou a primeira etapa da Reforma do Poder Judiciário no Brasil, atribuiu à Justiça do Trabalho “competência para julgar lides de natureza diversa que tenham o trabalho como fundamento” (João Oreste Dalazen, *in* “A Reforma do Judiciário e as Novas Competências da Justiça do Trabalho”, integrante do livro *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, Anamatra, LTr, 2005).

O art. 114, na sua redação original, proveniente da Constituição de 1988, estabelecia três hipóteses de competência material da Justiça do Trabalho: 1º) dissídios típicos emergentes do contrato de trabalho (entre trabalhadores e empregadores); 2º) outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, previstas em lei suplementar; 3º) execução de suas próprias decisões.

---

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

## D O U T R I N A

A Emenda Constitucional nº 45 proclama a unidade de jurisdição trabalhista porque traz à competência da Justiça do Trabalho o processamento e julgamento dos seguintes litígios:

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

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam o exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores ou entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho,

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

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a* e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.”

*O conceito de relação de trabalho* adotado pela EC 45/2004, no que diz com o inciso I do art. 114, envolve os chamados “contratos de atividade”. As novas competências compreendem o exame e julgamento de litígios decorrentes do trabalho subordinado (regido pela CLT) e autônomo, das denominadas relações parassubordinadas e sem vínculo de subordinação, contratos de prestação de serviços em geral (art. 593, CC), representação comercial (Lei nº 4.886, de 1965), corretagem (art. 722, CC), contrato de transporte (art. 730, CC), empreitada, arrendamento e parceria rural, cooperativas de trabalho; assim, as lides advindas dos contratos de atividade em geral, quando houver prestação pessoal de serviços a outrem.

No contexto do processo de globalização da economia, que vem deixando marcas profundas nos sistemas jurídicos – redefinição das fontes de Direito, concentração da produção de Direito em instâncias não-legislativas e a supressão ou redução dos direitos sociais – justifica-se, pelo aumento da informalidade e de modalidades alternativas de prestação de trabalho, a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, mais célere, para conhecer e julgar as causas derivadas de litígios decorrentes do trabalho pessoal prestado em favor de outrem, independentemente do vínculo de subordinação tradicionalmente definidor dessa competência.

2 O INCISO VI DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA –  
AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E PATRIMONIAL  
DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO

O constituinte, ao estabelecer os direitos dos trabalhadores, previu *duas indenizações*, autônomas e cumuláveis: a *acidentária*, a ser exigida do INSS, lastreada na responsabilidade objetiva; e a *de natureza civil*, a ser paga pelo empregador, quando incorrer em dolo ou culpa.

É o que se observa, dos termos do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República, que dispõe serem direitos dos trabalhadores (i) o *seguro contra acidentes de trabalho*, além da (ii) *indenização* pelos danos sofridos, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa. Observe-se:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

O Juiz de Direito não analisa os pressupostos da responsabilidade civil (dolo, culpa ou nexos causal), pois o benefício previdenciário tem assento na responsabilidade objetiva do Estado, como resultado do seguro obrigatório – art. 7º, XXVIII, CF.

2.1 Competência material da Justiça do Trabalho

A primeira proteção, de *natureza previdenciária*, é exigível do INSS por meio da Justiça comum. Essa proteção, no entanto, não se vincula a uma segunda, que decorre diretamente da relação de trabalho e consiste na indenização pelos danos material e moral. A competência para apreciação e julgamento dessa segunda pretensão é da Justiça do Trabalho.

Em acórdão que relatei no Tribunal Superior do Trabalho, no RR 930/2001-010-08-00.6, decidiu-se que, nos termos do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República, sede material da obrigação de indenizar, o dano por acidente de trabalho dá ensejo à dupla esfera protetiva. A primeira proteção é o seguro social, de natureza previdenciária, da competência da Justiça comum. A segunda decorre diretamente da relação de trabalho e consiste na indenização pelos danos material e moral. A competência para apreciação e julgamento dessa segunda pretensão é da Justiça do Trabalho.

A competência material da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente da relação de trabalho, *antes mesmo da EC 45/2004*, já era afirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em jurisprudência sumulada<sup>1</sup>. O acidente de trabalho, contudo, não integrava

---

<sup>1</sup> Súmula nº 392 do TST – “DANO MORAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (conversão da OJ 327 da SBDI1). Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é

necessariamente tais hipóteses, sendo controvertido o tema da competência material, em especial considerando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pela competência da Justiça Estadual:

Súmula nº 15/STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de Acidente do Trabalho”.

Precedente:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS AJUIZADA CONTRA O MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA/PR – ACIDENTE DE TRABALHO – SÚMULA Nº 15 DO STJ – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

1. É pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual, se o pedido de indenização está fundado em fato decorrente da relação de trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho.

2. A hipótese dos autos, contudo, cuida de ação de responsabilidade civil ajuizada contra o Município de Ponta Grossa (PR), com pedido de indenização por danos morais e materiais por acidente de trabalho.

3. Dessa forma, aplica-se à espécie o disposto na Súmula nº 15 desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual ‘compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho’.

Conflito de Competência conhecido, para ser declarado competente o Juízo de Direito de Ponta Grossa/PR.” (STJ, CC 32.397/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 14.04.2004)

A divergência jurisprudencial, que perdurou por longos anos, fundamenta-se na interpretação dos arts. 114 e 109 da Constituição da República, *in verbis*:

*Constituição da República de 1988*: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”. (destacado)

*EC 45/2004*: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]

VI – As ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho [...]”.

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou

---

competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho”.

opponentes, exceto as de falência, as de *acidentes de trabalho* e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

§ 3º Serão processadas e julgadas na *justiça estadual*, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.” (destacado)

As Constituições de 1946, de 1967 e a Emenda nº 1/1969 ressaltavam da competência da Justiça do Trabalho “os litígios relativos a acidentes do trabalho, atribuídos à competência da Justiça ordinária dos Estados” (art. 142, § 2º, EC 1/1969). Já o art. 114 fixou a competência da Justiça do Trabalho e não indicou qualquer ressalva.

Se a EC positivou o gênero, todas as espécies estão compreendidas, em especial a proveniente de acidente de trabalho, que ocorre dentro da relação de trabalho, com o empregado segurado (arts. 19 a 21 da Lei nº 8.213/1991).

O art. 109, por sua vez, não fixa a competência da Justiça Estadual para julgar causas de acidente do trabalho. Dispõe que a competência não é da Justiça Federal, expressamente, porque o Juízo natural nos litígios entre o segurado e o INSS seria a Justiça Federal.

*Posteriormente à EC 45/2004*, em célebre decisão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *CC 7207-1*, alterou entendimento – que se compatibilizava com o do STJ – concluindo pela competência da Justiça do Trabalho, também quando a indenização postulada decorrer de dano causado por acidente de trabalho, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ART. 114 DA MAGNA CARTA – REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 – EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS – IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA

1. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-membros.

2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer,

seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/2004. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço.

4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/2004, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.1999, ocasião em que foi cancelada a Súmula nº 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete.

7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.” (STF, CC 7.204/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09.12.2005)

*A conclusão* é no sentido de que a alteração da competência prevista no inciso VI do art. 114, decorrente da Emenda Constitucional, limitou-se à questão do acidente de trabalho. Anteriormente a ela, já se reconhecia a competência da Justiça do Trabalho para o processamento de demandas cuja causa de pedir remota (legislação aplicável) se reportava à legislação civil – v.g., indenização por danos morais em decorrência de despedida por justa causa vexatória ou assédio moral.

Após o advento da Lei nº 9.032/1995 os benefícios acidentários foram equiparados aos previdenciários. As prestações têm o mesmo valor. O segurado

não tem mais interesse em discutir o enquadramento como acidente na Justiça comum para fins de percepção do benefício previdenciário.

O enquadramento do acidente tem sido feito apenas administrativamente pelo INSS após a emissão do CAT pelo empregador, não havendo conflito de decisões.

Corroborando esse entendimento a Súmula nº 736, editada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, que dispõe sobre a competência desta Justiça Especializada.

Ao estabelecer que a eventual indenização pelo respectivo dano constitui *direito dos trabalhadores*, o constituinte conferiu a essa parcela natureza laboral.

Vale ainda notar que, para fixar o foro competente à apreciação da lide, é irrelevante apurar se o fato jurídico que deu ensejo à controvérsia subsume-se a norma de Direito Civil, *in casu*, o art. 186 do Código Civil. Se a obrigação de indenizar os danos material e moral decorre diretamente do vínculo empregatício, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar a Reclamação Trabalhista.

Isso porque, segundo o art. 114 da Constituição da República, a competência para apreciar dissídios entre trabalhadores e empregadores oriundos da relação de emprego é da Justiça Especializada.

### *2.2 Indenização por dano moral – fixação do quantum indenizatório – sistemática adotada para apuração do dano*

Até a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, a orientação jurisprudencial assentava-se na impossibilidade de ressarcimento do dano moral. A Carta Magna estabeleceu, entre os direitos fundamentais, a indenização por dano moral, encerrando as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre sua existência. Nesse sentido, observe-se o disposto no art. 5º, incisos V e X, da Constituição:

“V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Com base no entendimento de que o dano moral se configura com a caracterização do ato ilícito, o Código Civil de 2002 buscou atualizar a previsão normativa sobre o assunto. Por força do art. 186, o dano, ainda que exclusivamente moral, recebeu previsão expressa. Observe-se:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Na esfera trabalhista, a reparação dos danos morais visa à proteção da *dignidade* do trabalhador. Em respeito a esse princípio, o Tribunal Superior do

Trabalho, mesmo antes da vigência da Constituição da República, já tendia a admitir a indenização por dano moral.

Atualmente, a jurisprudência e a doutrina são uníssonos em admitir a indenização por dano moral na esfera trabalhista. Questão mais complexa, no entanto, diz respeito à fixação do *quantum* indenizatório decorrente do dano moral.

O arbitramento do dano moral, pelas próprias circunstâncias que o definem, ocorre de maneira necessariamente subjetiva, segundo critérios de justiça e equidade, ainda que, em cada situação específica, seja dada ao magistrado a oportunidade de fixar parâmetros à apreciação do dano causado.

O dano moral tem o escopo de, por um lado, compensar a vítima pelo dano sofrido e, por outro, punir o infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia. Na fixação desse valor, levam-se em conta as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, bem como a gravidade da falta cometida.

É reprovável a conduta da empresa, que não providenciou as medidas de segurança adequadas à segurança e à saúde dos trabalhadores. O dano estético e a dor são também componentes do dano moral.

Há correntes jurisprudenciais diversas, *v.g.*, uma que aplica, por analogia, os arts. 84 do Código Brasileiro de Comunicações e 52 da Lei de Imprensa, pleiteando o limite máximo da indenização por dano moral em até 200 salários mínimos. Outra adota como parâmetro para fixar o dano moral, também por analogia, o art. 478 da CLT, segundo o qual o *quantum* indenizatório equivale a 1 (um) salário do empregado por ano de contrato de trabalho.

O certo é que a apuração da indenização decorrente do dano moral realiza-se via critério estimativo, segundo a prudente discricionariedade do magistrado, apurando-se o *quantum* indenizatório com base nas “possibilidades do lesante” e nas “condições do lesado”. Esse amplo espectro de liberdade, no entanto, não isenta o magistrado da obrigação de expor o critério adotado para a liquidação do dano, sobretudo quando se perfilha sistemática desconhecida pelas partes.

### *2.3 Indenização por dano material – redução parcial da capacidade laborativa*

Nos termos do art. 950 do Código Civil, a indenização a título de dano material decorrente de acidente de trabalho engloba: (i) o dano emergente, (ii) o lucro cessante e (iii) pensão proporcional à importância do trabalho para o qual se inabilitou ou à depreciação que sofreu.

O dano emergente deve corresponder ao valor das despesas gastas com o tratamento (médico, psicológico) até a recuperação.

O lucro cessante diz respeito aos valores que os trabalhadores concretamente deixarem de auferir até o fim da convalescença.

O pensionamento, por sua vez, é devido se, após a convalescença, restarem seqüelas que reduzam a capacidade laborativa dos trabalhadores.

2.4 *Indenização por dano material – pensionamento – pagamento mensal x parcela única*

Segundo supramencionado, a indenização é gênero que compreende o dano emergente, o lucro cessante e o pensionamento. A legislação não determina se a indenização devida a título de pensionamento deve ser fatiada em parcelas mensais. A jurisprudência, construída em litígios de *natureza civil*, vem entendendo ser devido o pagamento mensal do *quantum* indenizatório.

No Direito do Trabalho, entretanto, a indenização a título de pensionamento deve observar as especificidades que regem a relação de emprego. Ao contrário do que ocorre no Direito Civil, aqui vigem o *princípio da proteção* e o *princípio da alteridade*, que visam a atenuar a desigualdade inerente ao contrato de trabalho.

O *princípio da proteção* informa que, na Justiça Especializada, as regras, estrutura, institutos e princípios formam uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o *trabalhador*. Assim, o pensionamento deve adaptar-se à situação de desigualdade na relação de trabalho, possibilitando uma real proteção ao trabalhador.

Segundo o *princípio da alteridade*, os riscos do empreendimento correm à *exclusiva* responsabilidade do empregador, não se admitindo a distribuição de prejuízos ou perdas aos empregados, ainda que verificados reais prejuízos ou perdas no âmbito do empreendimento. A instabilidade econômica e as alterações na saúde financeira das empresas devem correr à exclusividade do empregador.

O risco, inerente ao *capital*, é avesso às verbas trabalhistas. Isso porque à inconstância do *capital* se contrapõe a inevitabilidade das verbas decorrentes da relação laboral, que possuem natureza alimentar. Por esse motivo, admite-se que a indenização a título de pensionamento, na esfera trabalhista, seja concedida de uma só vez.

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil dispõe que o prejudicado poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Seguindo os princípios da proteção e da alteridade, cumpre à jurisprudência adaptar os institutos à realidade, aproximando o Direito do Trabalho das alterações econômico-sociais.

A natureza alimentar da obrigação trabalhista justifica condenação da empregadora ao pagamento único para que não fiquem os ex-empregados submetidos às leis do mercado ou dependentes da solidez econômico-financeira do empregador. Admitir o parcelamento da indenização pode importar em submeter o empregado a execuções futuras e sucessivas.

2.5 *Responsabilidade civil – acidente de trabalho – saúde e segurança do trabalho – previsibilidade do risco – inversão do ônus da prova – responsabilidade subjetiva com culpa presumida*

Efeitos diversos resultam da opção por uma ou outra modalidade de responsabilidade civil na apuração do dever de indenizar. A teoria da respon-

## DOCTRINA

sabilidade objetiva, cujos elementos identificados são o *dano*, a *conduta* e o *nexo causal*, prescinde da comprovação da culpa. Desse modo, simples demonstração do nexo entre a conduta ilícita do empregador e o dano sofrido pelo empregado é suficiente para que surja o dever de indenizar.

Por sua vez, a teoria da responsabilidade subjetiva, além dos elementos inerentes à anterior, requer a comprovação da *culpa* – negligência, imprudência ou imperícia – na conduta causadora do *eventus damni*. Nessa hipótese, o acidente de trabalho apenas ensejaria a responsabilização do empregador se devidamente demonstrada sua conduta culposa.

É inegável que, em atividade de alto risco à saúde e à segurança dos trabalhadores, deve o empregador providenciar alto padrão de segurança, incluindo treinamento especializado para os empregados.

A licitude da atividade exercida pelo empregador não o exime da responsabilidade de providenciar plenas condições de segurança e saúde para o exercício do trabalho. Como debatido na 91ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho, é necessário construir uma cultura de prevenção em matéria de segurança e saúde do trabalho, compatível com a realidade do mundo globalizado (Relatório da 91ª Conferência Internacional do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho, 2003, cap. 22/1 a 22/50).

Nesse contexto, se, por um lado, o aumento de competitividade e o desenvolvimento tecnológico colocam cada vez mais em risco a saúde do trabalhador, por outro, é fundamental que esse mesmo desenvolvimento lhe propicie condições adequadas para o exercício saudável da profissão. Assim, é *dever* do empregador promover gestão racional das condições de segurança e saúde do trabalho, adequadas ao risco da atividade exercida. Ao deixar de providenciar essas medidas, o empregador viola o *dever objetivo de cuidado* exigido em serviço de alto risco, configurando-se a conduta culposa.

Com o auxílio da doutrina penalista, entende-se por *dever objetivo de cuidado* o dever de se “adotar toda a cautela, toda a preocupação e precaução, todo o cuidado possível, para não causarmos, com nossos comportamentos, lesões aos bens jurídicos” (TELES, Ney Moura. *Direito penal* – Parte Geral. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 228). Essa exigência é dirigida a todos e obriga a atentar para determinadas regras de comportamentos que, ainda que não escritas ou expressas, se tornam necessárias à harmonia da vida social.

Nesse sentido, a apuração da culpa no acidente de trabalho deve adequar-se à especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao trabalhador. Essa proteção concretiza-se, dentre outras formas, pela inversão do ônus da prova, quando verificada a impossibilidade de sua produção pelo empregado e a maior facilidade probatória do empregador. Vale observar notável passagem do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, em sua obra *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho* (São Paulo: LTr, 2001, p. 135):

“No âmbito específico das provas, temos que as dificuldades probatórias que podem ter o empregado e, em contrapartida, a maior

facilidade probatória do empregador, que normalmente é quem dispõe das provas, principalmente a documental. Não se pode tratar igualmente os dois, sendo que esse tratamento diferenciado é uma exigência do próprio princípio da igualdade, tendo essa desigualdade de tratamento uma justificativa objetiva e razoável. Sem se ofender o princípio do contraditório, que será sempre assegurado, facultando-se à parte a prova ou contraprova de seu direito ou interesse.”

Se o empregador não providencia as condições adequadas à proteção do trabalhador, viola dever objetivo de cuidado, configurando-se a conduta culposa.

A aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito do Trabalho distingue-se de sua congênere do Direito Civil. Ao contrário das relações civilistas, lastreadas na presunção de igualdade entre as partes, o Direito do Trabalho nasce e desenvolve-se com o escopo de reequilibrar a posição de desigualdade inerente à relação de emprego. Nesse sentido, a apuração da culpa no acidente de trabalho deve adequar-se à especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao trabalhador. Essa proteção se concretiza, dentre outras formas, pela inversão do ônus da prova, quando verificada a impossibilidade de sua produção pelo empregado e a maior facilidade probatória do empregador.

A regra do art. 333 do CPC, segundo o qual compete à parte que alega comprovar fato constitutivo de direito, enquanto à parte contrária compete provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo, deve ser aplicada subsidiariamente na esfera trabalhista. Aqui, vige o princípio da aptidão para a prova, determinando que esta seja produzida pela parte que a ela tem acesso, quando estiver fora do alcance da parte contrária.

Assim, infere-se na apuração da responsabilidade civil em decorrência do acidente de trabalho que o ônus da prova também recai sobre o empregador, que deve comprovar a inexistência da conduta culposa. Se não se desonera do ônus que milita em seu desfavor, presume-se a culpa, surgindo o conseqüente dever de indenizar os trabalhadores pelo prejuízo sofrido.

A teoria da responsabilidade subjetiva comporta, sim, a modalidade de culpa presumida, no Direito do Trabalho, em razão da inerente desigualdade entre as partes litigantes e do princípio da aptidão para a prova.

### 3 APLICAÇÃO DA NOVA COMPETÊNCIA NO TEMPO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 tem aplicação imediata. Além de ser esta a eficácia ordinária das emendas constitucionais, o art. 10 da referida emenda assim dispôs.

A nova regra de competência em função da matéria, a nosso entender, aplica-se de pronto aos processos em curso, não havendo falar em invocação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, por expressa determinação legal – art. 87 do CPC:

## DOCTRINA

“Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”

As regras a serem aplicadas, no âmbito da Justiça do Trabalho, serão aquelas próprias do Processo do Trabalho, a teor do art. 763 da CLT, inclusive no tocante à competência constitucional do TST.

Pensamos que o procedimento a ser adotado é o de envio dos autos ao novo órgão competente. Em sendo imediata a aplicação, os autos devem ser prontamente enviados para a Justiça do Trabalho, *observando-se a competência territorial própria*, sendo eivadas de nulidade apenas as decisões prolatadas após a vigência da EC 45/2004. Cabível, nessa hipótese, ação rescisória com fulcro no art. 485, inciso II, do CPC.

A primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal, contudo, foi em sentido diverso, nos autos do CC 7204/MG, já referido, afirmando, *incidenter tantum*, a nova competência apenas aos processos pendentes de julgamento de mérito. Eis o trecho da ementa:

“4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/2004, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.” (STF, CC 7.204/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09.12.2005 – célebre decisão que definiu a competência da Justiça do Trabalho para processar pedido de indenização por danos morais em decorrência de acidente de trabalho)

Pende de decisão do Supremo Tribunal Federal Conflito Negativo de Competência suscitado pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal de Justiça.

Sustentamos, no entanto, que, nos termos do art. 87, parte final, do Código de Processo Civil, as alterações de competência em razão da matéria incidem sobre os processos já em curso. Destarte, havendo recurso pendente, interposto perante a Justiça comum antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, há de ser remetido à Justiça do Trabalho, visto que a este órgão foi transferida a competência para julgá-lo.

O juízo de admissibilidade desses recursos pendentes, entretanto, deve ser realizado à luz das regras a eles aplicáveis no momento de sua interposição, visto que a Emenda Constitucional nº 45/2004 não pode retroagir ao momento de sua interposição.

#### 4 PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. NATUREZA JURÍDICA. ESPÉCIES

*Prescrição. Direito material:*

Preliminarmente, é preciso firmar uma premissa lógica necessária: a prescrição da exigibilidade da pretensão é tema afeito ao direito material, não alcançado pela alteração da competência da Justiça do Trabalho. Independentemente do órgão judiciário julgador, o direito aplicável se mantém. A importância desta premissa se revela pela impossibilidade de se aceitar que a alteração da competência importaria em alteração da prescrição.

*Espécies aplicáveis:*

São duas as possibilidades de prescrição em relação ao pedido de indenização: i) utilização da prescrição do Código Civil; ii) utilização da prescrição própria dos créditos trabalhistas (art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República).

*A prescrição reconhecida pela Justiça do Trabalho às indenizações de natureza civil decorrentes do contrato de trabalho. Oscilação no TST:*

Antes da EC 45/2004, embora admitida a competência da Justiça do Trabalho para julgar pedido de indenização relativa a danos decorrentes do contrato de trabalho, no âmbito do TST não se chegou a uma conclusão definitiva sobre o tema da prescrição, como se verifica dos pronunciamentos das duas Subseções Especializadas em Dissídios Individuais:

Entendeu a col. SBDI-1, em julgamento por maioria:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRESCRIÇÃO

Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida a tal título em lide cujo trâmite se deu na Justiça do Trabalho, não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a lide não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista. A circunstância de o fato gerador do crédito de natureza civil ter ocorrido na vigência do contrato de trabalho, e decorrer da prática de ato calunioso ou desonroso praticado por empregador contra trabalhador não transmuda a natureza do direito, uma vez que o dano moral se caracteriza pela projeção de um gravame na esfera da honra e da imagem do indivíduo, transcendendo os limites da condição de trabalhador do ofendido. Dessa forma, aplica-se, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no art. 177 do Código Civil, em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos.” (TST, E-RR 8.871/2002-900-02-00, SBDI-1, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 05.03.2004)

Entendeu a col. SBDI-2, em sentido contrário:

“AÇÃO RESCISÓRIA – DANO MORAL – ACIDENTE DE TRABALHO – PRESCRIÇÃO

Tratando-se de pedido de indenização por danos morais e materiais feito perante a Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a lesão decorreu da relação de trabalho, não há como se entender aplicável ao caso o prazo prescricional de 20 anos previsto no Código Civil, porquanto o ordenamento jurídico trabalhista possui previsão específica para a prescrição, cujo prazo, que é unificado, é de dois anos do dano decorrente do acidente de trabalho, conforme estabelece o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e o art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho. Desse modo, correto o acórdão recorrido ao julgar improcedente o pedido de corte rescisório fulcrado no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, em face da não-ocorrência de ofensa à literalidade do art. 177 do Código Civil.” (TST, ROAR 794/2002-000-03-00-5, SBDI-2, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ 22.10.2004 – No mesmo sentido, o julgado no ROAR 39.274/2002-900-03-00, SBDI-2, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 13.12.2002).

### *4.1 Prescrição aplicável*

Não é possível afirmar peremptoriamente o futuro da conclusão do TST ou mesmo do STF sobre a questão. É possível, contudo, assinalar as hipóteses que poderão prevalecer:

- a) *Prevalência da tese da prescrição própria dos créditos trabalhistas*: acolhida a incidência do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, deverá a Justiça do Trabalho concluir que a Justiça comum, ao seguir, ainda que historicamente, a linha de remissão ao Código Civil, agiu em equívoco. Assim, a alteração da competência acarretaria, no máximo, uma alteração de interpretação sem qualquer regra de transição, conforme a jurisprudência hoje dominante no sentido de que alterações interpretativas se impõem no tempo sem qualquer regra de transição.
- b) *Prevalência da tese da prescrição própria dos créditos civis*: nessa hipótese, é forçoso reconhecer que haveria uma transição mais harmônica, na medida em que as alegações expandidas pelas partes seriam inteiramente aproveitadas pelo novo julgador. A questão que pode causar alguma perplexidade diz respeito à regra de transição da prescrição para indenização prevista no novo Código Civil:
  - i) *regra do Código Civil de 1916*: previa o art. 177 do Código Civil revogado, que a prescrição para ações pessoais, aí incluídas as ações para reparação de danos, seria de 20 (vinte) anos:

“Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.”
  - ii) *regra do Código Civil de 2002*: na atual sistemática, a prescrição para reparação de danos foi contemplada, especificamente, com norma própria, que prevê um prazo de 3 (três) anos:

## D O U T R I N A

“Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V – a pretensão de reparação civil.”

iii) *regra de transição estabelecida no novo Código*: para a pretensão cujo prazo prescricional se iniciou na vigência do Código Civil de 1916, mas foi surpreendido com o novo tratamento legal ainda em curso, foi estabelecida a seguinte regra de transição:

“Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Segundo a regra de transição, deverá ser considerado o prazo prescricional anterior, no particular de 20 anos, quando, no momento da entrada em vigor do novo Código já houver transcorrido mais da metade de seu prazo, ou seja, de 10 anos. Segundo o art. 2.044, a vigência se deu um ano após sua publicação, em 10 de janeiro de 2003.

Assim, para as demandas cuja causa de pedir remota – a violação do direito – se deu até a data de 9 de janeiro de 1993, será aplicada a regra da prescrição de vinte anos.

Por outro lado, se a causa de pedir remota for posterior a 9 de janeiro de 1993, tendo transcorrido ao menos a sua metade quando da data de vigência do novo Código, a prescrição a contar será de três anos. Nessa situação, a nova sistemática tornará automaticamente prescritas as pretensões surgidas anteriormente a 9 de janeiro de 2000.

iv) *ainda sobre o novo Código – imprescritibilidade*: há ainda teses no sentido da imprescritibilidade da pretensão de reparação por danos morais, em face do disposto no art. 11 do novo Código:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Nosso entendimento é no sentido de que a prescrição aplicável às ações aqui versadas é a prevista na Constituição da República, no art. 7º, XXIX, sede material da prescrição da pretensão dos créditos trabalhistas:

“XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de 5 (cinco) anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho.”

Estas, as considerações que nos pareceram pertinentes.

# COOPERATIVAS DE TRABALHO

Arnaldo Süssekind\*

SUMÁRIO: I – Introdução; II – Conceito de cooperativa na legislação brasileira; III – A Recomendação da OIT nº 193.

## I – INTRODUÇÃO

O Ministério Público do Trabalho (MPT), ao qual tive a honra de pertencer e dirigir, instituiu uma força-tarefa para investigar e analisar o funcionamento de cooperativas que, na realidade, constituem associações especializadas na intermediação de mão-de-obra. O grupo é integrado por membros do MPT e representantes do Ministério do Trabalho e Emprego, da Justiça do Trabalho e do INSS, sendo coordenado pelo procurador Rodrigo de Lacerda Carelli.

Recente informação revela que 54 cooperativas e 88 empresas foram processadas no segundo semestre de 2005 por fraude à legislação trabalhista e sonegação de tributos, tendo sido ajuizadas 56 ações civis públicas envolvendo 250 mil trabalhadores. O Estado de São Paulo sedia as falsas cooperativas de maiores atuações, cujas redes alcançam vários Estados.

## II – CONCEITO DE COOPERATIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Já em 1932, o primeiro governo de Getúlio Vargas definia as cooperativas de trabalho como aquelas constituídas de operários que:

“[...] dispensando a intervenção do patrão ou empresário, propõem-se a contratar ou executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, *coletivamente* por todos ou por grupos de alguns.” (Art. 24 do Decreto Legislativo nº 22.230, de 1932)

A Lei nº 5.764, de 1971, mantém a característica de que os cooperativados trabalham com interesses recíprocos, isto é, com *affectio societatis*, em proveito comum e que a cooperativa não visa ao lucro, eis que divide o valor contratado, conforme o respectivo estatuto, pelos que integram o grupo ou por todos os associados:

“Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objeto de lucro.”

---

*Ministro Aposentado do TST. Titular da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Segurança Social.*

## D O U T R I N A

Aliás, como esclarece o novo Código Civil, uma das características da sociedade cooperativa é a “distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade” (art. 1.094, VII), como deve verificar-se em toda a sociedade (art. 981).

Entre os cooperativados prevalece a *affectio societatis*, que constitui “o elemento subjetivo essencial para a formação da sociedade ou associação, traduzida na obrigação mútua assumida pelos sócios de combinarem seus esforços e recursos para lograr fins comuns” (As cooperativas de trabalho. *In: Ponto de Encontro*, TRT da 10ª Região, Brasília, abr./maio 1988, p. 4).

Daí ter a precitada lei de 1971 estatuído:

“Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.”

O vínculo é de natureza associativa entre a cooperativa e os trabalhadores que a compõem.

A Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994, repetiu essa norma e acrescentou que também não há relação de emprego entre os associados da cooperativa e aqueles que se utilizam dos seus serviços, incluindo um parágrafo no art. 442 da CLT.

“Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

Como escrevemos alhures:

“Esse acréscimo, porque óbvio e desnecessário, gerou uma falsa impressão e conseqüente abuso no sentido de que os cooperativados podem prestar serviços às empresas contratantes, sob a supervisão ou direção destas, sem a caracterização da relação de emprego. Na verdade, porém, somente não se forma o vínculo empregatício com o tomador dos serviços quando os cooperativados *trabalham para a cooperativa* de que são partes, como seus associados. O tomador dos serviços da cooperativa deve estabelecer uma relação jurídica e de fato com a sociedade e não uma relação fática, com efeitos jurídicos, com os cooperativados.” (*Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 162)

O douto magistrado e professor Roberto Norris, em excelente artigo sobre o tema, lembra que “esse texto, proposto pelo PT e pelo MST, na realidade nada acrescenta, mormente porque tal disposição já se encontra prevista na Lei nº 5.764/1971”.

E acrescentou:

“A verificação de fraude, na constituição e no funcionamento de uma cooperativa de serviços, poderá se dar, em qualquer momento, independentemente do aludido dispositivo, sempre que se constatar o descumprimento dos princípios cooperativistas, e que foram objeto de aprovação, pela Aliança Cooperativa Internacional, no Congresso de Manchester, realizado em 1995.

## D O U T R I N A

São os seguintes os princípios: a) adesão livre, b) a cada associado um voto, c) distribuição *pro rata* das transações realizadas, d) juros limitados sobre o capital, e) neutralidade política e religiosa, f) desenvolvimento da educação, g) cooperação entre cooperativas, h) autonomia e independência das cooperativas.” (No mérito, Amatra I, Rio de Janeiro, ago./set. 2002, p. 11)

Como se infere, não podem ser consideradas cooperativas as sociedades que funcionam como agências fornecedoras de mão-de-obra. Aplicar-se-ão a esses casos os arts. 9º e 442 da CLT, para o reconhecimento do contrato-realidade de trabalho.

### III – A RECOMENDAÇÃO DA OIT Nº 193

Tratando das cooperativas, a Organização Internacional do Trabalho sempre objetivou promover a constituição das verdadeiras, ao mesmo tempo em que se preocupa com a sua utilização para estabelecer uma relação jurídica imprópria.

Em 1966, a Recomendação nº 127, sobre o papel das cooperativas no progresso econômico e social dos países em vias de desenvolvimento, adotou a conceituação aqui exposta. Em 2002, a Recomendação nº 193, que substituiu aquela, regulamentou, de forma ampla, a organização e o funcionamento das cooperativas.

O art. 2º esclarece o que é uma cooperativa de trabalho:

“Para fins desta Recomendação, o termo *cooperativa* designa uma associação autônoma de pessoas unidas voluntariamente para satisfazer suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum através de uma empresa de propriedade conjunta e de gestão democrática.”

O art. 3º anuncia princípios relevantes para a caracterização da referida sociedade de trabalhadores autônomos:

- a) os valores cooperativos de auto-ajuda, responsabilidade pessoal, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, e uma ética fundada na honestidade, transparência, responsabilidade social e interesses pelos demais; e
- b) os princípios elaborados pelo movimento cooperativo internacional, segundo figuram no anexo adjunto. Tais princípios são os seguintes: “adesão voluntária e aberta; gestão democrática por parte dos sócios; participação econômica dos sócios; autonomia e independência; educação, formação e informação; cooperação entre cooperativas e interesses pela comunidade”.

O art. 8º, no seu inciso I, condena a simulação fraudulenta estatuinto:

“b) velar para que não se possam criar ou utilizar cooperativas para violar a legislação do trabalho, nem servir para estabelecer relações de trabalho encobertas, e lutar contra as pseudocooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores, velando para que a legislação do trabalho se aplique em todas as empresas.”

Aplausos, portanto, ao precitado grupo de trabalho, que vem combatendo as falsas cooperativas, homenageando, assim, ao bom Direito.

# QUINTO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: CRITÉRIO PARA ESCOLHA DOS INTEGRANTES

**Afrânio Neves de Melo\***

SUMÁRIO: Introdução; I – Critérios para escolha; II – Críticas ao processo de escolha; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O art. 94 da Constituição Federal, dispondo sobre a estrutura do Poder Judiciário, estabelece que “um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais dos Tribunais dos Estados, 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 e efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes”.

Após recebidas as indicações, o Tribunal formará a lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

O estabelecimento de tal regra, como já foi abordado, vem desde a Carta Constitucional de 1934, quando disciplinou no art. 104, § 6º, o seguinte:

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

Por sua vez, o § 3º assim estatui:

“§ 3º Para promoção por merecimento, o Tribunal organizará lista tríplice por votação, em escrutínio secreto.”

Como vemos, entre o que trazia a carta de 34 e a nossa atual Constituição, a respeito do assunto, a única diferença é a lista tríplice sendo substituída pela sêxtupla, agora escolhida pela entidade de classe e não pelo Tribunal, e somente a esta entidade cabe a redução para tríplice para o envio ao Poder Executivo.

---

\* *Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.*

## D O U T R I N A

Depreende-se que o objetivo, o intuito do constituinte, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “é injetar nos Tribunais o fruto da experiência haurida em situações outras que a do Juiz”.

Fica patente, pois, que, transformados em magistrados, advogados e membros do Ministério Público democratizam o Poder Judiciário, fazendo com que profissionais que atuem em outras atividades utilizem e contribuam com suas experiências para difícil missão de julgar.

Os profissionais escolhidos por suas categorias são geralmente pessoas sérias e combativas, com larga experiência e vivência, ensejando uma visão mais ampla do mundo jurídico. São mais dinâmicos e acessíveis às fontes, porque já estiveram no outro “lado do balcão” e conhecem muito bem a primeira instância. Vivenciaram e sofreram, em busca de uma prestação jurisdicional rápida e efetiva sem que isso às vezes tenha acontecido.

### I – CRITÉRIOS PARA ESCOLHA

A Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas Seccionais ou Conselho Federal, é a entidade encarregada de promover a seleção de advogados candidatos às vagas existentes nos Tribunais.

Os Tribunais comunicam à Ordem dos Advogados do Brasil a existência da vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional e solicitam o encaminhamento da lista sêxtupla, para análise e redução para tríplice.

A partir daí, a Ordem abre inscrição para formação da lista sêxtupla, que será escolhida de forma democrática, em seção pública, onde poderão ocorrer entrevistas, sabatinas etc.

Algumas Seccionais promovem essa escolha, através de eleição direta com a participação integral dos associados, o que torna a formação da lista extremamente democrática e com um suporte de escolha bem mais positivo.

Por sua vez, o Conselho Federal, dentro do mesmo princípio de abertura, realiza sua escolha em sessão especial onde são sabatinados todos os candidatos, elaborando-se a lista sêxtupla com a votação de todos os Conselheiros Federais.

A categoria dos advogados tem todo interesse e responsabilidade de eleger profissionais de maior capacidade intelectual, de maior envergadura moral e principalmente aqueles que demonstrem aptidão para integrar a magistratura.

Não se trata de escolha aleatória e desvinculada de princípios éticos. De certa forma, seria uma incoseqüência escolher um profissional que fosse deslustrar a classe na magistratura, um representante aquém da dignidade e da importância do Judiciário.

O Poder Judiciário empenha-se em oferecer à sociedade uma atividade jurisdicional mais célere, mais aberta, mais democrática e mais justa. Não é por coincidência que se passa a exigir num concurso para a magistratura três anos de

atividade jurídica. Qual será a intenção de assim proceder? Ter exatamente o que há muito se reclamava de um magistrado – a falta de vivência e de experiência na vida jurídica. E qual é a atividade jurídica que fornece maior subsídio para a magistratura? Não há dúvida que é a advocacia. Na realidade, magistrados, advogados e membros do Ministério Público, operadores do Direito que são, trabalham com a mesma finalidade, qual seja, a realização da Justiça.

A nossa Constituição diz em seu art. 133 que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Administrar a Justiça como se sabe, é “aplicar a lei por provocação a determinado caso concreto”.

Cretela Júnior, em seus comentários à Constituição de 1988, diz, com toda força intelectual, que a regra constante do art. 133 é correta ao ressaltar a presença ou a intensabilidade da atuação do advogado, influenciando na técnica e na arte da administração da Justiça. Mais adiante, vai além quando afirma, textualmente: “A regra jurídica constitucional ordena a presença de advogados nos feitos, quer cíveis, quer criminais, e por essa atuação impede que inúmeros erros de técnica sejam cometidos, retardando a administração da Justiça”.

Como se enxerga, o trabalho do advogado está intimamente ligado ao dos julgadores, contribuindo, e muito, para a realização da Justiça, num trabalho harmônico e sério.

Essa ligação, essa participação efetiva, corrobora e fortalece o vínculo do profissional da advocacia à magistratura, coonestando e ratificando a existência do quinto constitucional.

A escolha, com a formação da lista tríplice, não é novidade no Poder Judiciário. O art. 104 da Carta de 1988 dispõe que um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal, comporão o Superior Tribunal de Justiça, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal.

Os Tribunais Regionais Federais recrutarão entre os juízes federais seus componentes e o farão por antiguidade e merecimento, usando do mesmo modo a lista tríplice encaminhada ao Presidente da República. Os Tribunais Regionais do Trabalho procedem da mesma maneira. Como vemos, as listas fazem parte de todo o processo de seleção e escolha dentro e fora do Judiciário. O que se deve, em mente, é a lisura e a responsabilidade da escolha, fazendo com que prevaleçam a capacidade, a dignidade e a competência do escolhido.

Quem escolhe deve ter elementos de acompanhamento do trabalho desenvolvido do candidato, o conjunto de suas experiências, a contribuição à sociedade e à entidade à qual pertence.

O notório saber jurídico decorre do bacharelado em Direito complementado com inegáveis conhecimentos e profunda experiência nas ciências jurídicas. No que tange à reputação ilibada, tem-se como o conhecimento manifesto da conduta sem mácula do candidato.

II – CRÍTICAS AO PROCESSO DE ESCOLHA

Há uma manifestação quase unânime, no seio do Poder Judiciário, contra o chamado quinto constitucional. Essa posição evidencia-se em artigos, palestras e, por último, através de elaboração de um anteprojeto da Pec, que extingue essa forma de escolha de magistrados.

O referido anteprojeto elaborado pela Anamatra elenca, pelo menos, três justificativas que entende fundamentais para extirpação do dispositivo constitucional.

Em primeiro lugar, alega que o candidato do quinto se submete a uma verdadeira *via crucis* para aprovação de seu nome pelos Tribunais e depois pelo Executivo, o que, no dizer da Anamatra, “ofusca e ofende a inteira independência, tornando parte integrante, senão submissa, ao poder político”.

As razões que embasam essa alteração, sinceramente, não sensibilizam os mais rudes dos mortais.

Devemos esclarecer que advogado que se preze não sai mendigando votos na Seccional nem tampouco nos Tribunais para figurar em lista. Idêntico procedimento também ocorre com juízes íntegros de primeira instância, que não imploram votos de juízes de 2º grau para figurarem em lista ao Tribunal.

O mesmo acontece, como vemos, com magistrados candidatos aos Tribunais. Quem os nomeia é o Executivo, e, por isso, perdem a compostura, a dignidade e a independência? Quem já possui essas virtudes não as perde nunca.

Norberto Bobbio disse certa vez que “nenhum termo da linguagem política é ideologicamente neutro. Cada um deles pode ser usado como base na orientação política do usuário para gerar reações emocionais, para obter a aprovação ou desaprovação de um certo comportamento, para provocar, enfim, consenso ou dissenso”.

Como se vê, essa pretensa submissão não decorre do ato de nomear. Será que um ato de nomeação pode criar um vínculo tão grande de dependência a ponto de romper a lisura de uma escolha?

Não vemos, data vênia, nos argumentos da Anamatra nada que cooneste a quebra da neutralidade do Judiciário.

Outra razão apontada na justificativa do anteprojeto diz respeito “à indevida ingerência do Poder Executivo sobre o Judiciário”.

Sustenta, também, a Anamatra que a nomeação de juízes do quinto representa ofensa à separação dos Poderes da República.

O fato de o Executivo nomear o integrante do quinto, como faz em relação aos juízes de primeira instância para ocuparem os Tribunais, não vem romper com a regra da separação de poderes, nem tampouco quebrar o equilíbrio entre os Poderes. Trata-se, como já nos referimos, de um ato administrativo complexo e discricionário, onde aparecem bem identificados o indicador dos nomes e o chefe do Poder Executivo como encarregado da nomeação.

## D O U T R I N A

A última justificativa para eliminação do quinto diz respeito à especialização. Segundo o texto, dos juízes espera-se imparcialidade, “princípio regente e fundante das relações jurisdicionais”.

Vai mais além quando assevera que o “juiz não é próximo de uma parte ou de outra. Não depende, por seus atos, este ou aquele. É equidistante dos litigantes. A imparcialidade não nasce com o magistrado, tampouco aprende-se nos cursos de Direito. Ela resulta da prática cotidiana e constante do ato de decidir, da realização de audiências, do recebimento das partes e seus procuradores. É um exercício longo e dificultoso”.

O dicionário Aurélio traz em seu verbete que imparcial é aquele que julga desapassionadamente; reto, justo. Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência nem às de outrem.

A imparcialidade talvez seja, entre os homens, a virtude mais difícil de encontrar. O grande poeta alemão Johann Wolfgang Goethe dizia que “posso jurar que sou honesto, imparcial nunca”.

Pedimos licença para, mais uma vez, discordar dos argumentos da Anamatra.

Assevera, textualmente, que, “de uma hora para outra, sem nunca ter antes enfrentado decisões, o juiz do quinto passa de postulante a Magistrado”. Chega ao exagero de dizer que o advogado é incapaz de analisar uma prova colhida na primeira instância, porque nunca interrogou uma testemunha. Diz também que o advogado nunca conduziu uma execução e portanto não sabe sustar atos de constrição patrimonial, através de mandado de segurança. Por derradeiro, afirma, de modo incisivo, que os do quinto não saberão ocupar cargos diretivos dos Tribunais, inclusive o de Corregedor, porque não exercitou tarefas de primeira instância.

Presumo, com todas as desculpas que o caso merece, que o encarregado de escrever as justificativas do anteprojeto não conhece nem nunca ouviu falar na atuação de um advogado, pois o faz como se fora um engenheiro, um médico, jamais um profissional de advocacia. Desconhecer a atuação do advogado numa audiência de inquirição de testemunhas é pura má vontade. Sabemos que o advogado é quem peticiona e elabora uma ação mandamental pleiteando a sustação de constrição patrimonial, e não precisa conduzir uma execução para entendê-la. Dizer que, para administrar, necessitava ter passado na primeira instância é despautério, despropósito.

O que faz um grande administrador é a lisura, a honestidade, o bom-senso e a experiência de vida. O próprio Judiciário preocupa-se com a administração dos Tribunais porque entende que isso é tarefa que não está afeta a magistrado e não é o concurso público que o habilita para dirigir.

O Supremo Tribunal Federal já realizou seminário enfocando esse tema, porque entende que os Magistrados necessitam de uma visão administrativa mais eficaz e mais compatível com a função diretiva.

Refere-se, também, a Anamatra ao que chama de “sistema sujeito a subjetividades”.

## D O U T R I N A

Afirma que os critérios de “notório saber jurídico e reputação ilibada” não são suficientes para uma escolha objetiva.

Ficamos a imaginar se não é possível uma entidade de classe, do porte da OAB ou um Tribunal com a responsabilidade que detêm, escolher nomes que atendam aos preceitos constitucionais vigentes.

Se não somos capazes de escolher nomes, e a OAB também não tem como elaborar uma lista de seus associados, teremos que assinar um atestado de incapacidade total.

Anota, por outro lado, a instituição dos magistrados que a permanência do quinto é um desestímulo à carreira nos Tribunais.

É preciso que tenhamos em mente que a escolha do quinto é uma exceção e como tal terá que ser vista e não voltar os olhos para a peregrinação percorrida pelos Juízes de primeira instância e a dificuldade de chegar aos Tribunais.

Finaliza a Anamatra dizendo que o pretendido “arejamento” dos Tribunais está resolvido com a reforma do Judiciário, que elevou a requisito essencial para as carreiras da magistratura o exercício de atividade jurídica por três anos.

Diz que tal exigência supre a suposta falta de contato dos Magistrados com outras atividades jurídicas.

Trata-se, no nosso modesto modo de ver, de um reconhecimento da importância da atividade jurídica, principalmente da advocacia na magistratura.

Os profissionais da advocacia sabem e reconhecem que os juízes que, no passado, foram advogados são mais flexíveis e habilidosos no trato com as partes.

Questões outras já foram objeto de comentários no que pertine ao critério de escolha.

O estabelecimento do quinto destinado aos advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais nem sempre ocorre, necessariamente, de forma em que apareçam os outros quatro quintos para a Magistratura de carreira. Surge esse problema quando o Tribunal tem em sua composição um número que não seja múltiplo de cinco.

A regra explícita não gera a presunção de que quatro quintos destinam-se aos Magistrados de carreira.

O dispositivo constitucional que disciplina a matéria está assim redigido: “Um quinto dos Tribunais [...] será composto de membros do Ministério Público [...] e de advogados [...]”. Essa disposição é explícita não cabendo interpretação paralela, isto é, prevalece sobre a norma implícita, qual seja, de que quatro quintos serão de carreira. Assim, levando-se em consideração a regra explícita acerca do quinto, chegamos à conclusão que, havendo fração, mesmo que inferior a meio, far-se-á o arredondamento para o número seguinte. Temos que um quinto do Tribunal que possua dezesseis membros é quatro, porquanto um quinto de dezesseis é três vírgula dois, sendo esse número para o inteiro seguinte.

## D O U T R I N A

O Supremo Tribunal tem decidido de modo interativo, solidificando esse entendimento, e num deles assim pronunciou-se:

“Tribunal de Justiça. Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público.” (STF, AOr 493, Min. Octavio Gallotti)

De outra banda, o Superior Tribunal de Justiça, comungando com a mesma tese, dispõe:

“II – Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre de norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério Público Federal, quatro quinto serão de juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-se, então, o número seguinte. E que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de Juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal com descumprimento da norma constitucional.” (STJ, RMS 10594, Rel. Min. José Delgado)

É relevante destacar, como afirma o advogado paranaense, Miguel Luiz Couto, “que a finalidade básica do quinto constitucional é garantir o acesso efetivo à Magistratura dos advogados e membros do Ministério Público. Em outras palavras, a finalidade do quinto constitucional não é garantir um determinado número de Juizes de carreira. É garantir sempre o quinto constitucional”.

## CONCLUSÃO

À vista do exposto, entendemos o seguinte:

- a) somos favoráveis à permanência do quinto constitucional, porquanto traz grande contribuição à democratização e transparência ao Poder Judiciário;
- b) não enxergamos no ato de nomeação do representante do quinto um ato mais político que jurídico, visto que, para sua elaboração, participam os Conselhos da OAB, seja federal ou estadual, de modo aberto, com acesso a toda documentação exigida e uma análise criteriosa de cada candidato;
- c) não vislumbramos ingerência do Poder Executivo no Poder Judiciário, nem tampouco ofensa à separação dos Poderes da República.

A nomeação do Juiz do quinto é um ato administrativo complexo e discricionário, no qual participam os órgãos de classe e do Poder Executivo. Aliás,

## D O U T R I N A

a idêntico processo, em tese, submetem-se os Magistrados de primeira instância que chegam aos Tribunais, por merecimento;

- d) não vemos, na imparcialidade, uma prerrogativa exclusiva de Magistrado. Todo ser humano pode ser imparcial, desde que aja com bom senso e lisura;
- e) finalmente, não conseguimos captar justificativas plausíveis para a eliminação da figura do quinto constitucional, entendendo, no entanto, que os critérios para escolha possam ser alterados e modificados, visando ao seu aperfeiçoamento.

Ao concluirmos estas considerações, queremos dizer que concordamos com a permanência do quinto constitucional, talvez melhor aprimorado, pedindo licença para apresentar algumas sugestões, a saber:

1. Eleição direta obrigatória nas Seccionais, para a escolha da lista sêxtupla, com ampla divulgação a fim de permitir o maior número de candidatos inscritos;
2. Escolha de lista trinômine escolhida pelo Conselho Seccional e enviada ao Poder Executivo, retirando dos Tribunais a prerrogativa de redução da lista sêxtupla, nos termos da proposta de Emenda Constitucional nº 96-A-92, pelo que se sabe, já aprovada, em segundo turno, pela Câmara Federal; e
3. Talvez a mais polêmica das sugestões seria o concurso público para preenchimento do quinto de advogados e membros do Ministério Público, afastando, assim, como dizem os críticos, a subjetividade da escolha.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Xavier de. Quinto constitucional dos tribunais de alçada e acesso aos tribunais de justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva.

CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988*. Rio de Janeiro: Forense.

ESTATUTO da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar. Brasília. OAB Federal, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva.

MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas 2002.

# A NOVA REFORMA DO CPC E A SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

**Cláudio Armando Couce de Menezes\***

**Eduardo Maia Tenório da Cunha\*\***

SUMÁRIO: Introdução; 1 Saneamento das nulidades; 2 Inadmissibilidade da apelação e do recurso ordinário em razão da existência de súmulas; 3 Prazo para reexame da admissibilidade recursal; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

### *Breve histórico da Lei nº 11.276/2006*

A Lei nº 11.276 foi publicada em 8 de fevereiro de 2006, com *vacatio legis* de noventa dias, entrando em vigência, portanto, no dia 9 de maio de 2006, de acordo com o critério de contagem de prazos adotado pelo art. 8º, § 1º, da Lei Complementar de 1995/1998, de inclusão do dia de publicação e de vigor no dia subsequente ao último dia de prazo.

Essa lei foi gestada na Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça por meio do “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, endossado pelos representantes dos três Poderes da República, e faz parte do “pacote republicano” apresentado pelo Presidente da República em 15 de dezembro de 2004, como parte integrante da denominada Reforma do Judiciário, encabeçada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

O processo legislativo iniciou-se com o encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 4.724/2004 da relatoria do Deputado Inaldo Leitão, e, posteriormente, ao Senado Federal, sob o número 90/2005, cujo relator foi o Senador Aloízio Mercadante. O texto original foi mantido em sua essência, modificando, na Câmara dos Deputados, apenas a redação do art. 1º, que deu apresentação normativa ao conteúdo da ementa, e sancionado sem vetos em 7 de fevereiro de 2006.

A lei pretende dar continuidade à reforma processual em andamento, dentro do objetivo de assegurar o direito dos jurisdicionados a um processo judicial com “duração razoável”, nos termos previstos no art. 5º, LXXVIII, da CF.

---

\* Juiz-Presidente do TRT da 17ª Região.

\*\* Assessor Jurídico do TRT da 17ª Região.

### *Dispositivos alterados*

A presente lei altera a redação dos arts. 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, cujo fim manifesto do legislador é o de modificar a forma de interposição de recursos, o saneamento das nulidades processuais e o recebimento do recurso de apelação, de forma a restringir o uso de recursos protelatórios em nosso sistema judicial e aumentar a celeridade da prestação jurisdicional.

Malgrado não seja este o tema central deste artigo, apenas a título de informação, destaque-se o aspecto de que o novo texto do art. 504 troca o termo “despachos de mero expediente” por, simplesmente, “despachos”. Pretendeu dessa forma unificar a terminologia adotada pelo Código para evitar a variedade de entendimentos em relação ao seu significado. Assim, superou de uma vez por todas uma velha celeuma doutrinária acerca da existência de duas espécies de despachos, quais sejam: despachos propriamente ditos e despachos de mero expediente. Doravante, fica ainda mais claro que dos despachos, assim entendidos como os atos do juiz desprovidos de conteúdo decisório, não cabe qualquer recurso. Por isso que a nova redação do art. 338 do CPC (alterada pela Lei nº 11.280/2006) não se refere mais ao termo “despacho saneador”, mas à “decisão de saneamento”. Fechar-se, deste modo, mais uma porta para a entrada de recursos protelatórios no processo comum.

Por razão de apuro terminológico, também, alterou-se a redação do art. 506, III, trocando-se a expressão “súmula” por “dispositivo”, a fim de evitar-se a utilização de termo equívoco, já que súmula tanto pode ter conotação de suma, resumo de alguma coisa, inclusive uma decisão judicial, como também significar uniformização de jurisprudência. Logo, não se publicará mais um resumo das decisões dos acórdãos como requisito para início do prazo recursal, mas tão-somente a parte dispositiva do acórdão.

A nova redação do art. 506, parágrafo único, do CPC corrige demais a anterior e assistemática remissão feita ao art. 524 do CPC, que não tratava da matéria remitida, direcionando-a agora para o art. 525, § 2º, do CPC, que possibilita a adoção de peticionamento pelo correio ou por outros meios de transmissão de dados, tais como fac-símile, correio eletrônico etc., desde que haja previsão em lei local, assim entendida como aquela proveniente do Poder Legislativo estadual, de acordo com o previsto no art. 24, XI, da CF, para a jurisdição estadual, ou lei federal, em se tratando de jurisdição federal.

### 1 SANEAMENTO DAS NULIDADES

A nova lei introduziu um § 4º ao art. 515 do CPC, sem precedente de conteúdo normativo similar na antiga redação do dispositivo, cujo teor é o seguinte:

“§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.” (NR)

## D O U T R I N A

A nova redação do dispositivo permite ao relator, na condição de condutor do recurso no tribunal, a realização de diligência para que as partes promovam a correção de nulidade sanável, para que o ato processual viciado seja repetido ou se proceda à sua retificação.

Pretende a reforma, com a abreviação do procedimento, evitar o retorno do processo ao órgão prolator e à declaração de nulidade de sentença, com a conseqüente necessidade do proferimento de outra em seu lugar, e da reiteração de recursos de apelação para o reexame do mérito. Atenua o legislador, por imperativos de celeridade e economia, a tese da negativa de supressão de instância, na senda aberta pela Lei nº 10.352/2001, que incluiu o § 3º no art. 515 do CPC.

Visa, outrossim, a impedir que os processos cheguem aos tribunais superiores somente para a análise de nulidades e que todo o consumo de tempo e dinheiro canalizado pelo Estado para o desempenho de sua função jurisdicional seja desperdiçado sem uma solução definitiva de mérito.

Não há a menor dúvida quanto à utilidade do novo preceito no tocante à perda de tempo e de dinheiro que ocorria quando da remessa dos autos ao primeiro grau. Indaga-se, contudo, quais espécies de nulidades poderão ser sanadas, tendo em vista a classificação doutrinária em nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidades.

Há de se notar ainda que o legislador não faz referência a quem pode suscitar a nulidade, se necessariamente à parte a quem prejudica ou se pode ser detectada de ofício pelo tribunal.

Para melhor identificarmos as imperfeições que contaminam o processo, devemos, antes, deixar patente que as nulidades se situam no plano de validade do ato jurídico processual. Não podem ser confundidas com os planos da existência ou da eficácia.

Nada obstante, involvidável que o plano da validade pressupõe o plano anterior da existência. Não se pode cogitar do exame da validade ou de sua eficácia sem que se esteja certo da sua existência.

A inexistência consiste em uma categoria à parte, absolutamente distinta da nulidade e dos demais defeitos do ato processual, sendo anterior ao plano da validade e também superior em gravidade, o que fica bem claro quando se verifica que nenhuma aquiescência ou decurso de prazo sana a inexistência.

Disso decorre a conclusão de parte ponderável da doutrina quanto a não estar sujeito a prazo o pronunciamento acerca da inexistência<sup>1</sup>. Além de ser

---

1 PASSOS, Calmon de. *A nulidade no processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959. p. 62; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 268; ALVIM, Tereza Arruda. *Nulidade do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT. p. 167; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. II, p. 322; e COQUEIJO COSTA. *Direito judiciário do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, p. 337, entre outros, deixam claro a ausência de qualquer prazo para o reconhecimento da inexistência.

inconcebível qualquer limite temporal, incabível também se exigir um remédio formal para a declaração desse fenômeno. Raciocínio que se impõe à luz daquela primeira premissa. Logo, em se tratando de um ato processual inexistente, inaplicável a nova regra de saneamento, seja porque não se trata de nulidade, mas também pela impossibilidade de repetição ou correção de um ato inexistente. Na verdade, o ato inexistente é um nada jurídico.

A validade muitas vezes é confundida com a eficácia de um instituto ou ato. Mas não é bem assim. A invalidade trata das nulidades por desrespeito às formas e às regras estabelecidas para a realização do ato. Na nulidade, o ato está sujeito a deixar de produzir efeitos ou a ter os já produzidos destruídos ou desconsiderados. Fala-se em possibilidade da privação de seus efeitos típicos e legais, ou seja, dos efeitos jurídicos normalmente esperados. Por isso, vozes altissonantes proclamam que, na nulidade, o direito visa a restabelecer situação anterior à agressão da norma.

No terceiro patamar temos a eficácia. O ato, mesmo nulo ou anulável, pode ser eficaz. A eficácia é a aptidão para produção de efeitos. Por isso, impróprio e equivocado o velho adágio: “o que é nulo não produz efeitos”. Os atos que sofrem de invalidade podem gerar conseqüências até o reconhecimento da nulidade, mesmo se absoluta. Basta pensar em uma sentença de mérito sem motivação ou com fundamentação incompleta. Até que o defeito seja reconhecido, a decisão repercutirá amplamente no mundo jurídico.

Por conseguinte, um ato jurídico processual pode ser existente, válido e eficaz; existente, válido e ineficaz; existente, inválido e eficaz; existente, inválido e ineficaz. Com a possibilidade de saneamento pelo tribunal, abre-se uma via procedimental mais rápida para que o processo tenha um curso regular e livre de vícios, conseqüência de atos processuais existentes, válidos e eficazes.

As nulidades de direito processual seguem regras e princípios que as diferenciam do tratamento ministrado pelo direito material aos defeitos dos atos de direito privado e administrativo. As idéias do aproveitamento ou da conservação, da finalidade e da instrumentalidade das formas emprestam feições distintas aos vícios processuais, a partir do momento em que os atos do processo podem ser válidos, apesar de afrontarem o ordenamento jurídico, desde que alcancem o fim previsto pela norma violada.

Isso resulta da especificidade do direito processual, mantido por institutos, princípios, normas e métodos que compõem sua estrutura própria, garantindo sua autonomia e independência como ciência ou técnica jurídica. Saliente-se, ainda nessa linha de raciocínio, a natureza publicista do processo, tanto civil como do trabalho, em oposição ao caráter privado do direito material comum e trabalhista.

Destarte, ao contrário do que se dá no direito substancial, no processo os atos nulos estão sujeitos, ao menos em alguns casos, à ratificação, ao aproveitamento e à geração de efeitos. Os atos processuais admitem convalidação e sanabilidade em amplitude desconhecida no direito material.

Múltiplos são os critérios empregados para distinguir as espécies de nulidades entre si. Vejamos os mais conhecidos: a) produção de efeitos; b) gravidade do defeito; c) sanabilidade ou não do ato; d) o escopo do ato; e) possibilidade de ser conhecido de ofício ou por provocação da parte interessada; f) natureza da norma e do interesse protegido; g) as cominadas e as não cominadas; h) espécies de vícios (formais ou de rito e os de fundo).

Costuma-se diferenciar as nulidades pela aptidão para produção de efeitos. Da nulidade não adviriam conseqüências jurídicas. Já vimos a falsidade dessa premissa. Tanto os atos nulos quanto os relativamente nulos e os anuláveis são ou podem ser eficazes. O plano da eficácia não guarda correspondência matemática e simétrica com o da validade.

Outra possível explicação residiria no grau do defeito ou da gravidade da violação da lei. Esse posicionamento é por demais subjetivo, pecando pela pouca clareza. Somente seria aceitável se absolutamente taxativa fosse a lei quanto às circunstâncias que conduzem às várias formas de invalidade.

Define certa corrente doutrinária<sup>2</sup> a nulidade segundo a sanabilidade ou não do ato. Os atos nulos seriam insanáveis e os demais sanáveis. Ledo engano. Todas as nulidades, quaisquer que sejam, são sanáveis. Nem a nulidade dita absoluta está a salvo (basta lembrar da sentença nula coberta pelo manto da coisa soberanamente julgada, quando não mais possível a rescisória).

Poder-se-ia, talvez, apontar a espécie do vício como marco divisor de águas: os vícios formais acarretariam apenas a nulidade relativa ou anulabilidade; os vícios de fundo a nulidade absoluta. Difícil, para não dizer impossível, é a adoção dessa orientação à luz do princípio da instrumentalidade. Ademais, ante o art. 243 do CPC, indiscutível é a possibilidade da tipificação do vício formal dentro das nulidades absolutas.

Juristas mencionam ainda o escopo do ato. Alcançado o seu objetivo, não obstante a omissão de um ou outro requisito, o ato seria válido<sup>3</sup>. Do contrário,

---

2 Egas Dirceu Moniz de Aragão: “Vícios insanáveis serão a inexistência e a nulidade absoluta; sanáveis serão a nulidade relativa, a anulabilidade e as irregularidades” (In: *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1989. p. 375). No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins: Os vícios processuais podem ser divididos em sanáveis e insanáveis. “Os sanáveis são a nulidade relativa, a anulabilidade e as irregularidades. Os insanáveis são a inexistência e a nulidade absoluta”. (*Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 169)

3 Por todos, Humberto Theodoro Júnior: “As formas processuais são criadas pela lei como garantia da defesa dos direitos na situação de conflito. As nulidades, por defeito de forma, como exceção que realmente são, só devem ser reconhecidas quando, evidenciado que a defesa da parte sofreu concreta lesão. Prodigalizar nulidade, mormente, por simples questões formais, importa subverter a tarefa gigantesca confiada ao processo, que é a da pacificação da lide, através da aplicação da lei a *res in iudicio debuta*. Daí o acerto da posição doutrinária atual que lembra sempre que o processo existe primordialmente para alcançar, o mais célere possível, um provimento de mérito, e só excepcionalmente, e em último caso, é que se admite a extinção de uma relação processual por questões derivadas de vício formal”. (As nulidades no código de processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 1, p. 136, set./out. 1999)

sofreria do vício da nulidade. Esse critério, todavia, não supera todas as perplexidades encontráveis no tormentoso estudo da invalidade. Por exemplo, qual a espécie de nulidade temos quando não respeitado o escopo da lei? Absoluta, relativa, anulabilidade? Em que vão se diferenciar essas modalidades de imperfeição do ato processual?

Outro modo de ver as nulidades opera com a faculdade do juiz conhecer o vício *ex officio* ou somente por denúncia da parte. Aqui se explica menos ainda a essência de cada fenômeno compreendido na invalidade. Para uma respeitável visão, apenas a nulidade absoluta estaria sujeita ao reconhecimento de ofício. Contudo, opinião mais do que respeitável autoriza o conhecimento pelo juiz, dispensada a provocação da parte também nos casos de nulidade relativa<sup>4</sup>.

Algumas nulidades classificam-se, ainda, em nulidades cominadas e não cominadas, sendo que só as primeiras impediriam a sanção do ato nulo. A verdade, contudo, é que diversas são as hipóteses de nulidade não cominadas que trazem a nulidade absoluta (ex.: ausência de tentativa de conciliação).

Por fim, apresenta-se o padrão mais aceito modernamente, qual seja, o de que a nulidade é vista sob o prisma da natureza da norma e do interesse resguardado por ela. De maneira que a nulidade absoluta acontece na agressão de norma tutelar de interesse público, sobre o qual as partes não têm poder de disposição. Em se tratando de interesse privado maculado, mesmo que imperativa a norma, a nulidade relativa resta configurada. Sendo interesse privado, mas dispositiva a regra jurídica, o ato sofreria apenas do vício de anulabilidade. A questão, portanto, consiste na identificação da natureza do preceito e do interesse desrespeitado.

Todavia, não será a natureza da nulidade que irá determinar essencial e terminantemente a sua sanabilidade, pois superada a tese que relaciona de forma direta a nulidade absoluta com a impossibilidade de saneamento, bem como, em sentido contrário, a nulidade relativa com o peremptório saneamento. É bem verdade, contudo, que na maioria dos casos a nulidade sanável será a relativa ou a anulabilidade.

Segundo entendimento sedimentado, as nulidades relativas e as anulabilidades têm como premissa o interesse privado das partes, não se sujeitando estas últimas à análise de ofício pelo julgador, que somente procederá ao seu saneamento se provocado pelas partes. Por outro lado, o silêncio das partes sobre as nulidades relativas ou as anulabilidades importa na convalidação do ato viciado pela preclusão.

Agora, pelo § 4º do art. 515 do CPC, na redação dada pela Lei nº 11.276/2006, essa premissa sofre atenuações quando se trata de recurso de apelação. Com efeito, poderá o tribunal valer-se da nova regra e sanar os defeitos dos atos processuais quando tal for possível.

É o caso, por exemplo, do cerceio do direito de defesa em função do julgamento baseado em provas juntadas após o encerramento da fase instrutória,

---

4 É o pensar de Moniz de Aragão.

em que a parte adversa não pôde exercer o contraditório. Aqui, sim, a nulidade pode ser sanada, dando-se vistas à parte das novas provas, bem como o direito de impugná-las. Retificado o ato, o tribunal poderá exercer plenamente seu juízo revisional sem a necessidade de anulação da sentença.

Não só as anulabilidades e as nulidades relativas podem ser sanadas, como já afirmado alhures. É, sim, possível a existência de nulidades absolutas passíveis de saneamento. Exemplifica-se com o caso de um menor que tenha demandado em face de um maior de idade e tenha obtido a procedência integral de seus pedidos, sem que se tivesse sido observada a intervenção obrigatória do Ministério Público, conforme a determinação do art. 82, I, do CPC, cuja consequência é a nulidade absoluta, de acordo com o art. 84 do CPC.

Nesse caso, pela regra anterior, dever-se-ia anular a sentença, remeter os autos ao primeiro grau e promover-se a intimação do Ministério Público, prejudicando a parte a quem a regra visava a tutelar. Doravante, mesmo em se tratando de nulidade absoluta, ou seja, regra jurídica cogente e de interesse público que refoge à disponibilidade das partes, pode o *Parquet* ser intimado na fase recursal, seja em função da arguição de uma das partes, seja pela iniciativa do tribunal, a quem cumpre a função de velar pelo desenvolvimento de um processo sem vícios. Corrigida a nulidade, pode se apreciar o mérito do recurso sem a eiva da ausência ministerial.

A possibilidade da regularização da representação processual, hipótese típica de nulidade relativa, pode ser agora cogitada, superando o argumento de que tal só ocorreria no primeiro grau por força do art. 13 do CPC. Com o § 4º do art. 515 do CPC o tribunal encontra apoio expresso para sanar tal vício<sup>5</sup>.

Outro exemplo neste sentido é o caso do litisconsórcio necessário não observado pela instância inferior, que poderá ser suprido em segundo grau, desde que não haja qualquer prejuízo para o litisconsorte. Se a citação superveniente do litisconsorte restringir o seu direito de defesa, não se poderá suprir-lhe a falta, sendo necessária a anulação da sentença e a reabertura da fase de defesa e instrutória para novo julgamento em primeiro grau.

Há, porém, situações de completa impossibilidade de suprimento do ato viciado. É o caso da constatação da nulidade de citação que desaguou num julgamento à revelia do réu. Não será suficiente a repetição do ato em primeiro grau. A superveniente angularização do processo com a integração do réu não afastará a necessidade de se repetir todos os atos posteriores à citação<sup>6</sup>.

Não temos dúvida acerca da aplicabilidade do novo regramento ao processo do trabalho, no tocante ao recurso ordinário, sucedâneo da apelação na esfera laboral,

---

5 Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior: A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil. Leis nºs 11.232/2005, 11.277 e 11.276/2006. Texto extraído do Jus Navigandi: <<http://jus2.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7982>>.

6 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso de direito processual civil*. 8. ed., v. I, 2006. p. 540.

tendo em vista a cláusula geral de supletividade do art. 769 da CLT, que consagra os critérios da omissão normativa na consolidação e da compatibilidade com os princípios do direito material e processual.

Além disso, em se cuidando de regra que tenha por escopo a instrumentalização do princípio constitucional da razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, todos os esforços de interpretação devem ser implementados para lhe dar a máxima eficácia, por se tratar de um direito fundamental do cidadão em qualquer jurisdição.

Ademais, se até adotada foi a supressão de instância por meio da “teoria da causa madura”, na reforma anterior (Lei nº 10.352/2001, que acresceu o § 3º no art. 515 do CPC), rompendo com o dogma vigente então, o mero saneamento de nulidades na esfera do tribunal é bem mais fácil de “digerir”, porquanto inteiramente de acordo com os princípios da celeridade, informalidade e economia do processo do trabalho, tão proclamados pela doutrina e pela jurisprudência.

Cremos, por conseguinte, que a possibilidade da correção da nulidade pelo Tribunal do Trabalho tornará mais ágil o procedimento laboral, que não pode se dar ao luxo de desprezar as regras garantidoras de sua rapidez e eficiência, seriamente ameaçadas pelo excesso de recursos e de órgãos incumbidos de apreciá-los<sup>7</sup>.

## 2 INADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO E DO RECURSO ORDINÁRIO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE SÚMULAS

A nova lei alterou o texto do antigo parágrafo único do art. 518 do CPC e introduziu um novo parágrafo, cuja redação destacamos:

“§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.” (NR)

O ideário reformista de celeridade processual e de segurança jurídica pela previsibilidade das decisões judiciais de mérito ganha aqui contorno bastante contundente, pois mitiga sobremaneira o princípio do duplo grau de jurisdição, ao passo que proporciona ao juízo primeiro de admissibilidade mais um pressuposto de recorribilidade.

Certamente vozes serão ouvidas sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo por violação dos princípios do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e da inafastabilidade da jurisdição<sup>8</sup>. Porém, para nós, não procedem tais reservas à inovação legal.

---

7 Com um pouco de sorte e de técnica, a parte interessada em protelar o resultado da demanda logra recorrer para o TRT, TST e até para o STF, com o que consegue de cinco a dez anos (ou ainda mais) de “sobrevida processual”.

8 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. Atual. São Paulo: RT, 2006. p. 748.

Não se pode esquecer que as reformas infraconstitucionais agora em vigor são desdobramentos da Reforma do Judiciário, implementada em nível constitucional pela EC 45/2004, cuja fonte inspiradora foi justamente a insatisfação da população com a falta de efetividade do processo e da ineficiência dos serviços judiciais. Demais disso, não se pode olvidar que o sistema recursal tal qual posto inviabiliza de fato a prestação jurisdicional, na medida em que abarrotava os tribunais com serviços além de suas forças e, por outro lado, impede que se concretize os provimentos decisórios pelo perecimento do direito.

Acresce lembrar que o processo é garantia de acesso à justiça e à cidadania e, por isso, instrumento da realização da paz social e dos direitos consagrados pela lei. Não é um fim em si mesmo. Na medida em que não cumpre a sua missão, a sua função social, soa contraditório alegar-se violação ao devido processo legal pela tentativa de torná-lo efetivo. Na verdade, só haverá devido processo legal quando houver efetividade na entrega da tutela jurisdicional. Por enquanto é uma promessa não cumprida.

De resto, cumpre registrar que mesmo antes do advento da EC 45/2004 o STF já vinha sistematicamente acolhendo a constitucionalidade do aumento de poderes do juiz relator, previsto no art. 557 do CPC, para restringir a admissibilidade de recursos. Não seria justamente agora, com a importância social da Reforma do Judiciário, que iria mudar de posição, para caso similar, em que há mero aumento de poder para o juízo de admissibilidade diferido de primeira instância. Nesse sentido, o seguinte aresto:

“CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PROVIMENTO DO RECURSO PELO RELATOR – QUESTÃO CONSTITUCIONAL NÃO DECIDIDA – I – Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e a dar provimento a este – RI/STF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038/1990, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei nº 9.756/1998 – desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. II – Inocorrência do contencioso constitucional autorizador do recurso extraordinário. III – Agravo não provido.” (STF, AgRg 375370, CE, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 23.08.2002, p. 00100)

A inovação reside apenas na antecipação do juízo que poderia<sup>9</sup> ser feito pelo segundo grau, fortalecendo os juízes de primeiro grau, evitando a perda de tempo com o envio dos autos ao tribunal.

O Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, da lavra do Senador Aloízio Mercadante, ressalta que a alteração legislativa tem o “intuito de impedir a propositura de recurso de apelação contra decisão que esteja

---

9 Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: “10. Faculdade do juiz. Muito embora a literalidade do texto da norma comentada possa indicar obrigatoriedade, na verdade é faculdade do juiz indeferir a apelação nos casos descritos no CPC 518, § 1º” (op. cit.).

em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Esta medida busca solucionar o problema decorrente da interposição excessiva e repetitiva do recurso de apelação em face de decisões que estejam em conformidade com o entendimento pacífico e majoritário dos tribunais superiores, caso em que o inconformismo do recorrente, muitas vezes, é motivado apenas pelas benesses oriundas de eventual efeito suspensivo atribuído ao mencionado recurso. De fato, o que faz o novo parágrafo é adiantar o trâmite processual, algo já permitido pelo art. 557 do Código de Processo Civil [...]” (*Diário do Senado*, 26 jan. 2006, p. 2000).

Muito embora a justificativa legislativa para a alteração do texto tenha partido da premissa de se conceder ao juízo de primeiro grau poderes similares ou idênticos ao do juiz relator, com o fim de obstar a consecução de efeito suspensivo da sentença a recursos sem a menor plausibilidade de êxito, os poderes consagrados àquele não são os mesmos de que este dispõe.

Primeiramente porque o juiz relator pode negar seguimento ao recurso baseado em jurisprudência dominante ou enunciado de súmula do próprio tribunal, do STF ou STJ, enquanto o juízo recorrido só poderá obstar o recurso tendo como paradigma a jurisprudência sumulada do STF ou do STJ. Além disso, o juízo recorrido não poderá adentrar ao mérito recursal para constatar a sua manifesta improcedência ou prejudicialidade, em contraposição a tal poder destinado pelo relator.

Assinale-se que a criação de limites ao processamento de recursos e o alinhamento das decisões dos juízes de primeira instância com as matérias sumuladas nos tribunais superiores não engessa o desenvolvimento da jurisprudência e nem obsta a criatividade da interpretação jurídica, pois não impede que os magistrados de primeiro grau decidam contrariamente ao entendimento sumulado ou tampouco inviabiliza a remessa dos recursos para os tribunais superiores.

Aliás, não faria sentido estender-se o procedimento a pretexto de se garantir ampla defesa e duplo grau de jurisdição se o destino do recurso será o insucesso posterior, seja pela ação do juiz relator, ou pelo tribunal, ou pelas instâncias superiores. Com isso se prestigia as decisões de primeira instância e se acelera a entrega da tutela jurisdicional àquele que possui uma posição jurídica de vantagem.

Assim, inegável é a contribuição do preceito no que concerne à economia e celeridade processuais. Por outro lado, não afronta qualquer garantia processual dos jurisdicionados. Ao contrário, cria um obstáculo significativo para aqueles que se servem do Judiciário com o único intuito de adiar o cumprimento de seus deveres e obrigações.

Como efeito secundário, mas não menos importante, incrementa-se no processo civil a execução definitiva ante a impossibilidade de se conseguir o efeito suspensivo pela mera interposição do recurso, efeito característico da apelação. Com a negativa de seguimento à apelação, a irrisignação do recorrente só poderá ser veiculada por agravo de instrumento (art. 522, *caput*, do CPC), que, em regra,

não possui efeito suspensivo, salvo em casos expressamente previstos na lei (art. 558 do CPC) ou em situações relevantes pela concessão de antecipação da tutela recursal (art. 527, III, do CPC), convencido o juiz relator do preenchimento dos requisitos genéricos previstos no art. 273 do CPC.

A súmula que obsta o seguimento da apelação não é necessariamente a vinculante, instituída pela EC 45/2004, que acrescentou o art. 103-A no texto constitucional. Pode ser qualquer súmula do STF ou do STJ. Esta interpretação decorre da falta de exigência expressa pelo legislador nesse sentido, bem como pela impossibilidade atual de se ter súmula vinculante editada pelo STJ.

É preciso observar ainda que entendimentos sumulados, mas superados pela iterativa jurisprudência das referidas Cortes, não têm o condão de obstar o seguimento da apelação. Portanto, é recomendável a constante atualização acerca das matérias enunciadas, principalmente por parte dos advogados e dos juizes de primeiro grau, para que o fim de celeridade e previsibilidade colimado pela lei seja ultimado em bom termo.

Frise-se ainda que a súmula obstativa do seguimento da apelação não se confunde com a súmula impeditiva de recursos, que não foi aprovada na Reforma do Judiciário. O objetivo desta era bem mais amplo, porque impedia quaisquer recursos ou quaisquer outros meios de impugnação se contrários ao entendimento sumulado.

Pode-se questionar o cabimento da presente medida no âmbito do processo do trabalho sob o argumento de que a regra é própria da apelação e, portanto, do processo civil, razão pela qual o legislador teria mencionado apenas o STJ e o STF.

No entanto, deve ser ressaltado que o sucedâneo recursal da apelação no processo de conhecimento trabalhista é o recurso ordinário, guardando com aquele similaridade de características, conquanto haja a marcante diferença da ausência do efeito suspensivo. E, conforme já mencionado, de acordo com o art. 769 da CLT, o direito processual comum é fonte subsidiária do processo do trabalho, desde que a matéria a ser suplementada careça de regulamentação específica na legislação consolidada e que haja compatibilidade principiológica.

É inegável que as reformas no Código de Processo Civil iniciadas em 1994 vêm causando repercussão no processo do trabalho, notadamente em razão da escassez normativa do texto consolidado<sup>10</sup>.

Cite-se, a propósito, a incorporação do procedimento monitorio, as alterações promovidas na ação de consignação em pagamento ou o aumento dos poderes do juiz relator, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.756/1998.

Não há dúvida de que a nova regra é assimilável principiológicamente ao processo do trabalho, porquanto visa a tornar mais célere o procedimento e mais rápida a entrega da tutela jurisdicional.

---

10 É lamentável que o legislador não tenha demonstrado o mesmo empenho no trâmite da reforma processual trabalhista, que inclui importante contribuição do eg. TST.

## DOCTRINA

Ademais, como a norma trabalhista não dota o juiz de primeiro grau deste peculiar poder de exame de mais um pressuposto recursal, fica configurada a omissão normativa ensejadora da supletividade.

Por outro lado, parece que num primeiro momento haverá questionamento a respeito da literalidade do dispositivo se referir somente ao STF e STJ e nada mencionar, como faz o art. 557 do CPC, a “Tribunal Superior”.

Todavia, não vemos nesse argumento sustentáculo razoável a impedir a utilização do preceito comum no processo especializado. Primeiro porque é cediço que a interpretação literal é sempre a mais pobre das técnicas de hermenêutica. Logo, basta utilizar-se da interpretação histórica para verificar que o intuito do legislador foi de antecipar alguns dos poderes previstos no art. 557 do CPC ao juiz de primeiro grau. Se o art. 557 do CPC é amplamente adotado no processo do trabalho, inclusive sendo objeto das Súmulas n.ºs 353 e 421, da OJ 293 da SDI-1 e da OJ 73 da SDI-2, não há razão para que o § 1º do art. 518 do CPC, desdobramento (no primeiro grau) do referido art. 557 do CPC, deixe ao largo as súmulas do TST.

Outrossim, não se pode perder de vista que o legislador quando reforma o processo civil não o faz para causar reflexos no processo do trabalho. Seu objetivo é o de adequar a lei processual comum à realidade dos novos tempos. A compatibilidade dos textos e a interpretação cabem ao operador do direito.

Ainda que assim não fosse, resta o fato de que há inúmeras súmulas do STF sobre matéria trabalhista, haja vista que existe um grande plexo de normas laborais trabalhistas na Constituição que podem ser objeto de questionamento, ao final, pela via do recurso extraordinário<sup>11</sup>.

O efeito desse novo poder para o juiz do trabalho não será, porém, tão revolucionário quanto para o juiz de direito, tendo em vista que o efeito suspensivo da apelação, alvo do óbice criado pelo legislador, não tem lugar no recurso ordinário. Malgrado a ressalva, é sempre bem-vinda uma solução jurídica que acelere a tramitação do processo e assegure uma razoável duração para a entrega da tutela jurisdicional à pessoa que tenha este direito, sobretudo em se tratando de crédito trabalhista, de cunho alimentar e elevado pela Constituição ao *status* de direito fundamental.

### 3 PRAZO PARA REEXAME DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Por fim, destacamos a inserção do prazo de cinco dias para que o juiz exerça a faculdade de reexame dos pressupostos de admissibilidade recursal após a

---

11 Convém lembrar que mesmo o STJ tem várias súmulas sobre matérias trabalhistas: Súmula n.º 10. Instalada a JCI, cessa a competência do Juiz de Direito em matéria trabalhista, inclusive para a execução das sentenças por ele proferidas; Súmula n.º 97. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativamente a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único.

apresentação das contra-razões, até então sem qualquer obrigatoriedade legal de observação de prazo.

Antes de esmiuçarmos esta alteração, calha registrar que a nova ordem normativa dos dispositivos do art. 518 do CPC proporciona uma seqüência de atos ilógica, na medida em que após o *caput* prever o recebimento da apelação e a abertura de vista à parte contrária, o § 1º propicia ao juiz o não-recebimento da apelação (já conhecida no *caput*) pelo confronto com súmula do STF ou STJ. Não fosse suficiente tal contradição, ainda se cogita, no § 2º, que o juiz possa ser persuadido pelo recorrido para conhecer da apelação, quando o óbvio é que o recorrido nunca tenha interesse de que o recurso contrário ao seu direito seja conhecido<sup>12</sup>.

Certo que o legislador se equivocou. Se a apelação foi conhecida, o correto é a abertura de prazo para contra-razões que convençam o juiz a não conhecer do recurso, incluindo-se, a partir de agora, o pressuposto recursal do confronto com súmula. Se, ao contrário, o recurso não foi conhecido, não há que se pensar em abertura de prazo para contra-razões. Daqui por diante, ou o recorrente interpõe agravo de instrumento ou a sentença passa em julgado.

Em que pesem os bons propósitos que inspiraram o legislador para a previsão de prazo na realização do ato processual de reexame dos pressupostos recursais, mas a imposição de prazo para o juiz é destituída de efetividade. O magistrado não retarda a prática de um ato processual por falta de prazo ou por desleixo. O que impede a tão almejada celeridade processual é o desequilíbrio entre demanda de processos e estrutura judiciária apta a lhe dar conta. É o excessivo número de atos processuais previstos na lei para a entrega do provimento jurisdicional. Não será a fixação de prazo que fará o processo ser mais célere. Por certo, onde a demanda for menor, não serão necessários cinco dias para reexame de pressupostos recursais; já onde a estrutura judiciária for inadequada, com grande acúmulo de trabalho, talvez nem em cinco meses haverá condições de intimar a parte contrária para o oferecimento de contra-razões.

Consoante ensinamento doutrinário sedimentado, são impróprios os prazos para o juiz praticar atos processuais, não causando, o seu descumprimento, consequência processual, em oposição aos prazos das partes, cujo descumprimento implica preclusão temporal. Entrementes, como os pressupostos recursais constituem matéria de ordem pública, podem ser reexaminados pelo tribunal, independentemente da manifestação das partes.

O dispositivo, pois, não irá causar qualquer repercussão prática no processo civil, o que torna inócua a discussão da sua aplicação supletiva no processo do trabalho, embora, em tese, o silêncio da norma celetista possibilite a sua aplicação (art. 769 da CLT).

---

12 Marcelo Andrade Fêres: O novo art. 518 do CPC: Súmula do STF, do STJ, e efeito obstativo do recebimento da apelação. In: *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 38, p. 86.

## CONCLUSÃO

Em breve síntese, concluímos que é animador notar a busca do legislador pela efetividade do processo civil por meio de reformas profundas que o tornem célere, adaptando-se aos reclamos da sociedade. É particularmente satisfatório perceber que o legislador tem buscado inspiração no processo do trabalho, que prima pela informalidade e rapidez e que por muito tempo foi considerado de menor importância frente ao processo civil, mais “técnico”...

Preocupa-nos, porém, a constatação de que tais reformas não serão suficientes para o cumprimento do princípio da razoável duração do processo se não vierem acompanhadas de recursos para o aparelhamento do Judiciário e de uma mentalidade mais democrática dos administradores públicos quanto ao respeito pelo Estado de Direito, mediante o cumprimento da Constituição e das leis, haja vista que estão os entes públicos entre os maiores geradores de demandas judiciais<sup>13</sup>.

Por outro lado, teses e expedientes como o da coisa julgada injusta, exceções de pré-executividade, coisa julgada inconstitucional, não contribuem, definitivamente, para cessar a morosidade do Judiciário.

Portanto, podemos concluir:

- a) Pela plena admissibilidade no processo do trabalho das regras processuais advindas com a Lei nº 11.276/2006, em atenção ao art. 769 da CLT.
- b) Outras normas oriundas da última reforma processual devem ser também aplicadas ao processo do trabalho, frente à necessidade de observar-se os princípios da celeridade, efetividade e informalidade que o empolgam.
- c) É necessário que o legislador, no tocante ao processo do trabalho, tenha a mesma preocupação demonstrada na esfera comum, aprovando as reformas das leis processuais trabalhistas, notadamente aquelas postas pelo col. TST.

De toda sorte, o reconhecimento de um problema e a iniciativa de resolvê-lo já é por si só uma notícia alvissareira. Torcemos para que todos os operadores de direito se empenhem em dar máxima efetividade a estas alterações e que em breve possamos perceber seus efeitos benéficos.

---

13 A cultura demandista e, freqüentemente, procrastinatória do capital financeiro e econômico também não pode ser olvidada.

**CONTRATO DE TRABALHO NULO. ARTIGO 37,  
INCISO II, DA CF/1988. ATO DE IMPROBIDADE.  
RESPONSABILIZAÇÃO DO CHEFE DO  
EXECUTIVO. COMPETÊNCIA DA  
JUSTIÇA COMUM**

**Júlio Bernardo do Carmo\***

**E**m uma das sessões ordinárias da egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que tenho a elevada honra de integrar, discutiu-se tese jurídica envolvendo a competência da Justiça do Trabalho para nos próprios autos apurar a responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal em ato de improbidade consistente na contratação de servidor público sem a realização de prévio concurso público de provas e títulos, tendo a d. maioria divisado ser possível responsabilizar no processo o prefeito municipal, desde que resguardado o devido processo legal, ou seja, tomando-se o cuidado de anular a sentença de origem e determinar a integração à lide do chefe do executivo, para os fins previstos no § 4º do inciso III do art. 37 da Magna Carta (os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível), proferindo-se a final nova decisão que responsabilize pessoalmente o Sr. Prefeito pelos prejuízos econômicos ocasionados aos cofres públicos municipais.

Passo a desenvolver, na íntegra, a tese jurídica sustentada pela d. maioria, sendo que logo após emito o meu ponto de vista contrário à competência da Justiça do Trabalho para apurar responsabilidade de tal jaez.

Enfatizou a d. maioria “ter restado incontroverso nos autos que o reclamado celebrou com a reclamante contrato de prestação de serviços, após a Constituição Federal de 1988, para exercer a função de auxiliar de serviços gerais, recebendo mensalmente quantia equivalente a R\$260,00, conforme recibo de fl. 4-verso dos autos”.

Nos casos em que o trabalhador prestou serviços para o município, sem aprovação em concurso público, o entendimento jurisprudencial inclina-se pela nulidade do contrato. Todavia, esta solução parece-me não reparar totalmente os danos causados à coletividade e ao próprio prestador de serviços.

---

\* Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

## DOCTRINA

Por conseguinte, sou levado a pugnar pela responsabilidade da autoridade pública municipal, em cujo governo o empregado foi contratado.

A esse respeito, o Exmo. Juiz Antonio Álvares da Silva exarou a seguinte decisão, cujos fundamentos peço vênua para transcrever, adotando-os como razões de decidir:

“A Constituição Federal, no art. 37, I, determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público. Cabe ao legislador, em opção de política administrativa, criar cargos ou empregos, com as diferenças que entender adequadas. Mas não terá liberdade quanto ao preenchimento: em ambos os casos, exige-se o concurso público.”

A jurisprudência entende que não existe vinculação trabalhista com o serviço público. O titular do exercício do serviço público, salvo poucas exceções, há de ser um titular de cargo ou emprego público, necessariamente ocupado por concurso.

No entanto, a realidade, mais rica do que o mandamento constitucional, vem se mostrando com outra face. Nos municípios, um tipo especial de vinculação ao serviço público vem se tornando regra.

O servidor é admitido sem concurso público. Não ocupa cargo ou emprego, ou seja, não é titular de um lugar delimitado, ao qual a lei atribui competência específica. Mas trabalha regularmente para a administração pública municipal. É admitido publicamente e o trabalho que exerce, por se destinar à coletividade, é transparente e visível por todos.

Esta situação, formalmente vista, violaria a Constituição e, neste sentido, é a interpretação vigente. Mas existe, com transparência, e reveste-se de certo grau de aparência jurídica, pois o trabalho é lícito e é prestado em função da coletividade, através da pessoa de direito público municipal.

Apesar de a Constituição exigir o concurso, a exceção se formou. Como geralmente acontece na Ciência do Direito, a vida anda na frente da lei. Daí a célebre frase com que Jean Cruet começa seu conhecido livro, “A vida do direito e a inutilidade das leis: “Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”.

O homem precisa da experiência”, e esta, enquanto fenômeno humano, gera a necessidade normativa. Como o Direito, nascendo da vida, não pode negá-la, a prática dos tribunais teve que fazer concessões à inconstitucionalidade. O TST, depois de um longo debate nacional, entre os extremos do reconhecimento do vínculo empregatício, e da sua nulidade, arranjou um suposto equilíbrio.

Como não se pode admitir servidor sem concurso, como também não se pode negar a realidade nem a experiência vivencial do homem, estabeleceu, através do Enunciado nº 363, a orientação de que: “Contrato nulo. Efeitos. Nova redação. Res. 121/2003, DJ 21.11.2003: A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

## D O U T R I N A

Ao reconhecer a nulidade da relação de trabalho havido entre o município e o trabalhador, com a ressalva da concessão de salário, a Justiça do Trabalho está anulando o ato administrativo pelo qual o trabalhador foi admitido a serviço do Município.

Este ato administrativo, que agora se reconhece nulo, causou prejuízo ao Erário público, pois haverá, no mínimo, condenação em salário, que o Município terá inevitavelmente de pagar.

A CF, no art. 37, § 5º, determinou o seguinte: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao Erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”.

Portanto, está claramente posto: qualquer agente que praticar ato ilícito com prejuízo ao Erário será objeto de ação de ressarcimento. O ato praticado pelo administrador público municipal causou prejuízo. Tanto que haverá necessariamente condenação em salário pelo tempo da relação empregatícia, bem como recolhimento do FGTS.

Este fato, reconhecido expressamente na Constituição, também o foi na Lei nº 4.717/1965 – Ação popular – quando dispôs: “São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º: I – Admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais”.

E vai mais longe ainda a Lei nº 4.717/1965, quando, no art. 6º, determina que: “A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os benefícios diretos do mesmo”.

Se houve a prática de um contrato irregular e prejuízo ao Erário, cumpre responsabilizar quem o praticou, e é exatamente isto que a Lei nº 4.717/1965 impôs: “A sentença que, julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa”.

A citação de quem praticou o ato irregular é, portanto, uma exigência legal neste caso e em todos os que se anularem contratos de trabalho irregulares com a Administração Pública.

Além do devido processo legal, que garante a qualquer um o direito de defesa, é necessária a fixação da responsabilidade, não só da Administração Pública, mas também de quem houver praticado o ilícito.

Não se há cogitar de qualquer impedimento de competência para o chamamento à lide da autoridade pública porque nunca se negou à Justiça do Trabalho a competência para decidir sobre a nulidade de um contrato de trabalho.

Ainda que o empregador seja um órgão da Administração Pública, isto pouco importa, já que a discussão envolve a existência de um contrato de trabalho e não uma relação estatutária. A relação havida entre as partes é trabalhista, embora parcialmente nula. Por isso, incide, com toda a sua força, o art. 114 da CF, que supera e impede qualquer argumentação com base em lei ordinária.

A competência da Justiça do Trabalho é, portanto, claríssima e inquestionável.

Por estes fundamentos, determino de ofício a integração à lide da autoridade pública municipal, em cujo governo o reclamante foi nomeado, para integrar a lide e defender-se.

Para sua nomeação, se for necessário, será solicitado do Poder Público municipal a informação necessária.

Se o juiz de primeiro grau julgar conveniente, poderá colher prova em relação à ofensa produzida pelo litisconsorte.

A seguir, proferirá nova sentença, como entender de direito (tese jurídica exposta pelo d. Juiz Relator).

Nessa toada, a d. maioria deu provimento ao recurso ordinário para determinar, de ofício, a integração na lide da autoridade pública, em cuja Administração a reclamante foi contratada, para defender-se, sendo que para sua nomeação, se for necessário, será solicitada do Poder Público municipal a informação necessária, podendo mais o juiz de primeiro grau, se julgar conveniente, colher provas, e a seguir examinará o mérito, proferindo nova decisão, como entender de direito, ficando prejudicado, por ora, o exame do mérito discutido no presente apelo.

Em divergência suscitada nos autos contra a tese jurídica encampada pela d. maioria, apresentei, em voto vencido, ora transcrito, considerações de ordem legal e jurisprudencial que evidenciam a não mais poder que a competência para processar e julgar o Chefe do Executivo Municipal por ato de improbidade é da Justiça Comum, por se tratar de ação de natureza civil onde se busca não só o ressarcimento ao Erário, como também a perda de direitos políticos do autor do ato administrativo inquinado de nulidade e outras penalidades.

O que é ato de improbidade administrativa<sup>1</sup>?

---

1 “Num primeiro momento, seria oportuno destacar que improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do Erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.” (Paulo Roberto de Souza Leão, Procurador de Justiça, na ação que moveu, quando Promotor de Justiça, contra Baobá Distribuições, Empreendimentos e Participações Ltda., na Capital do Estado do Rio Grande do Norte)

O conceito do ato de improbidade administrativa decorre de lei ordinária federal que teve como escopo regulamentar no plano prático a violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, sendo que reporto-me à Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, interessando-nos aqui, sobremaneira, o disposto no art. 11, inciso V, da lei em epígrafe, que dispõe, *in verbis*:

“V – frustrar a licitude de concurso público.” (destaque nosso)

Nos termos da lei em epígrafe o Chefe do Executivo Municipal que frustra a licitude de concurso público vem a cometer ato de improbidade, ficando sujeito às penalidades previstas na referida lei.

Um exemplo prático pode bem delinear o ato de improbidade administrativa suscetível de ser cometido pelo Chefe do Executivo: determinado prefeito para burlar o requisito inafastável da exigência de concurso público para a investidura de servidores em cargos ou funções públicas adota fraude consistente em contratar apadrinhados políticos sob a égide de lei municipal que autoriza a contratação por prazo determinado, de no máximo 6 (seis) meses, admitida uma prorrogação de igual período, de pessoal para, *e.g.*, socorrer no atendimento de situações de calamidade pública; combater surtos epidêmicos; promover campanhas de saúde pública; para a execução de serviços técnicos, fiscalização, supervisão, manutenção ou gerenciamento de obras e serviços essenciais à população; para o suprimento de docentes em salas de aula e de pessoal especializado em saúde, nos casos de licença para repouso à gestante, licença para tratamento de saúde, licença por motivo de doença em pessoa da família, licença para tratamento de interesse particular, licença em caráter especial (prêmio), exoneração, demissão, aposentadoria e falecimento; realização de eventos patrocinados pelo município, tais como: feiras, exposições, congressos e similares.

Em que pese invoque a referida lei municipal, o Sr. Prefeito, com o fito de se promover pessoalmente e empregar apadrinhados políticos, contrata pessoal mediante contratos administrativos, mas deixa propositalmente ocorrer a indeterminação do prazo fixado na lei municipal, garantindo a permanência desses apadrinhados na Administração Pública até o final de seu mandato.

No exemplo citado, não resta dúvida que a fraude praticada pelo Sr. Prefeito configura lesão ao patrimônio público municipal (art. 5º, item XXXV, da Constituição Federal), eis que sua ação malferiu explicitamente a Magna Carta, no

---

“A Lei nº 8.429 tem por escopo proteger a Administração em seu sentido mais amplo possível; é ela, em seus variados matizes e representações orgânicas e funcionais, quase sempre, o alvo de ‘corrupção’, de favoritismos, de má gestão, enfim, de toda a sorte de malversações e ilícitos. Remarque-se novamente a abrangência do que se entende por ‘administração’. Nota-se claramente que a *ratio legis* volta-se para o controle dos ‘dinheiros públicos’ (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico) em todo espectro da Federação brasileira e em toda e qualquer categoria de empresas e órgãos públicos, entidades ou empresas particulares relacionadas na lei (ver arts. 1º, parágrafos único e 3º).” (FIGUEIREDO, Marcelo. *Improbidade administrativa*. Malheiros, 1997. p. 25)

que pertine à investidura em cargo ou emprego público, frustrando a licitude do concurso público de provas ou de provas e título. Ou seja, no exemplo idealizado, o Sr. Prefeito colocava no serviço público quem ele queria, frustrando ostensivamente a exigência de concurso público, malferindo com seu ato ímprobo os princípios constitucionais de isonomia e impessoalidade, a par de ter havido igualmente sua promoção pessoal e o desvio de finalidade do ato administrativo.

Como preleciona com percuciência Fábio Medina Osório, “a contratação ilegal de funcionários traduz, assim, ofensa ao interesse público inerente à finalidade do ato administrativo, qual seja, a de proporcionar garantias legais de igualitário acesso ao serviço público, a todos os cidadãos. O desrespeito à exigência de concurso público implica improbidade administrativa, na exata medida em que se pratica um ato desprovido de finalidade intrínseca à forma prevista no sistema jurídico”<sup>2</sup>.

Houve na espécie improbidade administrativa calcada no inciso V do art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

Importante deixar assente que, na configuração do ilícito de improbidade administrativa, revela-se de pouca valia o fato de o Sr. Prefeito municipal não ter tirado proveito econômico com a prática do ato, ou seja, praticado enriquecimento ilícito, situação que ocorre, *e.g.*, quando, sendo ilícita a administração de mão-de-obra por ofensa ao art. 37, inciso II, da Magna Carta, o servidor irregularmente contratado vem efetivamente prestar serviços à Administração Pública, eis que nesta hipótese o fato de o servidor ter efetivamente trabalhado descaracteriza o enriquecimento ilícito, sendo que o ato administrativo ilegal não retira do servidor público o direito de auferir salários pelo tempo trabalhado, eis que resta impossível devolver-lhe a energia laboral despendida em prol do Administração Pública<sup>3</sup>.

Esta é exatamente a situação dos autos, eis que o servidor contratado, em que pese tenha sido declarada a nulidade do contrato de trabalho, efetivamente prestou serviços à Municipalidade, não se podendo falar em ato de improbidade do Sr. Prefeito municipal calcado em enriquecimento ilícito, haja vista que o pagamento de salários efetuados ostenta aura de juridicidade<sup>4</sup>.

2 OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Síntese, p. 213.

3 A situação é bem diferente quando o chefe do executivo municipal simula a existência de contratos administrativos e carrega para os seus bolsos a verba pública que seria destinada à contratação, eis que na hipótese configura-se de forma escancarada o enriquecimento ilícito.

4 De outro lado, se o servidor contratado sem concurso prestou serviços à Administração Pública, o enriquecimento ilícito fica afastado e não há dano ao Erário público. Esta é a posição do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba. Ementas: “[...] Assim, se não obstante a contratação ilegal de servidor, este efetivamente prestou serviços à Administração, não caracterizam lesão aos cofres públicos os vencimentos que lhe foram pagos. Se assim não fosse, haveria locupletamento da Administração, valendo-se da sua própria torpeza. Nem todo ato administrativo nulo é lesivo aos cofres públicos.” (Agravo de Instrumento nº 44.761-5, RJ, DOU 07.12.1993)

“Contrato irregular de servidor, sem prévia aprovação em concurso público, sob a égide da CLT, pela nulidade de que se reveste, não gera qualquer efeito jurídico, a não ser o pagamento dos salários como contraprestação laboral, dada a ausência de dano ao Erário público municipal e de enriquecimento ilícito por quem deu causa.” (Sumula nº 1)

Qual seria então a responsabilidade do Sr. Prefeito municipal no caso de contratação ilícita de servidores públicos que efetivamente trabalharam para a Administração Pública?

A responsabilização administrativa do Sr. Prefeito subsistiria porque mesmo nas contratações de servidores públicos sem concurso público onde reste descaracterizado o prejuízo ao Erário, pelo simples fato da prestação de serviços, em que pese afastada a figura do enriquecimento ilícito, o ato administrativo irregular macula ainda assim princípios norteadores da Administração Pública.

Para ser mais explícito: o desvio de finalidade, a promoção pessoal, a quebra de isonomia e a frustração de concurso público maculam princípios que informam a estruturação da Administração Pública e provocam igualmente a ocorrência de dano moral que deve ser ressarcido pelo infrator. Isto se dá porque o art. 5º da Lei nº 8.429/1992 dispõe de forma ampla e genérica a respeito de “lesão ao patrimônio público” que em si é mais abrangente que a simples lesão ao Erário. Este é espécie do gênero.

Vem aqui a talho a lição sempre precisa de eminentes doutrinadores:

“[...] Ressarcimento do dano abrange, por certo, dano moral, até porque a lei fala, no art. 12, III, em ressarcimento do dano, se houver, nos casos em que a improbidade traduz mera agressão aos princípios. Há quem sustente a viabilidade do ressarcimento do dano moral, sublinhando, todavia, que este estaria bem tutelado pela multa civil, veículo próprio e adequado a esse ressarcimento, submetendo-se aos prazos prescricionais, diferentemente do que ocorre com o dano material, que é imprescritível à luz do art. 37, § 5º, da Carta Magna.

Ouso discordar do entendimento de que a multa civil basta para reparar o dano moral. Multa civil é consequência jurídica certa da improbidade, sancionamento autônomo que independe da comprovação de dano moral ou material, prevista a toda e qualquer modalidade de ato ímprobo, ao passo que o dano moral à entidade lesada, se houver, deve ser reparado à luz dos critérios que têm orientado os julgadores nessa seara, sem prejuízo da incidência cumulativa com multa civil e, mais ainda, sem submissão ao prazo prescricional, por força expressa do art. 37, § 5º, da Carta de 1988, aí residindo importância fundamental da norma jurídica em comento, dado que permite reparação de dano moral independentemente da multa civil. Aqui, visão sistemática permite tal conclusão, na medida em que a doutrina, de longa data, vem permitindo reparação de dano moral à

---

No mesmo sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se colhe do seguinte aresto: “Administrativo-responsabilidade de prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao Erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/1992.” (STJ, REsp 213994/MG, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, J. 17.08.1999, Ac. unânime, DJU 27.09.1999, p. 59)

peessoa jurídica, o que pode ocorrer com gravidade em se tratando de determinados atos de improbidade atentatórios aos princípios da Administração Pública.”<sup>5</sup>

Sendo patente a responsabilidade do Chefe do Executivo municipal, urge indagar qual seria a Justiça competente para processá-lo e julgá-lo por ato de improbidade.

Não se pode olvidar que a improbidade administrativa acarreta efeito complexo a seu autor que fica não apenas sujeito a ressarcir o Erário, quando há enriquecimento ilícito, como também incide em perdas de direitos políticos, além de multas, a par de que a ação intentada para salvaguardar a intangibilidade do patrimônio público é de estrita índole civil, devendo pois ser manejada contra o administrador improbo perante a Justiça Comum, até porque os prefeitos municipais pelo privilégio de foro que ostentam são processados e julgados nos crimes de responsabilidade pelo Tribunal de Justiça e pelos atos de improbidade pelos juizes de direito da primeira instância, sendo que a legitimação para a ação civil, na espécie, é de qualquer do povo (*quique de populo*), em caso de ação popular e exclusivamente do Ministério Público em todos os outros casos em que se requeira em juízo a reparação de lesão *lato sensu* à Administração Pública (art. 5º, item XXXV, da CF)<sup>6</sup>.

Atualmente, a corrente favorável à legitimidade do Ministério Público vem se fundamentando no art. 129, inciso III, da Constituição Federal vigente, que estabelece:

“São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do *patrimônio público e social*, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Igual competência estriba-se nos arts. 16 e 17 da Lei nº 8.429/1992, que estabelecem: “Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão

5 OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit.

6 Sérgio Roxo da Fonseca em sua obra *Improbidade administrativa* salienta que “o Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado, em grau de reclamação, que enquanto não for reconhecida a constitucionalidade ou não da Lei Federal nº 10.628, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, do Distrito Federal, os prefeitos municipais somente poderão ser julgados originariamente pelos tribunais de justiça dos Estados. A questão refere-se não só à interpretação da referida lei, como também ao preceito contido no inciso X do art. 29 da Constituição da República que dispõe que os prefeitos municipais somente poderão ser julgados pelo Tribunal de Justiça, nunca pelo juiz local dos fatos. O debate em torno da melhor inteligência da norma tem sido bastante intenso. Para a primeira corrente, os processos ajuizados pelos prefeitos somente podem ser conhecidos originariamente pelos tribunais de justiça, sejam processos civis ou criminais, por isso a Constituição não faz qualquer distinção entre as duas espécies. Esta corrente é minoritária. Outra corrente propõe uma aplicação criativa e ampliativa para o mencionado inciso X, para inserir nele palavras que lá não estão, sustentando assim que os prefeitos somente serão julgados pelos tribunais de justiça na hipótese de processo crime, reconhecendo, assim, a competência dos juízos locais para processar ações de improbidade administrativa, reconhecendo assim a sua natureza civil e não criminal. Esta é a corrente dominante”.

representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”. “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

Como ressaltado alhures, sendo o ato de improbidade um ato de efeito complexo para o seu autor, o mero ressarcimento ao Erário de valores havidos indevidamente pela apropriação indevida de dinheiro público (enriquecimento ilícito) não esgota o rol de punições que a lei reserva para o administrador ímprobo, que igualmente pode ficar sujeito: à perda de função pública (quando sua responsabilização é exigida estando o Administrador no exercício do cargo), à suspensão de direitos políticos, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos, ressarcimento ao patrimônio público de indenização por danos morais a ser devidamente liquidada em execução de sentença judicial, corrigida monetariamente, e ainda à fixação de multa civil até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo infrator (art. 12 e incisos da Lei nº 8.429/1992) e por fim a declaração da nulidade do ato administrativo hostilizado.

Lógico que não ostenta a Justiça do Trabalho competência para processar e julgar o Chefe do Executivo municipal por ato de improbidade calcada em contratação de servidor sem concurso público de provas ou de provas e título (art. 37, II, da CF), sendo a competência iniludivelmente da Justiça Comum, até porque o ato de improbidade implica igualmente em afetação e perda de direitos políticos, sabendo a descabro pronunciar-se a Justiça do Trabalho a respeito de perda de mandato ou suspensão de direitos políticos de Prefeito ímprobo<sup>7</sup>.

Na espécie, a tese do d. Juiz Relator ainda encerra célebre pecadilho porque o servidor contratado irregularmente *prestou efetivamente serviços para a Administração Pública*, pelo que, desconfigurado o enriquecimento ilícito, o ato de improbidade praticado pelo Sr. Prefeito não comporta ressarcimento ao Erário dos valores pagos ao servidor, como quer acreditar o d. Relator, sendo que as demais implicações do ato de improbidade, de natureza extremamente complexa, estão

---

7 Por maioria de votos (7 x 3), o Plenário do Supremo declarou a inconstitucionalidade do foro especial para ex-ocupantes de cargos públicos e/ou mandatos eletivos. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2797) proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

A ação contestava os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece foro privilegiado a ex-detentores de cargo público por ato de improbidade administrativa (Lei nº 10.628/2002). Com a decisão, eles perdem o direito de serem julgados por um foro especial na Justiça nos casos de atos de improbidade administrativa.

## DOCTRINA

afetas ao conhecimento da Justiça Comum, com a titularidade da ação em nome de qualquer do povo ou do representante do Ministério Público, como visto.

A sanha de anular-se a r. sentença de primeira instância com o fito de ressarcir valores ao Erário, como visto, não tem amparo legal, haja vista que, na espécie, a improbidade administrativa caracteriza-se com abstração do enriquecimento ilícito, sendo de nenhuma valia a determinação policlesca de integração imperativa do Sr. Prefeito municipal no pólo passivo da lide, que, como dito alhures, só serviria para encambulhá-la e retardar indefinidamente a satisfação do crédito trabalhista devido ao reclamante, que tendo efetivamente trabalhado para o Município, ainda que mediante contrato de trabalho declarado nulo com fins no art. 37, II, da CF, tem o lídimo direito de receber eventuais saldo de salários e o levantamento do FGTS, direitos que são relegados às calendas gregas por um capricho inusitado de se responsabilizar nesta esfera trabalhista, que não ostenta competência constitucional para tanto, o Sr. Prefeito municipal.

Enfatize-se, finalmente, que mesmo o Poder Judiciário, igualmente, não é imune à prática de atos de improbidade no exercício da atividade jurisdicional. Seus membros, no exercício da função típica, podem incorrer em atos de improbidade. Eventual decisão judicial, que implicasse inovação legislativa, para beneficiar *ou agravar alguém*, em tese, caracterizaria ato de improbidade.

*Est modus in rebus*<sup>8</sup>.

*Justiça tardia é justiça denegada.*

---

8 *Est modus in rebus. Há medida em tudo. Em tudo convém medida. Nem oito nem oitenta. Tudo tem limite. “Est modus in rebus, sunt certi denique fines, quos ultra citraque nequit consistere rectum”* (Horácio, Satirae 1.1.106). Em todas as coisas há um meio termo; existem, afinal, limites definidos, além ou aquém dos quais não se pode manter o bem. *Vide: Modus omnibus in rebus optimum est habitu. Modus in rebus.*

# O NOVO § 5º DO ARTIGO 219 DO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO

**Manoel Carlos Toledo Filho\***

SUMÁRIO: Introdução; 1 O princípio protetor e o processo do trabalho; 2 A prescrição e o processo do trabalho; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2006 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei nº 11.280, com *vacatio legis* de 90 dias, que alterou diversos artigos do CPC e, dentre suas modificações, estabeleceu que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição” (nova redação atribuída ao § 5º do art. 219).

O legislador, aqui, rompeu com uma tradição do Direito brasileiro, segundo a qual a prescrição, por refletir, via de regra, interesse patrimonial privado do devedor, dependeria, para seu reconhecimento, de provocação deste, cujo limite de realização coincidiria com a tramitação *ordinária* do processo, vale dizer, não se permitiria mais sua alegação somente quando já estivesse o feito a tramitar em instância de superposição (Código Civil, art. 193; TST, Súmula nº 153).

A inovação, nestes moldes operada, determina, pois, ao magistrado que, por sua iniciativa exclusiva, em detectando a ocorrência de hipótese de incidência de lapso prescricional, desde logo a proclame, decidindo, assim, o processo com exame do mérito (CPC, art. 269, inciso IV), ou seja, proferindo sentença apta à formação de coisa julgada formal e material. E esta atividade poderá o juiz realizá-la inclusive em sede *liminar*, indeferindo, de plano, a petição inicial apresentada pelo demandante (CPC, art. 295, inciso IV)<sup>1</sup>.

Nosso objetivo será averiguar se o preceito em questão pode ser considerado parte integrante do processo do trabalho brasileiro, mercê da aplicação supletiva autorizada pelo art. 769 da CLT.

---

\* *Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela USP. Juiz Titular da 10ª Vara do Trabalho de Campinas. Professor de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.*

1 A este respeito: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil II*: Leis nºs 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 42.

## 1 O PRINCÍPIO PROTETOR E O PROCESSO DO TRABALHO

Como assinala o Professor argentino Mario E. Ackerman, ninguém, a rigor, questiona que, se existe um princípio informador do direito do trabalho, este é o *princípio protetor* ou *princípio de proteção*<sup>2</sup>, o qual, ademais, consubstancia, segundo a difundida e consagrada doutrina de Américo Plá Rodriguez, o *critério fundamental* orientador deste ramo do ordenamento jurídico<sup>3</sup>, ou, ainda, para nos valermos agora da lição da docente portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho, o seu *paradigma tradicional*<sup>4</sup>.

O princípio de proteção tem por escopo primordial *equilibrar* a relação empregado/empregador, cuja essência e desenvolvimento é marcadamente permeada pela preponderância deste sobre aquele. Funciona, destarte, como o contrapeso formal, institucional, da prevalência econômica.

Sem a construção teórica e a aplicação prática do princípio de proteção, o direito do trabalho representaria não mais que uma simples *quimera*. Seria uma carta de intenções bela e solene, mas, rigorosamente, nada além.

De outro lado, na exata medida em que o direito do trabalho tem por seu *instrumento de viabilização* o processo judicial que lhe é correlativo, o princípio de proteção a este igualmente se agrega. Como assinala Isis de Almeida, “um direito processual tem, necessariamente, de acompanhar o sentido, a índole do direito material ao qual se vincula”<sup>5</sup>. Sérgio Pinto Martins, a seu turno, chega mesmo a acentuar ser este o *verdadeiro princípio do processo do trabalho*<sup>6</sup>. Por fim, para o doutrinador peruano Mario Pasco, o princípio protetor poderia inclusive ser reputado mais pertinente ao direito processual do que ao direito material, já que, no primeiro, sua incidência se daria de maneira mais frequente<sup>7</sup>.

De sorte que qualquer aplicação ou interpretação das normas processuais trabalhistas, sejam estas *típicas* ou *atípicas* (oriundas de integração supletiva de preceitos do processo comum), não poderá prescindir de um prévio e pleno enquadramento na moldura do princípio de proteção. Esta será a premissa primeira de sua eficácia, o passo necessário no caminho de sua eventual utilização.

2 *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*. Obra de autoria coletiva, coordenada por Diego Martín Tosca e dirigida por Mario Eduardo Ackerman. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 2005. p. 317.

3 *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

4 *Direito do trabalho*. Parte I – dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005. p. 48. A expressão está destacada em itálico pela autora.

5 *Manual de direito processual do trabalho*. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: LTr, v. 1, 1998. p. 19.

6 *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 70.

7 *Fundamentos do direito processual do trabalho*. Revisão técnica de Amauri Mascaro Nascimento e tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1997. p. 81.

## 2 A PRESCRIÇÃO E O PROCESSO DO TRABALHO

A realidade das Cortes laborais tem sobejamente demonstrado que quem se utiliza do processo do trabalho é o empregado. Ele é o demandante por excelência. Esta circunstância é uma conseqüência direta do estado de sujeição fática que lhe é imanente, quando do transcorrer do contrato individual de trabalho.

Trata-se, assim, de uma constatação ínsita ao próprio caráter da relação de direito material e, por isto mesmo, de aferição universal.

Com efeito: na Espanha, Carmen Sáez Lara registra que, em regra, “*el trabajador es el demandante y el empresario el demandado*”<sup>8</sup>. No Uruguai, anota Juan Raso Delgue que quem promove a pretensão “*en la práctica procesal es siempre la parte trabajadora*”<sup>9</sup>. No Peru, verificação deste jaez é feita por Luis Vinatea Recoba<sup>10</sup>, o mesmo se dando na Venezuela, conforme esclarece a doutrina de Eric Lorenzo Pérez Sarmiento<sup>11</sup>.

Significa isto dizer que, no âmbito do processo laboral, a decretação da prescrição virá sempre em prol do *empregador*. Será uma vantagem diretamente vinculada à *parte mais forte* do conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional.

Logo, parece claro que seu reconhecimento de ofício pelo magistrado irá colidir, de forma *impostergável*, com o princípio de proteção.

A conclusão acima se realça ainda mais quando se analisa a natureza da figura em questão, dentro da realidade da relação laboral de índole subordinada.

O trabalhador, porque dependente, para seu sustento próprio e familiar, do emprego e do salário que deste dimana, não ousa colocá-lo em risco. Mesmo que tenha ou pense ter direitos violados pelo seu empregador, não os reclama judicialmente, pois isto poderia ameaçar a manutenção de sua fonte de renda primordial e, quase sempre, exclusiva.

De sorte que o fluxo do tempo volta-se inexoravelmente contra ele: a exigibilidade de seus haveres, a materialização prática dos benefícios que a lei lhe confere, é gradativamente consumida com o passar dos anos.

Daí resulta que, como bem registra Oscar Ermida Uriarte, a fixação de prazos prescricionais exíguos é uma forma indireta, encoberta ou atípica, mas muito

---

8 *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004. p. 37.

9 El principio protector en el proceso del trabajo. In: *Derecho procesal del trabajo, treinta estudios*. Montevideo: FCU, 2005. p. 57.

10 Análisis funcional de la ley procesal del trabajo: condicionantes de la eficacia del proceso laboral. In: *Balance de la reforma laboral peruana*. Obra de autoria coletiva coordenada por Víctor Ferro Delgado, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001. p. 299.

11 *Comentarios a la ley orgánica procesal del trabajo*. 2. ed. Caracas: Vadell Hermanos Editores, p. 23.

eficaz, de redução de direitos do trabalhador<sup>12</sup>. Por conseguinte, o juiz do trabalho que declará-la de ofício estará colaborando para a *debilitação* do direito material, pela via do processo. O processo do trabalho, neste diapasão, ao invés de servir como instrumento de efetivação do direito do trabalho, funcionará como mecanismo estimulador de seu *enfraquecimento*.

Pelo exposto acima, transborda a conclusão de que o § 5º do art. 219 do CPC, em sua novel redação, não se compatibiliza com os ditames do art. 769 da CLT.

É que a incompatibilidade em questão não se configura somente através da colisão de normas explicitamente contraditórias: ela também se perfaz pela dissonância de sistemas<sup>13</sup>, pela dissensão de perspectivas, pela divergência de objetivos. Por isto mesmo que, no Código de Processo do Trabalho português, dispõe o inciso III de seu art. 1º que “as normas subsidiárias não se aplicam quando forem incompatíveis com a *índole* do processo regulado neste título” (destacamos)<sup>14</sup>.

## CONCLUSÃO

O alargamento das fronteiras da Justiça do Trabalho, resultante de recente reforma constitucional, trouxe desdobramentos positivos e negativos.

Dentre os primeiros, pode ser citada a solução de uma antiga quizila, concernente às ações de indenização por acidente de trabalho, quando nelas figure como demandado o empregador.

Dentre os últimos, incluímos a imprecisão do termo *relação de trabalho*, cuja interpretação abrangente poderá eventualmente levar não somente a uma indevida sobrecarga da justiça obreira, mas também a um efeito que será bem pior do que este: *a perda de sua identidade*.

A invasão de lides de cunho civil, relativas a prestadores de serviços autônomos, em que não se vislumbre *a priori* um estado de dependência econômica de uma parte em relação à outra, caso ocorra, tenderá a mitigar, no cotidiano dos pretórios laborais, a aplicação do princípio de proteção. E esta relativização poderá

---

12 La flexibilidad laboral. Disponível em: <<http://www.escenario2.org.uy/numero3/uriarte.html>>. Acesso em: 14 abr. 2006. O renomeado autor uruguaio está a referir-se à Lei nº 16.906, de 1998, que reduziu de dez para dois anos o lapso de prescrição na vigência do contrato, e de dois anos para um após sua extinção. Vale notar que, pouco mais tarde, fenômeno bastante similar veio a ocorrer no Brasil, com o advento da malfadada EC 28/2000, que simplesmente *destruiu* o patrimônio jurídico de milhões de trabalhadores rurais.

13 Neste sentido, dispõe o art. 63 da Lei de procedimento laboral da província de Buenos Aires que “*Las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires se aplicarán supletoriamente en cuanto concuerden con el sistema de la presente ley*” (destacamos – In: *Código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires*: códigos universitários 2006. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 297).

14 In: *Código de processo do trabalho*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 19.

## D O U T R I N A

sim, sem maiores dificuldades, ser indevida e inconscientemente transportada para os conflitos entre empregados e empregadores, cujo exame e solução consubstanciam a missão histórica da Justiça do Trabalho, a razão fundamental de sua criação e existência.

As medidas reformadoras trazidas para o bojo do CPC – a despeito do inegável intuito de aprimoramento que as informa, o qual aponta para a consecução da tão almejada efetividade do processo – foram concebidas e delineadas para contendas de natureza civil. É, portanto, natural que elas nem sempre se amoldem ao perfil do processo do trabalho, cabendo, pois, aos operadores deste apartar as hipóteses de incompatibilidade das genuínas hipóteses de integração, que, indiscutivelmente, são muitas, mas não são todas.

O novo § 5º do art. 219 do CPC enquadra-se na primeira situação, pelo que deixá-lo de lado é medida que se impõe. Esta é, aliás, uma boa oportunidade para, em tal particular, resgatar e ratificar o DNA da Justiça e do processo do trabalho, invocando-se a regra contida no § 1º do art. 799 da CLT, para o efeito de concluir que a prescrição, a par de necessitar, para seu potencial conhecimento, de manifestação expressa da parte a quem aproveita, deverá, ademais, ser invocada já na contestação, sob pena de preclusão<sup>15</sup>. Colocando a questão em outros termos, a reflexão propiciadora do descarte da indigitada disposição legal pode e deve igualmente servir de supedâneo para a revisão do entendimento jurisprudencial galvanizado na Súmula nº 153 do TST. E, com isto, reconduzir o processo laboral para o rumo que lhe é próprio, para o único itinerário que verdadeiramente lhe serve.

---

15 Neste sentido, conquanto se reportando ao art. 300 do CPC, é o escólio de Sérgio Pinto Martins (Op. cit., p. 310).

# O PROCESSO DO TRABALHO E AS RECENTES MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Estêvão Mallet\*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Rigor terminológico; 2 Cumprimento da decisão; 3 Agravos de instrumento e retido; 4 Ampliação dos poderes do juiz; 5 Prevenção; 6 Simplificação.

## INTRODUÇÃO

O direito processual comum é, nos termos dos arts. 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, fonte subsidiária do direito processual do trabalho, observados os requisitos da omissão e da compatibilidade, tal como se dá, com frequência, em outros sistemas jurídicos<sup>1</sup>. Daí a importância de examinar, ainda que sem o propósito ou a preocupação de fazê-lo de forma aprofundada e exaustiva, como as recentes alterações impostas ao Código de Processo Civil, por meio das Leis nºs 11.187, 11.232, 11.276, 11.277 e 11.280, repercutem na disciplina do processo do trabalho.

## 1 RIGOR TERMINOLÓGICO

Algumas das modificações agora introduzidas no Código de Processo Civil apenas corrigem imprecisões terminológicas existentes no texto original, na linha, aliás, das anteriores reformas – tome-se como ilustração a redação dada ao art. 475, II, pela Lei nº 10.352 –, o que não deixa de ter sua importância. Como já se disse certa feita, com bastante razão, “*une science bien traitée n’est qu’une langue bien faite*”. Ademais, imprecisão terminológica normalmente produz maior número de dúvidas e divergências interpretativas, o que deve ser evitado, tendo em conta a advertência de Carnelutti: “*Fin che si tratta di interpretare un verso della Divina Commedia il dubbio non fa male a nessuno, ma quando abbiamo*

---

\* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e Livre-Docente em Direito. Advogado.

1 Em Portugal, igualmente, o Código de Processo do Trabalho é suplementado, nos termos do seu art. 1º, n. 2, a, pela “legislação processual comum”. Sobre a extensão da regra, cf. ALEGRE, Carlos. *Código de processo do trabalho*. Anot., Actual. Coimbra: Almedina, 2004. p. 27.

*da fare, invece, con un articolo del codice penale, se non viene eliminato, la macchina non funziona*<sup>2</sup>.

Eis porque se eliminou, com a Lei nº 11.280, a incorreta alusão, no art. 338, do Código de Processo Civil, a despacho saneador, substituindo-a pela expressão adequada, decisão de saneamento. A mesma razão explica haver sido suprimida, pela Lei nº 11.276, a qualificação dos despachos como de mero expediente, existente no art. 504, qualificação redundante e em desacordo com a classificação tripartite do art. 162, § 3º, do mesmo Código.

Reafirma-se, assim, com um ou outro deslize – como ocorre no § 2º do art. 555, introduzido pela Lei nº 11.280, em que o legislador menciona processo quando tinha em vista, na verdade, autos, ou como se vê no art. 463, que desconsidera a possibilidade de alteração da sentença prevista no § 1º do art. 285-A – a antiga preocupação com o apuro terminológico do Código de Processo Civil<sup>3</sup>. O processo do trabalho, estruturado em outra época, numa altura em que a própria ciência processual não havia ainda atingido maior desenvolvimento, apresenta panorama bastante diverso. São frequentes as impropriedades terminológicas na Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive com contradições provocadas por mudanças que abandonaram antigos termos, como no caso da Lei nº 9.957. O que antes o legislador chamava, incorretamente, de processo passou a denominar, de modo mais adequado, procedimento (arts. 852-A e seguintes). Permaneceu em outros pontos do texto, contudo, a antiga expressão (v.g., art. 854), a mostrar que a atenção com a terminologia ainda não se fez sentir no processo do trabalho, nem mesmo por influência das sucessivas modificações impostas ao Código de Processo Civil.

## 2 CUMPRIMENTO DA DECISÃO

Entre as modificações sofridas pelo Código de Processo Civil está o tratamento dispensado ao cumprimento das sentenças, especialmente em caso de condenação no pagamento de quantia certa. Abandona-se a concepção clássica da natureza autônoma da execução de título judicial – exposta, com tanta ênfase e vigor, por grande número de autores<sup>4</sup>, mesmo no Brasil<sup>5</sup> – para

2 *Metodologia del diritto*. Padova: CEDAM, 1990. p. 49.

3 A propósito, em rápida passagem, cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, n. 153, 1986. p. 248.

4 Entre muitos, cf., de modo ilustrativo, LIEBMAN. Execução e ação executiva. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 41; ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino: UTET, v. IV, 1959. p. 83; REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, v. III, 1957. p. 101; PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: Giuffrè, 1935. p. 139; ALSINA. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, t. III, 1943. p. 43; e GOLDSCHMIDT. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936. p. 538.

5 Pontes de Miranda, a propósito, escreveu: “A ação de execução de sentença, seja qual for o nome que se lhe dê, ainda que algum legislador de idéias um tanto estapafúrdias redigisse lei em que

acolher a idéia, esboçada em alguma doutrina, do cumprimento da sentença como mera fase do processo<sup>6</sup>, segundo explicitado na ementa da Lei nº 11.232. Daí não mais se definir sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo”, como estava na redação original do art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil, mas tão-somente como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269” do próprio Código, segundo a nova redação do dispositivo. É que o processo doravante nem sempre termina com a sentença, por vezes prosseguindo, para o cumprimento do julgado, quando, por exemplo, condenado o réu. A mesma idéia explica haver sido suprimida a referência à extinção do processo, no *caput* do art. 269, substituída pela singela alusão a “resolução de mérito”, bem como haver sido eliminada a locução “cumpre e acaba o ofício jurisdicional”, do art. 463, *caput*, suplantada pela circunstância de que o ofício prossegue, dentro do mesmo processo – e não mais em outro, o de execução, como ocorria antes –, para cumprimento da decisão tomada.

No processo do trabalho chega-se a tal resultado com maior facilidade e menor resistência. O tratamento dispensado pela Consolidação das Leis do Trabalho ao cumprimento das sentenças, inclusive com possibilidade de sua promoção de ofício (art. 878), já levava doutrina e jurisprudência a negarem a autonomia da execução<sup>7</sup>, a despeito de regras como a do art. 789-A da própria Consolidação.

No que toca aos demais pontos da Lei nº 11.232, raros são os casos, no processo do trabalho, de pedido de emissão de declaração de vontade ou mesmo de compromisso de celebração de contrato, suscetível de execução específica. Adquire, em conseqüência, menor importância a consideração dos novos arts. 466-A a 466-C do Código de Processo Civil. De todo modo, quando admissíveis as referidas espécies de tutela no campo trabalhista, como, por exemplo, no caso de concessão de atestado liberatório do passe para atleta profissional<sup>8</sup>, o processo observa o

---

a execução das sentenças de condenação se colasse à sentença mesma, não desapareceria. Seria o mesmo processo para duas ações! Mais: para duas pretensões, uma das quais somente se faz valer com a sentença sobre a outra. Vestir de calças uma mulher não é fazê-la homem” (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 1949. p. 43-44). De idêntico modo, outra vez apenas exemplificativamente, entre tantos autores que poderiam ser referidos, COSTA, Lopes da. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1959. p. 43 e ss.; MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1959. p. 117; BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 25.

6 Cf. Crisanto Mandrioli, *L'azione esecutiva – contributo alla teoria unitaria della azione e del processo*. Milano: Giuffrè, 1955, *passim*, mas, especialmente, n. 49, p. 272 e ss.

7 Assim, por exemplo, ALMEIDA, Isis de. *Manual da prescrição trabalhista*. São Paulo: LTr, 1990. p. 65. Na jurisprudência, cf. TRT 2ª R., 3ª T., Proc. 37.810/1991-6, Rel. Juiz Francisco Antonio de Oliveira, DJSP 17.12.1992.

8 Art. 31 da Lei nº 9.615.

preceituado nos mencionados dispositivos legais, sem prejuízo de deferimento de provimento de urgência<sup>9</sup>.

Já o regime da liquidação de sentença, decorrente dos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil, embora mais simples do que o adotado pela Consolidação das Leis do Trabalho, tem sua aplicação no processo trabalhista, comprometido pela existência de regulamentação expressa para a matéria. Permite o legislador trabalhista, conquanto não obrigue, o contraditório prévio em torno do crédito exequível (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 879, § 2º), com reiteração da discussão em embargos à execução (idem, art. 884, § 4º), com inútil e quase sempre vazia repetição de atos, destinada, apenas, a permitir, mais adiante, a interposição de recurso, cujo objeto é a conta de liquidação (ibidem, art. 897, *a*). Melhor, sem dúvida, o critério do art. 475-B do Código de Processo Civil, com liquidação feita pelo credor, sujeita, porém, a controle judicial, destinado a evitar excessos (art. 475-B, § 3º).

A regra do art. 475-B, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, ao contrário, admite invocação subsidiária no processo do trabalho, como decorrência do dever de colaboração e de lealdade<sup>10</sup>, como mostra a construção jurisprudencial elaborada em hipótese assemelhada, correspondente ao inciso I da Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho. Do mesmo modo, a simples intimação das partes para o incidente de liquidação (art. 475-A, § 1º) já era prevista no processo do trabalho (879, §§ 1º-B e 2º). Permanece, todavia, a irrecorribilidade imediata da sentença de liquidação no processo do trabalho, nos termos do art. 884, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, afastada a interposição de agravo, prevista no art. 475-H do Código de Processo Civil.

A imposição de ônus adicional de 10% no caso de inadimplemento da condenação no pagamento de quantia certa, na forma do art. 475-J do Código de Processo Civil, busca tornar menos interessante, do ponto de vista econômico, a mora do devedor. Afinal, caso se execute pouco mais ou menos o mesmo valor que deveria ser pago voluntariamente, é desprezível a vantagem decorrente do pronto cumprimento do julgado. Como nota Gordon Tullock, em termos gerais, “*the payment which will be extracted by the court proceedings may be sufficient to deter violation of the contract*”<sup>11</sup>. Substitua-se a alusão a contrato por sentença

- 9 Na jurisprudência: “Mandado de segurança. Atleta. Liminar. Entrega do atestado liberatório do passe. Não é ilegal a decisão que, apreciando pedido liminar, determina a imediata entrega do atestado liberatório do passe ao atleta, quando evidenciada a mora contumaz a que se refere o art. 31 da Lei nº 9.615/1998, configuradora da rescisão indireta [...] evidenciada a mora contumaz, o atleta faz jus ao atestado liberatório do passe, de acordo com o disposto no art. 31 da Lei nº 9.615/1998 [...]”. (TRT 3ª R., SE-MS 43/1999, Reª Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG 03.06.1999)
- 10 A propósito, com referência ao princípio da cooperação, FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil* – conceito e princípios gerais à luz do Código revisto. Coimbra: Coimbra, n. 8, 1996. p. 149 ss.
- 11 *Trials on trial – the pure theory of legal procedure*. New York: Columbia University Press, 1980. p. 17. Ainda sobre o tema, POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, 1998. p. 630.

condenatória e a proposição explica a regra do art. 475-J. E no processo do trabalho, ante a natureza geralmente alimentar do crédito exequendo, sua rápida satisfação é ainda mais importante, o que ficaria facilitado pela aplicação da providência agora inserida no texto do Código de Processo Civil. O art. 880, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se refere, porém, a nenhum acréscimo para a hipótese de não-satisfação voluntária do crédito exequendo, o que leva a afastar-se a aplicação subsidiária, *in malam partem*, da regra do art. 475-J do Código de Processo Civil. Solução diversa, ainda que desejável, do ponto de vista teórico, depende de reforma legislativa<sup>12</sup>.

A avaliação do bem penhorado pelo próprio oficial de justiça, providência simplificadora do procedimento de penhora, prevista no § 2º do art. 475-J do Código de Processo Civil, inspira-se na experiência trabalhista em que é adotada, com bons resultados, desde a Lei nº 5.442, com a criação do cargo de oficial de justiça avaliador, por meio de redação dada ao art. 721 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A possibilidade de processamento do pedido de cumprimento do julgado, a critério do exequente, perante o juízo da localidade em que se encontram os bens sujeitos a expropriação ou o juízo do domicílio do executado, nos termos do parágrafo único do art. 475-P, certamente facilita o andamento da execução. No processo do trabalho, porém, contrasta com o disposto no art. 877 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A disposição do art. 475-Q mostra-se compatível com o direito processual do trabalho, a justificar a ordem judicial de constituição de capital ou de inclusão em folha de credor com direito a prestação periódica, como é o caso de empregado vitimado por acidente de trabalho, com perda ou redução da capacidade de trabalho.

O novo regime de defesa do executado, com oposição por meio de simples impugnação (art. 475-L), e não mais com a figura dos embargos, discrepa da regra do art. 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, na qual há previsão dos embargos como meio de reação à execução e, ainda, com o disposto no art. 789-A, V, da mesma Consolidação. A invocação suplementar das matérias suscetíveis, referidas nos incisos I a VI do art. 475-L, todavia, continua pertinente. O rol do art. 884, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, limitado e imperfeito, é apenas aparentemente exaustivo. Nele se contém “verdadeira omissão legislativa, dando margem à aplicação subsidiária do direito processual comum”<sup>13</sup>. Excetua-se, todavia, o § 1º do art. 475-L, o qual, embora reproduzido no § 5º do art. 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, é inconstitucional, de modo que não há como ser invocado<sup>14</sup>.

12 No mesmo sentido, tanto no que diz respeito à conveniência teórica da medida como no tocante à sua não-aplicação imediata no processo do trabalho, PINTO, José Augusto Rodrigues. Compreensão didática da Lei nº 11.232, de 22.12.2005. *Revista LTr*, ano 70, n. 3, p. 313.

13 Sobre o tema, MALLETT, Estevão. Preço vil e processo do trabalho. In: *Temas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 130.

14 Para desenvolvimento do assunto, MALLETT, Estevão. A dupla inconstitucionalidade do § 5º do art. 884 da CLT. In: *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005. p. 245 ss.

Já a exigência de indicação, pelo executado, do valor correto da execução, prevista no § 2º do mesmo art. 475-L, encontra paralelo na regra do art. 879, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que condiciona o exame da contestação dos cálculos de liquidação, antes da expedição do mandado, à apresentação dos “itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão”. Se o executado não apresenta o valor que entende devido, sua impugnação não deve ser examinada no mérito<sup>15</sup>.

A disciplina da execução provisória, prevista no art. 475-O do Código de Processo Civil, é parcialmente compatível com o processo do trabalho. O inciso I é aplicável subsidiariamente. A menor capacidade econômica do empregado, que pode nem se configurar em dada situação, não o exime de indenizar o executado dos prejuízos causados em caso de reforma ou anulação da sentença. Admite-se, isso sim, que não tenha, concretamente, condições de fazê-lo por incapacidade econômica, o que é algo bem diverso do estabelecimento indiscriminado de isenção de responsabilidade. Também o inciso II pode ser invocado em processo trabalhista, até porque traduz desdobramento de princípio mais geral, relacionado com existência de nexo de dependência entre a execução e a sentença. Já o inciso III, associado com as hipóteses de dispensa de caução para levantamento de valores – que tanto significado teria no processo do trabalho – colide com o disposto no art. 899, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que somente permite o prosseguimento da execução provisória “até a penhora”<sup>16</sup>. Eis mais um ponto em que o avanço alcançado no processo civil precisa ser levado ao processo do trabalho, mediante reforma legislativa, onde é ainda mais necessário e pertinente. Outro corresponde à eficácia agora normalmente não suspensiva da impugnação à execução, ressalvados os casos de relevante risco de “grave dano de difícil ou incerta reparação” (art. 475-M, *caput*). Passa-se, assim, do sistema de suspensão *ope legis* da execução, por conta do simples recebimento dos embargos, nos termos do art. 739, § 1º, do Código de

---

15 Assim a jurisprudência: “Preclusão. Impugnação aos cálculos de liquidação. O escopo do § 2º do art. 879 da CLT é, de um lado, impedir a protelação injustificada da execução e, de outro, permitir o pronto pagamento dos valores incontroversos apurados na conta de liquidação de sentença. Por conseguinte, se o executado rebela-se contra a conta elaborada, deverá indicar, de forma fundamentada, os itens e valores objeto de sua discordância, exatamente para viabilizar uma possível execução parcial” (TRT 4ª R., 2ª T., AP 00928.005/1991-7, Rel. Juiz Paulo Caruso, J. 31.03.1998, DJ 20.04.1998) e “Art. 879, § 2º, da CLT. Delimitação dos valores impugnados pelo exequente. Preclusão inexistente. Ao executado incumbe definir a parte incontroversa da conta impugnada, visto que, ao discordar do *quantum* apurado, com o intuito de reduzi-lo, somente apontando o montante sobre o qual não pesam quaisquer divergências é que se tornará possível a execução imediata da parte remanescente até o final, na forma preconizada em lei” (TRT 4ª R., 4ª T., AP 02117.005/1990-0, Rel. Juiz Fabiano de Castilhos Bertoluci, J. 31.01.2001, DJ 05.03.2001).

16 Em sentido diverso, Manoel Antonio Teixeira Filho afirma aplicar-se ao processo do trabalho a regra do art. 475-O, III, do Código de Processo Civil, embora tenha antes escrito: “Na execução provisória, excluída a avaliação, nenhum outro ato processual deverá ser praticado posteriormente à penhora”. (As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho. *Revista LTr*, ano 70, n. 3, p. 292 e 286, respectivamente)

Processo Civil, para o sistema de suspensão por decisão judicial, quando justificável a medida, tal como se dá, de modo assemelhado, no Direito italiano<sup>17</sup>. Na Consolidação das Leis do Trabalho, diversamente, há previsão de efeito suspensivo *ex lege* para os embargos, por conta da regra do art. 886, § 2º, que condiciona o prosseguimento da execução à decisão afirmativa da subsistência da penhora.

Digna de nota, ainda, a extensão às peças necessárias à formação da carta de sentença da prerrogativa do art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil, na forma do § 3º do art. 475-O. Nada justifica a manutenção da exigência, existente hoje no processo do trabalho e sem o respaldo do direito comparado, de autenticação dessas peças por ato de serventuário, com pagamento de emolumentos, nos termos do art. 789-B da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>18</sup>. Melhor seria, aliás, a edição de regra ainda mais abrangente, a permitir a autenticação de peças processuais em geral por declaração da parte ou do advogado, ressalvado o direito de impugnação pela parte contrária, na linha do Projeto de Lei nº 4.730/2004<sup>19</sup>.

### 3 AGRAVOS DE INSTRUMENTO E RETIDO

Pouco há de aplicável ao processo do trabalho na Lei nº 11.187, que modificou o regime de interposição e processamento dos agravos. Na verdade, a tendência à restrição ao cabimento do agravo de instrumento, com sua crescente substituição pelo agravo retido, já presente na Lei nº 10.352 e novamente manifestada na Lei nº 11.187, aproxima cada vez mais o processo civil do sistema recursal do processo do trabalho, no qual a impugnação de quase todas as interlocutórias, excetuadas as decisões que indeferem o processamento de recurso e algumas poucas outras<sup>20</sup>, é

17 Dispõe o art. 624, do *Codice di Procedura Civile* italiano, sob a rubrica *Sospensione per opposizione all'esecuzione*: “Art. 624. Se è proposta opposizione all'esecuzione a norma degli articoli 615 secondo comma e 619, il giudice dell'esecuzione, concorrendo gravi motivi, sospende, su istanza di parte, il processo con cauzione o senza. Il giudice sospende totalmente o parzialmente la distribuzione della somma ricavata quando sorge una delle controversie previste nell'articolo 512”. Para o exame da abrangência do dispositivo, cf. ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al codice di procedura civile*. Napoli: Jovene, v. III, 1957. p. 383-386.

18 Interessante lembrar, a título ilustrativo, que o Código suíço das obrigações estatui, em seu art. 343, terceira alínea: “*Dans les litiges (résultant du contrat de travail) [...], les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires [...]*”. Já na Lei Orgânica do Trabalho da Venezuela encontra-se dispositivo assim redigido: “*Artículo 14. Estarán exentos de los impuestos de timbres fiscales y de cualquier otra contribución fiscal, todos los actos jurídicos, solicitudes y actuaciones que se dirijan a los funcionarios administrativos o judiciales del Trabajo o se celebren ante ellos. Los servicios de estos funcionarios serán gratuitos para trabajadores y patronos, salvo disposición especial.*”

19 O citado projeto pretende dar ao art. 830 da Consolidação das Leis do Trabalho a seguinte redação: “Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.” (NR).

20 Também são exceção à regra geral de irrecorribilidade imediata das interlocutórias as hipóteses referidas na Súmula nº 214 do Tribunal Superior do Trabalho e o chamado pedido de revisão do valor

feita de forma diferida, ao ensejo da interposição do recurso ordinário ou de recurso de revista (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 893, § 1º), impondo a jurisprudência, para evitar a preclusão, supostamente emergente do art. 795 da Consolidação das Leis do Trabalho, oferecimento de protesto nos autos, lançado oral ou verbalmente<sup>21</sup>, protestos que nada mais são do que forma atípica de agravo retido.

O papel do agravo de instrumento cível, no caso de decisão “susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” (art. 522, *caput*, do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 11.187), é desempenhado, no processo do trabalho, ante os restritos termos do art. 897, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo mandado de segurança<sup>22</sup> ou, ainda, pela correção parcial. É evidente, porém, que não há como aplicar a tais medidas a conversão prevista no art. 527, II, do Código de Processo Civil. A diversidade de regimes é demasiado significativa para que tenha ela lugar.

#### 4 AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ

Muitas das outras modificações trazidas ao Código de Processo Civil envolvem ampliação, em diferentes domínios, dos poderes do juiz na condição do processo. É o que se vê no parágrafo único do art. 112 e nos arts. 219, § 5º, 285-A e 518, § 1º.

A cláusula de eleição de foro não é compatível com o processo do trabalho. O art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho não deixa espaço para escolha do foro competente<sup>23</sup>, na linha, aliás, do que se vê, como regra geral, no direito

da causa, a ser interposto antes de proferida a sentença, na forma do § 1º do art. 2º da Lei nº 5.584. Sobre o pedido de revisão, escassamente tratado em doutrina, cf. MALLET, Estevão. Procedimento nas causas de alçada. *Apontamentos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 144 ss.

- 21 Veja-se, nessa linha, o seguinte julgado: “Nulidade. Momento para argüir. Nos termos do art. 795, *in fine*, da CLT, a parte ofendida deve se manifestar sobre a nulidade na primeira oportunidade em que atuar nos autos. Dessa forma, deve ela consignar seu protesto em audiência, tão logo vislumbre qualquer circunstância que possa gerar a nulidade do ato processual, pois seu silêncio acarreta a preclusão” (TRT 12ª R., 2ª T., Ac. 12.029/1998, Rel. Juiz Roberto B. Leite, DJSC 03.12.1998, p. 92, *Revista do Direito Trabalhista*. 1/1999, p. 64).
- 22 “Mandado de segurança. Execução de parte do crédito que não foi objeto de recurso. Art. 897, parágrafo primeiro, da CLT. O parágrafo primeiro do art. 897 da CLT permite a execução imediata, até final, da parte do crédito que não constitui objeto do recurso de agravo de petição, sendo o mandado de segurança medida cabível para liberar parte incontroversa do crédito que o juiz se nega a entregar ao exequente, tendo em vista a situação especialíssima na qual o remédio processual adequado não poderia produzir o eficaz e pronto efeito que o caso, pelo seu conteúdo, natureza e gravame está a exigir.” (TRT 3ª R., SE-MS 301/1997, Rel. Juiz Renato Figueiredo, DJMG 09.01.1998, p. 5)
- 23 “O foro de eleição não é admissível na Justiça do Trabalho [...]” (TST, 1ª T., RR 863/1974, Rel. Coqueijo Costa, Ac. 935/1974, *Revista LTr* 38/613). Mais recentemente: “Justiça do trabalho. Competência territorial. Foro de eleição. Dissídio individual. Art. 651, § 3º, da CLT. 1. Ilegal e inoperante no pro-

comparado<sup>24</sup>. De outro lado, o reconhecimento da incompetência territorial, em geral, depende de alegação do reclamado<sup>25</sup>. A regra do art. 795, § 1º, da CLT dirige-se apenas à hipótese de incompetência absoluta<sup>26</sup>. Logo, não há como aplicar o parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil em litígio trabalhista. Já a permissão de oferecimento da exceção de incompetência no juízo do domicílio do réu (parágrafo único do art. 305) para remessa ao juízo da citação, ainda que facilite o acesso à justiça, é, regra geral, incompatível com a necessidade de presença do reclamado à audiência, para que seja recebida sua defesa ou exceção (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 843 e 844), não bastando o comparecimento apenas de advogado, ainda que com amplos poderes de representação, como se infere da Súmula nº 122 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>27</sup>. Remanesce a possibilidade de

cesso trabalhista a eleição de foro em detrimento do empregado, eis que imperativas e de ordem pública as normas do art. 651 da CLT, ditadas no escopo manifesto de propiciar acessibilidade e facilidade na produção da prova ao litigante economicamente hipossuficiente [...]” (TST, SBDI-2, Ac. 5.167/1997, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 06.03.1998, p. 243).

- 24 O art. R. 517-1, do Código do Trabalho da França, depois de fixar a competência territorial do *Conseil de Prud'hommes* de acordo com o local em que situado o estabelecimento ou em que prestado o serviço, estatui: “*Toute clause qui directement ou indirectement déroge aux dispositions qui précèdent est réputée non écrite*”. Na mesma linha o *Codice di Procedura Civile* italiano, ao tratar da competência territorial para os litígios trabalhistas, assenta, no art. 413, n. 5: “*Sono nulle le clausole derogative della competenza per territorio*”. Já o art. 19 do Código de Processo do Trabalho de Portugal, sob a rubrica “Nulidade dos pactos de desaforamento”, preceitua: “São nulos os pactos ou cláusulas pelos quais se pretenda excluir a competência territorial atribuída pelos artigos anteriores”. Daí haver decidido a Relação de Coimbra: “É nula a cláusula do contrato de trabalho de um futebolista profissional que atribui competência a certa comarca para resolução de qualquer litígio relativo a tal contrato” (RC, Acórdão de 22.04.1993, BMJ 426-534 apud ABÍLIO NETO, *Código de processo do trabalho anotado*. Lisboa: Ediforum, 2000. p. 35). Excepcional, como se vê, o quadro vigente nos Países Baixos, em que se considera admissível a derrogação convencional da competência territorial estabelecida para as ações trabalhistas (cf. VILLEBRUN, Jacques; QUÉTANT, Guy-Patrice. *Les juridictions du travail en europe*. Paris: LGDJ, 1992. p. 131). Já nos Estados Unidos a cláusula de eleição de foro, embora em tese admissível, fica sujeita à censura judicial, como assinalado na seguinte decisão: “*Although not even a 'mandatory' forum selection clause can completely eliminate a court's discretion to make appropriate rulings regarding choice of forum, the modern trend is to enforce mandatory forum selection clauses unless they are unfair or unreasonable [...]*” (*Berg v. MTC Electronics Technologies Co.* (1998), 61 Cal. App. 4th, p. 358).
- 25 A competência territorial, no caso de dissídio coletivo, é de caráter absoluto, de modo que pode ser pronunciada de ofício.
- 26 CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 585. Na jurisprudência: “Conflito de competência. Competência territorial. Modificação *ex officio*. A incompetência *ex ratione loci* na Justiça do Trabalho é relativa, devendo ser argüida pelas partes através de exceção [...]” (TRT 10ª R., Pleno, CC 6/1999, Rel. Juiz Isaú Joaquim Chacon, DJDF 14.05.1999, p. 4). A exclusão da possibilidade de eleição de foro no processo do trabalho, já antes examinada, não transforma a competência territorial em absoluta. Como mostra Francesco Luiso, tal exclusão apenas afasta “*accordi pre- ed extraprocessuali [...] ma niente dispone a proposito dei comportamenti che le parti stesse possano tenere all'interno di processo*” (*Il processo del lavoro*, Torino: UTET, 1992. p. 77). Em sentido diverso, todavia, cf. *Montesano e Vaccarella, Diritto processuale del lavoro*. Napoli: Jovene, 1982. p. 99.
- 27 A súmula tem a seguinte redação: “A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração, podendo ser ilidida a revelia

aplicação da regra, apenas, em execução, especialmente quando não observado o disposto no art. 877-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Incompatível com o processo do trabalho é a regra do art. 285-A do Código de Processo Civil, que confere ao juiz a prerrogativa de, quando houver proferido sentença de improcedência em outros casos idênticos, dispensar a citação do reclamado, bastando que reproduza sua anterior decisão. No processo do trabalho a citação se faz independentemente de prévia cognição judicial, por ato de serventuário, na forma do art. 841, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. O exame da matéria controvertida pelo juiz se dá em audiência, depois de já citado o reclamado<sup>28</sup>.

A súmula impeditiva de recurso é aplicável ao processo do trabalho, de modo que pode ter lugar a invocação subsidiária do art. 518, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, substituindo-se, todavia, a referência ao Superior Tribunal de Justiça por Tribunal Superior do Trabalho. Cumpre não perder de vista, de todo modo, a remota possibilidade de utilização do óbice. Sua incidência supõe esteja toda a sentença em conformidade com súmula. Se parte da sentença resolver matéria não sumulada, ainda que outra parte esteja em harmonia com súmula, não há como obstar o seguimento do recurso. Pois bem, é freqüente, no processo do trabalho, a cumulação, na mesma ação, por conta de um único fato ou de uma só relação jurídica, de vários pedidos. Em conseqüência, desdobra-se a sentença, necessariamente, em diferentes partes, muitas das quais não envolvem apenas matéria de direito. É o caso, por exemplo, do empregado que reclama pagamento de horas extras, equiparação salarial e incidência de FGTS sobre aviso prévio indenizado. Ainda que a sentença, ao deferir o pedido de pagamento FGTS, esteja em conformidade com a Súmula nº 305 do Tribunal Superior do Trabalho, o recurso ordinário do empregador, em que discutida também a condenação no pagamento de horas extras, diante da prova colhida, não terá como ser denegado. A impossibilidade do recebimento do recurso apenas em parte impõe o seu processamento integral, inclusive no tocante à parte em que seria pertinente a invocação da restrição do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil.

Ainda no tocante à súmula impeditiva de recurso, a interpretação do óbice criado pelo legislador há de ser feita de modo estrito, como convém às normas derogatórias do direito comum<sup>29</sup> – que corresponde ao cabimento do recurso – e limitativas do exercício de prerrogativas legais. Daí que o fato de estar a sentença

mediante a apresentação de atestado médico, que deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção do empregador ou do seu preposto no dia da audiência”.

28 Em sentido contrário, todavia, cf. HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita. O julgamento do mérito da demanda antes da angularização do processo (aplicação subsidiária do art. 285-A do CPC – *in vacatio legis*). *Revista LTr*, ano 70, n. 3, p. 357 ss.

29 Sobre a interpretação restritiva de normas derogatórias do direito comum, com indicação de precedentes jurisprudenciais, cf. CÔTÉ, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990. p. 482.

em conformidade com verbete jurisprudencial outro que não Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, como Orientação Jurisprudencial, Precedente Normativo ou Instrução Normativa, não dá margem a que se indefira o processamento da impugnação.

A Consolidação das Leis do Trabalho, embora fixe prazos e estabeleça hipóteses de não-fluência do lapso temporal, não disciplina o problema da possibilidade ou não de pronunciamento, de ofício, da prescrição, o que permite a aplicação, ao processo do trabalho, do disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, tanto mais diante da revogação expressa do disposto no art. 194 do Código Civil. É certo, no entanto, que a nova diretriz, compreensível no direito comum, como medida de economia de atividade processual<sup>30</sup>, suscita mais graves problemas no campo trabalhista. Tudo porque a própria fluência da prescrição, durante a vigência do contrato de trabalho, é teoricamente bastante questionável. O transcurso da prescrição supõe possa o titular do direito “exigir o ato, ou a omissão”<sup>31</sup>. Antes da exigibilidade não há prescrição<sup>32</sup>, como evidencia, por exemplo, a regra do art. 149 da Consolidação das Leis do Trabalho. Durante a vigência do contrato de trabalho, conquanto, do ponto de vista formal, possa o empregado exigir desde logo os direitos a que faça jus, a realidade é diversa, diante da inexistência de proteção contra a dispensa imotivada. Raríssimas as ações em que o trabalhador cobra parcelas do seu atual empregador. Nem mesmo as pretensões previstas de modo expreso na lei, como nos casos dos arts. 137, § 1º, e 659, IX, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, dão margem concretamente a ajuizamento de processos, salvo quando tem o empregado alguma forma de estabilidade ou quando pretende ser dispensado sem justa causa. Melhor faria o legislador, pois, se deixasse, quando menos no campo da relação de emprego, apenas ao devedor a iniciativa de suscitar a prescrição<sup>33</sup>.

A regra do art. 515, § 4º, do Código de Processo Civil constitui desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas e mesmo da economia processual<sup>34</sup>. É perfeitamente compatível com o processo do trabalho, tendo em conta, inclusive, a previsão mais ampla do art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A concessão de provimentos de urgência em ação rescisória, nos termos da nova redação do art. 489 do Código de Processo Civil, não é novidade no processo

30 BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Terceira fase da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Método, v. 2, 2006. p. 63.

31 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 6, 1955. p. 114.

32 JOSSERAND. *Cours de droit civil positif français*. Paris: Sirey, v. II, 1933. p. 571.

33 Para o exame, também sob prisma crítico, da prescrição no Uruguai, após a Lei nº 16.906, de 7 de janeiro de 1998, veja-se o excelente estudo de Mario Garmendia Arigón, *Cinco temas sobre prescripción de los créditos laborales*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, *passim*.

34 BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Op. cit.*, p. 20.

do trabalho. Está amparada na Súmula nº 405 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>35</sup>, e se justifica pelo propósito de assegurar a utilidade do provimento pedido na ação rescisória, pelo que decorre, no fundo, da garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição<sup>36</sup>, bem como do novo inciso LXXVIII, adicionado ao mesmo art. 5º pela Emenda Constitucional nº 45.

## 5 PREVENÇÃO

As novas hipóteses de prevenção, em caso de reiteração do pedido ou de identidade de ações, procuram impedir a escolha, pelo autor, do órgão judiciário de sua conveniência, com burla dos critérios impessoais de distribuição dos processos, cuja preservação já levou a jurisprudência a negar a possibilidade de admissão de litisconsortes ativos facultativos depois de distribuída a ação<sup>37</sup>. A preocupação não é exclusividade do processo civil. Pelo contrário, está presente também no processo do trabalho, tanto que já se superou, há muito tempo, o teor literal do art. 783 da Consolidação das Leis do Trabalho, para admitir a distribuição de reclamações não “pela ordem rigorosa de sua apresentação ao distribuidor”, mas, sim, por meio de sorteio. Assim, é aplicável, também no processo do trabalho, o art. 253 do Código de Processo Civil, como já concluía a doutrina antes da reforma legislativa<sup>38</sup>.

## 6 SIMPLIFICAÇÃO

Contêm as novas regras do Código de Processo Civil, ainda, algumas normas que dispensam providências ou simplificam a prática de atos processuais, de modo a facilitar o acesso à justiça e a adaptar a legislação à realidade presente. É o que se vê no parágrafo único do art. 506, a permitir seja o protocolo do recurso realizado “em cartório ou segundo a norma de organização judiciária”. Convalidam-se, assim, os sistemas de protocolo integrado, que admitem a apresentação de petições mesmo em serventia outra que não aquela vinculada ao juízo em que tramita o processo.

---

35 “Ação rescisória. Liminar. Antecipação de tutela. I – Em face do que dispõe a MP 1.984-22/2000 e reedições e o art. 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda. II – O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acatelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória.”

36 Para maior desenvolvimento do ponto, cf. MALLET, Estevão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, n. 2, 1999. p. 19 ss.

37 STJ, 2ª T., REsp 769.884/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 28.03.2006, pendente de publicação. Negando, em termos gerais, a possibilidade de formação ulterior do litisconsórcio, no caso, WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006. p. 50.

38 No mesmo sentido, GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109. Em matéria de prevenção, cf., no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o art. 10 do Provimento GP/CR 1/2005, com a redação dada pelo Provimento GP/CR 6/2005.

No processo do trabalho já se adota, há algum tempo, em vários tribunais regionais, a prática, que faz todo o sentido, tanto mais em litígio em que quaisquer custos adicionais para a atuação do empregado em juízo que podem resultar em denegação de justiça. Aliás, bem andou o Tribunal Superior do Trabalho ao cancelar a formalista Orientação Jurisprudencial nº 320 da Subseção de Dissídios Individuais I<sup>39</sup>, que tantos incidentes ocasionou e que, agora, ainda mais carente de fundamentos estaria.

A nova redação do *caput* do art. 322 do Código de Processo Civil, outra medida de simplificação, não é compatível com o processo do trabalho. Ao revelar assegurou o art. 852 da Consolidação das Leis do Trabalho o direito de ser notificado da sentença<sup>40</sup>, por meio de registro postal, com franquia, providência cuja falta gera nulidade<sup>41</sup>.

A admissão, pelo parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil da prática de atos processuais e de sua comunicação por meio eletrônico não causa nenhuma surpresa. É inevitável prover a adaptação do direito às novas realidades. O direito, “*qui est action incessamment progressive*”, nas palavras de Geny<sup>42</sup>, não pode escapar às influências decorrentes das transformações que se verificam na sociedade. Pelo contrário, como pondera Demogue, “*le droit, pour se conformer à cette loi de continuel devenir qui régit la société, doit donc se plier à certaines transformations, l'évolution de la société amène nécessairement une évolution du droit*”<sup>43</sup>. Se hoje já é possível transferir valores e efetuar pagamentos eletronicamente, se já é possível prestar contas à Secretaria da Receita Federal também por meio eletrônico, se já é igualmente possível obter certidões, inclusive, públicas na Internet, não faria sentido ficasse apenas o direito processual alheio à nova realidade.

39 “Sistema de protocolo integrado. Norma interna. Eficácia limitada a recursos da competência do TRT que a editou. Art. 896, § 1º, da CLT. 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.”

40 “Agravado de petição. Nulidade da citação inicial argüida em embargos à execução. No processo trabalhista, em caso de revelia, por força do art. 852 da CLT, é obrigatória a intimação do revel da sentença prolatada nos autos [...]” (TRT 23ª R., AP 00331-2000-021-23-00-3, Rel. Juiz José Simioni, J. 30.03.2004, DJMT 29.04.2004)

41 “Ausência de intimação da sentença. Revelia. Inaplicável o disposto no art. 39, II, do CPC. Nulidade. Ao réu que, regularmente citado, não comparece à audiência para oferecer contestação e, por isso, é considerado revel e, cuja intimação da sentença é devolvida com a informação ‘mudou-se’, não se aplica o disposto no art. 39, II, do CPC, eis que o ônus decorrente do aludido dispositivo legal somente se aplica ao advogado ou à parte, quando esta postula em causa própria, já praticou qualquer ato no processo, o que incoerreu na hipótese e, em consequência, impondo-se a aplicação do preconizado no art. 852 *in fine*, combinado com o art. 841, § 1º, ambos do diploma consolidado, sob pena de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, configurando-se a nulidade suscitada.” (TRT 15ª R., 3ª T., RO 6.618/1999, Rel. Juiz Samuel Corrêa Leite, Ac. 22.421/2000, J. 04.07.2000, DOE 04.07.2000)

42 *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Sirey, [s.d.], v. III, n. 190, p. 41.

43 *Les notions fondamentales du droit privé – essai critique*. Paris: Éditions la mémoire du droit, 2001, p. 88.

O processo, deixando de lado os formalismos desnecessários, garantida a necessária segurança jurídica, tinha de se adaptar aos avanços da tecnologia, como prognosticava, já em 1995, Jacques Doucède, ao observar que “*la dématérialisation des documents [...] finira par s’imposer aussi dans notre monde judiciaire*”<sup>44</sup>. E isso vinha mesmo ocorrendo. Na Inglaterra, por exemplo, as *Civil Procedure Rules*, editadas em 1998, previram, na *rule* 32.3, ao disciplinar a produção da prova testemunhal: “*The court may allow a witness to give evidence through a video link or by other means*”<sup>45</sup>. Analogamente, na Alemanha, a reforma empreendida no Código de Processo Civil, no ano de 2001, fez com que, concordando as partes, seja substituída a audiência, normalmente realizada na sede do juízo, por vídeo-conferência<sup>46</sup>. Já em Portugal, desde a reforma de 1995 o Código de Processo Civil prevê a prática de atos processuais por “meios telemáticos”<sup>47</sup>, possibilidade que se tornou mais ampla após o Decreto-Lei nº 183/2000, em que, com a nova redação dada ao art. 150, sob a rubrica “entrega ou remessa a juízo das peças processuais”, estatui-se, nos nºs 2 e 3:

“2. Os articulados, requerimentos, respostas e as peças referentes a quaisquer actos que devam ser praticados por escrito pelas partes no processo podem ser: [...] c) Enviados através de telecópia ou por correio electrónico, sendo neste último caso necessária a aposição da assinatura digital do seu signatário, valendo como data da prática do acto processual a da sua expedição. 3. Quando as partes praticarem os actos processuais através de telecópia ou correio electrónico, remeterão ao tribunal no prazo de cinco dias, respectivamente, o suporte digital ou a cópia de segurança, acompanhados dos documentos que não tenham sido enviados.”

No âmbito trabalhista, o Tribunal do Trabalho da 2ª Região – como vários outros – já havia disciplinado, antes da Lei nº 11.280, o envio de petições por meio eletrônico, mediante “assinatura eletrônica (senha certificada)”, dispensadas

44 *Les solutions d’organisation matérielle em Le temps dans la procédure*. Paris: Dalloz, 1996. p. 49.

45 A propósito, cf. SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 496. Na doutrina nacional, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. In: *Temas de direito processual* (sétima série). São Paulo: Saraiva, 2001. p. 187.

46 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 202. Lembre-se, todavia, que a jurisprudência norte-americana, no campo do processo penal, já negou a possibilidade de depoimento prestado por meio de vídeo, tendo em conta a garantia de confrontação da testemunha pelo acusado, nos termos da Sexta Emenda à Constituição (“*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him [...]*”). O julgado, proferido pela *United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit (United States of America v. Anita Yates, Anton F. Pusztai*, n. 02-13654), em decisão de 24 de novembro de 2004, anulou decisão condenatória, sintetizando, na conclusão: “*Because the admission of this live, two-way video teleconference testimony violated the Defendants’ Sixth Amendment confrontation rights, we reverse and remand for a new trial*”.

47 Cf. art. 150, segundo a redação dada pelo Decreto-Lei nº 180/1996.

## DOCTRINA

“ratificação posterior perante o juízo destinatário” e “remessa de cópia com assinatura física”<sup>48</sup>. Semelhante procedimento foi convalidado pelo Tribunal Superior do Trabalho em acórdão cuja ementa assinala-se:

“O recurso interposto por meio do sistema de peticionamento eletrônico (PET), apesar de não trazer assinatura física, mas apenas assinatura eletrônica, deve ter reconhecida a sua regularidade de representação, merecendo, portanto, conhecimento.”<sup>49</sup>

Como se vê, a nova regra do parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil apenas acolhe, no campo processual, as novas possibilidades oferecidas pela tecnologia. Deve ser aplicada com largueza, como mais um – e não como o único – expediente à disposição das partes, inclusive no processo do trabalho, no qual já se admitiam documentos eletrônicos, afastando-se, especialmente, interpretação restritiva, segundo a qual apenas os atos praticados de acordo com os parâmetros da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – seriam doravante admissíveis.

---

48 Provimento TRT 2ª R., GP 5/2002. No Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região existe norma semelhante, que prevê a atribuição de “plena validade para todos os efeitos legais, dispensando a apresentação de reproduções por meio físico” a “documentos digitais criptografados, assim considerados aqueles confirmados por meio de certificação digital ou tecnologia assemelhada, e que possuem a garantia de autenticidade e integridade” (arts. 33 e 34, do ato GP 6/2002). Veja-se, ainda, a Resolução nº 152/2000, que regula, no TRT da 8ª Região, “o Cadastro Único de Advogados, o Peticionamento Eletrônico, TRT-Push e a recepção de documentos por *e-mail* e *fac-símile*”. Cf., no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Resolução nº 287, de 2004, que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais.

49 TST, SBDI II, RO-MS 86704/2003-900-02-00.5, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins, J. 30.09.2003, DJU 17.10.2003.

# AJUIZAMENTO DE DISSÍDIO COLETIVO DE COMUM ACORDO

Raimundo Simão de Melo\*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dissídio coletivo de natureza econômica; 2 Dissídio coletivo de greve; 3 Dissídio coletivo jurídico e de manutenção de cláusulas anteriores; Conclusões.

## INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais polêmicos da reforma do Judiciário na Emenda Constitucional nº 45/2004, na Justiça do Trabalho, diz respeito à novidade do ajuizamento do dissídio coletivo de *comum acordo* (CF, art. 114, § 2º). Desse modo, tudo o que se disser neste momento são reflexões, porque finalmente é a jurisprudência, em especial do TST e, por fim, do STF, quem vai definir sobre o verdadeiro alcance e sentido dessa exigência para propositura da ação de dissídio coletivo.

É claro que a doutrina, que tem o privilégio de se pronunciar em primeiro lugar sobre o tema, terá um papel fundamental na busca da melhor interpretação para a novidade introduzida no § 2º do art. 114 da Constituição Federal. Para se chegar a isso, não se pode fazer uma interpretação meramente gramatical do novo dispositivo legal, o qual deve ser analisado dentro do contexto geral do sistema jurídico e, em especial, levando-se em conta o perfil do modelo sindical existente no Brasil, o qual ainda é de sindicatos fracos, desorganizados e sem poder negocial para enfrentar as classes econômicas. Neste ponto, é importante lembrar que mesmo os sindicatos mais fortes, organizados nos grandes centros urbanos, estão encontrando sérias dificuldades para negociar melhores condições de trabalho. Isso se dá em razão do desmonte do Direito do Trabalho, agravado pelo processo de globalização econômica, que obriga os países emergentes a eliminarem conquistas sociais trabalhistas e a evitarem novos pleitos dos trabalhadores.

Em decorrência, entendendo que a alteração concernente ao mútuo consenso para instauração do dissídio coletivo, embora salutar para incentivar a negociação coletiva, deveria ser implementada em conjunto com a reforma sindical, por

---

\* Procurador Regional do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.

Professor de Direito e de Processo do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

meio da qual se pretende fortalecer os sindicatos e priorizar a negociação coletiva. Quando tal ocorrer, conforme o resultado final, é o caso mesmo de se extinguir de vez o poder ou a atividade normativa da Justiça do Trabalho.

### 1 DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA

Estabelece referido dispositivo constitucional que, “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado 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 ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (grifos nossos). O dispositivo refere-se expressamente à ação normativa de natureza econômica, pelo que estão fora do seu alcance as demais formas de dissídio coletivo, como o de greve e o declaratório-jurídico. Como se trata de uma restrição ao acesso ao Judiciário, a sua interpretação deve ser restritiva para abranger somente o dissídio coletivo de econômico *stricto sensu*.

Uma das mais importantes indagações a respeito é se este dispositivo ofende o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que assegura o livre acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, nos termos seguintes: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entendo que não. O princípio da inafastabilidade jurisdicional aplica-se, como estabelece explicitamente o referido dispositivo, às ofensas ou ameaças a direitos. Não é o caso do dissídio coletivo econômico, por meio do qual o que se discute são meros interesses das categorias, especialmente das categorias profissionais, consubstanciados em reivindicações econômicas e sociais, que visam à melhoria das condições de trabalho dos respectivos membros. Não há falar, pois, em ofensa a direito<sup>1</sup>. É o caso, apenas para ilustrar, do pleito de concessão de cesta básica, que o tribunal, ao analisá-lo, poderá concedê-lo ou não, baseando-se tão-somente nos critérios de oportunidade e conveniência, portanto, de forma subjetiva.

Como sustenta Edson Braz da Silva, “O exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho não se presta a julgar lesão ou ameaça a direito. Visa, isso sim, a criar normas e condições de trabalho satisfazendo interesses econômicos e sociais da categoria profissional. Logo, é ilação autorizada pela interpretação sistemática

---

1 Nessa linha de raciocínio, Edson Braz da Silva estabelece a diferença entre direitos e interesses jurídicos: “Interesse corresponde a uma vantagem ou benefício pretendido para a satisfação de um desejo ou necessidade, sem que haja uma norma garantidora dessa satisfação. Por sua vez, direito corresponde a um bem garantido ao indivíduo por uma norma jurídica (lei ou contrato). Por isso, o direito seria passível de ser violado ou sofrer a ameaça de violação, enquanto o interesse não teria essa capacidade, podendo exclusivamente ser contrariado” (Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo frente à Emenda Constitucional nº 45/2004. Palestra proferida no 13º Congresso de Direito e Processo do Trabalho, promovido na cidade de Goiânia/Goiás, em 17.06.2005, pelo IGT).

da Carta Magna a inexistência de divergência entre os preceitos dos seus arts 114, § 2º, e 5º, inciso XXXV. Ao conferir poder normativo à Justiça do Trabalho, o constituinte atribuiu-lhe, de forma excepcional à tradicional divisão republicana de poderes, pequena competência legislativa concorrente e não excludente do Poder Legislativo. Assim, quando a Justiça do Trabalho exerce o poder normativo, ela se afasta da atividade típica de Poder Judiciário e cria, mediante sentença normativa, normas e condições de trabalho como se fosse o próprio Poder Legislativo. Porquanto, a sentença normativa é formalmente uma sentença e materialmente uma lei” (*op. cit.*).

Também pela constitucionalidade da nova exigência, embora por outro fundamento, manifestou-se Otávio Brito Lopes, nos seguintes termos: “A se considerar o Poder Normativo como atividade jurisdicional, não se poderá deixar de reconhecer que a exigência do mútuo consentimento dos atores sociais para deflagrar o Poder Normativo se configura em verdadeiro cerceamento do acesso amplo ao Judiciário, o que seria inadmissível. Em se tratando, entretanto, de arbitragem judicial voluntária, como a nosso ver é a hipótese, não há que se falar em tal inconstitucionalidade, mesmo porque a arbitragem voluntária é de nossa tradição e decorre de nosso ordenamento jurídico (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), haja vista que o Brasil não adota a arbitragem compulsória”<sup>2</sup>.

Argüindo a inconstitucionalidade da expressão *de comum acordo*, existem em andamento perante o STF algumas ações de declaração de inconstitucionalidade (ADIn) movidas por entidades sindicais de trabalhadores, nas quais se argumentam a violação do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que assegura o direito de ação. Numa delas (3.432-4/600/DF) o Procurador-Geral da República já emitiu parecer, negando a inconstitucionalidade alegada, com a seguinte ementa:

“Ação direta de inconstitucionalidade em face do § 2º do art. 114 da Constituição, com a redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. O poder normativo da Justiça do Trabalho, por não ser atividade substancialmente jurisdicional, não está abrangido pelo âmbito normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Assim sendo, sua restrição pode ser levada a efeito por meio de reforma constitucional, sem que seja violada a cláusula pétreia que estabelece o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.”

Fundamenta-se o parecer ministerial em que no dissídio coletivo não há um conflito ou uma lide propriamente dita, porque a pretensão deduzida em juízo não visa a evitar lesão ou a reparar lesão a direito reconhecido pelo ordenamento jurídico. O caráter das suas decisões é substancialmente legislativo, pelo que, no âmbito dos dissídios coletivos de natureza econômica, desempenha a Justiça do Trabalho atividade legislativa, diferenciada em substância da atividade tipicamente juris-

---

2 O poder normativo da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. *Revista LTr*, São Paulo, p. 168.

dicional, que não está abarcada pelo âmbito normativo do inciso XXXV do art. 5º da Constituição.

Ademais, no caso de persistir o impasse nas negociações, é natural que os trabalhadores utilizem o direito coletivo de greve, assegurado constitucionalmente pelo art. 9º da Constituição. A deflagração da greve serve como mais um instrumento de pressão da classe trabalhadora na reivindicação de melhores condições de trabalho, que tem como meta final o estabelecimento do acordo<sup>3</sup>.

Como sabido, o parecer do Ministério Público não vincula o órgão julgador, mas já sinaliza positivamente sobre o acolhimento da modificação constitucional introduzida pela EC 45/2004.

*1.1 O de comum acordo: pressuposto processual ou mais uma condição da ação?*

A meu ver, trata-se a novidade inserida no § 2º do art. 114 da Constituição de pressuposto processual, e não de mais uma nova condição da ação, como já vem sustentando parte da doutrina<sup>4</sup>. Esse pressuposto para o dissídio coletivo de natureza econômica, que abrange as cláusulas econômicas e sociais, não é inconstitucional, embora devesse ser criado juntamente com a reforma de fortalecimento dos sindicatos, como já ressaltado. Como estabelecido esse pressuposto, pode o mesmo trazer mais prejuízos para os trabalhadores, que na grande maioria não contam ainda com sindicatos fortes e organizados para responderem com greve às recusas injustificadas de negociação e consentimento para ajuizamento do dissídio coletivo.

Como sabido, não se confundem os pressupostos processuais com as condições da ação. “Os pressupostos, portanto, são dados reclamados para a análise de viabilidade do exercício do direito de ação, sob o ponto de vista estritamente processual. Já as condições da ação importam o cotejo do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. Os pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual, e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras do direito material”<sup>5</sup>.

Por oportuno, cabe lembrar a existência, no nosso sistema jurídico, de alguns pressupostos processuais semelhantes, aliás, não inquinados de inconstitucionais. Eis alguns deles: a) a prévia negociação coletiva como pressuposto para o ajuiz-

---

3 Tudo depende da força e organicidade do sindicato representativo da categoria profissional respectiva. Como ressalta José Luciano de Castilho Pereira, “se o sindicato obreiro for fraco – estou falando da grande maioria – crítica será a situação dos trabalhadores. Não haverá negociação coletiva, nem greve e nem dissídio coletivo” (A reforma do Poder Judiciário – o dissídio coletivo e o direito de greve. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*, São Paulo: LTr, 2005. p. 249.

4 Ver, nesse sentido, Edson Braz da Silva (op. cit.).

5 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1993. p. 75.

zamento da ação de dissídio coletivo (arts. 114, § 2º, da CF e 616, §§ 2º e 3º, da CLT); b) o transcurso de um ano para ajuizamento da ação revisional de dissídio coletivo (CLT, art. 873); c) o esgotamento das instâncias desportivas privadas nos casos de disciplina e competições, nos termos da lei (CF, art. 217, § 1º)<sup>6</sup>; d) o depósito prévio de 5% sobre o valor da causa, para o ajuizamento da ação rescisória no cível (CPC, art. 488, inciso II).

Respeitando manifestações contrárias, entendo que a inexistência do *comum acordo* para ajuizamento do dissídio coletivo econômico, como indispensável à propositura da ação (CPC, art. 283), significa mais um pressuposto processual, o qual, não atendido, leva ao indeferimento da petição inicial, depois de esgotado o prazo assinado pelo juiz para o cumprimento de tal providência (CPC, art. 284).

Desta forma, a decisão que extinguir o feito por indeferimento da petição inicial, como é óbvio, não resolverá a lide, nem entrará na análise das condições da ação, cabendo a repetição desta, desde que se corrija o defeito que levou à extinção do processo.

### *1.2 Formas de ajuizamento do dissídio coletivo de comum acordo*

Interessante questão sobre o ajuizamento do dissídio coletivo *de comum acordo* diz respeito à forma de cumprimento dessa exigência. Quer dizer, *dissídio de comum acordo* significa petição inicial assinada conjuntamente pelas partes? Ou tal pode ocorrer na resposta do suscitado, de modo expresso ou tácito? A primeira alternativa é, em certos casos, de difícil e até mesmo impossível efetivação, pois, no calor das discussões nas negociações coletivas malogradas, os ânimos se acirram, e as partes não querem ceder reciprocamente. A segunda alternativa parece estar mais de conformidade com os princípios que informam o Direito do Trabalho, como, neste sentido, é a tônica do art. 442 da CLT.

Sobre o tema pronunciou-se José de Luciano Castilho Pereira: “começamos por indagar o significado da expressão *de comum acordo*. Evidentemente não pode significar, necessariamente, petição conjunta. Logo, estou entendendo que o comum acordo não precisa ser prévio. Ele pode vir – de modo expresso ou tácito – na resposta do suscitado ao dissídio ajuizado. Assim, ajuizado o dissídio coletivo pelo sindicato dos empregados, sem o acordo expresso da parte contrária, deve o juiz mandar citar o suscitado e apenas na hipótese de recusa formal ao dissídio coletivo, a inicial será indeferida” (*op. cit.*, p. 245).

Nesta linha manifesta-se Edson Braz da Silva: “Desse modo, o suscitado deve externar a objeção ao dissídio coletivo unilateral na primeira oportunidade, ou seja, no início da audiência de conciliação e instrução, que é o primeiro ato processual do dissídio coletivo pós-citação. Se o suscitado participar da tentativa de conciliação promovida pelo

---

6 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 95.

tribunal, sem antes deixar clara a discordância com o ajuizamento unilateral do dissídio coletivo, terá tacitamente suprido a exigência legal do ‘comum acordo’<sup>7</sup>.

Também neste sentido parece inclinar-se inicialmente a jurisprudência do TST. No Processo TST-DC 150.085/2005 aquela Corte Superior Trabalhista aceitou como *comum acordo* o fato de a suscitada ter retirado a última proposta de acordo e manifestado o interesse de aguardar o julgamento do processo, o que significa, conforme entendeu, assentimento à solução judicial, porquanto a oposição ao dissídio tem que ser formal e fundamentada. A decisão nesse processo ficou assim ementada:

“DISSÍDIO COLETIVO – ACORDO PARA SEU AJUIZAMENTO – MANUTENÇÃO DE CLÁUSULAS SOCIAIS ANTERIORMENTE AJUSTADAS EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA – A) Na Delegacia Regional do Trabalho, a suscitada diz que retirava suas propostas para aguardar o dissídio coletivo. Ajuizado o dissídio, em 26.01.2005, na audiência de conciliação foi dito pelo Ministro Instrutor que o processo se encontrava devidamente formalizado pela legislação atual e em seguida deu a palavra à suscitada, que nada disse sobre a necessidade de acordo e foi iniciada uma negociação que, entretanto, não se concretizou. Mas, apresentando a sua resposta, a suscitada disse que não concordava com o ajuizamento do dissídio. Não poderia mais manifestar a sua oposição, pois, até então, comportara-se como se concordasse com o mesmo. B) Cláusulas sociais conquistadas em negociações anteriores devem ser mantidas pela sentença normativa por aplicação do § 2º do art. 114 da Constituição Federal com as modificações feitas pela EC 45/2005.”

Todavia, há entendimento no sentido de que o consentimento para ajuizamento do dissídio coletivo de trabalho necessariamente terá que ser expresso. É como entende David Furtado Meirelles<sup>8</sup>, nos seguintes termos: “O poder normativo somente pode ser exercido pela Justiça do Trabalho se as partes assim desejarem. E a forma de ajuizamento poderá ser por petição em conjunto, ou por instauração de uma delas com declaração de concordância da outra parte... O fato de a parte contrária não apresentar contestação ao pedido de julgamento do dissídio coletivo, fazendo apenas a sua defesa contra os termos aludidos na peça inaugural, não nos parece ser suficiente para interpretar como concordância tácita ao exercício do poder normativo. Se a nova regra constitucional impõe a condição de concordância mútua, compete ao instrutor do feito verificar o preenchimento dessa condição”.

### *1.3 Recusa de uma das partes ao ajuizamento do dissídio coletivo econômico*

Havendo recusa por uma das partes ao ajuizamento da ação de dissídio coletivo, esta deve ser fundamentada. A exigência do *comum acordo* representa restrição ao acesso ao Judiciário, que, embora não signifique ofensa ao direito de

---

7 Op. cit.

8 Poder normativo: momento de transição. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 6, p. 696, jun. 2005.

ação, não pode ser usada por um dos sujeitos das relações de trabalho como abuso de direito ou má-fé em relação ao suscitante (Código Civil, art. 187). Havendo recusa comprovadamente abusiva ou de má-fé pela parte que se opõe ao ajuizamento do dissídio coletivo, pode a parte interessada na solução judicial do conflito coletivo de trabalho pedir suprimento judicial ao tribunal competente.

Desse entendimento comunga Júlio Bernardo do Carmo, para quem, “se o sindicato dos trabalhadores for inexpressivo, pífio, sem poder de barganha contra o patronato e sem meios de exercer com sucesso o direito de greve, a recusa de consentimento da categoria econômica para o ajuizamento conjunto do dissídio coletivo de natureza econômica pode sim caracterizar a recusa abusiva, injurídica ou de extrema má-fé que obsta efetivamente o exercício do direito de ação coletiva por parte do operariado. Neste contexto parece-me que a parte prejudicada poderá sim, de imediato, ajuizar o dissídio coletivo de natureza econômica e nele requerer de forma incidental o suprimento judicial da recusa da categoria econômica contraposta. Sopesando o caso dos autos, o Tribunal do Trabalho poderá, desde que visualizada má-fé, abuso de direito ou ilicitude por parte da categoria econômica, outorgar o suprimento judicial suplicado, quando sua decisão terá a mesma eficácia jurídica do consentimento denegado, possibilitando assim a tramitação normal do dissídio coletivo de natureza econômica, até seu final julgamento”<sup>9</sup>.

A solução negociada para os conflitos coletivos de trabalho é a melhor. Foi na busca deste objetivo que o legislador constituinte derivado implementou o pressuposto do ajuizamento do dissídio coletivo de *comum acordo*, para forçar as partes à negociação coletiva. Contudo, uma coisa é o desejável, no caso, a priorização do negociado; outra coisa é a realidade brasileira, de um modelo, na grande maioria dos casos, de sindicatos frágeis, que não têm poder negocial e de pressão contra o empresariado. Desta realidade não se pode fazer abstração.

No dia-a-dia, raros não são os casos em que as empresas ou a categoria econômica não reconhecem o sindicato dos trabalhadores, não negociam uma solução para o conflito e também, por razões óbvias, não concordam com o ajuizamento do dissídio coletivo. Em tais situações, pode caracterizar-se a existência de ato anti-sindical, de abuso de direito ou de má-fé, o que reclama a outorga de suprimento judicial, para que, mais uma vez, não seja o trabalhador prejudicado em face do poder econômico.

## 2 DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE

Diferentemente ocorre em relação ao dissídio coletivo de greve no tocante ao pressuposto do mútuo consentimento para ajuizamento da ação, em primeiro lugar, porque nem a EC 45/2004 nem qualquer outro dispositivo normativo exige

---

9 Do mútuo consenso como condição de procedibilidade do dissídio coletivo de natureza econômica. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 5, p. 597, maio 2005.

tal pressuposto; em segundo, porque a natureza jurídica da sentença normativa proferida na ação coletiva ora tratada é declaratória da regularidade ou não do exercício do direito de greve. Na espécie, não importa que o dissídio tenha sido instaurado pelas partes da relação capital-trabalho ou pelo Ministério Público e muito menos se a atividade atingida pela paralisação do trabalho é essencial ou não.

Assim já entendeu o TRT da 2ª Região: “A questão referente ao *comum acordo* somente vem a ser exposta no § 2º, como complemento direto ao *caput*, e não como restrição retroativa ao precedente inciso II. Se o legislador pretendesse – argumentando com o absurdo – condicionar a instauração do *dissídio coletivo de greve* ao entendimento prévio dos litigantes, teria inserido a ressalva no próprio inciso II. O texto do § 2º não deixa margem a dúvidas quanto à evidência de que a locução *de comum acordo* diz respeito a uma *faculdade* outorgada às partes para o ajuizamento de *dissídio coletivo de natureza econômica*, quando resultarem frustradas suas tentativas de negociação coletiva ou de arbitragem extrajudicial. De qualquer forma, não se pode forjar uma antinomia entre o art. 114 e a cláusula pétrea da indeclinabilidade da jurisdição, contemplada no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, resumida no princípio segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (TRT/SP, DCG 20086.2005.000.02.00-9, Relª Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva).

Há outras situações, quando, por exemplo, o dissídio coletivo de greve é instaurado pela parte econômica apenas com o objetivo de ver declarada a abusividade do movimento. Neste caso, como também é normal, comparece o suscitado em juízo para impugnar as alegações de abusividade da greve e apresentar os motivos do movimento paredista, que, regra geral, consubstanciam-se em reivindicações de natureza econômica e social. Há duas alternativas nessa situação: o tribunal aprecia apenas o pedido de declaração de abusividade ou, além disso, também examina as reivindicações dos trabalhadores. Na primeira hipótese, a decisão estará incompleta, porquanto, como corretamente estabelece o art. 8º da Lei nº 7.783/1989, cabe à Justiça do Trabalho decidir sobre a procedência total ou parcial ou improcedência das reivindicações, resolvendo, definitivamente, o conflito. É isto que deve fazer o tribunal, porque a sentença proferida num dissídio coletivo, de qualquer natureza, tem importante função social: resolver a pendência e restabelecer a harmonia entre as partes envolvidas no conflito. Ao contrário, para que serve uma decisão da Justiça do Trabalho dizendo apenas que a greve é abusiva ou ilegal? A resposta é simples: haverá maior acirramento dos ânimos, porque o que querem as partes, especialmente os trabalhadores, é a solução do dissenso. Se não for para isso, não precisa mesmo existir solução heterônoma de conflitos coletivos de trabalho pelos tribunais.

E o *acordo em comum*, como fica? Resposta: não é exigido no caso, porque o dissídio, na verdade, é de greve, de natureza declaratória. A análise das questões econômicas e sociais é consequência necessária para a solução do problema. Na hipótese não pode uma parte depender da outra para vir a juízo, como acontece no dissídio de natureza originária e exclusivamente econômica. Ademais, a decisão

que apreciar apenas a abusividade do movimento é inservível para o papel a que se destina a ação coletiva normativa.

Nessa linha já existem algumas decisões judiciais, como se vê da ementa seguinte: “Pedidos econômicos e sociais em dissídio de greve: a ação com natureza de dissídio coletivo de greve obviamente possui um objeto que, no caso, é traduzido por condições econômicas e sociais” (TRT/SP, DCG 20086.2005.000.02.00-9, Rel<sup>a</sup> Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva).

Nesse processo, o TRT de São Paulo julgou o dissídio coletivo de greve sem concordância do empregador. Para os juízes da Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC), a ausência de anuência concomitante de patrões e empregados para o ajuizamento de dissídio coletivo não impede o tribunal de julgar, além da greve, as reivindicações que deram causa à paralisação do trabalho.

Com base neste entendimento, o TRT da 2ª Região julgou o dissídio coletivo de greve da Fundação São Paulo, mantenedora da PUC/SP, e concedeu reajuste de 7,66% aos empregados, além de outras cláusulas econômicas e sociais. Para a relatora do processo, a tese da extinção do feito com base na falta de consenso para ajuizamento da ação, levantada pela fundação suscitada, estava equivocada porque: “a suscitada não se dá conta do paradoxo que formula, em sua equivocada tese, ao ignorar que jamais se chegaria a um comum acordo, supostamente imprescindível na hipótese, se a instauração de um dissídio coletivo de greve dependesse – no calor de uma situação traumática de relacionamento laboral – da prévia anuência da empresa ou instituição contra a qual irrompe a paralisação. A compulsão e o espírito de contradição afloram em tal circunstância e passam a ser manipulados pela vontade dos antagonistas, como ferramenta de pressão”. Acrescenta o acórdão que “salta aos olhos, à simples leitura do referido texto, a completa inexistência de qualquer restrição, ressalva, condicionamento, contenção ou limite que, de alguma forma altere *in pejus* o direito de greve consagrado como fundamental no art. 9º da mesma Carta Magna” e que, “mais do que um fato jurídico, a greve é um fato social e sob esse aspecto há de ser sempre analisado o conflito mais grave das relações de trabalho”.

É importante notar dois interessantes argumentos trazidos pela referida decisão. Primeiro, é praticamente impossível a obtenção do *comum acordo* durante a greve, cujo clima, como se sabe, não é dos mais amistosos. Ao contrário, existe um acirramento dos ânimos dos dois lados, e cada qual tudo fará para inviabilizar o êxito da parte contrária. Depois, como a greve é um direito fundamental, enquanto instrumento de pressão dos trabalhadores na busca de melhores condições de trabalho, não se pode criar empecilhos ou restrições ao seu exercício. Portanto, decidir o conflito de greve, como determina a lei, significa resolver todas as pendências que deram causa ao dissídio, porque a greve não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de equilíbrio em face das forças do capital.

Entendendo de forma contrária à posição *supra*, decidiu o TRT da 5ª Região, com a seguinte fundamentação: “Devo esclarecer que, conquanto haja pedido relacionado com a abusividade da greve deflagrada, essa característica paredista

não tem o condão de desclassificar a natureza intrinsecamente econômica do dissídio, vez que originário de interesses econômicos da categoria profissional, que, inclusive, na fase de negociação prévia, incluiu na pauta de discussão outras matérias de conteúdo patrimonial, como as constantes da inicial de fls. 6 e 7, itens de 1 a 9, fato que enseja a incidência do § 2º do art. 114 da Constituição Federal, com redação dada pela EC 45/2004, que estabelece como condição da ação que as partes estejam de comum acordo no que diz respeito ao ajuizamento do dissídio. Sendo assim, entendo faltar à presente ação requisito básico de admissibilidade, claramente delineado pela Carta Política. Em conseqüência, resta prejudicada a análise da abusividade da greve, assim como as demais preliminares levantadas no dissídio, restando à presente promoção sua extinção sem julgamento de mérito nos termos do inciso VI, do art. 276 do CPC” (TRT 5ª R., SDC, DCG 00247.2005.000.05.00.1, Relª Juíza Maria Adna Aguiar, 05.04.2005).

Nesse processo a Construções de Dutos do Nordeste Ltda. (NEDL) instaurou o dissídio coletivo contra o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Construção Civil, Montagem e Manutenção de Candeias, Simões Filho, São Sebastião do Passe, São Francisco do Conde e Madre de Deus (SITICCAN), pretendendo a declaração de abusividade da greve deflagrada e a indenização pelos danos decorrentes da greve.

A questão não é simples e merece reflexões. Imagine-se a situação, já ocorrida após a EC 45/2004, em que determinada empresa simplesmente deixa de negociar com o sindicato profissional, dizendo que não pertence mais à respectiva categoria econômica correspondente à dos trabalhadores. Estes, então, decretam greve e pedem ao tribunal a declaração de regularidade do movimento, a confirmação de enquadramento sindical e a apreciação das reivindicações, as quais sequer foram negociadas ante a recusa do setor patronal. É claro que a empresa suscitada, ao comparecer em juízo, vai dizer que não concorda com a apreciação das reivindicações econômicas e sociais. Nessa hipótese, cabe à Justiça do Trabalho apreciar a greve e, incidentalmente, decidir sobre o enquadramento sindical dos trabalhadores e da empresa e julgar as reivindicações, para pôr fim ao conflito.

### 3 DISSÍDIO COLETIVO JURÍDICO E DE MANUTENÇÃO DE CLÁUSULAS ANTERIORES

O dissídio coletivo de greve é uma espécie de dissídio jurídico, quando destinado a buscar a declaração da legalidade ou ilegalidade da paralisação, não se aplicando a ele o pressuposto do consentimento mútuo para o respectivo ajuizamento. Todavia, há o dissídio coletivo propriamente jurídico, destinado a obter do Judiciário Trabalhista a interpretação de uma norma jurídica (lei formal, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou sentença arbitral). A este também não se aplica o pressuposto do *comum acordo* criado pelo § 2º do art. 114 da Constituição, porque referido dispositivo refere-se ao dissídio coletivo estritamente econômico.

Há quem entenda, como David Furtado Meirelles<sup>10</sup>, “que o dissídio coletivo que visa a manutenção de cláusulas sociais já existentes, revigorando sua vigência por mais algum tempo (com limite temporal de dois anos, segundo o art. 614, § 3º, da CLT), da mesma forma que o dissídio coletivo jurídico, não sofreu interferência no seu procedimento pela Emenda Constitucional nº 45”, considerando assim que restou ressuscitada a ultratividade das normas coletivas em vigor, ainda que de forma indireta, pelo novo comando constitucional do § 2º do art. 114 da Constituição. Acrescenta o autor que “essas normas somente deixarão de vigorar se uma das partes tomar a iniciativa de propor novas condições de trabalho e forçar a outra parte a vir para a mesa de negociação, porque foi propósito do legislador, com a limitação do poder normativo, dar condições para que se crie novo campo de relações de trabalho, com o revigoramento da negociação coletiva e o conseqüente fortalecimento dos sindicatos”.

*Data venia*, ainda não consigo assentir com esse entendimento, porque o dissídio coletivo de manutenção de cláusulas trabalhistas nada mais é do que uma espécie do gênero dissídio coletivo econômico, para ajuizamento do qual exige expressamente a Constituição Federal consentimento mútuo de empregados e empregadores.

## CONCLUSÕES

1. A exigência do *comum acordo* para ajuizamento do dissídio coletivo constante do § 2º do art. 114 da Constituição Federal, embora represente dificuldade para acesso ao Judiciário Trabalhista, não configura ofensa ao direito de ação inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna. A razão é que os objetos da ação de dissídio coletivo são meros interesses das categorias profissional e econômica, e não a defesa de direitos.

2. Referida exigência não se aplica aos dissídios coletivos de greve e jurídico, cuja prestação jurisdicional perquirida é, respectivamente, a declaração judicial sobre a legalidade ou ilegalidade do movimento ou uma interpretação a respeito de determinada norma jurídica.

3. Trata-se a aludida exigência de um pressuposto de desenvolvimento válido do processo, e não de mais uma condição da ação.

4. Para cumprir esse pressuposto não se deve exigir tão-somente a assinatura em conjunto do suscitante e suscitado na petição inicial da ação. A exigência pode ser preenchida na resposta do suscitado, de modo expresso ou tácito, na audiência de instrução e conciliação ou por meio de qualquer ato processual do qual se possa deduzir o assentimento daquele com a solução jurisdicional.

5. Ficando caracterizada a existência de ato anti-sindical, de abuso de direito ou de má-fé do suscitado na discordância com o ajuizamento do dissídio coletivo, a solução é a busca, pelo suscitante, de outorga de suprimento judicial perante o Tribunal do Trabalho.

---

10 Op. cit., p. 695.

# CONTRATOS COLETIVOS DE TRABALHO NO SISTEMA JURÍDICO ITALIANO: DERROGABILIDADE/INDERROGABILIDADE E FLEXIBILIZAÇÃO

Daniel de Castro Magalhães\*

SUMÁRIO: Introdução; I – O contrato coletivo corporativo; II – O contrato coletivo pós-corporativo; III – Relações entre contratos coletivos de níveis diversos; IV – Relação entre lei e contrato coletivo; V – Flexibilização e perspectivas do papel do sindicato; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O movimento sindical desde o início, quando nasceu como um movimento organizado, teve como escopo principal o de assegurar as condições mínimas de vida e de trabalho para os operários. Sua atividade sempre foi voltada para uma maior regulamentação das relações de trabalho, seja procurando assegurar um nível econômico mais equânime entre os atores sociais, seja ditando normas específicas de proteção dos trabalhadores, alcançando um progressivo melhoramento do sistema de trabalho e, por conseguinte, da própria sociedade.

A evolução deste movimento e também o progressivo crescimento da sua capacidade organizativa fizeram com que, de fato, os trabalhadores conseguissem impor às empresas algumas condições de trabalho por eles estabelecidas previamente. Justamente nesse momento nasce o embrião da contratação coletiva, em que a determinação das condições de trabalho ocorrem mediante uma real atividade de “contratação”, ou seja, de normas acordadas com os empregadores ou com as associações patronais. É o principal instituto dos sistemas modernos das relações industriais e consiste no processo de regulamentação conjunta (sindicatos obreiros x patronato) das relações de trabalho<sup>1</sup>. As tratativas se desenvolvem nas bases de plataformas representativas apresentadas pelos sindicatos obreiros após ampla consulta de base. O acordo atingido é condicionado à ratificação dos trabalhadores nas empresas. Este método, em um longo e complexo percurso histórico, o qual inicialmente envolvia apenas acordos relativos essencialmente

---

\* Advogado. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de Roma II – Tor Vergata.

1 CARINCI, Franco; DE LUCATAMAJO, Raffaele; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro. Diritto sindacale*. UTET, v. I, 2002. p. 149.

aos níveis de retribuição salarial, hoje chega a regular os principais institutos dos contratos de trabalho, constituindo a base do sistema das relações industriais modernas.

No âmbito de tal complexa evolução, a contratação coletiva adquiriu progressivamente novos conteúdos, novas formas, novas funções, com uma sempre maior articulação e extensão entre os diversos setores da sociedade<sup>2</sup>.

O contrato coletivo, portanto, representa um instrumento regulador da relação do trabalho individual. Neste diapasão, surge para regular não o “se”, mas o “como” dos contratos individuais<sup>3</sup>. Pode ser definido como o contrato estipulado dos contrapostos sindicatos nacionais ou confederados dos empregadores ou do empregador individualmente considerado com os representantes dos trabalhadores com o fim de predeterminar a disciplina das relações individuais de trabalho (também chamado de conteúdo normativo) e de instaurar relações obrigatórias a serem seguidas pelas mesmas partes estipulantes (conhecido como conteúdo obrigatório)<sup>4</sup>. Em outras palavras, o contrato coletivo tem o escopo de predeterminar o conteúdo essencial do contrato individual de trabalho, seja naquilo que concerne o tratamento econômico dado aos trabalhadores, seja no concernente à disciplina de todos os outros institutos ou aspectos relevantes na atuação da relação de trabalho.

A doutrina operou várias classificações das tipologias dos contratos coletivos; dentre estas, nos parece relevante recordar a de Otto Kahn Freund, que descreveu dois modelos de contratação coletiva:

O primeiro, caracterizado pelo fato de que as partes contratuais entram na relação apenas periodicamente e exaurem as suas relações com a estipulação do contrato coletivo (contratação estática); o segundo permite uma contínua adaptação das normas coletivas às circunstâncias econômico-sociais de cada época (contratação dinâmica). A experiência italiana mostra que nos últimos quarenta anos houve uma clara evolução do primeiro para o segundo modelo.

Não obstante toda esta evolução dos tipos/modelos de contratação coletiva, e também das diversas formas adquiridas por esta durante a evolução político-econômico-social italiana, a discussão sobre a problemática da inderrogabilidade/derrogabilidade seja entre contrato coletivo e contrato individual, seja entre contratos coletivos de diversos níveis, sempre representou uma temática recorrente.

O objetivo do presente trabalho é colocar em evidência, de maneira geral, os pontos mais salientes relativos à temática, partindo do contrato coletivo corporativo e suas implicações, as modificações após o advento da Carta Constitucional, as teorias que foram elaboradas para explicar a matéria da inderrogabilidade/derrogabilidade de direitos até atingir o atual fenômeno da flexibilização e desregula-

---

2 GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Cacucci, 1998. p. 118.

3 GHEZZI, Romagnoli. *Il diritto sindacale*. 2. ed. Bologna: Zanicheli, 1987. p. 142.

4 GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. 5. ed. Torino: G. Giappicheli, 1994. p. 139.

mentação, assinalando também a evolução jurisprudencial e doutrinária sobre o tema.

### I – O CONTRATO COLETIVO CORPORATIVO

A Lei nº 563, de 3 de abril de 1926, e seu respectivo Regulamento de Execução nº 1.130, de 1º de julho de 1926, instituíram o ordenamento corporativo na Itália. Com base em tal legislação, previa-se o reconhecimento legal de uma única associação para cada categoria de empregadores, trabalhadores, artistas e profissionais em geral. Tais associações, por meio de um decreto, tornavam-se pessoas jurídicas de direito público, submetidas a regulamentação e controle por parte do ordenamento estatal.

Em virtude disso, foi conferida eficácia substancialmente legislativa aos contratos coletivos que fossem estipulados, sendo qualificados formalmente como fonte objetiva de direito. Uma outra característica de tal ordenamento é a devolução à competência da Corte de Apelo que funcionava como Magistratura do Trabalho de todos os conflitos coletivos, mesmo aqueles advindos de reivindicações de novas condições de trabalho; além das sanções penais da autonomia coletiva.

O art. 54 do Decreto nº 1.130, de 1º de julho de 1926, assim dispõe:

“Os contratos de trabalho estipulados pelos empregadores individualmente considerados e trabalhadores sujeitos ao contrato coletivo, devem uniformizar-se com as normas estabelecidas por este. As cláusulas destoantes dos contratos de trabalho individuais, preexistentes ou sucessivos ao contrato coletivo são substituídas de pleno direito por aquelas do contrato coletivo, salvo no caso de serem mais favoráveis aos trabalhadores.”

Os contratos coletivos estipulados pelas associações legalmente reconhecidas tinham efeito sobre todos os pertencentes àquela categoria, não apenas àqueles inscritos nos respectivos sindicatos, e, em virtude de lei, eram *inderrogáveis in pejus* da parte dos contratos individuais de trabalho.

Desta forma, o sindicato era dotado do poder de representação legal de todos os indivíduos (inscritos ou não inscritos) pertencentes à categoria da qual era constituído. Os contratos coletivos – na sua esmagadora maioria de nível nacional – eram, assim, vinculantes para todos os pertencentes à categoria profissional.

Com o Código Civil italiano de 1942, o contrato coletivo atinge o *status* de norma corporativa, colocando-se abaixo apenas dos preceitos imperativos da lei e dos regulamentos.

O art. 2.077 do Código Civil estabelece:

“Os contratos individuais de trabalho entre os pertencentes às categorias as quais se referem o contrato coletivo devem uniformizar-se às disposições deste (inciso 1º). As cláusulas destoantes dos contratos individuais, preexistentes ou sucessivas ao contrato coletivo, são de pleno direito substituídas por aquelas do contrato coletivo, salvo se contenham especiais condições mais favoráveis ao prestador do trabalho (inciso 2º).”

Como nesta época vigiam praticamente apenas os contratos coletivos nacionais, quase não havia conflitos entre contratos coletivos de níveis diversos (nacional, empresarial e provincial).

Na realidade, percebe-se que a Lei nº 563, de 1926, foi a premissa necessária para edificar um sistema jurídico-político que sufocava os conflitos, com o pretexto, se não de haver eliminado as suas causas, de ter ao menos predisposto os atos a canalizá-los e solucioná-los; e move-se, da sua parte, da premissa que a distinção entre Estado e sociedade civil – e portanto, entre Estado e sindicatos, que constituem uma das expressões mais imediatas da sociedade civil – é a pérfida invenção de um poder habituado a esconder-se no social para não se fazer atingir. Por isto, a citada lei veio com os efeitos de um esfoliante sobre o movimento sindical organizado, mantendo em vida apenas os sindicatos que, reconhecidos pelo Estado, aceitassem ser tidos como seu instrumento, ainda que indireto. Todos os outros foram colocados na condição de não disturbarem a tendência a institucionalizar o sindicalismo fascista<sup>5</sup>.

O contrato coletivo assumia assim uma função pública e era um instrumento do Estado Fascista, que, em conjunto com a Magistratura do Trabalho, mantinha vivo o regime. Ghezzi diz que a contratação coletiva produziu muito pouco enquanto função normativa concedida para organização corporativa e as normas corporativas que foram emanadas diziam respeito geralmente a problemas de modesto relevo como, por exemplo, os atinentes ao setor de espetáculo ou tarifas de algumas inexpressivas categorias profissionais. Nos primeiros dez anos de atividade, a Magistratura do Trabalho não pronunciou mais de dezesseis sentenças<sup>6</sup>.

Deve-se, ademais, relevar que o ordenamento corporativo estabelecia de maneira discriminatória precedência nas “repartições de colocamento” (espécies de agências de emprego públicas) aos trabalhadores inscritos nos sindicatos fascistas. Na realidade, os sindicatos (de Estado) neste período renunciaram totalmente às condições de sujeitos autônomos, agindo em conjunto com o Estado, pelo Estado e apenas com a sua permissão.

Em 1944, com o Decreto Legislativo nº 369, de 23 de novembro de 1944, caiu o ordenamento corporativo. Os contratos coletivos corporativos continuaram em vigor, tendo em vista que o aludido decreto os manteve vigentes indefinidamente. O legislador se limitou a dispor (artigo 43) que os contratos coletivos continuariam em vigor salvo modificações sucessivas. Portanto, é o fim da fonte de produção (“normas corporativas”), mas a continuidade de seu produto.

## II – O CONTRATO COLETIVO PÓS-CORPORATIVO

O contrato coletivo pós-corporativo é um contrato de “direito comum”, privado de uma regulamentação legal específica; e, malgrado seja regido em sua

---

5 GHEZZI, Romagnoli. Op. cit., p. 6.

6 GHEZZI, Romagnoli. Op. cit., p. 9.

maioria pelas normas do Código Civil pertinentes à temática dos contratos, a jurisprudência continua a aplicar ao “Contrato Coletivo de Direito Comum” algumas normas do contrato coletivo corporativo (por ex., o art. 2.077 do Código Civil).

Ocorre, contudo, que, diversamente do sistema corporativo (art. 2.077 do Código Civil), o ordenamento pós-corporativo não prevê a inderrogabilidade das normas constantes do “contrato coletivo de direito comum” em relação ao contrato individual (na parte em que disponha *in pejus*).

Diante destes elementos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência elaboraram diversas teorias na tentativa de justificar a inderrogabilidade do contrato coletivo.

Na primeira metade dos anos cinquenta, a jurisprudência se orientou no sentido da aplicabilidade, por via analógica, do art. 2.077 do Código Civil (norma pertinente ao contrato coletivo corporativo) ao contrato coletivo pós-corporativo. Levando-se em conta que o aludido artigo dispõe expressamente sobre a inderrogabilidade do contrato coletivo, a polêmica estaria terminada. Porém, esta tese nunca foi corroborada pela doutrina, que sustentava a impossibilidade de aplicação deste artigo, tendo em vista a diferença entre o contrato coletivo corporativo (fonte normativa de direito) e o contrato coletivo pós-corporativo (contrato de “direito comum”).

Na segunda metade dos anos cinquenta, Santoro Passarrelli elaborou a chamada teoria do mandato ou da representação, que considerava o contrato coletivo como um negócio jurídico estipulado pelo sindicato por força de mandato a este conferido pelos trabalhadores inscritos. Tal mandato seria com representação, coletivo e irrevogável. Esta teoria preceitua que, no ato de sua inscrição, o trabalhador conferia implicitamente ao sindicato os poderes de representação, subordinando seus interesses aos interesses da coletividade profissional da qual fazia parte. Desta forma, o trabalhador se submetia às regras, cuja observância não dependeria de seu arbítrio individual, já que se trata de regras postas não apenas no interesse individual de cada um, mas também no interesse daquela coletividade<sup>7</sup>. Já superada pela jurisprudência e doutrina, esta tese apresenta alguns pontos juridicamente frágeis.

Em primeiro lugar, verifica-se que o próprio mandante não é possuidor dos poderes conferidos ao mandatário (especificamente do poder de contratação coletiva). Ademais, os atos praticados pelo mandante devem sempre guardar relação direta com os interesses do mandatário (na contratação coletiva, não raro são acordadas disposições desfavoráveis a alguns trabalhadores individualmente considerados). Por fim, o mandato é inderrogável *in pejus e in melius*, enquanto a inderrogabilidade do contrato coletivo concerne apenas às modificações pejorativas.

Nos anos sessenta desenvolve-se outro orientamento que elabora a teoria conhecida como “diluição” dos poderes individuais, estabelecendo que a autonomia coletiva é originada de uma autolimitação dos poderes de autonomia

---

7 PERSIANI, Mattia. *Diritto sindacale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 68.

individual. Assim, o ato de adesão de um indivíduo a uma associação sindical é visto como uma “diluição” do poder de autonomia deste indivíduo inscrito em favor do grupo, no concernente à disciplina das relações de trabalho. Por conseguinte, o contrato de trabalho individual somente poderia derrogar *in melius*, nunca *in pejus*, as normas contratuais coletivas. Desta forma, a eficácia do contrato coletivo na esfera jurídica individual dos aderentes à associação sindical encontra fundamento e legitimação na própria autonomia coletiva, na convicção de não se poder explicar, por outro lado, a eficácia do contrato coletivo nas relações individuais de trabalho, senão exatamente no colegamento do exercício do poder coletivo da parte do grupo com a sua mesma gênese e função<sup>8</sup>.

De fato, o sindicato estipularia o contrato coletivo em nome próprio e no interesse dos associados, atuando, todavia, diretamente na esfera jurídica dos inscritos individualmente considerados, exatamente em razão do fato de ser a vontade expressa da associação o complexo unificado dos poderes individualmente “diluídos” e, portanto, a vontade comum dos indivíduos associados.

Tal impostação se diferencia da teoria do mandato, já que, ainda que não modificando o resultado prático dos limites da extensão do contrato coletivo, reconstrói em termos mais aderentes aos dados sociais a fenomenologia jurídica da associação sindical no momento do exercício dos seus poderes coletivos, os quais vêm exatamente qualificados como poderes de autonomia do grupo enquanto tal.

Outra parte da doutrina revela, contudo, não ser possível explicar a eficácia real do contrato coletivo em confronto ao individual, se o sindicato goza por derivação do mesmo poder de regulamentação da relação de trabalho que os trabalhadores individualmente considerados. Na realidade, os trabalhadores poderiam empenhar-se junto ao sindicato para manter inalteráveis a regulamentação por este estabelecida, mas aos trabalhadores não se poderia atribuir o poder de conferir a tal disciplina o caráter de eficácia real. Portanto, não é possível atribuir ao ato de adesão ao sindicato um conteúdo de diluição de poderes tal a retirar do indivíduo a liberdade de dispor de sua própria autonomia negocial.

Outro orientamento não explica a prevalência da autonomia coletiva à luz dos princípios civilistas, mas defende que esta tenha sido expressamente recepcionada pelo ordenamento constitucional ou legal. Neste sentido, sustenta-se que o art. 39 da Constituição italiana confere aos sindicatos uma autonomia superior à autonomia individual, exatamente porque àquela é concedido o poder de regular os interesses coletivos dos trabalhadores. A contrário senso, diz-se que o art. 39 é norma muito genérica para fornecer um fundamento de função normativa ao contrato coletivo.

Por fim, há outra teoria, baseada na aplicação do art. 2.113 do Código Civil italiano, que é considerada pela doutrina atual como a mais convincente para explicar a derogabilidade das cláusulas do contrato individual pelas cláusulas do contrato

---

8 PROSPERETTI, Giulio. *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*. Milano: Franco Angeli, 1989. p. 40.

coletivo. O ponto de partida é representado pelo já citado art. 2.113 do Código Civil italiano, que assim dispõe:

“As renúncias e transações que têm por objeto direitos dos prestadores de trabalho derivados de disposições inderrogáveis da lei e dos contratos ou acordos coletivos concernente às relações de que trata o art. 409 do Código de Processo Civil não são válidas.”

Da leitura do artigo *supra* mencionado desume-se também a atribuição de caráter inderrogável das disposições dos contratos ou acordos coletivos: estes últimos disciplinando as relações individuais de trabalho, independentemente da vontade dos contraentes, analogamente a normas imperativas de lei. Portanto, o contrato coletivo – enquanto “ato de estrutura normativa” reconhecido pelo ordenamento estatal mesmo que não pertencente ao sistema formal das fontes de direito – assume eficácia reguladora das relações de trabalho análoga àquela advinda das normas legais<sup>9</sup>. Então, conclui-se que a cláusula do contrato individual que prevê um tratamento pejorativo no confronto com a disciplina sindical é, em suma, inválida.

### III – RELAÇÕES ENTRE CONTRATOS COLETIVOS DE NÍVEIS DIVERSOS

A contratação coletiva desenvolve-se em diversos níveis, correspondentes, respectivamente, aos vários níveis de organização sindical<sup>10</sup>, assim classificáveis:

- Acordos interconfederais: são os grandes contratos nacionais, concernentes às grandes massas de trabalhadores independentemente do setor de produção ao qual são aderentes. Têm a função de regular exclusivamente institutos individuais.
- Contratos coletivos nacionais de categoria: contêm uma meticulosa e articulada disciplina da relação de trabalho. São os contratos coletivos por antonomasia.
- Contratos provinciais ou empresariais: são destinados a resolver problemas locais ou setoriais no âmbito de um determinado território. Pode ocorrer que, para específica matéria ou para uma mais completa determinação da disciplina de um instituto, o contrato coletivo nacional recorra a este tipo de contratação que, mesmo se autônoma, jamais substitui a contratação coletiva nacional.

Também a relação entre estas diversas tipologias de contrato são periodicamente objeto de discussão.

Não de hoje vem a jurisprudência se orientando no sentido de assinalar prevalência à disciplina coletiva mais favorável ao empregado, a prescindir do

---

9 GALANTINO, Luisa. Op. cit., p. 155.

10 PERSIANI, Mattia. Op. cit., p. 89.

nível que a houvesse ditada. Porém, com a evolução do ordenamento esta interpretação não parece ser a mais adequada.

Tais decisões tinham como base o mesmo art. 2077 do Código Civil italiano, que dita a prevalência das normas de melhor favor no caso de confronto entre contrato coletivo e contrato individual. Entretanto, esta disposição legal não encontra aplicação direta no conflito entre contratos coletivos de níveis diversos, não podendo nem mesmo ser aplicada em via analógica, tendo em vista a substancial diversidade de funções e efeitos da autonomia coletiva e da individual<sup>11</sup>.

É possível individuar uma solução no que diz respeito à autonomia da vontade e, portanto, à liberdade de ação e de organização sindical quando se tem presente que os vários níveis de contratação satisfazem a exigência de uma disciplina sindical adequada às específicas situações territoriais e empresariais.

Assim, atualmente, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram-se no sentido de conferir prevalência sempre ao contrato coletivo de menor âmbito, mesmo no caso em que a aplicação das cláusulas destes contratos seja menos favorável aos empregados. Isto se explica no momento em que a realidade específica à qual a norma se refere justifica o melhor ou pior tratamento, salvo, obviamente, não se demonstre que o contrato foi estipulado por um sindicato *di comodo* (art. 17, Lei nº 300, de 1970: “É vetado aos empregadores ou associações de empregadores constituir ou sustentar, com meios financeiros, associações sindicais de empregados”).

As soluções que ora são apresentadas têm em conta o fato de que os agentes de contratação de nível menor oferecem garantias suficientes e, ainda, gozam de uma particular tutela legislativa que garante a efetividade das suas ações. Lado outro, não podemos falar em violação de um mandato conferido às associações de âmbito maior, nem de abuso de poder da parte da associação sindical que estipulou o contrato coletivo menos favorável. A idéia de uma violação ou de um abuso vem exclusivamente de um errôneo pressuposto de que a organização sindical é sempre do tipo associativo e, assim, age no exercício de um poder conferido pelos trabalhadores individualmente considerados. Ademais, esta impostação pressuporia um sistema sindical em que a liberdade deveria ser apenas prerrogativa do vértice, e exclui que o interesse coletivo de determinada comunidade de trabalho possa e deva ser, ainda que temporariamente, tutelado em razão de alguns valores ao invés de outros<sup>12</sup>.

Outro ponto de natureza um pouco diversa, mas não menos polêmico, é a determinação de um critério que distingua perfeitamente se uma norma coletiva é mais ou menos favorável em relação à outra contida no contrato de trabalho individual. O problema é de fácil solução nos casos em que, por exemplo, o contrato individual preveja um número de dias de férias superior ao estabelecido

---

11 PERSIANI, Mattia. Op. cit., p. 104.

12 PERSIANI, Mattia. Op. cit., p. 105.

no contrato coletivo. Trata-se seguramente de cláusula mais favorável, a derogar a disciplina sindical. Porém, há casos em que, por exemplo, o contrato individual priva o trabalhador de um dia de férias, mas ao mesmo tempo concede um horário de trabalho semanal mais breve do que aquele estipulado em norma coletiva. Neste caso, a doutrina individua algumas soluções:

A primeira delas é a Teoria do Conglobamento, que consiste em encarar o complexo de normas de ambas as fontes (contrato coletivo e individual), determinando, assim, qual o mais favorável; outra solução seria paragonar cada cláusula de cada contrato (Teoria do Acúmulo). Por fim, uma terceira orientação sustenta o confronto entre os institutos das duas disciplinas concorrentes que, em seu complexo, realizam a função de tutela garantida com a inderrogabilidade. Esta última opção foi recepcionada pela maioria da jurisprudência, que interpreta a palavra “cláusula” do inciso 2º do art. 2.077 do Código Civil italiano como “instituto”. Assim, o instituto disforme do contrato individual é substituído por aquele do contrato coletivo, salvo se contiver condições mais favoráveis ao prestador de serviços.

#### IV – RELAÇÃO ENTRE LEI E CONTRATO COLETIVO

A relação entre lei e contratação coletiva baseia-se em uma simples combinação entre as duas fontes, norteada por dois axiomas: a norma legal fixa o parâmetro mínimo de tratamento, enquanto a contratação coletiva intervém acerca de matérias específicas elevando ainda mais as garantias já preceituadas em lei. Ressalte-se que a norma legal, dada sua função de fixar um tratamento mínimo, é absolutamente inderrogável: a contratação pode ir além, nunca aquém do dispositivo legal. Desta forma, à relação *lei x contratação* aplica-se a relação hierárquica entre disciplina legal e autonomia privada, prescrita no art. 1.322 do Código Civil italiano: “A autonomia contratual desenvolve-se no âmbito dos ‘limites impostos pela lei’ e, fora dos tipos contratuais enquanto seja objetivada a realizar interesses mercedores de tutela segundo o ordenamento jurídico”<sup>13</sup>.

Dado à primazia da lei fundar-se na função de assegurar tratamento mínimo, a norma legal caracteriza-se pelo atributo estrutural da chamada inderrogabilidade unilateral, conexas ao princípio da derrogação melhorativa ou norma mais favorável ao trabalhador. À maior razão, tal esquema deverá aplicar-se ao contrato coletivo, cujo escopo principal é o papel (socialmente tipificado) de melhorar as condições de desenvolvimento das prestações de trabalho.

Durante o período corporativo (contexto autoritário das normas trabalhistas), a zona dos possíveis conflitos entre norma legal e contratual situava-se em um patamar muito reduzido.

Sucessivamente, porém, com as políticas orientadas a atenuar a rigidez normativa e a incentivar as disciplinas flexíveis, o problema do concurso/conflito

---

13 MARIUCCI, Luigi. *Le fonti del diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, prima ristampa, 1988. p. 99.

entre lei e contratação como fonte de direito assume outra dimensão. No concernente ao orientamento legislativo, houve um crescente recurso ao reenvio ao contrato coletivo da função de determinar tratamentos em derrogação às disciplinas imperativas. A nova tendência (que caminhava no sentido de flexibilizar a relação entre as fontes) também teve reflexos na jurisprudência. Há, de fato, vários sinais de disponibilidade da parte da jurisprudência no sentido de acolher a exigência de atenuar o tradicional paradigma da inderrogabilidade das normas justralhistas.

## V – FLEXIBILIZAÇÃO E PERSPECTIVAS DO PAPEL DO SINDICATO

A evolução da história mundial, especialmente em um cenário econômico e sindical inconstante, muda o senso das normas no sistema jurídico e social. Existe hoje, como já se dizia nos parágrafos precedentes, uma tendência geral sistematizável pela inclinação no sentido de colaboração entre os atores sociais, em vista da superação, também mediante a autonomia coletiva, do excesso de garantismo.

O direito do trabalho construiu um sistema de tutelas e garantias, substanciais e processuais, em favor dos trabalhadores, muito desenvolvido, mediante normas inderrogáveis que introduziram fortes elementos de rigidez na organização das empresas. Lado outro, acendeu-se uma vivaz discussão acerca de tal rigidez e o garantismo advindo desta, sendo estas as justificativas ventiladas, além de algumas causas específicas, para a crise no sistema produtivo<sup>14</sup>.

Assim, ganha consenso a opinião segundo a qual o garantismo deve ser conjugado com uma oportuna dose de flexibilidade da tutela do trabalho e, portanto, da organização produtiva; e se espera que a recuperação por parte dos trabalhadores das condições de efetiva liberdade e igualdade não deva restar em separado, nem mesmo colocar-se em contradição, com respeito às inegáveis exigências de prontidão decisional e das mutações próprias da atividade empresarial.

A flexibilização permite ter presente o interesse de instituir condições mediante as quais uma empresa disponha de uma organização suficientemente flexível que salvaguarde os direitos de seus empregados, mas, de outro lado, consinta à mesma empresa de estruturar-se, sempre que resulte necessário, de maneira otimizada, para criar os pressupostos para a criação de novas ocupações e para não regredir no seu atual nível ocupacional. Este fenômeno iniciou-se na metade dos anos setenta, em que a exigência de tutela do interesse ao emprego induziu o legislador a utilizar o contrato coletivo, com várias combinações com provimentos administrativos, como instrumento para alentar determinadas normativas rígidas e para repartir sacrifícios entre os trabalhadores<sup>15</sup>.

---

14 PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 256.

15 VALLEBONA, Antonio. *Il diritto del lavoro: il diritto sindacale*. 4. ed. Padova: Cedam, v. 1, 2002. p. 203.

Tudo isto comportou uma estruturação diversa da relação entre lei e autonomia coletiva. Para tentar atingir a dose justa de flexibilidade do sistema de tutelas justralhistas, vem prospectada uma ampliação do espaço reconhecido, em matéria de disciplina e gestão das relações de trabalho, à autonomia coletiva, à margem das normas de lei.

Atualmente, a evolução doutrinária e jurisprudencial tende à equiparação entre as fontes legais e a fonte contratual coletiva. Ocorre, não raro, como já se disse anteriormente, que leis individuais consintam aos contratos coletivos a função de determinar tratamentos derogando a disciplina imperativa. É a chamada flexibilização sindicalmente controlada, que levou à modificação das relações entre lei e contrato coletivo, em vista da atenuação da rigidez das normativas vinculantes.

Neste âmbito registram-se recíprocas referências e reenvios, não só por parte da lei ao contrato coletivo, mas também vice-versa, deixando a cargo de um ou outro instrumento a regulamentação de determinados institutos da relação trabalhista.

Na realidade, a autonomia coletiva ganha espaço em relação à lei e com essa se enlaça em novas formas. Este fato assinala um clima geral de favor e de impulso na direção de um módulo justralhista voluntário. O contrato coletivo nacional, por exemplo, confirma a própria posição (inclusive institucionalmente) dominante, no momento em que predetermina – mediante “cláusulas de reenvio” – não apenas as matérias e os agentes da contratação empresarial, mas também o processo de desenvolvimento, o tempo, além de alguns casos à margem do contrato.

É correto perguntar-se se a flexibilização consiste – como se diz – em um estilo de legiferação que, à condição de recolher o consenso das representações dos trabalhadores, articule as oportunidades da empresa de utilizar mais adequadamente institutos jurídicos da precedente legislação fechados em rígidas disciplinas, ou novos institutos para o ordenamento; ou ainda consista simplesmente no reconhecimento à autonomia privada de gozar da mais ampla faculdade de escolha, sem o peso e o vínculo de excessivas normas.

O garantismo flexível foi atuante apenas enquanto percorrendo os trilhos da autonomia coletiva, à qual se fazia referência por integrar/substituir a norma legal; ou para prever derrogações consentidas por meio de autorizações sindicais, em conjunto, freqüentemente, com autorizações administrativas; ou, ainda, por introduzir normas definíveis como semi-imperativas, porque derogáveis pela autonomia coletiva, mas não pela individual.

Entre as várias normativas que, com diversas formulações, atribuíram às partes sociais funções regulativas do mercado de trabalho “flexível”, ressalta-se, por último, as referentes ao trabalho *part-time* (Decreto-Lei nº 61, de 2000). Movendo-se de uma lógica de contratação para o campo da flexibilização, o trabalho *part-time* faz ainda largo uso da técnica de desregulação “controlada” e “concordada”, mas com a peculiaridade de poder contar com uma série de posições jurídicas subjetivas acionáveis pelo trabalhador individualmente considerado

(trabalho suplementar, variação da colocação temporal com direito de repensamento, etc.)<sup>16</sup>.

Sempre ligada à flexibilização e no concernente aos fatores econômicos e tecnológicos que a determinaram, está o instituto da desregulação, que significa redução das normas de tutela do trabalho com retorno a uma disciplina baseada nos contratos individuais.

O fenômeno da desregulação coloca em voga a sobrevivência do direito do trabalho, *da alcun paventandosene il venir meno come esito finale della eliminazione di molte delle norme attraverso le quali è storicamente realizzata la tutela compensativa della parte più debole del rapporto di lavoro.*

A redução das normas de tutela do trabalho causada por este instituto reconhece na autonomia individual a principal fonte das relações de trabalho, em detrimento não apenas das fontes legais, mas também daquela constituída pela autonomia coletiva (na qual são baseados os aspectos da flexibilização). A queda de representatividade do sindicato, a fragmentação da representação coletiva e dos conflitos de trabalho *la caduta di rappresentatività del sindacato, la frammentazione della rappresentanza collettiva e dei conflitti di lavoro spingono taluno a postulare la revoca della sostanziale delega statale nei confronti dell'organizzazione sindacale, per restituire, invece, largo potere regolativo del tipo e delle condizioni di lavoro ai singoli contraenti.*

Tudo isto é reflexo do universo político mundial, que adota uma economia globalizante contendo em suas raízes os fundamentos do neoliberalismo econômico, as leis de mercado e o pressuposto de equidade entre as partes sociais.

O declínio do trabalho subordinado clássico, a diversificação dos trabalhadores e a mesma progressiva erosão dos poderes estatais *“rischiano di porre seriamente in crisi il tradizionale assetto della materia”*<sup>17</sup>. Uma das problemáticas mais expressivas deste cenário é a diminuição das taxas de sindicalização em todo o mundo. Verifica-se nos últimos decênios, seja nos países capitalistas centrais, seja naqueles ainda em via de desenvolvimento, uma mudança sem precedentes no mundo do trabalho, atingindo direta e simultaneamente o movimento sindical e a ideologia e atitude trabalhistas.

Esta nova realidade assinala ao sindicalismo a necessidade de criar uma nova identidade que, ainda tendo o conflito como questão central, deverá necessariamente voltar-se a uma atuação no sentido da contratação e de um reforço da atividade sindical dentro das empresas, exatamente porque, em um contexto normativo dominado da atribuição ao sindicato de amplos espaços desreguladores, o reconhecimento de específicos direitos subjetivos atribuídos aos trabalhadores individualmente considerados representa medida de contrapeso. *Il rovesciamento*

---

16 PERONE, Giancarlo. Op. cit., p. 268.

17 CARINCI, Franco; DE LUCA TAMAJO, Raffaele; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Op. cit., p. 149.

## DOCTRINA

*della prospettiva classica è dunque innegabile*: pela primeira vez, a garantia de conservação dos *standards* de tutela passam pela fortificação da posição individual do trabalhador, ainda que contra a escolha “flexibilizante” da autonomia coletiva.

Este processo de adaptação das normas de trabalho à realidade cada vez mais mutante – a chamada globalização – e o impacto desta constante mudança no mundo do trabalho causam de uma lado a reestruturação da atividade produtiva e de outro uma grande fragmentação do trabalho, acentuando a crise que atualmente abate o sindicalismo internacional.

### CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebemos que, ao longo da história, os paradigmas do direito do trabalho vão mudando de perspectivas.

Inicialmente, normas rígidas e inflexíveis surgem para regulamentar o trabalho “quase escravo” a que se submetiam os trabalhadores do início do século. Então, a histórica luta operária, através da qual tantas destas normas foram obtidas, cede lugar à contratação ou negociação coletiva, na medida em que determinadas classes específicas de trabalhadores vão adquirindo força política de negociação com as classes patronais. Neste ponto, à medida que a tutela estatal vai cristalizando as conquistas dos operários, as negociações coletivas vão se revelando como uma possibilidade de a classe dos empregados alcançarem um pouco mais do concedido pela norma legal.

Pois bem, eis que já no fim do Estado Liberal, quando a tendência parece ser a consagração dos direitos conquistados pelos operários, uma economia globalizante, contendo em suas raízes os fundamentos do neoliberalismo econômico, parece trazer à baila novamente a era do trabalho “não regulamentado” ou, como se prefere chamar, “flexibilizado”, delegando-se aos sindicatos patronais e obreiros a normatização de questões outrora tidas como pétreas.

A despeito de opiniões acerca da flexibilização, fato é que atualmente as conquistas trabalhistas tendem a se apoiar muito mais na fortificação da posição individual do trabalhador do que mediante as negociações coletivas, até porque o impacto de todas estas mudanças (flexibilização, economia globalizada etc.) no mundo trabalhista causa grande fragmentação do trabalho, refletindo, por conseguinte, na frágil atuação da grande maioria dos sindicatos.

Concluindo, a globalização e a conseqüente flexibilização das normas trabalhistas são fatos reais, e o ponto crucial de todo este processo é descobrir como tornar compatível a tendência fragmentária e dispersa – poderia se dizer individualizante – das atuais normas do trabalho, com aqueles que são, em certo sentido, a essência da atividade sindical: a solidariedade e atividade coletiva.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARINCI, Franco; DE LUCA TAMAJO, Raffaele; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro*. Diritto sindacale. UTET, v. I, 2002.

## D O U T R I N A

- GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 1994.
- GALLINO, Luciano. *Il costo umano della flessibilità*. Latezza, 1997.
- GHEZZI, Romagnoli. *Il diritto sindacale*. 2. ed. Bologna: Zanicheli, 1987.
- GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Cacucci, 1998.
- MARIUCCI, Luigi. *Le fonti del diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, prima ristampa, 1988.
- PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli, 1999.
- PERSIANI, Mattia. *Diritto sindacale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.
- PROSPERETTI, Giulio. *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*. Milano: Franco Angeli, 1989.
- VALLEBONA, Antonio. *Il diritto del lavoro: il diritto sindacale*. 4. ed. Padova: Cedam, v. 1, 2002.

# DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO: ÓBICES JURÍDICOS, POLÍTICOS, SOCIAIS, LÓGICOS, CULTURAIS E ÉTICOS

João Norberto Vargas Valério\*

SUMÁRIO: Introdução; Exceções e objeções; A decadência como objeção de direito material; A prescrição como exceção de direito material; Fundamentos da prescrição; A permanência das causas de interruptividade como impedimento da aplicação da prescrição de ofício; Da irrelevância da supressão do artigo 194 do Código Civil; Conclusões.

## INTRODUÇÃO

“Na verdade, o que se faz quando se escreve sobre uma lei que apenas entrou em vigor, é uma espécie de exercício mental de suposições, acerca das conseqüências, no plano real, que advirão do conteúdo problemático latente no texto positivo. Assim, na realidade, fazem-se projeções no futuro, imaginando-se como vai se dar a relação do texto legal, com os usuários (advogados, juízes, promotores, etc.).”<sup>1</sup>

Atento a essa lição é que busco fazer reflexões sobre a disposição contida no § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.280/2005 e a revogação expressa do art. 194 do Código Civil brasileiro. A primeira impressão que tive é que essa sanha reformista, que aumenta o poder do juiz, teria como conseqüência tão-somente celeridade da prestação jurisdicional de primeira instância e o aumento vertiginoso dos recursos, até que os tribunais pacifiquem a questão por jurisprudência firme e uniforme, o que não será tarefa fácil. Assim, política, administrativa e socialmente, é criticável a inovação, por polêmica, e ainda nada resolver sobre a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

Imaginei, *ictu oculi*, que tal previsão isolaria o Brasil jurídico do resto do mundo, já que não há informação de, no direito comparado, existir legislação permissiva da possibilidade da declaração da prescrição de ofício pelo juiz, afora

---

\* Procurador Regional do Trabalho. Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União.

1 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 13.

em casos específicos, como ocorre com os incapazes, por razões que me parecem óbvias e incontestáveis<sup>2</sup>. Então, em tempos de globalização e intercâmbio dos mercados, formações de blocos econômicos, livre trânsito de pessoas, facilitação dos negócios e contratos interpessoais, inclusive entre estrangeiros, são também criticáveis as disposições reformadoras, sobre o prisma lógico.

No plano jurídico, as críticas serão possíveis, se encontradas incongruências no próprio sistema normativo, o que se procurará identificar vez que a regra comentada, secamente, auspicando legislar sobre processo, determina que o *juiz pronunciará de ofício a prescrição*, revogando, por inteiro, o art. 194 do Código Civil, que determinava: *o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz* – daí o título do presente trabalho. Existem óbices, também jurídicos, quase intransponíveis para que o operador do direito cumpra, cabisbaixo, a inovação pretendida, com a visualização simplesmente do método gramatical de interpretação, e, em consequência disso, avista-se o agigantamento de um dos mais problemáticos e intrincados institutos do direito: a prescrição.

É bem verdade que na área trabalhista, de forma simplista, poder-se-ia negar-se a aplicabilidade por simples exercício da regra comezinha, e não complexa da hermenêutica: o critério da especialidade prevalece sobre o critério cronológico e ponto. Alguns diriam, bem, a CLT é omissa sobre a possibilidade de aplicação da prescrição de ofício e deve ser complementada pelo direito processual comum (art. 769). Além do mais, a nova regra é de ordem pública<sup>3</sup>, e a lei processual entra em vigor imediatamente, devendo então ser aplicável sem rebuços, inclusive, se o processo estiver em grau de recurso. Também poderia se objetar que nos tribunais seria absurda a aplicação de ofício porque a matéria é de mérito, e, sendo essa instância simplesmente revisora, não poderia reformar uma sentença proferida corretamente à época de sua prolação; ademais, haveria ferimento aos princípios processuais do *tantum devolutum quantum appellatum* e do *non reformatio in pejus*.

Todavia, como o direito não contém compartimentos estanques, e, hodiernamente, não mais se sustenta a teoria de Bentham, no sentido de que as leis processuais seriam simplesmente adjetivas<sup>4</sup> e existiriamna linguagem em função

---

2 Na verdade, os Códigos Cíveis da Polônia e Romênia, gestados sobre o regime socialista, previam a declaração de prescrição de ofício, omitindo Guilherme Orozco Pardo se permaneceram ou não as causas interruptivas da prescrição naqueles estados não democráticos de direito. *De la prescripción extintiva y su interrupción en el derecho civil*. Granada: Comares, 1995. p. 210-215.

3 Em nossa obra *A decadência própria e imprópria no direito civil e no direito do trabalho* (São Paulo: LTr, 1999. p. 63), sustentamos que a prescrição, ainda que não declarável de ofício, é instituto de ordem pública, tal como a decadência. O *discrimen*, com base na doutrina espanhola, seria que o fundamento próximo da decadência é seu caráter imediato social; na prescrição, esse caráter social seria mediato – daí a autorização para a declaração de ofício da decadência, e não da prescrição.

4 Irany Ferrari e Cristina Thereza Nahas (*Revista LTr*, 64-11/1384), em brilhante artigo, focalizaram as disposições do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal, concluindo que, em virtude da sua dicção – prescrição da ação, e não da pretensão –, a disposição constitucional é de conotação processual e, por isso,

dos substantivos, o certo é que ainda há um silêncio dos civilistas sobre o tema, muito embora, creio, seja no direito material, principalmente, onde se identificarão os maiores problemas, mesmo porque o que quer o legislador é a retirada de um patrimônio do credor, ainda que contra a vontade do devedor, colocando o juiz como dotado de superpoderes em questão que só mediatamente interessa ao Estado, já que as obrigações originárias do contrato só interessam imediatamente às partes, como sustentado por Hernández:

*“A mi juicio, la prescripción acoge en su fundamento ambas las concepciones, es decir, tanto el planteamiento individualista como el social. Éste como fundamento remoto y aquél como fundamento próximo.”*<sup>5</sup>

Irany Ferrari, em magnífico artigo<sup>6</sup>, defendeu que no direito do trabalho, à vista da disposição constitucional, o prazo constante do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal era decadencial. As razões dessa conclusão são coerentes, tanto que mereceram acatamento em julgados de alguns Tribunais Regionais do Trabalho<sup>7</sup>. O raciocínio parece lógico. Se o direito de ação é direito potestativo e há prazo para o seu exercício previsto na Constituição Federal, se houver inércia do titular do crédito durante o prazo fixado pela Lei Magna, não há mais de refletir-se sobre o direito material, mesmo porque, na decadência, inexistem causas de interrupção.

Assim, apesar de, por questões profissionais e funcionais, sempre ter estado atento, em primeiro lugar, às dificuldades do ramo especial, penso que o presente estudo e apontamento de incongruências, por mim vistas sobre a inovação legislativa do Código de Processo Civil, sem me deter especificamente sobre o direito do trabalho e direito processual do trabalho – o que abordarei não exaustivamente –, servirá, também para a reflexão dos juslaboralistas, mesmo porque o Juiz do Trabalho julga causas civis (art. 114 da Constituição Federal). Se a presente problematização servir para gerar novas dúvidas, que serão no futuro, certamente, desanuviadas pelos mais doutos, sentir-me-ei recompensado, porquanto o Direito tem por objeto “descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”<sup>8</sup>. Então, é válida não só a descoberta, mas também a provocação para

nos litígios trabalhistas, por ser instituto de ordem pública, a prescrição, deveria ser reconhecida de ofício pelo juiz, independente de qualquer arguição. A mesma Revista LTr (ano 70-03, mar. 2006), em nota da redação, dá destaque àquela matéria, afirmando que, com a inovação processual, não resta dúvida sobre a decretação da prescrição de ofício não só trabalhista, como também sobre os direitos regulados pelo Código Civil, por força do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil e da revogação do art. 194 do Código Civil.

- 5 HERNÁNDEZ, Andrés Bejarano. *La caducidad en el derecho laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1995. p. 65.
- 6 FERRARI, Irany. Prescrição trabalhista – decretação de ofício. *Suplemento LTr*, São Paulo, n. 37, p. 255, 1992.
- 7 Extraímos um julgado que praticamente repetiu as palavras do jurisconsulto: TRT 12ª R., RO 0539/94-V, 1ª T., Rel. Juiz J. F. Câmara Rufino, J. 03.04.1995, v.u.
- 8 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1941. p. 19.

que ela possa surgir. Assim, esperando que o presente trabalho provoque reflexões e críticas, que serão bem-vindas, passo a organizar o raciocínio sob a visualização do direito civil e do processo civil, reconhecendo que, quanto ao direito do trabalho, a questão é muito mais complexa, como inferiu Irany Ferrari, cuja sapiência e conspicuidade é reconhecida por todos aqueles que, como eu, labutam, diuturnamente, tentando resolver questões pertinentes a esse ramo especial do Direito e de seu instrumento: o direito processual do trabalho.

## EXCEÇÕES E OBJEÇÕES

Diz a doutrina ser a objeção fenômeno de direito processual ou de direito material, que o juiz possa decidir de ofício, sem a necessidade de provocação da parte. Exemplos de *objeções* processuais encontramos no art. 301 do Código de Processo Civil – pressupostos e condições da ação, que nulificam o processo, levando à extinção sem julgamento de mérito com supedâneo nos incisos IV e VI do art. 267 do mesmo código. Os exemplos típicos de *exceções* processuais em que são necessárias as arguições pela parte, sob pena de preclusão, são a incompetência relativa e de suspeição do juiz<sup>9</sup>.

No sentido restrito e próprio, no plano do direito material, as *exceções* (substanciais) devem ser, sempre, também, argüidas para merecerem conhecimento pelo julgador. Se não provocadas, não podem sofrer apreciação pelo juiz, mesmo porque há os impedimentos constantes dos arts. 128 e 460 do Código de Processo, como informa Theodoro Júnior<sup>10</sup>.

Antes da inovação legislativa aqui tratada, a prescrição era exemplo sempre citado de *exceptio*, acompanhada de outras figuras, também corriqueiras nas citações doutrinárias: a compensação (arts. 368 a 380 do Código Civil), o direito de retenção (art. 1.219 do Código Civil) e a exceção de contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil).

Bem de ver que o momento próprio para a parte argüir tais exceções depende do ordenamento de cada país, mas, no nosso, a única hipótese de provocação que excepcionava o princípio da eventualidade, na fase cognitiva (art. 300 do Código de Processo Civil), era a alegação de prescrição, pela incidência do ainda mantido – por não revogado pela Lei nº 11.280/2005 – art. 193 do Código Civil, que permite a alegação em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita. Alguns processualistas, antes da inovação aqui tratada, fizeram incursões, até respeitáveis, afirmando que deveria prevalecer a regra processual constante do art. 300 do Código de Processo Civil, frente ao art. 193 do Código Civil. Essa

---

9 VALÉRIO, J. N. Vargas. Op. cit., p. 122-128.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A exceção de prescrição no processo civil. Impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, a. VII, n. 41, p. 68-85, maio/jun. 2006.

doutrina, minoritária, não sofreu ressonância na jurisprudência e sempre foi criticada pelos doutores, justamente, porque, se prescrição é matéria que pertine ao mérito, deveria prevalecer, como prevaleceu, o mandamento da lei material, independentemente da previsão constante do código instrumental, ou seja: a desnecessidade do atendimento do princípio da eventualidade.

Côncio dessa verdade estratificada é que o legislador cuidou de, na mesma lei híbrida, permitir a decretação de ofício da prescrição, mas também revogou o art. 194 do Código Civil, entendendo ter resolvido completamente o problema antes identificado: se não há regra no Código Civil proibitiva da declaração de ofício, prevaleceria a regra do processo. Assim, parece tudo ajustado. A prescrição transmutou-se de *exceção* em *objeção*, podendo então ser declarada de ofício.

As características das *objeções* de direito substancial, as quais, independente de argüição, devem ser levadas em conta pelo juiz para extinguir o processo com julgamento de mérito, em cuja categoria o legislador processual elevou a prescrição, são, de maneira brilhante e concisa, explicitadas por Calmon de Passos e, de certa forma, tornariam até desnecessárias as colocações que fiz anteriormente com vistas à diferenciação entre *objeção* e *exceção*, embasado em trabalho próprio:

“Há fatos extintivos e impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele, portanto deixar de levá-los em consideração por motivos de não serem alegados pelo réu. E, assim agindo, o julgador não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. Outros fatos extintivos ou impeditivos existem, contudo, que uma vez provados nos autos, reclamam consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, por inovar contra o direito. No primeiro caso, diz-se que o fato extintivo ou impeditivo é uma *exceção*; e porque não determinando sua existência, necessariamente, obstáculo à prolação de uma sentença justa reclama-se a iniciativa do interessado para que ele seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o *princípio dispositivo que lhe impede tomar a iniciativa de tutela de interesse das partes*. No segundo caso, cuida-se de *objeção*, porquanto sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito) se não forem aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado.”<sup>11</sup>

A parte em negrito da citação ganha importância vital nas dúvidas que suscitarei, mesmo porque civilistas de escol, reconhecidos nas letras jurídicas, interpretando a regra do art. 194 do Código Civil, ora revogado, disseram:

“Direito dispositivo – Em ação judicial o juiz só pode reconhecer a prescrição se houver pedido expresso nesse sentido, formulado pelo

---

11 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1977. p. 301.

interessado, a quem aproveita. Trata-se portanto de direito disponível. Prescrição é exceção (defesa) e como tal deve ser oposta pelo interessado. O pagamento de dívida prescrita, não pode ser repetido (CC 882/CC/1916970), de modo que o juiz *não pode invadir a esfera de disponibilidade do réu que quiser pagar a dívida prescrita (obrigação natural) e decretar a prescrição da pretensão da parte contrária.*<sup>12</sup>

## A DECADÊNCIA COMO OBJEÇÃO DE DIREITO MATERIAL

A doutrina inferiu, a duras penas, já que a figura da decadência, excepcionalmente, permite a extinção do processo com julgamento de mérito ainda que não argüida pela parte, que a razão disso, dentre outras, é o fato de o decurso do tempo previsto em lei não atingir direitos subjetivos, mas sim direitos potestativos e, por isso, não dotados de *pretensão*<sup>13</sup>. Assim, o sujeito ativo simplesmente exercita um poder pela ação judicial, tendente à constituição de um direito ainda em formação. Os prazos, se fixados na lei, para o exercício do direito – e não da *pretensão*, insiste-se –, embora se pareçam com os de prescrição, pela existência da inércia do sujeito por um determinado espaço de tempo, deles diferem, porque o prejuízo de quem sofre a decadência, ligado ao decurso do prazo, não consiste na perda de um direito já existente, mas somente à formação de um direito futuro<sup>14</sup>. A busca das causas da decadência e da prescrição, para lhes dar um caráter científico, é que levou Agnelo Amorim Filho, com suporte na lição de Chiovenda, à conclusão de que os direitos potestativos operam-se mediante simples declaração de vontade de seu titular, sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição, e podem ser exercitados mediante simples declaração do titular porque o efeito desse exercício está na lei. Nessas ações não há pleitos de prestações positivas ou negativas em face do réu, e sim pedidos de natureza constitutiva, positiva ou negativa. Então, só as ações condenatórias se sujeitam ao prazo prescricional<sup>15</sup>.

- 
- 12 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115. Esses mesmos autores, tratando de processo civil, em outra obra editada após a alteração legislativa, dizem que agora o instituto é “de ordem pública” e deve ser aplicada a prescrição de ofício, inclusive contra a Fazenda, parecendo terem aceitado a inovação. Todavia, a doutrina mais abalizada entende que a prescrição já era instituto de ordem pública, como continua a ser, só que agora o legislador passou a entender que o interesse imediato da decretação é do Estado, e não da parte, ainda que se trate de direito dispositivo.
- 13 Ordinariamente, desde o trabalho de Chiovenda sobre a ação declaratória negativa, o qual demonstrou que pode existir ação sem pretensão de direito material, ou seja, o pedido destinado ao judiciário pode visar a uma declaração de inexistência de relação jurídica, e a pretensão é tida como o bem jurídico a ser protegido pela jurisdição ou bem da vida reivindicado, é corrente a afirmativa de que, diante da autonomia do direito de ação, pode ela existir independente da pretensão.
- 14 Nesse sentido Grawein, citado por Modica em transcrição de Nicolau Nazo: *A decadência no direito civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959. p. 42-43.
- 15 VALÉRIO, J. N. Vargas. Op. cit., p. 57-58.

A permissividade dos ordenamentos, para a declaração de ofício da decadência, parece se constituir, então, sem caráter exaustivo, nos seguintes itens: a) não há, quando do vencimento do prazo peremptório e preclusivo, direito subjetivo, mas perda do prazo para o exercício de um poder; b) a consequência jurídica está fixada na lei, bastando a voluntariedade do sujeito ativo para que a relação deva ser constituída/desconstituída; c) a constitutividade não atinge patrimônio algum de forma direta, porquanto visa tão só anular os efeitos dos fatos do mundo fenomênico, contrários ao direito; d) a parte passiva não tem obrigação correspondente ao direito, apenas sofre as consequências do exercício deste; e) por não tratar de questões obrigacionais, o exercício de poderes, através da ação própria, independe de execução. O juiz, na verdade, por não haver previsão de interruptividade ou suspensividade do prazo decadencial<sup>16</sup>, ao receber a inicial, tem todos os elementos para a averiguação do atingimento do prazo preclusivo e, sendo a declaração da perda do exercício do poder de constituir direito do interesse do Estado, para a não-perpetuação de lides e, por não se tratar imediatamente a contenda de direitos patrimoniais, de índole dispositiva, deve declarar essa situação, de ofício, atentando para a segurança jurídica. Também a simples declaração da existência ou inexistência de relação jurídica é poder dado ao jurisdicionado, mas, nesse caso, o direito não fixa prazo para o exercício.

Remanesco, todavia, no nosso Código Civil a proibição de declarar-se de ofício a decadência convencional (art. 211), há de se perquirir quais seriam as razões jurídicas, eis que, à primeira vista, parece haver incongruência. No Brasil, a decadência (convencional) não pode ser declarada de ofício, mas a prescrição deve ser sempre decretada, a prevalecer a nova regra.

Parece-me que levou o legislador em conta ao optar pela manutenção deste artigo é a dispositividade das partes, já que ali se contrata o prazo para exercer o direito e logo também pode ser renunciado. Também o fato de que a convenção que fixou o prazo decadencial, que poderia em tese, ser viciada, se isso fosse alegado, dependeria de análise probatória na fase própria, como verdadeira *exceção*, e não *objeção*, como sempre foi a decadência legal, chamada por nós de própria ou pura, e aquela, imprópria ou impura.

### A PRESCRIÇÃO COMO EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL

A prescrição só opera nos direitos de crédito, direitos a uma prestação em que há uma relação jurídica de cunho patrimonial que, se desenvolvida naturalmente de acordo com o direito, gera a realização deste e, caso descumprida pelo sujeito passivo, cria a *pretensão* autorizada pelo sistema normativo para exercer, querendo o sujeito ativo, a ação para ver reconhecido o direito subjetivo. Esta, a ação, é

---

16 O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.978/1990) prevê causas obstativas do início do curso do prazo decadencial no § 2º do art. 26, para o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação.

direito subjetivo público e será sempre desenvolvida se cumpridas as condições, após superação dos pressupostos processuais.

Lotufo, ao comentar o art. 189 do Código Civil, faz o seguinte raciocínio:

“Daí a conclusão de Vargas Valério sobre o art. 189: [...] só poderá ocorrer a prescrição da *pretensão*, permitindo inferir ainda, que extinta esta, (no sentido de exigibilidade ou ação judicial), o direito permanece, justificando destarte a regra do art. 970 do Código Civil, a qual, acatando a melhor doutrina, diz que aquele que pagou dívida prescrita não tem direito à repetição. Direito de ação e *pretensão* no sentido dinâmico, pelos idealizadores do projeto, são pois termos unívocos. Não parece ser assim para Larenz que diz: ‘*La prescripción no es una causa de extinción, sino que sólo fundamenta para el obligado una excepción*’.”<sup>17</sup>

Apesar de lisonjeado com a menção de minha obra, em duas de um dos mais festejados civilistas paulistas, a verdade é que penso não ter contrariado *Larenz*, tantas vezes por mim citado.

Na obra mencionada, antes da conclusão transcrita por Lotufo, eu havia assim falado, citando Carlos da Rocha Guimarães<sup>18</sup>:

“*Actio romana*, no entanto, como estudou Windscheid correspondia à própria *pretensão*, como hoje entendemos, ligada ao direito material exclusivamente como bem da vida a ser protegido, ou objeto remoto do pedido na linguagem processual [...] Em consequência, aceitando a tese de *Windscheid*, pode-se, modificando-a parcialmente, dizer que o que prescreve é a *pretensão*, mas no seu aspecto dinâmico de fazer valer essa *pretensão* perante os tribunais, o que significa dizer o direito de acionar, permanecendo viva a *pretensão* no seu aspecto meramente subjetivo, passivo, de pretender exigir algo de alguém.”

Também a definição por mim colocada de prescrição:

“*Exceção* de direito material, argüível nas instâncias ordinárias que supõe extinção da *pretensão* do titular do direito patrimonial emver reparada a lesão, por via da ação judicial ou defesa, diante de sua inércia durante o lapso temporal previsto em lei.”<sup>19</sup>

Parece claro que o que lá está dito é que a *pretensão* deve ser sempre excepcionada para ser conhecida.

Essa posição parece ser adotada também pelo erudito Humberto Teodoro Júnior:

---

17 LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2001. p. 520; *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 318.

18 GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 29.

19 VALÉRIO, J. N. Vargas. Op. cit., p. 72.

## DOUTRINA

“O Código Civil brasileiro, tomando os Códigos da Alemanha e da Suíça como parâmetros, conceituou a prescrição como a perda da *pretensão* (art. 189), idéia que se aproxima da *actio* romana e que é a de outros códigos modernos como do Peru (de 1984), o do Uruguai (compilado em 1994) e o de Quebec (de 1991). Para nosso sistema de direito civil não há dúvida que a prescrição não atinge o direito material do credor. Cinge-se a conferir uma *faculdade* de resistir à pretensão quando exercida tardiamente (Código Civil de 2002, art. 189).”<sup>20</sup>

Esse autor, no mesmo trabalho científico e página, é peremptório ao dizer, ainda, que “a *pretensão* não se confunde com o direito subjetivo do credor, já que muitos direitos subjetivos existem que nunca gerarão pretensões, e outros há que somente virão a produzi-las depois de violados”.

A síntese de Pontes de Miranda<sup>21</sup>, quando trata da exigência *de aviso do credor ao devedor para receber dívida sem previsão de vencimento*, é esclarecedora a respeito do verdadeiro sentido da *actio*, que não pode ser traduzida por “ação”, no sentido que hoje conhecemos:

“B. Windscheid cometia esse erro, não prestando atenção a que se *actio*, nos textos romanos, quase sempre é pretensão, raro o é nos brocardos e proposições dos escritores dos tempos modernos, que muitas vezes traduzem *actio* por ação. [...] se *actio* é ação, alude-se erradamente, a prescrição; se *actio* é pretensão, já os que a forjaram e repetiram tinham sido desatentos aos fatos: não há aí pretensão *nondum nata* – a pretensão já nascera, exatamente porque o seu nascimento começa com a essência *in potestate creditoris*. Puseram tais escritores o dilema: não há ainda a pretensão; portanto, ou se há de contar o prazo desde que o credor pode exigir, ou quando exija. Ora, raciocinavam eles, se à pretensão, no mútuo com condição suspensiva potestativa, somente começasse o prazo prescricional com o ato de exigir, não se iniciaria nunca; portanto se há de ser prescritível a pretensão, é antes dela que tem de começar. Partira-se de premissa falsa: ainda não há pretensão, se o credor tem de avisar. Pouco adianta ler-se o que escreveram os sustentadores de não haver aí, *actio nata*, ou porque confundiam ação e pretensão, ou porque usavam um nome por outro.”

## FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

São dois os fundamentos da prescrição: segurança jurídica e inatividade do sujeito, com presunção de abandono ou de renúncia ao direito.

---

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 72.

21 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 124.

Guillermo Orozco Pardo (*op. cit.*, p. 27) bem esclarece que, afora a segurança jurídica, os fins sociais do direito e da justiça, a presunção de abandono do direito é *juris tantum*, podendo ser elidida, e estas são as razões da previsão nos Códigos de causas interruptivas ou suspensivas, que, aliás, foram mantidas no nosso Código Civil por não revogadas pela recente lei.

Diz o autor espanhol em esclarecedora passagem:

“Resta patente a utilização hierarquizada de ambos os critérios para dotar de fundamento a prescrição, se bem que se exige provar a presunção de abandono, a qual comporta que o devedor interprete a vontade não manifestada do titular, quando o único que pode interpretar é o próprio titular que permaneceu em silêncio. Por conseguinte o devedor só deve demonstrar que os requisitos de tempo e inatividade se completaram, mas não pode avaliar as razões da conduta inativa e silente de seu credor, que só ele pode ‘auto-interpretar’. O titular deve então provar que manifestou a sua vontade de exercitar, interrompendo a prescrição, mas se assim não for, seja qualfor a vontade, a prescrição será consumada gerando os seus efeitos sem nada que impeça, salvo renúncia do prescribente.”

Essa lição é importante por deixar claro que em qualquer sistema normativo, ou processual ainda que a intenção do legislador seja transmutar a prescrição em objeção substancial, como fez o brasileiro, mas se esquecer de revogar as causas de suspensividade ou de interruptividade, já que não se pode exigir que sejam provadas de plano, o juiz, ao receber a inicial, só poderá verificar um de seus fundamentos (o decurso do tempo fixado em lei), mas quanto à presunção de abandono não, mormente se também não são extirpadas normas que permitem a interrupção do lapso temporal “por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe o reconhecimento do direito pelo devedor” ou mantenha a possibilidade da “renúncia expressa ou tácita, depois que a prescrição se consumir”, como constam dos remanescentes arts. 191 e inciso VI do art. 202 do Código Civil.

Câmara Leal<sup>22</sup> admite que a renúncia expressa, por não ter forma especial imposta no ordenamento, pode ser provada por qualquer meio, como declaração unilateral de vontade que é, não podendo a restrição legal da prova exclusivamente testemunhal circunscrita aos contratos de determinados valores atingi-la, eis que renúncia não é contrato, cuja natureza é bilateral. Se a renúncia pode ser feita por qualquer meio, admite-se a verbal, desde que provada por testemunhas, assim como a renúncia tácita, *v.g.* o pedido de prazo para o pagamento da dívida prescrita pelo devedor, a inserção em documentos na posse da empresa, a decisão da diretoria, inserida em ata, que só pagaria a dívida após certo tempo, dentre outros ocorrentes, com frequência, na casuística.

---

22 LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 69.

A PERMANÊNCIA DAS CAUSAS DE INTERRUPTIVIDADE COMO IMPEDIMENTO DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO

Em virtude da permanência dos arts. 195, 197, 198, 199, 202 e 211 no Código Civil, a desfiguração do sistema da prescrição como instituto de direito material, com a revogação do art. 194, foi apenas parcial e até inócua, diria.

Mantidas a possibilidade de renúncia da prescrição e a interrupção por qualquer meio que importe o reconhecimento pelo devedor, o juiz fica impossibilitado de declarar a prescrição de ofício, *ab initio*, porquanto não pode exigir do autor que diga na inicial, ao verificar o escoamento do prazo prescricional, que assim o faz porque entende interrompida a prescrição. Nem o art. 282 do CPC nem o art. 840 da CLT assim exigem. O fato e o fundamento jurídico do pedido são bastantes para a completude da *causa petendi*. A facilitação do acesso à justiça, inclusive nos juizados especiais cíveis, com a permissão do *jus postulandi* das partes, como ocorre na Justiça Laboral, como princípio desse ramo, ficaria seriamente abalada.

Se o juiz, cômico da ausência de prova de um dos fundamentos da prescrição – presunção de abandono, que pode ser elidida pela prova da interrupção – ao receber a inicial e aplicar a teoria da “super-sustanciamento”, exigindo a prova de plano, para formar o seu convencimento, deverá intimar o autor para fazê-lo no prazo do art. 284 do CPC, e se não cumprido, a consequência prevista na norma é uma sentença de extinção sem julgamento de mérito, como comanda o parágrafo único do mesmo artigo, e não de mérito, como quer o legislador moderno.

Se o réu/reclamado não arguir a prescrição na resposta, há presunção de que houve renúncia ou interrupção do prazo e o juiz terá somente elementos para avaliar o decurso do tempo, mas não a possível interrupção, devendo buscar o seu esclarecimento em audiência por prova oral, se o autor não tiver prova documental (caso do inciso VI do art. 202, já que o ato inequívoco do reconhecimento do direito pelo devedor pode ser provado por testemunhas).

Se o juiz, cegamente, seguir a literalidade da norma processual inovadora, só tendo a informação com a inicial do decurso, por inteiro, do prazo prescricional, sem atentar para a possível interrupção feita, ou suscetível de prova pelo autor em momento posterior, e decretar a prescrição, estará ferindo o devido processo legal e transferindo patrimônio ao réu sem qualquer pedido e atentando contra o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não revogado o art. 331 do Código de Processo Civil, que trata da audiência preliminar, e permanecendo na Justiça laboral a conciliação, como princípio, impossível se torna a extinção da prescrição *ab initio*. Assim, o desfogo das causas de primeira instância pretendido só poderá surtir efeito após esse ato. Se entender prescrita a pretensão no ato da audiência, ainda assim não poderá o juiz conciliar porque o Estado não permite por questão de ordem pública? Se conciliar, estará descumprindo o mandamento processual tornando nula a conciliação? Caberá recurso (CPC), ou ação rescisória (CLT), por violação a literal dispositivo de lei com base no inciso V do art. 485 do CPC?

## D O U T R I N A

A prescrição de ofício decretada pelos tribunais que somente revisam as decisões prolatadas pela instância inferior poderia ser qualificada de jurídica? Não feriria os princípios do *tantum devolutum quantum appellatum* e o *da vedação dareformatio in pejus*? O art. 303, II, do CPC é regra destinada também aos tribunais?

Além disso, se o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal ampara a ameaça de lesão, os credores que tenham, por qualquer meio, como provar a renúncia ou a interrupção do prazo prescricional, mas com o prazo prefixado em lei já escoado, teriam interesse processual em propor ação declaratória de suspensividade ou interruptividade do prazo, antes da ação principal, o que, se assim ocorrer, enuvia o desiderato principal do novo mandamento processual – a celeridade da justiça.

### DA IRRELEVÂNCIA DA SUPRESSÃO DO ARTIGO 194 DO CÓDIGO CIVIL

Quando se esperava um levante dos civilistas a respeito da infeliz inovação normativa, ilógica, antijurídica, anti-social e até infringente à dignidade humana, pela limitação da vontade ética e moral (boa-fé) que devem reger as relações obrigacionais, foi um doutor do direito processual, a quem muito devemos – Humberto Theodoro Júnior –, um dos primeiros nomes de peso a debruçar-se sobre o problema criado pela abrupta inovação, cuja lição, certamente, também será levada em conta, e as reflexões que fez servem de encorajamento para novas buscas e novas conclusões, o que engrandece o direito.

Entende o autor, em apertada síntese, que a açodada lei processual causaria enorme estrago no sistema material da prescrição, que a lei em momento algum cogitou de ver na prescrição uma causa de extinção do direito material do credor, daí a prescrição continuar a ser tratada como exceção, como ocorre no mundo inteiro; se se admitir que o juiz passe sobre a vontade do devedor e decrete de ofício a prescrição não argüida, estar-se-á abolindo o direito potestativo, conferido pelo art. 191 do Código Civil, destruindo, por completo, o sistema prescricional organizado pelo Código Civil, em bases racionais consagradas universalmente; não crê que a doutrina e a jurisprudência venham a compactuar com semelhante obra demolitória, pregando a sua revogação de *lege ferenda*, ou até que não ocorra, reduzir a aplicabilidade apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material<sup>23</sup>.

### CONCLUSÕES

a) Afora as conclusões de Humberto Theodoro Júnior, as quais devem ser ratificadas, as dificuldades e dúvidas que se demonstrou parecer pertinentes para a compreensão do mandamento do § 5º do art. 219 do Código de Processo

---

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 68-85.

Civil justificam que melhormesmo é que sejarevogado como quer o mestre retrocitado<sup>24</sup>.

b) Justamente nas causas trabalhistas que não tratem de relação de emprego é que os magistrados terão maiores problemas em cumprir o mandamento do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, como identificamos, mercê da permanência no Código Civil da interruptividade e suspensividade dos prazos prescricionais, mesmo porque Pontes de Miranda é peremptório:

“A discussão sobre se a prescrição apaga o direito ou só encobre a eficácia da pretensão assenta em ignorância de história do direito romano, que ainda nos primórdios, separa direito da *actio*. Por outro lado, esquece a distinção entre prazo preclusivo e prescrição. A prescrição gera exceção. O devedor que a exerce, tem de provar que a prescrição se deu.”<sup>25</sup>

c) Paradoxalmente, o magistrado, quando se deparar com causas trabalhistas entre empregados e empregadores – a se firmar a doutrina do culto Irany Ferrari<sup>26</sup>, “que disse ter adotado a Constituição Federal, dois prazos, sendo um de decadência de dois anos, contados da extinção do contrato, para o exercício do direito de ação, e um de prescrição, de cinco anos contado do ajuizamento da ação para haver o ressarcimento dos direitos lesados” – a aplicação da chamada prescrição de ofício, ora criada pelo legislador processual, seria inócua para o direito laboral quando julgar causas entre empregados e empregadores.

Também a prevalecer que o prazo constante do inciso XXIX do art. 7º da Carta é de decadência e, portanto, preclusivo, sendo o decurso do tempo pelo período fixado na lei o único requisito para a decretação de ofício – justamente os direitos dos empregados que sempre mereceram melhor proteção – neste momento histórico, entendendo-se que a decadência do direito potestativo de reclamar seus créditos, após dois anos da extinção do vínculo, estariam menos favorecidos pelo sistema do que os credores em geral, inclusive, do que aqueles que promovem ações relativas às chamadas relações de trabalho sem que haja vínculo empregatício.

d) De qualquer maneira, inclino-me pelas conclusões adotadas por Humberto Theodoro Júnior, já citadas e também para homenagear Russomano:

“A prescrição é *instituto universal, princípio geral de Direito*, com fundamento específico na necessidade de harmonia, paz social e fixidez das relações jurídicas concretas. Por omissão da lei especial, que se limitou a estabelecer o prazo de prescrição dos direitos trabalhistas, aplicam-se os princípios dominantes do direito civil – fonte subsidiária – inclusive no

---

24 Assim disse Humberto Theodoro Júnior, ao concluir a brilhante matéria : “f) melhor mesmo seria revogar, *de lege ferenda*, a infeliz inovação, mas, enquanto isso não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material”.

25 MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 103.

26 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 255.

tocante às causas impeditivas, suspensivas e interruptivas do prazo prescricional.”<sup>27</sup>

c) Se não se entender, como quer Irany Ferrari<sup>28</sup>, que prescrição trabalhista ganhou contorno constitucional atingindo *direito processual*, e o prazo de dois anos para reclamar (inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal) é de *decadência* (isso só resolveria as questões entre empregados e empregadores), e se prevalecer como correta a lição de Mozart Victor Russomano, que dá suporte ao que defende Humberto Theodoro Júnior, devendo o instituto ser visualizado como sempre foi, sob o aspecto material, a parte, ainda que considere ter interrompido o prazo prescricional, mas sem prova documental, para não correr o risco de um julgamento abrupto de extinção do processo com julgamento de mérito desfavorável pela não-consideração de um dos pressupostos da prescrição (a presunção de abandono), sem oportunidade de produzir prova, certamente, poderá ajuizar ação declaratória de existência de relação jurídica (para provar a renúncia tácita ou expressa), cautelares de produção antecipada de provas (para o mesmo fim em casos extremos) em outros, busca e apreensão de documentos, etc. (ata em que a empresa delibera, apesar de prescrita a pretensão do devedor para pagá-lo no futuro), antes da ação principal.

d) Não atendeu o legislador os fins políticos, sociais, jurídicos e éticos que devem informar o processo de um Estado Democrático de Direito, ao não manter a já sedimentada doutrina sobre a prescrição – que não tem somente como pressuposto a ocorrência do prazo (em homenagem à segurança jurídica), mas também a possibilidade de renúncia por motivos éticos e morais e, ainda, por ser da parte e não do Estado a possibilidade de disponibilidade do patrimônio particular, já que a prescrição é a transformação de um ato contrário ao direito (o descumprimento da prestação) em estado jurídico. Até por questão de justiça, deveria o legislador processual atender o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição Federal) e permitir aos dignos e éticos que, querendo, paguem a sua obrigação natural.

e) Uma sociedade não é livre, nem justa, nem solidária (inciso I do art. 3º da Constituição Federal) quando o Estado dá ao juiz o papel de atingir a vontade do honesto, do ético, que quer pagar a dívida, ainda que prescrita, perante o órgão judiciário, se não aceita as demais defesas que fez ao contestar, omitindo a *exceptio*, por questões íntimas e próprias de sua individualidade e boa personalidade, ou até para cumprir os seus valores religiosos, ou outros, morais, que foram transmitidos pela família.

f) Cumpriria o legislador processual todos esses valores constitucionais, jurídicos, morais e éticos que atingiu, se simplesmente tivesse acrescido ao antigo

---

27 RUSSOMANO, Mozart Victor. *A prescrição no direito do trabalho*. São Leopoldo: Biblioteca Bento Van Langendonck, 1951. p. 40.

28 FERRARI, Irany. Op. cit.

## DOCTRINA

§ 5º do art. 219 do Código de Processo, em resguardo ao interesse público, algo assim, ouparecido:

“Também poderá o juiz declarar de ofício a prescrição em questões patrimoniais, se a pessoa jurídica de direito público não a argüiu em contestação, e o autor não provar a interrupção ou suspensão do prazo de forma evidente e cabal.”

Isso seria útil se vislumbrássemos ter a norma inovadora também a teleologia de inibir a mancomunação de reclamantes com a administração pública ou evitar o possível despreparo dos procuradores municipais, onde amiúde se depara com prescrições não interrompidas, mas não alegadas pelo ente público, em prejuízo ao Erário, e, também, por entender a jurisprudência hegemônica que o Ministério Público, como *custos legis*, não tem legitimidade para a argüição, por não ser parte.

Se assim fizesse o legislador, cumpriria a ordem jurídica, e não haveria o risco do desmonte do sistema substancial da prescrição; não atingiria a vontade do ser humano; preservaria a ética e a moralidade dos devedores que por motivos vários fazem a sua defesa sem apresentar a *exceptio*; cumpriria, enfim, os princípios constitucionais já mencionados e manteria o Brasil identificado com o resto do mundo desenvolvido que nas questões respeitantes ao direito obrigacional protege a vontade dos cidadãos, desde que não feridora das grandes pilstras do Estado, inclusive os bons costumes.

Certamente a dúvida será dissipada com o tempo, não como fato jurídico, como o constante da norma inovadora, mas como fator preponderante na sedimentação dos valores de justiça que sempre são considerados tanto na criação da regra jurídica como na sua revogação ou aperfeiçoamento.

É inevitável a cizânia jurisprudencial que reinará, gerando insegurança jurídica com a inovação legislativa que justamente se apóia na necessidade de segurança jurídica. O tempo, senhor da verdade, dirá sobre o acerto ou erro dessas premonições, dúvidas e preocupações, cabendo aqui a repetição da transcrição feita no início destas reflexões:

“Na verdade, o que se faz quando se escreve sobre uma lei que apenas entrou em vigor, é uma espécie de exercício mental de suposições, acerca das conseqüências, no plano real, que advirão do conteúdo problemático latente no texto positivo. Assim, na realidade, fazem-se projeções no futuro, imaginando-se como vai se dar arelação do texto legal, com os usuários (advogados, juizes, promotores, etc.).”<sup>29</sup>

---

29 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 13.

# O DIREITO A FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS SEGUNDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS: ANÁLISE DE UMA SENTENÇA JUDICIAL – ENFOQUE COMPARADO

Sheila Stolz\*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trata das férias<sup>1</sup> – direito fundamental de todos os trabalhadores, fruto de árduas lutas sociais – consagrado no âmbito internacional pela OIT nas Convenções n.ºs 52<sup>2</sup>, 101<sup>3</sup> e 132<sup>4</sup>, bem como, em distintas legislações nacionais (em nível constitucional<sup>5</sup> ou infraconstitucional) e/ou comunitárias, desde a perspectiva de uma decisão judicial particular.

---

\* Professora da Fundação Universidade Federal do Rio Grande. Doutoranda em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Mestre em Direito.

- 1 Dados os contornos deste estudo, não serão realizados comentários pertinentes a dito direito no âmbito brasileiro.
- 2 Contempla tal direito para os trabalhadores de empresas.
- 3 Contempla tal direito para os trabalhadores da agricultura.
- 4 Trata do valor e da forma como deve ser feito o pagamento das férias.
- 5 Ainda que este artigo esteja focalizado na realidade laboral europeia, não será analisada, minuciosamente, a legislação nacional de todos e cada um dos Estados-membros da União no que diz respeito ao direito a férias. A título de exemplificação, do quanto é diversificado dito contexto laboral, menciona-se o fato de que Espanha, Portugal e Irlanda são os Estados que limitam em 4 semanas o gozo de férias anuais remuneradas. Já na Áustria, Alemanha, Itália, Finlândia e Luxemburgo, por exemplo, o gozo de férias anuais remuneradas está limitado em 5 semanas.

A Constituição espanhola, no capítulo que trata dos direitos e deveres dos cidadãos, estipula, no art. 40, o direito às férias anuais. Também o Estatuto dos Trabalhadores, no art. 38, aborda o direito às férias estabelecendo que esse direito é irrenunciável para os trabalhadores e de obrigatoria concessão para os empregadores. Exige-se o seu cumprimento de forma específica, ou seja, sem prestação efetiva de serviços. Portanto, não será válido qualquer tipo de pacto que vise a sua supressão, redução ou que pretenda a sua substituição por uma compensação econômica. Salvo nos casos em que o contrato se extingue com anterioridade à data fixada para o gozo das férias, gerando-se, neste particular, a compensação proporcional ao tempo trabalhado no ano de referência das férias. Veja-se, neste sentido, a sentença do Tribunal Supremo Espanhol, de 30 de abril de 1996, R. 3084/1995.

A Constituição da República Portuguesa, no art. 59.1, *d*, proclama que as férias são um dos direitos a que fazem jus todos os trabalhadores. A Lei n.º 99/2003, que cria o Código de Trabalho, estabelece, no art. 211, o direito a férias com base nos seguintes termos:

“1. Os trabalhadores têm direito a um período de férias remuneradas em cada ano civil.

Como é notório, o direito a férias tem o objetivo de proporcionar ao trabalhador um tempo mais prolongado e necessário de repouso que aqueles previstos pelos descansos diários (entre e/ou intrajornadas de trabalho) e semanais estabelecidos em lei; todas essas pausas visam ao ajuste do tempo de trabalho a padrões adequados de esforço/repouso, preservando, desta forma, a saúde do trabalhador e evitando, por conseguinte, eventuais enfermidades e acidentes de trabalho. O direito a férias e o seu efetivo desfrute, ademais de permitir o repouso e a recuperação dos desgastes físicos e psicológicos produzidos pelas atividades laborais, buscam, entre suas finalidades, disponibilizar um maior convívio do trabalhador com sua família e com a comunidade na qual está inserido. Enfatiza-se, também, que o direito a férias anuais remuneradas faz parte do rol das atuais exigências européias de conciliação da vida laboral e familiar que devem ser adotadas pelos Estados-membros<sup>6</sup>.

O objeto de estudo destas páginas se refere à recente sentença, datada de 6 de abril do corrente ano, emitida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias – TJCE. Em dita decisão, analisa-se o direito dos trabalhadores de usufruírem de um período anual mínimo de descanso continuado a título de férias. Justifica-se a escolha de apreciar a sentença do Tribunal Europeu com base nos seguintes argumentos: 1º) conhecer a legislação comunitária pertinente ao direito a férias; 2º) apreciar a opinião do mais alto tribunal europeu acerca do direito a férias; 3º) questionar, desde o ponto de vista teórico, o uso – muitas vezes inadequado – de noções jurídicas que contenham um alto grau valorativo; 4º) evidenciar a importância de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores.

#### COMENTÁRIOS À SENTENÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS – TJCE, SALA PRIMEIRA, PROCESSO Nº C-124/2005

Para melhor compreensão do veredicto editado pelo TJCE, cabe proceder com anterioridade a uma breve síntese dos fatos que motivaram esta contenda judicial<sup>7</sup>. Antes da decisão pelo TJCE, o caso em tela percorreu uma longa trajetória

---

2. O direito a férias deve efetivar-se de modo a possibilitar a recuperação física e psíquica dos trabalhadores e assegurar-lhes condições mínimas de disponibilidade pessoal, de integração na vida familiar e de participação social e cultural.

3. O direito a férias é irrenunciável e, fora dos casos previsto neste Código, o seu gozo efetivo não pode ser substituído, ainda que com acordo do trabalhador, por qualquer compensação econômica ou outra. [...].”

6. Veja-se, por exemplo, as Diretivas européias nºs 92/85/CEE e 96/34/CE e, em âmbito nacional, a Lei Espanhola nº 39/1999, que pretende promover a conciliação da vida familiar e laboral dos trabalhadores.

7. Este processo tem por objeto um pedido de “decisão prejudicial” nos termos do art. 234 do Tratado da CE, apresentado pelo *Gerechthofte’s* – Gravenhage (Países Baixos).

processual. Primeiro, a Federação Sindical Holandesa – FNV<sup>8</sup> – demandou judicialmente perante o Rechtbank te’s-Gravenhage contra o Estado Neerlandês<sup>9</sup>. O Rechtbank te’s-Gravenhage desestima a demanda e a FNV recorre, em última instância, ao Gerechtshof’s-Gravenhage. A Federação Sindical fundamenta sua apelação com base em dois dispositivos legais: primeiro, no âmbito interno, com respaldo no Livro 7, Título 10 (contrato de trabalho), Capítulo 3 (férias) do Código Civil Neerlandês<sup>10</sup> e, segundo, no âmbito comunitário, com base na Diretiva nº 93/104/CE. De acordo com o Gerechtshof’s-Gravenhage<sup>11</sup>, a interpretação dada à Diretiva pelo Estado Neerlandês é ilegítima e, como tal, prejudica os interesses da FNV, enquanto defensora dos trabalhadores dos Países Baixos, motivos suficientes para que, com base no art. 234 do Tratado da Comunidade Européia, o TJCE aprecie a questão prejudicial em tela e decida o litígio em questão.

Como aludido anteriormente, são partes nesse processo a FNV e o Estado Neerlandês. Segundo as alegações de fato, em fevereiro de 2001, o Ministério de Trabalho e Assuntos Sociais neerlandês publicou um folheto informativo com o título “Nova legislação sobre férias. Mais espaço para o trabalho a medida”<sup>12</sup>. Em seu bojo, dito folheto informava que o limite mínimo de férias anuais havia se mantido o mesmo depois das reformas legais (quatro vezes o período de trabalho semanal acordado ou, se o período de trabalho acordado fosse expresso em horas por ano, de, no mínimo, um período equivalente). Ressaltava, sem embargo, que era permitido a acumulação de dias de férias durante vários anos para que o trabalhador pudesse concretizar o sonho de “uma longa viagem ao redor do mundo”. O folheto destacava, também, a possibilidade de que qualquer trabalhador renunciasse aos seus dias de férias por uma contraprestação econômica com a finalidade, por exemplo, de “fazer obras na sua casa”, estipulando como único requisito o fato de que ditos dias excedessem o número mínimo obrigatório de dias de férias anuais ou que se tratassem de dias de férias de anos anteriores não gozados.

---

8 No original: Federatie Nederlandse Vakbeweging.

9 No original: Staat der Nederlanden. É bastante comum nos países de língua portuguesa usar “Holanda” para nomear os Países Baixos. Destaca-se, não obstante, que essa nomenclatura não é a mais correta, pois a palavra Holanda refere-se, originalmente, à área ocupada pelas duas principais províncias dos Países Baixos, a saber: Holanda do Norte (a capital do Estado, Amsterdã, situa-se nesta província) e Holanda do Sul.

10 No original: Burgerlijk Wetboek.

11 São suas palavras: “[...] da gênese do diploma legal e do folheto vistos conjuntamente, decorre que o período mínimo de férias anual não gozado pelo trabalhador pode ser substituído num ano subsequente por uma retribuição financeira. Face aos trabalhos preparatórios do diploma, o folheto tem um teor que, se for contrário ao modo como a Diretiva deve ser interpretada e transposta, implica que a sua distribuição, desacompanhada de qualquer advertência – que dele não consta – seja enganadora e, por isso, ilícita. Ademais, é suficientemente plausível, como alega a FNV que a possibilidade de substituição posterior de dias do período mínimo de férias por retribuição possa levar a que os trabalhadores não gozem, ou só gozem parcialmente, o período mínimo de férias”.

12 No original: “Nieuwe vacantiewetgeving. Meer ruimte voor maatwerk”.

Conforme a Federação Sindical Holandesa, o Ministério de Trabalho e Assuntos Sociais infringiu, com a divulgação pública do folheto informativo, o art. 7:640 do Código Civil Neerlandês que estabelece que durante a vigência do contrato de trabalho o trabalhador não pode renunciar ao seu direito a férias em troca de uma compensação econômica. A exceção a essa regra geral, ou seja, a contrapartida econômica das férias não gozadas será permitida somente nos casos em que o direito a férias exceda ao mínimo legal e sempre que se efetue mediante acordo por escrito. Afirma a FNV em suas alegações que o Estado Neerlandês viola também a Diretiva nº 93/104/CE, ao “entender e declarar, contrariamente ao art. 7, apartado 2, da Diretiva, no âmbito da interpretação do conceito de ‘período mínimo de férias’ a que se refere o art. 7:634<sup>13</sup> do Código Civil Neerlandês, que os dias, tanto legais como extralegais, que foram acumulados a partir de anos anteriores e excedam o direito ao período mínimo de férias podem, em princípio, ser substituídos por retribuição econômica”.

Com base nos fatos e direitos expostos, pede a FNV que seja declarada ilegal a atuação do Estado Neerlandês e que ele renuncie à divulgação do folheto informativo.

O TJCE dá início a sua exposição, indagando-se sobre a legitimidade de transferir as férias mínimas anuais a anos posteriores. Conforme o Tribunal, para que as férias provoquem o efeito positivo esperado delas – descanso eficaz que garanta a segurança e a saúde dos trabalhadores –, necessariamente elas devem ser gozadas no ano a que lhes corresponda. Não obstante, o fato de que as férias não sejam desfrutadas no ano cabível não é um óbice para que dito tempo de descanso não possa ser gozado em outro período posterior, pois o que importa é garantir que o direito a férias se concretize. Neste particular, o TJCE se apóia em outra sentença do mesmo Tribunal datada de 4 de abril de 2005 (Processo nº C-519/2003<sup>14</sup>). Todavia, como essa hipótese é uma exceção, adverte o Tribunal: somente pode ser aceita a transferência das férias nos casos em que seja impossível (impossibilidade real e comprovada) o seu desfrute no ano em curso. Nesse caso, seria ilegítimo o exemplo e a interpretação legal dada pelo Governo Neerlandês de que os trabalhadores dos Países Baixos possam escolher entre gozar as férias ou acumulá-las durante anos com o fito de realizar uma grande viagem.

Em segundo lugar, a atenção do TJCE se volta para a questão central deste processo, a saber: o caráter legal ou não da compensação econômica das férias anuais não desfrutadas. Para fundamentar a sua decisão, o TJCE faz uso da Diretiva nº 93/104/CE em seu art. 7, apartados 1 e 2.

13 *In verbis*: “Em cada ano em relação ao qual tenha tido direito a salário pelo período integral de trabalho acordado, o trabalhador adquire o direito a férias de, no mínimo, quatro vezes o período de trabalho semanal acordado ou, se o período de trabalho acordado for expresso em horas por ano, de, no mínimo, um período equivalente”.

14 Conforme o acórdão de dita sentença, nos casos em que ocorra acumulação no final do ano de períodos de diferentes licenças ou férias garantidas pelo direito comunitário, o repasse de todas ou parte das férias anuais para o ano subsequente pode ser inevitável.

Antes de prosseguir com os argumentos do Tribunal, cabe comentar, de forma sucinta, em que consiste a Diretiva europeia arrolada na sentença em tela.

A Diretiva nº 93/104/CE, bem como a Diretiva 2003/88/CE<sup>15</sup>, pretendem harmonizar os ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados membros da União Europeia no que diz respeito à ordenação do tempo de trabalho. Ambas, em suas considerações de motivos, reconhecem que a melhora da segurança, higiene e saúde dos trabalhadores no trabalho representam objetivos que não podem se subordinar a interesses de caráter puramente econômico. Portanto, a concretização de um mercado comum também deve contribuir à melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, mediante a distribuição de um tempo de trabalho razoável e que respeite os períodos mínimos de descanso, sejam eles diários, semanais ou anuais, adequados para tal fim. Observa-se que as Diretivas e suas finalidades estão relacionadas com todo o arcabouço jurídico comunitário, a saber:

1. o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia – TCEE<sup>16</sup> (arts. 137. 1, *a e b* e 186);
2. a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989 (§ 1º do apartado 7, apartado 8 e § 1º do apartado 19);
3. a Carta Social Europeia<sup>17</sup> de 1961, revisada em 1996;

15 Esta Diretiva revoga e substitui Diretiva nº 93/104/CE, não obstante o artigo referente ao direito a férias não tenha sido modificado.

Ainda que as Diretivas europeias pretendam criar um marco comum de regulamentação unificada dos direitos sociais dos trabalhadores, é evidente o fato de que cada Estado-membro da União positiva de forma distinta o direito a férias, como já mencionado na nota de rodapé nº 5.

16 Cita-se, neste particular, a versão consolidada do Tratado que inclui as modificações realizadas pelo Tratado de Nice de 1999. O TCEE, também chamado de Tratado de Roma, foi assinado pelos representantes da República Federal da Alemanha, França, Itália, Holanda, Bélgica e de Luxemburgo, na capital italiana em 25 de março de 1957. Este Tratado foi um passo de vital importância para a aproximação dos Estados Europeus iniciando o caminho para a criação do mercado único. Este incipiente mercado comum deveria permitir: a livre circulação de mercadorias e trabalhadores, a livre prestação de serviços e a liberação de movimentos de capitais.

Em 1973, a Comunidade se amplia com a entrada de três países: Reino Unido, Irlanda e Dinamarca. Na terceira ampliação efetivada em 1981 passa a fazer parte da Comunidade da Grécia e, logo depois, na quarta expansão realizada em 1986, aderem Espanha e Portugal. Em 1995, entram na Comunidade a Áustria, Finlândia e Suécia. Em 2004, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Checa.

17 Conforme a Parte I da Carta Social Europeia:

“As Partes reconhecem como objetivo de uma política que prosseguirão por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efetivo dos direitos e princípios seguintes:

1. Toda a pessoa deve ter a possibilidade de ganhar a sua vida por um trabalho livremente empreendido;
  2. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho justas;
  3. Todos os trabalhadores têm direito à segurança e à higiene no trabalho; [...]
- [...] Art. 2º Direito a condições de trabalho justas.

4. e a Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais da União Européia<sup>18</sup> de 2000 (art. 31., 1 e 2).

Todos esses documentos normativos têm como escopo promover a coesão social européia, garantindo um nível suficiente de proteção social, reconhecendo o caráter essencial do trabalho – dentro do conjunto de diretrizes sociais – que devem ser levadas a bom termo pela Comunidade Européia.

A Diretiva nº 93/104/CE, no apartado 1 do art. 7, exige que todos os Estados membros adotem medidas necessárias para que todos os trabalhadores disponham de um período de, ao menos, 4 semanas de férias anuais retribuídas. Ademais, o direito a férias retribuídas é considerado um princípio do direito social comunitário que não admite exceções e cuja aplicação pelos Estados-membros – ainda que matizado pela legislação nacional pertinente – deve respeitar os limites mínimos impostos expressamente pela própria diretiva. Observar-se que a diretiva, sabedora de que os Estados-membros possuem realidades distintas, estabelece – com fundamento nas exigências do princípio protetor, máxima do direito do trabalho – , que, existindo, no âmbito interno dos Estados, disposições legais, regulamentos administrativos, convenções coletivas ou acordos celebrados entre interlocutores sociais mais favoráveis à proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores, estes prevalecem sobre as normas da diretiva<sup>19</sup>.

Portanto, de acordo com o TJCE, a finalidade da citada diretiva é a proteção da segurança e a saúde dos trabalhadores, “fazendo com que eles desfrutem de períodos mínimos de descanso e, em concreto, de férias anuais retribuídas, assim como de períodos de pausas adequados”, direito que deve ser respeitado e garantido no âmbito interno dos Estados-membros da União.

O TJCE também reflexiona sobre a possibilidade de que a compensação econômica das férias mínimas anuais transferidas possa produzir o efeito – absolutamente contrário ao objetivo da normatização européia – de que os trabalhadores renunciem ao tempo de descanso anual com a finalidade de obterem uma compensação econômica em um ano posterior.

---

Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito a condições de trabalho justas, as partes comprometem-se:

1. A fixar uma duração razoável ao trabalho diário e semanal, devendo a semana de trabalho ser progressivamente reduzida, tanto quanto o aumento da produtividade e os outros fatores em jogo o permitam;
2. A prever dias feriadados pagos;
3. A assegurar um período anual de férias pagas de quatro semanas, pelo menos; [...].”

18 A Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais da União Européia afirma no art. 31:

- “1. que todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas e;
2. assegura a todos os trabalhadores o direito anula a férias remuneradas.”

19 Conforme o art. 15 mantido na íntegra pela Diretiva nº 2003/88/CE.

Segundo a sentença, o próprio Governo Neerlandês<sup>20</sup> reconheceu, durante a tramitação parlamentar do art. 7:640 do Código Civil, que a alternativa de compensação econômica dos dias de férias podia oferecer o risco de que os trabalhadores deixassem de gozá-las conscientes de que dito período de descanso não desfrutado se convertesse em ganho econômico em anos posteriores. Todavia, mesmo consciente dessa possibilidade, o Governo Neerlandês preferiu conceder, conforme suas alegações, total autonomia às partes confiando em que “os interessados atuariam de forma responsável”.

Em debates sobre temas éticos, políticos ou de direitos, freqüentemente se argüiu utilizando a expressão “autonomia pessoal” como um valor supremo a ser preservado. Apela-se a noção de “autonomia”, por exemplo, para justificar a conveniência de certas instituições ou de determinados preceitos jurídicos e, ao proceder dessa forma, transforma-se a “autonomia” em um valor fundamental que serve de parâmetro para aceitar ou impugnar normas ou condutas. O Governo Neerlandês justificou a sua conduta política, apelando para o valor moral da “autonomia” das partes, que configuram o contrato de trabalho, deixando ao livre arbítrio dos trabalhadores a decisão de converterem as férias em compensação econômica ou desfrute em forma de descanso. Não obstante, destaca-se que “autonomia pessoal” só possui um valor moral *prima facie*, pois esse valor pode ser anulado pelo valor ignóbil de outros aspectos da ação considerada em sua integralidade.

O ponto de referência para qualquer definição de “autonomia pessoal” é a concepção kantiana que a define referindo-se às condições universais de racionalidade e independência que podem ser predicadas de qualquer pessoa em qualquer contexto. Sem embargo, a “autonomia pessoal” não pode ser definida com base em condições meramente subjetivas, pois, como bem ressalta Raz<sup>21</sup>, as condições objetivas também são cruciais quando se trata de averiguar o alcance real da “autonomia pessoal”. Portanto, pode-se dizer que uma pessoa é mais ou menos autônoma somente depois de apreciar a situação em que se encontra com relação às possibilidades que uma sociedade, em uma determinada época, lhe oferece. Em outras palavras, é mais provável que a pessoa atue com maior

---

20 Durante a discussão parlamentar, o Governo observou, quanto ao direito de férias, que o direito mínimo a férias consiste no número de dias a que um trabalhador tem sempre direito num determinado ano, excluindo os dias extralegais desse ano e os dias não gozados dos anos anteriores. Todos os dias não gozados nestes últimos são susceptíveis de substituição por retribuição, independentemente da proveniência desses dias. Assim, é irrelevante que os dias não gozados sejam dias de férias extralegais ou pertençam ao período mínimo de férias de um ano anterior. Se um trabalhador não gozar (total ou parcialmente) o direito ao período mínimo de férias, seja por que motivo for, esse direito deixa no ano seguinte de ser um direito ao período mínimo. Com efeito, no ano seguinte já existe um direito ao período mínimo de férias distinto. Portanto, poderá prever-se uma retribuição financeira pelo direito não gozado de um ano anterior.

21 RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford, Clarendon Press, 1986. p. 390-395.

independência, sem ser objeto de coerção ou manipulação por parte de uma e/ou outras pessoas ou do contexto de eleição, se tem, perante si mesma, opções que sejam suficientes em número e adequadas quanto à sua diversidade e sua qualidade. Somente se conta com ditas opções, no sentido que sejam opções possíveis, a pessoa estará em condições de exercitar, de fato, a sua “autonomia”.

Conseqüentemente, pressupor que todos os trabalhadores neerlandeses estão em condições de exercerem com plenitude a sua “autonomia”, a ponto de serem responsáveis na eleição que lhes propõe o governo entre descansar o período de férias ou compensá-las economicamente, parece ser uma medida governamental que poderia ser minimamente acusada de estar desconsiderando a realidade do mundo do trabalho<sup>22</sup>, pois, mesmo nos Países Baixos, que é um dos Estados europeus com menor taxa de desemprego e que concede aos trabalhadores um rol significativo de garantias laborais e previdenciárias, os trabalhadores costumam ser a parte mais débil da relação contratual, e, justamente por essa condição, seus direitos se encontram protegidos de forma legal para que não sejam enfraquecidos por circunstâncias socioeconômicas.

Desta forma, procurando evitar que a conduta indesejada da troca das férias por pecúnia seja uma ação constante, o TJCE interpreta que o art. 7 da Diretiva nº 93/104/CE (mantido pela Diretiva nº 2003/88/CE) se opõe, veementemente, a que as férias mínimas anuais possam ser substituídas por uma indenização econômica.

## CONCLUSÃO

Na introdução deste artigo, mencionou-se que as férias são um “direito fundamental” de toda pessoa trabalhadora. Incumbe, à guisa de conclusão, tentar demarcar esta noção.

Um dos critérios que se pode empregar para compreender a noção de “direito fundamental” é traçar a distinção, bastante elucidativa, entre “direitos humanos”<sup>23</sup>

---

22 Segundo o Eurostat- Oficina Estatística Comunitária, em fevereiro do corrente ano havia 12 milhões de homens e mulheres desempregados na zona euro e 18,4 milhões nos 25 países da UE. As taxas de desemprego mais baixas se registraram em fevereiro na Irlanda (4,3%), Dinamarca e Holanda (4,4% cada um), Reino Unido (4,9% em dezembro) e Áustria (5,1%).

As taxas mais altas de desemprego foram registradas na Polônia (17% da população ativa), Eslováquia (15,8%), Grécia (9,6% no quarto trimestre de 2005), França (9,1%) e Alemanha (8,9%). Dados divulgados em abril de 2006.

23 A internacionalização dos direitos humanos é um mecanismo fundamental para oferecer novas garantias jurídicas a eles fora das fronteiras estatais. Historicamente, o processo de internacionalização dos direitos humanos começa com o fim da 1ª Guerra Mundial e com a criação da Sociedade das Nações que instituiu um regime de proteção das minorias étnicas, lingüísticas e religiosas. Passada essa primeira etapa, tem maior alcance para o desenvolvimento dos direitos humanos a fundação, no marco do Tratado de Versalhes, da OIT organismo internacional especializado das Nações Unidas.

e “direitos fundamentais”<sup>24</sup>. Habitualmente, o termo “direitos humanos” é utilizado para designar aqueles direitos positivados em declarações e convenções internacionais, bem como aquelas exigências humanas básicas relacionadas com a dignidade, liberdade, igualdade, que não foram formalizadas em um ordenamento jurídico específico.

Já a noção de “direitos fundamentais” é atribuída a todos aqueles direitos reconhecidos em uma norma jurídica interna e protegidos em seu exercício pelo aparato estatal. Em definitivo, os “direitos fundamentais” são aqueles direitos que, em um determinado momento histórico, uma comunidade de cidadãos livres estipula – no exercício do seu poder constituinte –, como parte das condições básicas da convivência cujo desenvolvimento compete aos poderes constituídos, mas que nenhum deles, nem sequer o Poder Legislativo (por meio da maioria dos seus representantes), pode ignorar ou infringir.

Essa noção de direitos fundamentais reconhece não somente a sua dimensão subjetiva pública, mas também a sua dimensão objetiva como reforço constitutivo da primeira. Como mencionado no parágrafo anterior, os direitos fundamentais concretizam os valores basilares dos ordenamentos jurídicos democráticos, e seus efeitos condicionantes atuam de diversas formas, pois protegem toda e qualquer pessoa contra agressões e ameaças provindas de terceiros e limitam, impulsionam e norteiam os Poderes Públicos.

Com base nos argumentos apresentados nesta conclusão, pode-se dizer que o Governo Neerlandês, ao divulgar o folheto informativo que permitia uma “leitura flexibilizada” do direito a férias, atuou na contramão do seu papel de garantidor dos direitos fundamentais dos trabalhadores neerlandeses e, neste sentido, foi correta a condenação estipulada pelo TJCE, pois, como bem lembra Dworkin<sup>25</sup>, tão importante como o papel que exerce a lei em uma sociedade é o papel do Poder Judiciário, visto que, em um juízo, não somente se ganha ou se perde a liberdade, mas, também, se ganha ou se perde patrimônio e/ou a proteção a direitos entre tantos outros bens. Além do mais, os juízos judiciais são importantes desde um outro aspecto que não pode ser medido economicamente, ou seja, desde sua repercussão social. Um juiz/tribunal, ao pronunciar uma sentença, determina não somente quem é a parte merecedora de créditos ou que atuou corretamente cumprindo com suas responsabilidades de cidadão e/ou dirigente, mas, também, quem, de forma intencional ou por insensibilidade, ignorou as suas próprias responsabilidades com respeito aos demais. Uma ação perante o Poder Judiciário que reafirme a existência de um direito fundamental lesionado promove justiça pública e, precisamente por isso, o papel que desempenha é de extrema relevância social.

---

24 Entre os inúmeros autores que poderiam ser citados, indica-se: 1. LUÑO, A. E. Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1984; 2. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: C.E.C., 1993.

25 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge Mass, 1986, em particular a Parte I, Capítulo I.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: C.E.C., 1993.
- BALLESTER PASTOR, M. A. *La Ley 39/1999 (RCL 1999, 2800) de conciliación de la vida familiar y laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*. Granada: Comares, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CHARRO BAENA, Pilar. *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica de mismo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social DL, Madrid, 1993.
- COLINA ROBLEDÓ, M. *Normativa sobre tiempo de trabajo en el ámbito de la Comunidad Europea*. AAVV, Estudios sobre la jornada de trabajo, ACARL, 1991.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge Mass, 1986.
- NAVARRO, Antonio-Vicente Sempere; CHARRO, P. Baena. *Las vacaciones laborales*. Aranzadi, Pamplona, 2003.
- . *Las vacaciones laborales*. Cizur Menor Thomson Aranzadi, 2003.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1984.
- RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *La declaración de los derechos sociales comunitarios*. RL II/ 1989.
- VILLALÓN, Jesús Cruz; RÍO, Tereza Pérez del. *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid: Tecnos e Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2000.
- WALDRON, Jeremy. *Autonomy and perfectionism in Raz's Morality of Freedom*. Southern California Law Review, n. 62, 1989.

---

## Jurisprudência

---



## JURISPRUDÊNCIA

### **AÇÃO ANULATÓRIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

*AÇÃO ANULATÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (ARTS. 127 E SEQUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C O 83 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75, DE 20.05.1993). ILEGITIMIDADE ATIVA DO EMPREGADO. O membro de uma categoria, seja econômica seja profissional, não tem legitimidade para pleitear, em ação anulatória, a declaração de nulidade, formal ou material, de uma ou de algumas das condições de trabalho constantes de instrumento normativo. Entende-se que seu direito subjetivo está ameaçado ou violado, cabe-lhe discutir, por meio de dissídio individual, a validade, formal ou material, seja da assembléia-geral, seja das condições de trabalho, postulando, não a sua nulidade, mas sim a sua ineficácia, com efeitos restritos no processo em que for parte. Realmente, permitir que o trabalhador ou uma empresa, isoladamente, em ação anulatória, venha se sobrepor à vontade da categoria, econômica ou profissional, que representa a legítima manifestação da assembléia, quando seus associados definem o objeto e o alcance de seu interesse a ser defendido, é negar validade à vontade coletiva, com priorização do interesse individual, procedimento a ser repellido nos exatos limites da ordem jurídica vigente. Ação anulatória extinta sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267 do CPC.*

*(Processo nº TST-ROAA-771/2002-000-12-00 – Ac. SDC)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Anulatória nº TST-ROAA-771/2002-000-12-00.1, em que é recorrente ROSCH ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E INFORMÁTICA LTDA. e recorrido SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE SANTA CATARINA.

Adoto integralmente o relatório do douto relator originário, *in verbis*:

Rosch Administradora de Serviços e Informática Ltda. ajuizou ação anulatória em face de Sindicato dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados de Santa Catarina, pleiteando a declaração de nulidade das convenções coletivas, firmadas por Sindicato dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados de Santa Catarina – SINDPD/SC e, respectivamente, Sindicato das Empresas de Informática e Processamento de Dados da Região Metropolitana de Florianópolis (fls. 33/38) e Sindicato das Empresas de Processamento de Dados no Estado de Santa Catarina (fls. 39/45), com vigência de 1º.08.2001 a 31.07.2002,

## JURISPRUDÊNCIA

sob o argumento de que desatendidas as formalidades previstas nos arts. 612, 613 e 622, parágrafo único, da CLT.

Sucessivamente, requereu a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, com o fito de sustar a aplicação do piso salarial previsto na “Cláusula 3 – DOS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS” aos seus empregados. Apontou afronta aos arts. 7º, inciso V, da Constituição Federal, 623 da CLT, bem como à Lei nº 10.192/2001 (fls. 02/17). Requereu a citação dos Sindicatos patronais como litisconsortes.

Indeferida a tutela antecipada (fls. 62/67).

Em defesa, o Sindicato das Empresas de Processamento de Dados do Estado de Santa Catarina – SEPROSC aduziu preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o argumento de que não representaria a Requerente. No mérito, pugnou pela validade da convenção coletiva de trabalho celebrada com o Sindicato profissional Requerido (fls. 115/119).

O Requerido Sindicato das Empresas de Informática e Processamento de Dados da Região Metropolitana de Florianópolis, apesar de regularmente intimado, não respondeu à ação (fl. 159).

O eg. 12º Regional rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, julgou improcedente o pedido (fls. 192/209), sob o fundamento assim ementado:

“AÇÃO ANULATÓRIA – CONVENÇÃO COLETIVA – VALIDADE – Os instrumentos normativos são apenas um produto da negociação coletiva, precedido na sua forma dos atos a convalidar a sua existência. Se o procedimento apresenta vícios, deve ser combatido no nascedouro, no processo negocial. Ao contrário, não havendo nenhum questionamento por parte daqueles que integram os entes sindicais, legitimados para a representação, reputar-se-á válida a sua existência.” (fls. 198/199)

Inconformada, Rosch Administradora de Serviços e Informática Ltda. interpõe recurso ordinário, mediante o qual postula a reforma do v. acórdão no tocante à nulidade das convenções coletivas 2001/2002, por falta do cumprimento de formalidades essenciais de existência e validade, bem assim da cláusula terceira por violação à lei e ao princípio da razoabilidade (fls. 211/220).

Contra-razões apresentadas intempestivamente (fls. 234/239).

O Ministério Público do Trabalho opina pelo não-provimento do recurso ordinário (fls. 229/233).

É o relatório.

## VOTO

### I – CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário, regularmente interposto.

II – MÉRITO

II.1 Nulidade dos instrumentos normativos

“O Sindicato dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados do Estado de Santa Catarina celebrou convenção coletiva com o Sindicato das Empresas de Processamento de Dados no Estado de Santa Catarina e com o Sindicato das Empresas de Informática e Processamento de Dados na Região Metropolitana de Florianópolis para o período de 01.08.2001 a 31.07.2002 (fls. 33/38 e 39/45).

Pretendendo invalidar a cláusula 3ª da referida convenção coletiva, Rosch Administradora de Serviços e Informática Ltda. ajuizou a presente ação anulatória em face das entidades convenentes.

Primeiramente, articulou com o desrespeito ao art. 612 da CLT, quanto ao *quorum* deliberativo das assembléias patronais, a ensejar a nulidade das convenções coletivas entabuladas pelos entes sindicais.

Aduziu, ainda, que a cláusula terceira afrontaria os arts. 7º, inciso V, da CF; 623 da CLT, bem como a Lei nº 10.192/2001, ao fixar piso salarial equivalente ao dos bancários. Aduz, a respeito, que o referido piso, o qual considera exorbitante, restringe-se a ‘Caixas e quem faz pagamentos e recebimentos de dinheiro’ enquanto que os empregados da Recorrente ‘têm como atividade digitar os dados de papéis de movimentos da Caixa e armazenar e arquivar’ (fl. 218).

O eg. 12º Regional julgou *improcedente* o pedido, afastando a ausência de irregularidade na deliberação, bem assim reputando válida a referida cláusula terceira, pois ‘efetivou-se o pacto nesses termos, porque as partes contratantes concluíram pelas funções similares e aplicaram a esses empregados o piso salarial correspondente à extensão e à complexidade das atividades por eles desenvolvidas’ (fl. 208).

Mediante recurso ordinário, a Empresa Requerente reitera a suposta ausência de *quorum*, aduzindo que o ônus da prova não lhe competiria porquanto não teria acesso aos documentos atinentes à negociação prévia. Alega, ainda, aplicável a revelia ao segundo Sindicato Requerido por não contestada a ação (fls. 214/216).”

*Data venia* do entendimento do nobre relator, impõe-se a declaração *ex officio* de extinção do processo sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa da recorrente, nos termos do art. 267 do CPC.

Com efeito, dois institutos assumem extraordinária importância nos dissídios coletivos: a ação de revisão e a ação anulatória.

A ação de revisão, prevista nos arts. 873 e seguintes da CLT, objetiva o reexame e a adequação da decisão que fixou as condições de trabalho a uma nova

## JURISPRUDÊNCIA

realidade. Visa a demonstrar a incompatibilidade da decisão e, portanto, a impossibilidade de sua manutenção, porque injustas ou inaplicáveis, ou ainda insuportáveis suas condições por uma das partes que participaram da relação processual.

Sem dúvida, partes legítimas para o pedido de revisão são os interlocutores sociais (representantes de empregados e empregadores) que integraram a relação processual em que foram discutidos interesses da categoria ou de grupos de empregados, e não interesses ou direitos individuais.

Admitir-se que possa um membro, seja da categoria econômica, seja da profissional, ajuizar a referida ação, para torná-la nula, *data venia*, a pretexto de que determinada formalidade por parte da assembléia-geral não foi observada ou que uma condição de trabalho fere seu direito, é juridicamente inaceitável.

É sabido que as categorias econômicas e as profissionais só agem ou devem agir, em Juízo, devidamente autorizadas por expressa manifestação de suas respectivas assembléias, quando seus membros associados definem o objeto e o alcance do interesse a ser defendido.

Por isso mesmo, não é juridicamente possível que a vontade individual de um membro que se sinta prejudicado possa se sobrepor à vontade da maioria, a ponto de se insurgir, no bojo da ação de revisão, contra uma ou algumas de suas condições de trabalho ou de formalidade não observada pela assembléia-geral, que julga serem injustas ou prejudiciais ao seu direito, objetivando a declaração de sua nulidade ou ineficácia.

É parte ilegítima e, como tal, deve ser julgado carecedor da ação.

Entende-se que seu direito subjetivo está ameaçado ou violado, cabe-lhe discutir, por meio de dissídio individual, a validade da condição de trabalho, postulando, não sua nulidade, mas sim sua ineficácia, a ser declarada com efeitos restritos no processo em que for parte.

A hipótese guarda semelhança com uma norma legal, cuja declaração de sua inconstitucionalidade formal e/ou material compete privativamente aos titulares da ação declaratória, sem prejuízo de o cidadão, em sede de ação ordinária ou de mandado de segurança, pleitear a ineficácia de um ou alguns de seus dispositivos, porque agridem seu direito subjetivo.

E a decisão a ser proferida, por conseqüente, não retira a norma legal do mundo jurídico, mas apenas nega-lhe eficácia nos limites da lide, com efeitos, portanto, exclusivamente entre as partes componentes daquele processo.

Já a ação anulatória que objetiva excluir do instrumento normativo determinada cláusula, seja em seu aspecto formal, seja material, porque contraria interesses difusos e coletivos e/ou atenta contra a ordem jurídica, é privativa do Ministério Público do Trabalho (arts. 127 e seguintes da Constituição Federal, c/c o 83 da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993).

Conclusivo, pois, nos limites dos fundamentos já expostos, ainda que sucintamente, que é inaceitável a presença de um membro, seja da categoria

econômica, seja da profissional, no pólo ativo da ação, cuja titularidade ativa exclusiva é do Ministério Público do Trabalho.

Declaro, pois, *ex officio*, a ilegitimidade ativa do reclamante para compor a relação processual e julgo extinto o processo sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267 do CPC. Anexo ao voto as notas degravadas da sessão.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, julgar extinto o processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267 do Código de Processo Civil, vencido o Exmo. Ministro Relator, que justificará voto vencido ao pé do acórdão.

Brasília, 9 de março de 2006. *Milton de Moura França*, redator designado.

## **AÇÃO RESCISÓRIA DE AÇÃO RESCISÓRIA. PRESCRIÇÃO**

*AÇÃO RESCISÓRIA DE AÇÃO RESCISÓRIA. PRESCRIÇÃO. MOMENTO PARA ARGÜIÇÃO. Acórdão rescindendo, proferido em sede de ação rescisória, no qual se consignou não ser possível à Autora, na ação rescisória, alterar a causa de pedir após a citação do Réu, inovando com a alegação de que no acórdão rescindendo originário da reclamação trabalhista se perpetrara ofensa ao art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Alegação da Autora, nesta ação rescisória, de vulneração do art. 193 do Código Civil. Violação que não se constata, haja vista que a regra contida no referido dispositivo legal diz respeito à possibilidade de argüição da prescrição como matéria de defesa em relação a determinada pretensão material vindicada pela parte contrária, e, não, à faculdade de a parte autora, em sede de ação rescisória, inovar na causa de pedir da sua pretensão desconstitutiva. Ação rescisória que se julga improcedente.*

*(Processo nº TST-AR-149.733/2004-000-00-00 – Ac. SBDI-2)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº TST-AR-149.733/2004-000-00-00.8, em que é Autora INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS PASSOLINI LTDA. e Réu GILSON ADAM.

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Indústria e Comércio de Calçados Passolini Ltda., com fulcro no art. 485, V, do CPC, visando à desconstituição do acórdão proferido pela Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Processo nº TST-ROAR-18/2002-000-12-00.6. Indicou a Autora violação dos art. 193 do Código Civil.

Mediante o despacho de fls. 50, concedeu-se à Autora prazo para juntada de cópias autenticadas da decisão rescindenda e da respectiva certidão de trânsito em julgado.

## JURISPRUDÊNCIA

Contestação a fls. 108/116.

Réplica a fls. 128/132.

Razões finais do Réu a fls. 136/137.

O representante do Ministério Público do Trabalho manifestou-se, preliminarmente, pela rejeição da arguição de não-cabimento do ajuizamento da ação rescisória, e, no mérito, pela improcedência da pretensão desconstitutiva (fls. 140/143).

Mediante o despacho de fls. 145, reabriu-se a instrução processual, a fim de que a Autora indicasse o valor da causa.

A Autora, cumprindo essa determinação (fls. 148), deu à causa o valor de R\$ 18.720,00 (dezoito mil, setecentos e vinte reais).

É o relatório.

### VOTO

A Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Processo nº TST-ROAR-18/2002-000-12-00.6, julgou improcedente a pretensão rescisória formulada pela Autora, consignando o seguinte:

“Inconformada, a Autora interpõe recurso ordinário às fls. 190/194, pleiteando a reforma da decisão recorrida no que diz respeito à prescrição do direito de ação.

Disse que ‘um dos pontos combatidos na presente ação, via memorial, a fim de se obter a rescisão da sentença prolatada na ação trabalhista, refere-se à caracterização do instituto da prescrição’ (fls. 192). Nesses termos, requereu a prescrição do direito do Réu de receber parcelas trabalhistas referentes ao período anterior à data 13.03.1994.

Sustentando não ter perdido o momento processual de fazê-lo, ressaltou que o reconhecimento da prescrição deve ser declarado, inclusive, de ofício pelo juiz, sem necessidade de haver provocação de qualquer das partes. Isso tudo porque se trata de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão, podendo ser argüida até a interposição de recurso ordinário.

[...]

Sem razão a Recorrente. Senão, vejamos:

[...]

Se não constou na petição inicial pedido de rescisão sob o enfoque da prescrição do direito de ação por violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, posterior alteração da causa de pedir após a citação do Réu ensejaria a necessidade da sua aprovação, sob pena de estar descumprindo regra processual prevista expressamente no art. 294 do CPC.

Verificando que essa alteração teria ocorrido tão-somente após o saneamento do processo, mediante apresentação de memoriais, fica mais

difícil ainda cogitar a possibilidade da análise de suposta ofensa ao art. 7º, XXIX, da CF/1988. Isso porque nos termos do art. 264, parágrafo único, do CPC, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho, a ‘alteração do pedido ou causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo’.

Segundo o princípio da ampla devolutividade (art. 515 do CPC), o recurso devolve ao tribunal toda a matéria efetivamente impugnada, no entanto, essa devolução deve se ater aos limites do pedido, eis que a atividade jurisdicional do Estado está adstrita ao pedido formulado na petição inicial e aditamento, sob pena de haver julgamento *extra petita e ultra petita*, situação abominada pelo sistema processual brasileiro (arts. 2º, 128 e 460 do CPC).” (fls. 99/100)

Pretendendo desconstituir essa decisão, a Autora ajuíza nova ação rescisória, com fulcro no art. 485, V, do CPC, sob a alegação de que no acórdão rescindendo ficou caracterizada vulneração do art. 193 do Código Civil.

À análise.

## I ARGÜIÇÃO DE NÃO-CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Em contestação, o Réu alega, preliminarmente, que “o Código de Processo Civil não admite rescisória de rescisória, sabendo-se que apenas o Código de 1939 trazia matéria a respeito” (fls. 109).

A argüição é de ser rejeitada, tendo em vista os termos da Súmula nº 400 desta Corte, *verbis*:

“AÇÃO RESCISÓRIA DE AÇÃO RESCISÓRIA – VIOLAÇÃO DE LEI – INDICAÇÃO DOS MESMOS DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS NA RESCISÓRIA PRIMITIVA (CONVERSÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 95 DA SDI-II, RES. 137/05 – DJ 22.08.2005)

*Em se tratando de rescisória de rescisória, o vício apontado deve nascer na decisão rescindenda, não se admitindo a rediscussão do acerto do julgamento da rescisória anterior. Assim, não se admite rescisória calcada no inciso V do art. 485 do CPC para discussão, por má aplicação dos mesmos dispositivos de lei, tidos por violados na rescisória anterior, bem como para argüição de questões inerentes à ação rescisória primitiva.”*

Desse modo, rejeito a argüição.

## 2 DA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 193 DO CÓDIGO CIVIL

Na petição inicial desta ação rescisória, a Autora reputa ofendido pelo acórdão rescindendo o dispositivo legal em epígrafe, sob a alegação de que “se a lei determina que a prescrição pode ser argüida em qualquer grau de jurisdição, isto é, em qualquer momento, feriu este eg. Tribunal disposição de lei, ao julgar que a alegação foi tardia e, portanto, não poderia ser analisada” (fls. 06).

## JURISPRUDÊNCIA

À análise.

O referido preceito legal indicado como afrontado tem a seguinte redação:

“A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.”

Está claro aí que essa regra se destina a beneficiar o Réu, aquele em face de quem o Autor vindica determinado bem da vida, já que a prescrição constitui matéria de defesa.

Como bem explicitado no acórdão rescindendo, “se não constou na petição inicial pedido de rescisão sob o enfoque da prescrição do direito de ação por violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, posterior alteração da causa de pedir após a citação do Réu ensejaria a necessidade da sua aprovação, sob pena de estar descumprindo regra processual prevista expressamente no art. 294 do CPC” (fls. 100).

Repete-se, pois, que o disposto no art. 193 do Código Civil diz respeito à possibilidade de arguição da prescrição como matéria de defesa em relação a determinado direito material vindicado pela parte contrária, e, não, à faculdade de a parte autora, em sede de ação rescisória, inovar na causa de pedir da sua pretensão desconstitutiva.

Não se configurando a causa de rescindibilidade invocada pela Autora, julgo improcedente a pretensão rescisória. Custas no importe de R\$ 374,40 (trezentos e setenta e quatro reais e quarenta centavos), calculadas sobre o valor dado à causa (R\$ 18.720,00 – dezoito mil, setecentos e vinte reais, fls. 148), dispensado o seu recolhimento na forma da lei.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – rejeitar a arguição de não cabimento da ação rescisória; e II – julgar improcedente a pretensão rescisória. Custas no importe de R\$ 374,40 (trezentos e setenta e quatro reais e quarenta centavos), calculadas sobre o valor dado à causa (R\$ 18.720,00 – dezoito mil, setecentos e vinte reais, fls. 148), dispensado o seu recolhimento na forma da lei.

Brasília, 4 de abril de 2006. *Gelson de Azevedo*, relator.

### **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO**

*ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO CONVENCIONAL OU PISO NORMATIVO. SÚMULA Nº 17 DO TST. 1. A despeito da terminologia específica, salário mínimo, salário profissional, salário normativo e salário convencional ou piso normativo correspondem – todos – ao menor valor que deve ser pago ao trabalhador, de acordo com a situação que vivencie e com a norma jurídica que se lhe aplique (lei, sentença normativa, convenção ou acordo coletivo de trabalho). Assim é que, ao buscar-se a base de*

## JURISPRUDÊNCIA

*incidência do adicional de insalubridade, dever-se-á, antes, pesquisar a categoria de contraprestação mínima sobre a qual repercutirá, de modo a fazer-se efetivo o regramento inscrito no art. 192 da CLT e no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal. Esta é a vocação da Súmula nº 17 do TST. 2. A condenação ao cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário convencional está adequada à jurisprudência iterativa do Tribunal Superior do Trabalho, não prosperando o recurso de revista (CLT, art. 896, § 4º). Recurso de revista não conhecido.*

*(Processo nº TST-RR-880/2004-402-04-00 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-880/2004-402-04-00.0, em que é Recorrente UNTRES DECORATIVOS VISUAIS LTDA. e Recorrida LUCIMAR CIPRIANI JARDIM.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em acórdão de fls. 95/96, negou provimento ao recurso ordinário da Reclamada, definindo como base de cálculo do adicional de insalubridade o piso normativo da categoria profissional, conforme a orientação da Súmula nº 17 do TST.

Inconformada, a Reclamada interpõe recurso de revista, a fls. 99/105, sustentando que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo ou sobre o salário profissional, que não se confunde com piso normativo. Aponta contrariedade às Súmulas nºs 17 e 228 do TST e violação dos arts. 7º, XXIII, da Constituição Federal, 76 e 192 da CLT. Oferece arestos ao confronto.

Não há contra-razões.

Os autos não foram enviados ao d. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 82).

### VOTO

Tempestivo o apelo (fls. 97/99), regular a representação (fl. 24), pagas as custas e efetivado o depósito recursal (fl. 100), estão preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista.

### ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO CONVENCIONAL OU PISO NORMATIVO. SÚMULA Nº 17 DO TST

#### *1 Conhecimento*

Em seu recurso de revista, a Reclamada assevera que o acórdão recorrido ofende o disposto no art. 192 da CLT, na medida em que o adicional de insalubridade há de ser calculado sobre o salário mínimo, assim contrariadas as Súmulas nºs 17 e 228 do TST. Informa que a Recorrida não faz parte de categoria profissional regulamentada e não possui salário profissional. Relembra a dicção do art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal e colaciona arestos.

Assim decidiu o eg. Regional (fls. 95/96):

“DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Não se conforma a reclamada com a condenação das diferenças de adicional de insalubridade considerada como base de cálculo o salário profissional da autora. Argumenta que a recorrida faz parte de categoria que possui salário mínimo normativo, consoante dispõe a norma coletiva juntada, o que não se confunde com salário profissional, o qual refere se tratar de rendimentos profissionais de determinada profissão, tal como médicos, advogados, engenheiros, o que não seria o caso de auxiliar de impressão de serigrafia. De outra parte, entende não estar revogado o art. 192 da CLT, invocando ainda a Súmula nº 307 do TST a qual determina o percentual aplicado sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT. Cita ainda a Orientação Jurisprudencial 02 da SDI-I do TST e colaciona jurisprudência. Por fim, considera que a Súmula nº 17 do TST, restaurada em 19.11.2003 não tem o condão de modificar a relação contratual em exame que se iniciou e findou anteriormente (10.03.2003), com entendimento diverso.

A respeito da matéria, orienta a Súmula nº 17 do Tribunal Superior do Trabalho:

‘O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.’

A orientação supra, sumulada pelo TST, foi adotada pelo julgador *a quo* ao deferir o pagamento de diferenças quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, sobre o salário profissional da categoria da reclamante.

Adota-se o mesmo entendimento transcrito para considerar como base de cálculo do adicional de insalubridade não só o salário profissional previsto em lei, mas também piso normativo estabelecido em convenção coletiva ou sentença normativa, como no caso dos autos (fls. 10-9). Nesse sentido, nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamada, não havendo qualquer violação aos dispositivos infra e constitucionais alegados.”

O art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

Relembrado o seu caráter de lastro para todo o ordenamento jurídico, vê-se que o texto constitucional, ao optar pelo termo “remuneração”, liberta a legislação ordinária para disciplinar o merecimento dos adicionais que objetiva com a base de cálculo que melhor convier ao regramento da situação determinada.

A despeito das oscilações jurisprudenciais no seio do Supremo Tribunal Federal e das releituras que faz em torno da parte final do inciso IV do mesmo art. 7º do Texto Maior, o art. 192 da CLT persevera a enunciar:

## JURISPRUDÊNCIA

“Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.”

O legislador ordinário, embora decorridos longos anos desde a promulgação da Constituição Federal, não optou por base de cálculo diversa para o adicional de insalubridade que não o salário mínimo, situação jurídica que a SBDI-1 desta Corte compreende adequada, nos termos da OJ 2.

No mesmo vetor, a Súmula nº 228 desta Casa:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas no Enunciado nº 17.”

A referida Súmula nº 17, por sua vez, estende as fronteiras da norma sob interpretação:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – CÁLCULO – SALÁRIO PROFISSIONAL – O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre esta calculado.”

Esta recomendação é de fácil entendimento.

A lei ordinária quer que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o salário mínimo. Para os profissionais que – por força de regras de origem heterônoma ou autônoma: leis, sentenças normativas, acordos ou convenções coletivas de trabalho – possuam salários mínimos maiores do que o nacionalmente estabelecido, o adicional sobre eles deverá incidir, de modo a restar preservada a intenção jurídica.

Embora a Súmula faça alusão genérica a salário profissional, está claro que, quando também alude a sentença normativa e convenção coletiva, está a mirar salários normativos e pisos salariais.

Tais categorias encontram distinção no campo doutrinário. Esta diversidade, no entanto, não autoriza interpretação restritiva da regra jurídica (CLT, art. 192) e da situação que, sob o amparo constitucional (CF, art. 7º, XXIII), deve reger.

Com a maestria que lhe é peculiar, o eminente Maurício Godinho Delgado (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 755/756), discorrendo sobre os patamares especiais de valor salarial, distingue:

“O primeiro desses patamares especiais de valor de salários desponta na figura do salário mínimo profissional (também chamado simplesmente salário profissional). Por essa figura entende-se o piso salarial mínimo devido a trabalhadores integrantes de certas profissões liberais regulamentadas. O salário mínimo profissional, portanto, é fixado por lei, sendo deferido a profissional cujo ofício seja regulamentado também em diploma legal.

[...]

O segundo patamar especial de valor de salários desponta em duas figuras jurídicas próximas: salário normativo e salário mínimo convencional. Por essas figuras entende-se o patamar salarial mínimo devido a trabalhadores integrantes de certas categorias profissionais, conforme fixado em norma jurídica infralegal a elas aplicável.

O salário mínimo normativo (ou salário normativo) é aquele fixado por sentença normativa, resultante de processo de dissídio coletivo envolvente a sindicato de trabalhadores e respectivo(s) empregador(es) ou sindicato de empregadores. Traduz, assim, o patamar salarial mínimo aplicável no contexto da categoria representada pelo respectivo sindicato obreiro participe na relação processual de dissídio.

O salário mínimo convencional, por sua vez (também chamado simplesmente salário convencional), corresponde àquele patamar salarial mínimo fixado pelo correspondente instrumento negocial coletivo (convenção ou acordo coletivo de trabalho) para se aplicar no âmbito da respectiva categoria profissional ou categoria diferenciada.”

Não há dúvidas, assim, de que, a despeito da terminologia específica, salário mínimo, salário profissional, salário normativo e salário convencional ou piso normativo correspondem – todos – ao menor valor que deve ser pago ao trabalhador, de acordo com a situação que vivencie e com a norma jurídica que se lhe aplique (lei, sentença normativa, convenção ou acordo coletivo de trabalho). Assim é que, ao buscar-se a base de incidência do adicional de insalubridade, dever-se-á, antes, pesquisar a categoria de contraprestação mínima sobre a qual repercutirá, de modo a fazer-se efetivo o regramento inscrito no art. 192 da CLT e no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

Esta é a vocação da Súmula nº 17 do TST, não renegada pelos precedentes seguintes:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SALÁRIO NORMATIVO – 1. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou-se no sentido de que o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado (Súmula nº 17 do TST). 2. Salário mínimo normativo, ou salário normativo, equivale ao salário profissional, com a única diferença de que provém de uma fonte distinta: norma coletiva. Não há razão, assim, para que não se tome como base de cálculo do adicional de insalubridade. 3. Recurso de revista a que se dá provimento.” (RR-197/2004-101-04-40.6, Ac. 1ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 24.02.2006)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DE REVISTA – RITO SUMARÍSSIMO – DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 17 DO COL. TST – A alegação de ofensa

## JURISPRUDÊNCIA

ao princípio da legalidade, inserto no art. 5º, inciso II, da Carta Magna, não basta, por si só, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária, situando-se a interpretação judicial de normas legais no âmbito infraconstitucional, desautorizando, em consequência, a utilização do Recurso de Revista nesses casos. Ademais, o E. Regional, ao deferir as diferenças salariais do adicional de insalubridade, calculadas sobre o salário normativo do obreiro, julgou em conformidade com a Súmula nº 17, do col. TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-996/2004-027-03-40.2, Ac. 2ª T., Rel. Juiz Conv. Josenildo dos Santos Carvalho, DJ 05.08.2005).

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – O acórdão regional está conforme à jurisprudência desta Corte. Já foi sumulado o entendimento de que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, nos termos do art. 192 da CLT, com exceção dos casos em que o empregado tem jus a salário profissional, estabelecido por lei ou norma coletiva, e o aludido adicional é sobre ele calculado.” (RR-610273/1999.9, Ac. 3ª T., Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 12.11.2004)

Ainda no mesmo sentido: E-RR-735863/2001.6, Ac. SBDI-1, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 10.02.2006; AIRR-962/2003-004-04-40.8, Ac. 1ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 24.03.2006; AIRR-1146/2001-017-09-40.9, Ac. 3ª T., Rel. Juiz Conv. Ricardo Alencar Machado, DJ 02.06.2006; AIRR-2656/2003-004-09-40.9, Ac. 3ª T., Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 26.05.2006; RR-90945/2003-900-04-00, Ac. 3ª T., Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 28.04.2006.

Ante todo o exposto, conclui-se que, longe de a contrariar, o acórdão regional está em inteira consonância com a Súmula nº 17 do TST, de modo a restar incabível o recurso de revista, na ótica do art. 896, § 4º, da CLT, não havendo que se cogitar das violações e contrariedades denunciadas, assim como de dissenso pretoriano.

Não conheço do recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Eg. Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 21 de junho de 2006. *Alberto Bresciani*, relator.

## **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÕES IONIZANTES**

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÕES IONIZANTES. A potencial violação do art. 193 da CLT impulsiona o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. 1. VIOLAÇÃO LITERAL DE PRECEITO DE LEI.*

## JURISPRUDÊNCIA

*COMPREENSÃO. “Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando [...] proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal” (CLT, art. 896, c). O apelo, como seus congêneres de índole extraordinária, volta seus olhos para a proteção precípua do direito objetivo, do ordenamento de origem federal. Ante tal premissa, a compreensão do que constitui “violação literal” não poderá ater-se à visão gramatical da regra jurídica, pois o alcance da norma que dela se extrai sempre ultrapassará esse espectro, naturalmente limitado pela necessidade de abrangência e abstração, pelas deficiências da linguagem e, sobretudo, pelo decurso do tempo. Resguardada a matéria disciplinada, sob o alcance exegético da regra apontada pela parte é que se deverá pesquisar a “violação literal”. A interpretação é inerente ao direito: “o valor magno da justiça, razão de ser do direito, e seu incontrastável e permanente propósito teleológico, requer necessariamente um processo interpretativo para que se diga o que é” (Mauro de Azevedo Menezes). 2. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÕES IONIZANTES. “A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho nºs 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, caput, e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade” (OJ 345 da SBDI-1 do TST). Recurso de revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-1.145/2000-020-04-40 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1145/2000-020-04-40.3, em que é Recorrente GESSI FERREIRA DOS SANTOS e Recorrida UNIÃO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA – HOSPITAL SÃO LUCAS DA PUCRS.

O relatório e juízo de admissibilidade são da lavra de Sua Excelência o eminente Juiz Convocado Ricardo Alencar Machado:

Pelo v. despacho a fls. 78/79 negou-se seguimento ao recurso de revista interposto obreiro.

Inconformada, a reclamante interpõe agravo de instrumento, a fls. 2/10, buscando o processamento do apelo.

Contraminita a fls. 95/100, com preliminar de não-conhecimento.

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

## JURISPRUDÊNCIA

### VOTO

#### ADMISSIBILIDADE

##### *Preliminar de não-conhecimento suscitada em contraminuta*

Em contraminuta, a agravada suscita o não-conhecimento do agravo por ausência de autenticação das peças e por faltarem ao traslado comprovantes de recolhimento de depósito recursal e custas.

Rejeito a preliminar.

A autenticidade das peças instrumentais foi declarada pelos subscritores do agravo de instrumento a fls. 2.

Ademais, a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais foi atribuída à reclamada (fls. 47), inexistindo previsão legal de depósito recursal pago pelo reclamante.

Regularmente formado, conheço, pois, do agravo de instrumento.

### MÉRITO

#### ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÕES IONIZANTES

O sempre competente Juiz Convocado Ricardo Alencar Machado rejeita preliminares de não-conhecimento do agravo de instrumento e, conhecendo-o, nega-lhe provimento sob os fundamentos perfeitamente resumidos na ementa proposta:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – RADIAÇÕES IONIZANTES – 1. Decisão que rejeita pedido de adicional de periculosidade por contato com radiações ionizantes não contém violação literal ao art. 193 da CLT, na forma exigida pelo art. 896, “c”, da CLT, pois o dispositivo restringe a concessão do adicional a atividades que “impliquem contato permanente com inflamáveis ou explosivos. No caso, eventual direito ao adicional decorreria não de lei em sentido formal, mas de norma regulamentar (OJ SBDI-1 de nº 345). 2. Jurisprudência inespecífica. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.”

O Regional decidiu nos moldes seguintes (fls. 56/58):

“DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – Sustenta a reclamada que não há previsão legal que classifique como perigosa as atividades com radiações ionizantes, como geradoras do direito do adicional de periculosidade. Diz que a Portaria MTb nº 3.393/1987 não possui eficácia jurídica, no âmbito do processo do trabalho. Enfatiza que, nos casos de urgência na UTI cardíaca eram utilizados aparelhos de

Raio X portátil e o exame era realizado pelo Técnico de Raio X, oportunidade em que a autora era afastada do local de trabalho.

A atividade desenvolvida pela reclamante foi considerada periculosa pelo perito, ao entendimento de que, no exercício de sua atividade de Auxiliar de Enfermagem, se expunha a radiações ionizantes ou radioativas, porque permanecia na área de risco na operação do aparelho de raios-x, nos termos do art. 193 da CLT, da Portaria do MTb nº 3.393/1987 e da Norma Regulamentadora nº 16 da Portaria nº 3.214/1978 (laudo técnico de fls. 468/471, complementado, às fls. 517/518).

Quando à caracterização da periculosidade, há que se considerar o que reza o art. 193, da CLT: São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

Sucedo que o art. 193 da CLT é taxativo ao considerar, como atividades ou operações perigosas, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem no contato permanente com inflamáveis ou explosivos, de onde resulta que a exposição a radiações ionizantes ou a substâncias radioativas não está contemplada na lei como situação a ensejar o direito pleiteado pela autora. Sua previsão consta de Portaria, editada pelo Ministério do Trabalho e, portanto, sem qualquer eficácia, haja vista tratar-se de ato do Poder Executivo, a quem caberia, apenas, implementar o mandamento legal. A Portaria nº 3.393/1987, de 17.12.1987 – revogada pela Portaria nº GM/TEM nº 496, de 11.12.2002 (DOU de 12.12.2002) –, entretanto, exorbitou de sua finalidade, visto que criou direitos, ao que não se pode dar acolhida, em respeito ao sistema legislativo pátrio. Oportuno salientar que a limitação material do conteúdo de uma Portaria somente poderia ver-se extrapolada por expressa determinação legal, tal como se verifica na hipótese do adicional de insalubridade, quando então é a própria lei que remete, e de forma ampla, ao Poder Executivo esta atribuição, razão por que, naquelas situações, inexistente a irregularidade que ora se constata na Portaria nº 3.393/1987. Decorre dessa irregularidade, no que respeita a radiações ionizantes ou substâncias radioativas, que não se tem por acrescidas às condições perigosas previstas no art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho. Faz-se tal observação para demonstrar que inexistente base legal para o enquadramento proposto no laudo, fundado em Portaria Ministerial (nº 3.393/1987) contrária às disposições legais que disciplinam a matéria relativa à periculosidade.

Como visto acima, a legislação pertinente trata das hipóteses de periculosidade decorrente de agentes explosivos, inflamáveis e decorrentes do emprego de energia elétrica que são passíveis de deferimento do adicional de periculosidade. Outras situações perigosas não são passíveis de ensejar o recebimento do adicional de periculosidade, quando a lei não prevê esta

## JURISPRUDÊNCIA

possibilidade. Evidentemente que Portarias ou Normas Regulamentadoras não podem contrariar a lei, nem criar direitos onde a lei não prevê.

A atribuição outorgada através do art. 200 tem que se adequar à lei. Assim, como o art. 193 da CLT e a Lei nº 7.369/1985 apenas tipificam legalmente os inflamáveis, explosivos e energia elétrica como fontes juridicamente reconhecidas como produtoras de periculosidade e geradores de efeitos pecuniários, norma de hierarquia inferior não poderia tipificar outras fontes.

Portanto, resta inadequado o enquadramento proposto no laudo pericial e acolhido na sentença.

Deve-se considerar que a Portaria disciplina e regulamenta matéria fixada por lei, não podendo a esta se sobrepor.”

Percebe-se que a Corte, claramente, negou o adicional de periculosidade pelo fato de a Portaria nº 3.393/1987, do Ministério do Trabalho, ter extrapolado os limites fixados pelo art. 193 da CLT.

Em recurso de revista (fls. 63/75), a Reclamante aponta divergência jurisprudencial e violação da regra mencionada.

O apelo foi trancado por ausência de violação direta do preceito e pela inespecificidade dos arestos ofertados a cotejo (fls. 78/79).

Irresigna-se a Autora via agravo de instrumento (fls. 2/10).

Sob o ponto de vista da divergência jurisprudencial, efetivamente, não há como se dar fluxo ao recurso de revista.

O primeiro aresto oferecido (fl. 68) limita-se a apontar a correção de adicional de periculosidade em face de prova favorável. Não alude a radiações ionizantes e à questão que se coloca. Esbarra, portanto, na previsão da Súmula nº 296, I, do TST.

O segundo julgado (fls. 68/73), oriundo da SBDI-2 desta Casa, conclui por negar provimento a recurso ordinário em ação rescisória, com respaldo nas Súmulas nº 83 do TST e 343 do STF. Não emite tese expressa a respeito da pretendida violação, assim, ainda uma vez, não atendendo ao verbete sumular nº 296, I, antes referido.

De qualquer sorte, preceitua o art. 896, c, da CLT, que “cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando [...] *proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal*”.

Isto, porque o recurso de revista, como seus congêneres de índole extraordinária, volta seus olhos para a proteção precípua do direito objetivo, do ordenamento jurídico de origem federal.

Ante tal premissa, creio que a compreensão do que constitui “violação literal” não poderá ater-se à visão gramatical da regra jurídica, pois o alcance da norma que dela se extrai sempre ultrapassará esse espectro, naturalmente limitado pela

necessidade de abrangência e abstração, pelas deficiências da linguagem e, sobretudo, pelo decurso do tempo.

Somente pela oposição entre o caso concreto e a regra jurídica – vista sob os significados decorrentes de seu repensar – é que se poderá extrair o direito aplicável, compreensão que, uma vez obtida, permitirá a pesquisa da vulneração reclamada em Lei.

Assim leciona o excelente Professor Inocêncio Mártires Coelho (*Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 50):

“Portanto, é somente pelo trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos – no qual se fundem, necessariamente, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos – que se viabiliza a ordenação jurídico-normativa da vida social, porque é no ato e no momento da individuação da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir.”

Ainda prossegue o festejado autor (obra citada, p. 54/55):

“Se é verdade – como diz Larenz – que as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem se dirigem no presente, impõe-se concluir que, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto lingüístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão lingüística das pessoas a quem elas falam agora e não daquelas a quem falaram no passado.

De fato, quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais – precisamente para preservar a sua força normativa – o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática; por isso é que, olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado jurídico da lei, que só pode ser o significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo de sua promulgação.”

Resguardada a matéria disciplinada, sob o alcance exegético da regra em foco é que se deverá pesquisar a “violação literal”.

A interpretação é inerente ao direito. Como salienta o culto Professor Mauro de Azevedo Menezes, sob a costureira propriedade de fundo e de forma, “o valor magno da justiça, razão de ser do direito, e seu incontrastável e permanente propósito teleológico, requer necessariamente um processo interpretativo para que se diga o que é. Como assinala Dworkin, justiça é um conceito interpretativo” (*Constituição e reforma trabalhista no Brasil – Interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2004. p. 123).

O art. 193 da CLT traz a seguinte redação:

“Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas

## JURISPRUDÊNCIA

que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.”

O dispositivo, evidentemente, não cuida de radiações ionizantes, como também não alude a qualquer outra substância que se mostre perigosa à vida e saúde do trabalhador. Não alude a tais substâncias, mas remete a sua regulamentação ao Ministério do Trabalho – delegação cuja regularidade esta Corte já decretou.

Rememore-se o teor da OJ 345 da SBDI-1:

“345 – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA – DEVIDO – DJ 22.06.2005 – A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho n<sup>os</sup> 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, *caput*, e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria n<sup>o</sup> 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.”

Frente a tal compreensão, extraída do art. 193 consolidado, vejo que, no caso concreto, ao negar efeito à regulamentação, o eg. Regional, efetivamente, violou a literalidade do dispositivo.

Não há que se negar a competência do Ministério do Trabalho, frente ao conteúdo da regra e nos termos defendidos pela Orientação Jurisprudencial, para disciplinar a matéria, inclusive quanto aos efeitos da radiação ionizante.

Ainda acresço que a regra nuclear do adicional de periculosidade, no direito brasileiro, é o art. 193 da CLT.

Tanto é assim que esta Corte, no período em que negava validade à regulamentação do adicional de periculosidade por exposição a radiações ionizantes, calcava-se, exatamente, em violação do preceito multicitado (v.g., RR 725240/01, Ac. 1<sup>a</sup> T., Rel. Juiz Conv. Guilherme Augusto Caputo Bastos; RR 550273/99, Ac. 4<sup>a</sup> T., Rel<sup>a</sup> Juíza Conv. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro).

Pelas premissas postas, considerado o disposto no art. 193 da CLT e a inteligência da OJ 345 da SBDI-1, não se poderá negar a competência do Ministério do Trabalho para a regulamentação da matéria. Negando-a, o eg. Regional violou o preceito consolidado.

Para assim concluir, peço todas as vênias ao eminente Juiz Convocado Ricardo Alencar Machado e dou provimento ao agravo de instrumento, para destrancar e processar o recurso de revista, diante de potencial violação do art. 193 consolidado.

### RECURSO DE REVISTA

#### ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade do recurso de revista.

1 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÕES IONIZANTES

*1.1 Conhecimento*

Reporto-me às razões de decidir do agravo de instrumento, para positivar que o recurso de revista merece conhecimento por violação do art. 193 da CLT.

*1.2 Mérito*

Conhecido por violação do art. 193 da CLT, dou provimento ao recurso de revista para, quanto ao adicional de periculosidade, reformando a decisão regional, restabelecer a r. sentença.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, por maioria, vencido o Excelentíssimo Senhor Juiz Convocado Ricardo Alencar Machado, dar-lhe provimento, para determinar o processamento do recurso de revista. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 193 da CLT, e, no mérito, quanto ao adicional de periculosidade, dar-lhe provimento, para restabelecer a r. sentença.

Brasília, 10 de maio de 2006. *Alberto Bresciani*, redator designado.

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUPRESSÃO DE PAGAMENTO. SOBRETALHO NÃO PRESTADO**

*ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUPRESSÃO DE PAGAMENTO DE PARCELA A TÍTULO DE SOBRETALHO NÃO PRESTADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DO CAPUT DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. I – Não é correta a tese de os entes da Administração Pública, por terem admitido servidores pelo regime celetista, equipararem-se de modo absoluto ao empregador comum, visto que ainda assim não perdem a sua condição de pessoas jurídicas de direito público interno, sujeitos a restrições de índole constitucional. II – Por isso mesmo é de se cobrar cautela na aplicação incondicional e irrestrita de normas de Direito do Trabalho, que o são, em regra, normas de Direito Privado, sendo imprescindível cotejá-las com as restrições consagradas na Constituição à atuação da Administração Pública, entre as quais a que se acha contida no art. 37, “caput”, da Constituição. III – Constatado que por três anos o recorrido recebia o equivalente a 60 horas extras mensais sem prestá-las efetivamente, o ato do recorrente, acertado no termo de ajuste firmado com o Ministério Público, de cancelar tal pagamento, longe de vulnerar o Enunciado 91 do TST, os arts. 9º, 457 e 468 da CLT e o*

## JURISPRUDÊNCIA

*art. 7º, inciso VI da Constituição, a pretexto de possível direito adquirido à incorporação aos salários, encontra ressonância na força cogente dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade dos atos da administração pública, consagrados no caput do art. 37 da Carta Magna. IV – Aqui vem a calhar, por analogia, o precedente da OJ 308 da SBDI-I, segundo o qual “O retorno do servidor público (Administração Direta, Autárquica e Fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.” Recurso provido.*

*(Processo nº TST-RR-925/2002-017-09-00 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista, nº TST-RR-925/2002-017-09-00.3, em que é Recorrente MUNICÍPIO DE JACAREZINHO e Recorrido JOSÉ CARLOS LEITE.

O TRT da 9ª Região, por meio do acórdão de fls. 497/506, negou provimento ao recurso ordinário do Município.

Pelo acórdão de fls. 514/516 deu provimento parcial aos embargos declaratórios interpostos pelo autor.

Inconformado, o Município-reclamado interpõe recurso de revista às fls. 526/660, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT.

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 664.

Contra-razões não apresentadas.

O Ministério Público do Trabalho opina, às fls. 668/669, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Redução salarial*

O Regional consignou às fls. 501/502 do acórdão recorrido:

“Os valores pagos a título de horas extras na quantidade fixa de 60 horas por mês, de abril de 1999 a outubro de 2001 (inclusive), porque dissociados da efetiva prestação de trabalho extraordinário, caracterizam-se como contraprestação ao trabalho normal prestado, configurando salário complessivo, o que não é admitido por força do disposto no Enunciado 91 do TST, e configura a hipótese do art. 9º da CLT, caracterizando-se a

## JURISPRUDÊNCIA

supressão como nula. Assim, os valores respectivos devem integrar o salário do autor para os efeitos legais (art. 457 da CLT), não podendo ser suprimidos, sob pena de ofensa ao art. 7º, VI, da Constituição Federal, e ao art. 468 da CLT. Além disso, os valores cuja integração foi determinada acima foram pagos ao autor por três anos. É certo, portanto, que se incorporaram ao patrimônio jurídico do empregado e, também por isso, não podem ser suprimidos.”

Mais adiante o Colegiado de origem deixou ressaltado que “a decisão afasta, por si só, o disposto na Súmula nº 473 do STF, pois esta dispõe que: ‘A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial’”.

Desse histórico se percebe ter o Tribunal reconhecido o pagamento do equivalente a 60 horas a título de sobretrabalho não prestado, concluindo ainda assim pela ilegalidade do ato da administração, que o suprimira, mediante ajuste de conduta firmado com o Ministério Público, explicitando não ser aplicável a Súmula nº 473 do STF, por conta do disposto no Enunciado 91 do TST, arts. 9º, 457 e 468 da CLT e art. 7º, inciso VI da Constituição.

Significa dizer ter o Regional prequestionado expressamente a matéria contida no art. 37, *caput* da Constituição, sendo irrelevante não o invocasse no acórdão recorrido, tendo em conta a orientação consagrada no item I da Súmula nº 297, segundo o qual “diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito”.

Pois bem, não é correta a tese de os entes da Administração Pública, por terem admitido servidores pelo regime celetista, equipararem-se de modo absoluto ao empregador comum, visto que ainda assim não perdem a sua condição de pessoas jurídicas de direito público interno, sujeitos a restrições de índole constitucional.

Por isso mesmo é de se cobrar cautela na aplicação incondicional e irrestrita de normas de Direito do Trabalho, que o são, em regra, normas de Direito Privado, sendo imprescindível cotejá-las com as restrições consagradas na Constituição à atuação da Administração Pública, entre as quais a que se acha contida no art. 37, *caput*, da Constituição.

Sendo assim, constatado que por três anos o recorrido recebia o equivalente a 60 horas extras mensais sem prestá-las efetivamente, o ato do recorrente, acertado no termo de ajuste firmado com o Ministério Público, de cancelar tal pagamento, longe de vulnerar o Enunciado 91 do TST, os arts. 9º, 457 e 468 da CLT e o art. 7º, inciso VI, da Constituição, a pretexto de possível direito adquirido à incorporação aos salários, encontra ressonância na força cogente dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade dos atos da administração pública, consagrados no *caput* do art. 37 da Carta Magna.

Aqui vem a calhar, por analogia, o precedente da OJ 308 da SBDI-I, segundo o qual “o retorno do servidor público (Administração Direta, Autárquica e

Fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes”.

Do exposto, conheço do recurso de revista por violação do *caput* do art. 37 da Constituição e desde já o provejo para, reformando o acórdão recorrido, excluir da condenação a incorporação aos salários do equivalente a 60 horas mensais a título de sobretrabalho não prestado.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por violação do *caput* do art. 37 da Constituição e o prover para, reformando o acórdão recorrido, excluir da condenação a incorporação aos salários do equivalente a 60 horas mensais a título de sobretrabalho não prestado.

Brasília, 3 de maio de 2006. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

## **AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

*AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DESPACHO QUE DECLAROU A PERDA DE OBJETO DO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS E JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. LIMINAR DEFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 30.079/ES SUBSTITUÍDA PELA DECISÃO DE MÉRITO. No dia 23 de fevereiro de 2005, o STJ julgou o Conflito de Competência nº 30.079/ES, reconhecendo a competência do TRT da 17ª Região para o controle e execução dos precatórios oriundos de sentenças trabalhistas, inclusive o seqüestro das quantias para a satisfação do aludido crédito alimentar. Com essa decisão, não se justifica a manutenção da decisão da Corregedoria-Geral da Justiça que determinara provisoriamente a suspensão das ordens de seqüestro contra o Estado do Espírito Santo, apenas com base na eventual possibilidade de concessão de efeito modificativo aos embargos de declaração pendentes de julgamento no STJ.*

*A liminar tem natureza precária. Ela é concedida ou denegada quando o processo ainda não se encontra maduro para a decisão de mérito. Existe para salvaguardar o direito discutido enquanto estiverem presentes os pressupostos que fundamentaram a sua concessão. Uma vez substituída pelo provimento jurisdicional definitivo, como, no caso, ocorreu no conflito de competência – atente-se, em sentido contrário do que na liminar restou protegido – a liminar perde a sua razão de ser, ou seja, a sua eficácia, porque negado, pela sentença definitiva, o fundamento que a embasou.*

*Assim não há como modificar a decisão que declarou a perda de objeto do pedido de providências formulado pelo Estado do Espírito Santo e, em*

## JURISPRUDÊNCIA

*consequência, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.*

*Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(Processo nº TST-AG-PP-689.260/00 – Ac. Tribunal Pleno)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Pedido de Providências nº TST-AG-PP-689.260/2000.9, em que é Agravante ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e são Agravados GERALDO DA SILVA ALVES E OUTROS.

O Estado do Espírito Santo, em 29.08.2000, apresentou pedido de providências alegando que: 1. O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região vinha deferindo pedidos de providências formulados por servidores públicos estaduais a respeito de seqüestro, mediante bloqueio das contas bancárias do Estado do Espírito Santo junto ao Banco do Estado do Espírito Santo S.A. – BANESTES; 2. A solicitação dos servidores públicos assentava-se numa suposta quebra de ordem cronológica de pagamento de precatórios, em decorrência de pagamento feito à empresa EMBRILAR – Urbanização Planejamento e Pré-Fabricação de Casas Populares Ltda. perante o Tribunal de Justiça Estadual, motivado por uma Ação Ordinária de Indenização ajuizada contra o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem do Espírito Santo – DER-ES, em processo de desapropriação; 3. Em 27 julho de 2000, apresentou peça de conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, autuada sob o nº 30.079/ES, em que o Exmo. Sr. Min. Nilson Naves, no exercício da Presidência, deferiu liminar no sentido de sustar “o bloqueio das contas do Estado até o julgamento [...] do presente conflito” (fl. 41); 4. Não obstante o “que foi deliberado pelo col. STJ, o eg. TRT/17ª Região vem ratificando decisões no sentido de se seqüestrar as contas do Estado, com determinações de constantes bloqueios, colocando em risco até mesmo o funcionamento da máquina estatal” (fl. 12). Requereu, assim, a suspensão de toda e qualquer ordem de seqüestro na conta única do Estado do Espírito Santo junto ao Banco do Estado do Espírito Santo S.A. – BANESTES em face da decisão proferida no mencionado conflito de competência.

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Fausto, então Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, acolheu o pedido de providências e determinou “a Exma. Sra. Juíza Presidente do TRT da 17ª Região a total observância da decisão originária do Superior Tribunal de Justiça, com a imediata suspensão das ordens de seqüestro, até o julgamento final do conflito de competência” (fl. 144).

Ao ser comunicado acerca do teor do despacho de fl. 144, o Exmo. Sr. Juiz Vice-Presidente no exercício da Presidência do TRT da 17ª Região, Dr. Sérgio Moreira de Oliveira, apresentou alguns esclarecimentos às fls. 150/161.

Às fls. 168/170, o Estado do Espírito Santo noticiou à Corregedoria-Geral que “a Presidência do TRT está deixando de cumprir a ordem emanada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e também a ordem da Corregedoria deste Colendo

## JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Superior do Trabalho”. Requereu, ao final, que se determinasse o sobrestamento de “toda e qualquer ordem de seqüestro contra o Estado do Espírito Santo, até que o Superior Tribunal de Justiça proceda ao julgamento do noticiado conflito de competência, ou até que haja a revogação em caráter oficial da ordem daquele Colendo Tribunal Superior” (fl. 170).

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Fausto expediu ofício à Presidência do TRT da 17ª Região solicitando informações sobre a veracidade das alegações trazidas pelo requerente (fl. 178).

Em resposta, o Exmo. Sr. Juiz Vice-Presidente no exercício da Presidência do TRT da 17ª Região, Dr. Sérgio Moreira de Oliveira, renovou as informações já prestadas às fls. 150/161.

Inconformados com o acolhimento do pedido de providências, os exeqüentes Geraldo da Silva Alves e outros, na condição de litisconsortes necessários, interpueram agravo regimental às fls. 183/198, postulando a reconsideração do despacho de fl. 144 ou o processamento, julgamento e provimento do recurso.

À fl. 353 (1º.10.2001), o Ministro Francisco Fausto ordenou que o agravo regimental dos exeqüentes ficasse retido nos autos “em face de o Conflito de Competência nº 30.079/ES, proveniente do Superior Tribunal de Justiça, encontrar-se pendente de solução”.

Às fls. 358/360, os exeqüentes notificaram que, em 23 de fevereiro de 2005, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do Conflito de Competência nº 30.079/ES e declarou competente o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (acórdão, fls. 361/367, publicado no DJ de 21 de março de 2005). Sustentaram que o julgamento do mencionado conflito acarreta a perda de eficácia da liminar concedida pelo Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, que determinou o sobrestamento até o seu julgamento. Ao final, postularam a revogação do despacho de fl. 144 ou o julgamento do agravo regimental por eles interposto.

Após consulta processual realizada em 14.04.2005, verificou-se que o julgamento do Conflito de Competência nº 30.079/ES ainda não havia chegado ao seu final, considerando a interposição de embargos declaratórios em 1º.04.2005, que foram conclusos ao Exmo. Sr. Ministro Relator, Francisco Falcão. Os autos retornaram, então, à Secretaria da Corregedoria-Geral, em atenção ao contido no despacho de fls. 370/371.

Às fls. 374/385, os agravantes protocolaram nova petição, requerendo, em síntese, a reconsideração do despacho de fl. 144 ou a limitação dos efeitos do referido despacho aos precatórios incluídos no Conflito de Competência nº 30.079/ES.

Por intermédio da decisão de fls. 421/427 foi julgado extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, restando prejudicado o exame do agravo regimental dos exeqüentes, com base no art. 557 do CPC, sob os seguintes fundamentos:

“[...]”

Ora, tendo ocorrido o julgamento do Conflito de Competência nº 30.079/ES, a liminar proferida pelo Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves e que serviu de fundamento ao Exmo. Sr. Ministro Francisco Fausto, então Corregedor-Geral, para acolher o Pedido de Providências do Estado do Espírito Santo, deixou de existir no mundo jurídico como ato decisório.

Como é sabido, a liminar tem natureza precária. Ela é concedida ou denegada quando o processo ainda não se encontra maduro para a decisão de mérito. Existe para salvaguardar o direito discutido enquanto estiverem presentes os pressupostos que fundamentaram a sua concessão. Uma vez substituída pelo provimento jurisdicional definitivo, como, no caso, ocorreu – atente-se, em sentido contrário ao que na liminar restou protegido – a liminar perde a sua razão de ser, ou seja, a sua eficácia, porque negado, pela sentença definitiva, o fundamento que a embasou.

E não se argumente que a pendência do julgamento dos embargos declaratórios opostos contra a aludida decisão do Conflito de Competência constitua obstáculo à efetividade do provimento. Isso porque, tendo sido substituída pela decisão de mérito, a liminar deixou de produzir efeitos, fato esse que independe da existência de recursos contra o acórdão que julgou o Conflito de Competência. Ademais, os embargos declaratórios não possuem efeito suspensivo.

Não existe, pois, outro caminho senão declarar-se a perda de objeto do Pedido de Providências formulado pelo Estado do Espírito Santo e, via de conseqüência, julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, ficando prejudicado o exame do Agravo Regimental [...]”

O Estado do Espírito Santo interpõe agravo regimental, sob a alegação de que: 1. A liminar deferida no Conflito de Competência nº 30.079/ES, ainda em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, não foi expressamente revogada pelo acórdão que julgou improcedente o conflito; 2. Não vigora no direito brasileiro a revogação automática da liminar pelo simples julgamento do mérito; 3. Ainda que a ação tenha sido julgada improcedente, podem persistir o receio e dano irreparável ou de difícil reparação e a possibilidade de que a decisão seja reformada pela instância superior ou pelo próprio órgão prolator da decisão, por meio do acolhimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes; 4. Caso não sejam acolhidos os seus argumentos, pode ser inútil a decisão futura se não forem mantidos os efeitos da liminar deferida, pois a verba pública já teria sido transferida para o patrimônio dos exequêntes; 5. É entendimento majoritário da doutrina no sentido de se atribuir efeito suspensivo aos embargos de declaração.

Requer a reforma da decisão agravada, a fim de que, constatada a subsistência da liminar deferida no mencionado conflito de competência, pelo menos enquanto não apreciado os embargos de declaração opostos, seja restabelecida a ordem de suspensão dos seqüestros, tal como deferida pelo Exmo. Sr. Min. Francisco Fausto.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos objetivos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

Em que pese o esforço argumentativo do agravante, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme já consignado no despacho agravado, os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo.

Os embargos de declaração estão previstos no art. 535, incisos I e II, do CPC, e são o veículo adequado para aclarar julgado quando há obscuridade ou contradição e saná-lo na hipótese de omissão contida na sentença ou no acórdão. No caso de haver erro de julgamento, a medida própria para corrigi-lo não são os embargos de declaração, devendo a parte utilizar-se de outro meio idôneo. Como se vê, os embargos de declaração não têm natureza infringente, como quer fazer crer o agravante, e sim puramente esclarecedora do *decisum* embargado.

Verifica-se, ainda, que não há nenhum dispositivo de lei atribuindo efeito suspensivo aos embargos de declaração. Assim, se a própria lei é silente, não se deve conferir efeito suspensivo aos embargos de declaração.

Desse modo, a existência de embargos declaratórios contra a decisão que julgou o Conflito de Competência nº 30.079/ES não constitui obstáculo à efetividade do provimento.

De outro lado, a liminar deferida pelo Superior Tribunal de Justiça deixou de produzir efeitos porque substituída pela decisão de mérito proferida por aquela Corte quando do julgamento do citado Conflito de Competência.

Vale repisar que a liminar tem natureza precária. Ela é concedida ou denegada quando o processo ainda não se encontra maduro para a decisão de mérito. Existe para salvaguardar o direito discutido enquanto estiverem presentes os pressupostos que fundamentaram a sua concessão. Uma vez substituída pelo provimento jurisdicional definitivo, como, no caso, ocorreu – atente-se, em sentido contrário do que na liminar restou protegido – a liminar perde a sua razão de ser, ou seja, a sua eficácia, porque negado, pela sentença definitiva, o fundamento que a embasou.

Ademais, não há como subsistir a decisão proferida nestes autos à fl. 144, no sentido de determinar a suspensão das ordens de seqüestro contra o Estado do Espírito Santo. Esse posicionamento se embasava no fato de que existia uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que, embora precária, reconhecia a existência de risco de grave lesão à economia pública estadual, diante de ordens de seqüestro emanadas da Justiça do Trabalho, tendo em vista a duplicidade de controle dos pagamentos dos precatórios. Ora, existindo decisão de mérito reconhecendo a competência do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região para o controle e execução dos precatórios oriundos de sentenças trabalhistas, inclusive o seqüestro

das quantias para a satisfação do aludido crédito alimentar, não há como manter a suspensão de todos os precatórios pendentes contra o agravante apenas com base na eventual possibilidade de concessão de efeito modificativo aos embargos de declaração pendentes de julgamento no STJ. Ao contrário, verifica-se agora risco de lesão aos exequentes, pela demora indefinida no pagamento de precatórios, cujo caráter alimentar é indiscutível.

Assim, não há como modificar a decisão que declarou a perda de objeto do pedido de providências formulado pelo Estado do Espírito Santo e, em consequência, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

Nego provimento ao agravo regimental.

Isto posto,

Acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, negar provimento ao agravo regimental.

Brasília, 1º de junho de 2006. *Rider de Brito*, relator

## **AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE NULIDADE NÃO ACOLHIDO**

*AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE NULIDADE DA INTIMAÇÃO NÃO ACOLHIDO. NÃO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATO ATENTATÓRIO À BOA ORDEM PROCEDIMENTAL. RECLAMAÇÃO CORREICIONAL JULGADA IMPROCEDENTE*

*A intervenção da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho só se justifica quando ficam evidenciados, de forma clara e irrefutável, a prática de ato atentatório à boa ordem procedimental e palpável prejuízo à parte, pondo em risco a eficácia de eventual provimento jurisdicional definitivo buscado por ela.*

*Na reclamação correicional, a irresignação da ora agravante prende-se à recusa do Exmo. Sr. Juiz-Presidente do eg. TRT da 11ª Região, em acolher pedido de nulidade de publicação de acórdão proferido em recurso ordinário interposto por vício na intimação. Insiste a agravante na existência de prejuízo, tendo em vista o não-atendimento da solicitação feita na contestação de que todas as intimações e termos processuais fossem feitos em nome do advogado indicado.*

*Todavia, antes da decisão do recurso ordinário, poderia ter sido alegada a referida nulidade da intimação, consoante a regra do art. 795 da CLT, já que outros atos processuais foram praticados no prazo legal, mesmo ocorridas as intimações para o advogado, subscritor do recurso ordinário, diverso daquele indicado. Logo, deve ser mantida a decisão agravada que julgou improcedente*

## JURISPRUDÊNCIA

*a reclamação correicional por ausência de atentado à boa ordem processual, bem como porque não demonstrados o periculum in mora e o fumus boni iuris. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(Processo nº TST-AG-RC-157.868/2005-000-00-00 – Ac. Tribunal Pleno)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Reclamação Correicional nº TST-AG-RC-157.868/2005-000-00-00.2, em que é Agravante ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A., é Agravado JUIZ PRESIDENTE DO TRT DA 11ª REGIÃO e é Terceiro Interessado JOSÉ TRINTIN JÚNIOR.

Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. formulou reclamação correicional, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Exmo. Sr. José dos Santos Pereira Braga, Juiz-Presidente do eg. TRT da 11ª Região, que indeferiu pedido de nulidade de publicação de acórdão proferido em recurso ordinário interposto pela ora requerente.

Relatou a empresa que na oportunidade da apresentação de sua contestação à Reclamação Trabalhista nº 33013.2003.011.11.00, em curso na 11ª Vara do Trabalho de Manaus/AM, requereu expressamente que todas as intimações fossem expedidas em nome do Dr. Antônio José Mirra, sendo que tal requerimento não foi atendido, visto que a publicação da intimação do acórdão proferido no recurso ordinário interposto na reclamação trabalhista aludida foi feita em nome da Dra. Joana Lúcia Silva Mascarenhas, que assinou a petição do recurso. Sustentou que, em virtude disso, não tomou conhecimento da decisão no prazo para recurso, mas sim quarenta e cinco dias depois. Diante disso, requereu a nulidade de todos os atos processuais a partir da publicação do acórdão, o que foi negado pelo Exmo. Sr. Juiz Presidente do eg. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região.

Assim sendo, pleiteou que fosse deferida liminar para suspender a Reclamação Trabalhista nº 33013.2003.011.11.00, em trâmite na 11ª Vara do Trabalho de Manaus/AM, e, ao final, fosse dado provimento à medida, para anular o despacho que indeferiu o pedido de nulidade da publicação do acórdão.

A liminar foi indeferida às fls. 447/448 e, após as informações da d. autoridade requerida, a reclamação correicional foi julgada improcedente (fls. 483/485) ante a ausência de atentado à boa ordem processual, bem como qualquer prejuízo à requerente.

Inconformada, a requerente interpõe agravo regimental às fls. 489/492, defendendo, inicialmente, que a presente correição parcial tem como objetivo único a nulidade da intimação do acórdão do recurso ordinário, não pretendendo discutir as questões que envolvem o conhecimento ou não do recurso ordinário interposto no processo originário. Sustenta que é equivocada a decisão agravada, uma vez que a intimação para tomar ciência do acórdão proferido no recurso ordinário foi a primeira a ser publicada no Diário Oficial em nome da Dra. Joana Lúcia Silva Mascarenhas, sendo que as demais se deram na forma do Enunciado nº 197 do TST. Assim, as partes tomaram ciência da sentença diretamente em audiência,

## JURISPRUDÊNCIA

não havendo qualquer intimação no Diário Oficial. Com relação aos embargos de declaração, a ciência se deu por meio de SEED, ou seja pelo correio, e não através de publicação. Argumenta que o indeferimento do pedido de nulidade da intimação do acórdão proferido no recurso ordinário atentou ao bom procedimento, colocando em risco a eficácia do provimento jurisdicional. Pede o provimento do presente agravo regimental, para que seja declarada a nulidade da intimação para ciência do acórdão proferido no recurso ordinário.

É o relatório.

### VOTO

Conheço do agravo regimental, pois preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

#### RECLAMAÇÃO CORREICIONAL – NULIDADE DE INTIMAÇÃO – NÃO DEMONSTRADO O *PERICULUM IN MORA* E O *FUMUS BONI IURIS*

Em que pesem as alegações feitas pela agravante, a decisão impugnada não merece reforma.

Tal como já consignado no despacho agravado, a intervenção da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho só se justifica quando ficam evidenciados, de forma clara e irrefutável, a prática de ato atentatório à boa ordem procedimental e palpável prejuízo à parte, pondo em risco a eficácia de eventual provimento jurisdicional definitivo buscado por ela.

Na reclamação correicional em tela, a irresignação da agravante prende-se à recusa do Exmo. Sr. José dos Santos Pereira Braga, Juiz Presidente do eg. TRT da 11ª Região, em acolher pedido de nulidade de publicação de acórdão proferido em recurso ordinário interposto pela ora requerente por vício na intimação. Insiste na tese do prejuízo ocorrido, tendo em vista o não-atendimento da solicitação feita na contestação de que todas as intimações e termos processuais fossem feitos em nome do Dr. Antônio José Mirra. Alega que tanto a intimação da sentença quanto dos embargos de declaração opostos anteriormente ao recurso ordinário foram efetivadas sem publicação, por isso o prejuízo somente efetivou-se com a publicação do acórdão desse último recurso.

Todavia, não obstante as argumentações da ora agravante, antes da decisão do recurso ordinário, poderia ter sido alegada a referida nulidade da intimação, consoante a regra do art. 795 da CLT, ou nas razões do recurso poderia ter sido argüida preliminar de nulidade. Conforme as informações da d. autoridade requerida, tanto a ciência da sentença como a publicação da decisão proferida nos embargos de declaração foram efetivadas em nome da advogada constante do instrumento procuratório, Dra. Joana Lúcia Silva Mascarenhas, a qual subscreveu a contestação e a petição de recurso ordinário. O pedido feito na contestação não abrangia somente as publicações dos atos processuais, como quer fazer entender a agravante, mas sim para todos os tipos de intimações, inclusive via correio.

## JURISPRUDÊNCIA

Assim sendo, tem-se que não houve prejuízo à empresa pela publicação da intimação do acórdão do recurso ordinário em nome da advogada que o subscreveu, já que outros atos processuais foram anteriormente realizados no prazo legal, não se encontrando amparo para qualquer declaração de nulidade, *ex vi* do art. 794 da CLT.

E, conforme já registrado no despacho agravado, quanto à questão de fundo propriamente dita, também não restou demonstrada a existência do *fumus boni iuris* para justificar a intervenção desta Corregedoria-Geral. Como se vê à fl. 122 (110 dos autos principais), a guia DARF, em que pese contenha os dados relativos ao processo, mostra-se inábil a comprovar o correto recolhimento das custas processuais para o manejo do recurso ordinário, porquanto se encontra desprovida de autenticação mecânica ou carimbo da instituição bancária (OJ 33 da SDI-I/TST).

Logo, deve ser mantida a decisão de fls. 483/485 que julgou improcedente a reclamação correicional por ausência de atentado à boa ordem processual, bem como porque não demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Por todo o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

Isto posto,

Acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, prosseguindo no julgamento, negar provimento ao Agravo Regimental.

Brasília, 2 de março de 2006. *Rider de Brito*, relator.

### **ANISTIA. LEI Nº 8.878/1994**

*I – APRECIÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DE DECISÃO CONCESSIVA DE ANISTIA COM AMPARO NA LEI Nº 8.878/1994 – A existência de controvérsia formada em torno da configuração ou não das hipóteses autorizadoras da concessão da anistia, nos termos da Lei nº 8.878/1994, não apenas autoriza como impõe ao Juiz o dever de se posicionar expressamente sobre a questão, tendo em vista a necessidade da pacificação social, bem como o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Do contrário, estar-se-ia admitindo a infalibilidade dos membros da Comissão que reconheceu o direito aos reclamantes, e impondo à reclamada o cumprimento de uma determinação que, do seu ponto de vista, não se encontra em consonância com a lei.*

*II – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE CONFIGURADAS AS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA CONCESSÃO DA ANISTIA, NOS MOLDES DA LEI Nº 8.878/1994 – Verificando-se que não há nos autos prova de que as demissões dos reclamantes ocorreram por perseguição política ou sindical, conforme alegado na inicial, e inexistindo nos autos as razões pelas*

## JURISPRUDÊNCIA

*quais foi deferida a anistia aos reclamantes, já que as decisões concessivas do direito encontram-se desfundamentadas, está correto o posicionamento das instâncias percorridas ao julgarem improcedente a reclamação trabalhista. Afronta aos arts. 1º, II, c/c 5º, da Lei nº 8.878/1994 não configurada. Recurso de embargos não conhecido.*

*(Processo nº TST-E-RR-478.395/98 – Ac. SBDI 1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-478.395/1998.1, em que são Embargantes DENIVAL JOSÉ DE BARROS e OUTROS e TELECOMUNICAÇÕES DE GOIÁS S/A – TELEGOIÁS e embargados OS MESMOS.

Havendo sido designado redator deste acórdão, adoto o relatório do Exmo. Sr. Ministro José Luciano de Castilho Pereira, relator originário, *verbis*:

“A eg. 5ª Turma, por meio do v. Acórdão de fls. 740/747, complementado às fls. 763/764, conheceu do Recurso de Revista dos Reclamantes e negou-lhe provimento, mantendo a decisão regional que julgara improcedente a Reclamatória.

Os Reclamantes apresentam recurso de Embargos à SDI, pelas razões de fls. 767/793.

A Reclamada apresenta impugnação às fls. 815/816 e recurso de Embargos adesivos às fls. 855/857.

Os autos não foram remetidos ao d. Ministério Público do Trabalho.”  
É o relatório, na forma regimental.

### VOTO

#### I – EMBARGOS DOS RECLAMANTES

“O Recurso atende aos pressupostos extrínsecos de admissibilidade.”

##### *1 Anistia*

##### 1.1 Conhecimento

O Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, pelo acórdão de fls. 698/707, deu provimento ao recurso ordinário patronal para afastar a condenação quanto à readmissão dos reclamantes, deferida com apoio na Lei nº 8.878/1994. O TRT considerou que não seria possível aplicar a anistia prevista nesse Diploma Legal aos reclamantes, tendo em vista que a perda dos empregos na empresa não se deu com caráter de punição, como se exige na concessão da anistia, mas decorreu de

## JURISPRUDÊNCIA

um direito potestativo de despedir, do qual era titular o empregador. Quanto à questão, consignou (fls. 703/707):

“Cabe, neste ponto, reafirmar que o benefício da anistia da Lei nº 8.878/1994 (art. 1º) é conferido aos ex-servidores das sociedades de economia mista controladas pela União que hajam sido dispensados com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa; ou, ainda, dispensados por motivação política ou em razão de greve.

[...]

Na sentença recorrida, a recondução dos reclamantes aos empregos foi reconhecida em virtude das decisões da Comissão Especial, que reformou as decisões da Subcomissão de Anistia da TELEGOIÁS.

Na inicial, os reclamantes alegaram que, apesar de resilidos os contratos de trabalho pelo empregador (dispensa sem justa causa), houve secreta motivação para os despedimentos, inspirada em perseguição política e sindical. Todavia, não existem nos autos as razões do deferimento da anistia aos reclamantes, nos recursos providos pela Comissão Especial (fls. 67/74). Certeza, porém, há em que nenhum dos demandantes teve o contrato de trabalho resolvido por justa causa.”

Os reclamantes interpuseram recurso de revista, que foi conhecido por divergência jurisprudencial. No mérito, o apelo foi desprovido, sob o entendimento de que:

1. A Lei nº 8.878/1994 não concedeu anistia ampla, geral e irrestrita aos empregados exonerados ou demitidos pela Administração Pública Federal no período de 16.03.1990 a 30.09.1992, mas estabelece condições para a sua concessão.
2. A Justiça do Trabalho pode reavaliar as anistias concedidas, já que nenhuma questão pode ser suprimida ao exame do Poder Judiciário. No caso, o TRT constatou, segundo os documentos dos autos, a inexistência das razões do deferimento da anistia, nos recursos providos pela Comissão Especial, não podendo o Judiciário endossar atos desprovidos de fundamentação legal. Inexistindo os requisitos da Lei de Anistia, deve ser mantida a improcedência dos pedidos de readmissão.

A Turma acrescentou, ainda, que os atos que deferiram a readmissão dos anistiados tiveram sua eficácia cassada por decisão da Administração Pública, que pode reexaminar a legalidade dos atos praticados. Isso decorreu da instauração de inquérito civil público pela Procuradoria da República do Distrito Federal por recomendação do Sr. Procurador-Geral da República constante do Ofício/PGR/GAB nº 755, de 25.04.1995, em face da existência de indícios de irregularidades praticadas em vários procedimentos administrativos relativos à concessão da anistia. Posteriormente, foi constituída uma Comissão Especial de Revisão dos Processos de Anistia, com a finalidade de reexaminar as decisões que acolheram pedidos de

anistia pelas Subcomissões Setoriais, assim como aquelas proferidas nos recursos interpostos perante a Comissão Especial, referidas no art. 5º da Lei nº 8.878/1994. Finalmente, foi instituída Comissão Interministerial, por meio do Decreto nº 3.363, de 11.02.2000, responsável por reexaminar os processos em que tenha havido, em qualquer instância, decisão concessiva de anistia com base na Lei nº 8.878/1994. Os processos dos Autores, por sua vez, ainda se encontram pendentes de apreciação por tal Comissão Interministerial, que poderá vir a deferir-lhes a pretensão.

Opostos embargos de declaração pela reclamada, foram rejeitados às fls. 763/764.

Em seu recurso de embargos (fls. 767/793), os reclamantes sustentam que têm direito à readmissão por força da anistia concedida pela Lei nº 8.878/1994. Afirmam que o TRT e a Turma desta Corte, ao negarem o direito ao retorno ao emprego concedido pela Comissão Especial de Anistia, feriram os arts. 21, XVII, c/c 84, II, III e IV da Constituição Federal, 1º, II, c/c 5º, da Lei nº 8.878/1994. Trazem arestos. Argumentam que, ao contrário do que afirmado pela Turma e pelo Tribunal Regional, há demonstração de que os ora embargantes estão incursos nas condições do art. 1º, II, terceira parte, da Lei da Anistia. Por outro lado, a Lei da Anistia não estabeleceu a obrigatoriedade de a decisão da Comissão Especial de Anistia ser fundamentada, destacando que o Presidente da República ratificou os atos por ela praticados, por meio do Decreto nº 1.344/1994. Assim, a prova que cabia aos embargantes era o cumprimento do art. 5º da Lei, e essa prova foi feita nos autos, já que seus recursos foram julgados procedentes pela Comissão Especial de Anistia. Alegam, finalmente, que a Comissão Interministerial criada pelo Decreto nº 3.363/2000 somente reexaminará os processos que não tiveram parecer publicado no Diário Oficial por parte de uma das Comissões instituídas pelos Decretos nºs 1.498 e 1.499, o que não é o caso dos autos. Apontam, nesse aspecto, afronta ao art. 129 da Constituição Federal e contrariedade à Súmula nº 473 do STF.

Pois bem.

O apelo não alcança conhecimento por divergência jurisprudencial, nos termos da Súmula nº 296/TST. Com efeito, os paradigmas cotejados às fls. 768/784 apenas veiculam o entendimento de que a Lei nº 8.878/1994 é aplicável às empresas exploradoras de serviços de telecomunicações, vinculadas à TELEBRÁS, aspecto esse não analisado pela Turma julgadora.

A Turma não emitiu tese acerca dos arts. 21, XVII, c/c 84, II, III e IV, da Constituição Federal, nem foi instada a fazê-lo por meio de embargos de declaração. Observe-se que não se pode reconhecer a possibilidade de referidas vulnerações constitucionais terem nascido na própria decisão impugnada, haja vista que a Turma limitou-se a manter entendimento esposado pelo Tribunal Regional.

Não merecem análise as alegações em torno de possível afronta ao art. 129 da Constituição Federal e contrariedade à Súmula nº 473 do STF, tendo em vista que as considerações tecidas pela Turma acerca da Comissão Interministerial criada pelo Decreto nº 3.363/2000 não serviram como fundamento para o

desprovimento do recurso de revista dos reclamantes. A Turma, ao tratar da questão, apenas ponderou que o pedido dos reclamantes ainda poderia ser avaliado administrativamente pela mencionada Comissão, fato esse que não influenciou suas conclusões acerca do recurso obreiro.

Finalmente, não se vislumbra ofensa aos arts. 1º, II, c/c 5º, da Lei nº 8.878/1994.

O Tribunal Regional, às fls. 699/703, revela que os reclamantes postularam neste processo o seu reingresso na TELEGOIÁS, socorrendo-se da condição de anistiados pela Lei nº 8.878/1994, afirmando que alcançaram o benefício da anistia por decisão da Comissão Especial, instituída pelo Decreto nº 1.153/1994. Por outro lado, a reclamada negou o benefício da readmissão aos demandantes, sob a alegação de que não se enquadrariam nas situações jurídicas geradoras da anistia outorgada pela Lei nº 8.878/1994, sendo que as demissões ocorreram em decorrência do direito potestativo de despedir os servidores, todos desamparados de qualquer espécie de estabilidade no emprego.

Verifica-se, assim, a existência de controvérsia formada em torno da configuração ou não das hipóteses autorizadoras da concessão da anistia nos termos da Lei nº 8.878/1994 e, dessa forma, controvérsia sobre o acerto da decisão da Comissão Especial de Anistia que, em grau recursal, reconheceu o direito à readmissão dos reclamantes.

Ora, a existência dessas controvérsias no bojo de um processo judicial não apenas autoriza, como impõe ao Juiz o dever de se posicionar expressamente, tendo em vista a necessidade da pacificação social, e em obediência ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Do contrário, estar-se-ia admitindo a infalibilidade dos membros da mencionada Comissão, e impondo à reclamada o cumprimento de uma determinação que, do seu ponto de vista, não se encontra em consonância com a lei. Assim, mostra-se plenamente viável, ou mesmo imprescindível, a manifestação do Poder Judiciário sobre a questão, a fim de dirimir as dúvidas existentes sobre a legalidade da concessão da anistia, tendo em vista o art. 5º, II, da Constituição Federal.

Ultrapassada essa questão, verifica-se que não têm razão os embargantes. O art. 1º da Lei nº 8.878/1994 dispõe:

“Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:

I – exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;

II – despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;

## JURISPRUDÊNCIA

III – exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação paredista.”

Ora, se os reclamantes entendiam estar enquadrados em alguma das hipóteses mencionadas nesse dispositivo legal, de modo a fazer jus à anistia, deveriam ter juntado prova de seu direito nestes autos. Ao contrário do que sustentam os obreiros, não é suficiente a juntada das publicações das decisões da Comissão Especial de Anistia criada por aquele Diploma Legal, especialmente considerando-se que o acerto dessas decisões mostrou-se duvidoso, já que desfundamentadas. Se os reclamantes sustentaram na inicial a existência de motivação política para as demissões (fl. 03), de modo a se enquadrar nas hipóteses da Lei nº 8.878/1994, era deles o ônus de provar a alegação, em especial porque todos os contratos de trabalho foram resilidos sem justa causa, conforme destacado pelo TRT (fl. 707).

Assim sendo, ante o reconhecimento pelo Tribunal Regional e pela Quinta Turma desta Corte de que não há nos autos prova de que as demissões ocorreram por perseguição política ou sindical, e inexistindo nos autos as razões pelas quais foi deferida a anistia aos reclamantes, está correto o posicionamento das instâncias percorridas ao julgarem improcedentes os pedidos formulados na inicial, não se configurando, na hipótese, afronta aos arts. 1º, II, c/c 5º, da Lei nº 8.878/1994.

Pelo exposto, não conheço do recurso de embargos dos reclamantes.

## II – RECURSO DE EMBARGOS ADESIVOS DA RECLAMADA

Em decorrência do não conhecimento do recurso principal, e nos moldes do art. 500 do CPC, julgo prejudicado o exame do recurso adesivo da reclamada.

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, João Oreste Dalazen, Carlos Alberto Reis de Paula e Lelio Bentes Corrêa, não conhecer do recurso de Embargos dos Reclamantes, e, via de consequência, julgar prejudicado o exame do recurso adesivo da Reclamada.

Brasília, 13 de março de 2006. *Rider de Brito*, redator designado.

## ATLETA PROFISSIONAL. RESCISÃO INDIRETA. LUVAS

*RECURSO DE REVISTA. ATLETA PROFISSIONAL. FUTEBOL. RESCISÃO INDIRETA. LUVAS. NATUREZA JURÍDICA. LEI Nº 9.615/1998. LEI PELE*

1. “Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato de trabalho

*daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra agremiação de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a multa rescisória e os haveres devidos.*

*§ 1º São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas incluídas no contrato de trabalho”.*

*2. O § 1º do art. 31 relaciona as parcelas “para efeitos do previsto no caput” daquele artigo. Vale dizer: todas as parcelas inscritas no contrato de trabalho – de natureza salarial ou não – para os efeitos do caput são “entendidas” como salário única e exclusivamente para o fim de, não sendo pagas no período de 3 meses, autorizar o atleta a rescindir seu contrato e transferir-se para outra agremiação. Assim, o § 1º não autoriza considerar toda e qualquer parcela para outros fins que não sejam os fins previstos no caput. Logo, a pretensão do reclamante de integrar as luvas em seu salário para fins de 13º, férias proporcionais e recolhimento do FGTS não encontra respaldo no § 1º do art. 31 da Lei nº 9.615/1998.*

*3. Acaso toda e qualquer parcela constante do contrato de trabalho tivesse, só por isso, natureza salarial, não haveria razão para o legislador referir-se a “haveres devidos” no caput do art. 31, pelo que deveria preferir, possivelmente, expressão como “parcelas salariais”.*

*4. Assim, não é possível se ter como salarial as “luvas”, valor pago ao atleta apenas como garantia de um futuro contrato, porque, se assim o é – pagamento para assinatura do contrato –, não se cuida de contraprestação pela força de trabalho, mas tão-só a forma como os clubes e agremiações despertam no atleta o animus contrahendi em relação àquela agremiação, no caso, o clube de futebol.*

*5. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.*

#### **FÉRIAS. ÔNUS DA PROVA**

*Não há falar que cabe ao empregado o ônus de provar que não recebeu suas férias nos termos previstos nos arts. 818 da CLT ou 333, I, do CPC, porque o legislador, a teor do art. 135, e seus parágrafos, da CLT, concedeu uma proteção ao empregado exigindo uma formalidade, e cabe ao intérprete desse direito observá-la.*

*Recurso de Revista de que não se conhece.*

*(Processo nº TST-RR-137.799/2004-900-01-00 – Ac. 5ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-137.799/2004-900-01-00.3, em que é Recorrente CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO e Recorrido RAIMUNDO FERREIRA RAMOS JÚNIOR.

## JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal Regional da 1ª Região manteve a sentença de primeiro grau, em que se determinou a integração das luvas ao salário do reclamante, com fundamento no art. 31, § 1º, da Lei nº 9.615/1998 e, em relação às férias do atleta, entendeu que cabia à reclamada provar a concessão e o pagamento das férias, o que não ocorreu, não podendo considerar como “notório” o fato de os atletas profissionais tirarem usufruírem férias no mês de dezembro (fls. 69)

Irresignado, o reclamado interpõe Recurso de Revista (fls. 72/76), buscando reformar a decisão regional no tocante aos temas: “Luvas. Natureza Jurídica” e “Férias”. Aponta ofensa aos arts. 458 da CLT e 818 da CLT e 333, inc. I, do CPC, bem como transcreve arestos para confronto de teses.

O Recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 79.

Não foram oferecidas contra-razões.

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

### VOTO

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, passo a examinar os específicos.

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Atleta profissional. Futebol. Rescisão indireta. Luvas. Natureza jurídica. Lei nº 9.615/1998. Lei Pelé*

O Tribunal Regional da Primeira Região manteve a sentença de primeiro grau, em que se determinou a integração das luvas ao salário do reclamante, com fundamento no art. 31, § 1º, da Lei nº 9.615/1998 (fls. 69).

O reclamado, nas suas razões de Recurso de Revista, sustenta que a decisão regional, ao reconhecer a natureza salarial das luvas pagas ao reclamante, resultou em ofensa ao art. 458 da CLT. Transcreve arestos para confronto de teses.

Os fundamentos da decisão recorrida não autorizam concluir que houve violação direta e literal do art. 458 da CLT, porquanto a decisão regional fundamenta-se não no dispositivo celetista indicado pelo recorrente, mas em norma específica, decorrendo a conclusão da interpretação do art. 31, § 1º, da Lei nº 9.615/1998. Portanto, havendo norma específica de que se valeu o Tribunal Regional, é impertinente a invocação do art. 458 da CLT.

Por outro lado, entendo que o primeiro aresto de fls. 74 consigna tese divergente daquela adotada pelo Tribunal Regional, por negar a natureza salarial da parcela “luvas”, assim consignando referido modelo, *verbis*:

“[...] Integração das Luvas – As ‘luvas’ pagas antecipadamente ou em parcelas, na contratação ou renovação do contrato, não têm caráter

## JURISPRUDÊNCIA

salarial, sendo descabida sua integração nos repousois semanais e feriados, em dobro e nas gratificações natalinas e férias.” (TRT 4ª Região, RO 96.18818-5, 5ª Turma, Relator Juiz Ricardo Kruger Ritter, DOERS 26.01.1998)

Assim, conheço do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial.

### 1.2 Férias

O Tribunal Regional entendeu que cabia à reclamada provar a concessão e o pagamento das férias, o que não ocorreu, não podendo considerar como “notório” o fato de os atletas profissionais tirarem férias no mês de dezembro (fls. 69).

O reclamado aduz ser ônus do reclamante provar as férias não concedidas. Aponta violação aos arts. 818 da CLT e 333, inc. I, do CPC. Traz um aresto para comprovar divergência jurisprudencial.

O art. 135 da CLT dispõe, *in verbis*:

“A concessão das férias será participada, por escrito, ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo.

§ 1º O empregado não poderá entrar no gozo das férias sem que apresente ao empregador sua CTPS, para que nela seja anotada a respectiva concessão.

§ 2º A concessão das férias será, igualmente, anotada no livro ou nas fichas de registro dos empregados.”

*In casu*, a lei exige o registro na Carteira de Trabalho e livro ou ficha.

Ante a ausência dessa formalidade, foi destruída a presunção de que as férias teriam sido pagas e usufruídas.

A meu juízo, considerando que o gozo e o pagamento de férias, assim como o de salários, comprova-se com a apresentação de recibo específico, é desarrazoado atribuir ao empregado o ônus de provar que não recebeu ou não usufruiu de suas férias nos termos previstos nos arts. 818 da CLT ou 333, inc. I, do CPC, porque o legislador concedeu uma proteção ao empregado exigindo uma formalidade, cujo ônus é do empregador, a quem cabe provar que cumpriu.

É inespecífico julgado que consigna como premissa aspecto diverso daquele utilizado pelo Tribunal Regional em suas razões de decidir. De fato, incide a Súmula nº 296 do TST, porque no aresto transcrito há recibo de pagamento de férias, o que não se verifica na hipótese aqui examinada.

Ante o exposto, não conheço.

## 2 MÉRITO

### 2.1 Luvas. Natureza jurídica

Dispõe o art. 31, § 1º, da Lei nº 9.615/1998, *verbis*:

## JURISPRUDÊNCIA

“Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato de trabalho daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra agremiação de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a multa rescisória e os haveres devidos

§ 1º São entendidos como salário, para efeitos previsto no *caput*, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho”.

O Tribunal Regional, para concluir serem as luvas parcela de natureza salarial, valeu-se exclusivamente do § 1º acima transcrito, sem cotejá-lo com o seu *caput*. Trata-se de regra hermenêutica importante para o deslinde da controvérsia.

À primeira vista, o § 1º parece autorizar a conclusão de que toda e qualquer parcela inscrita no contrato assinado pelo atleta profissional reveste-se de natureza salarial. Todavia, a leitura mais atenta demonstra o contrário: o § 1º do art. 31 relaciona parcelas em rol exemplificativo “para efeitos previsto no *caput*”. Vale dizer: todas as parcelas inscritas no contrato de trabalho – de natureza salarial ou não – para os efeitos do *caput* são “entendidas” como salário única e exclusivamente para o fim de, não sendo pagas no período de 3 meses, autorizar o atleta a rescindir seu contrato e transferir-se para outra agremiação. Assim, o § 1º não autoriza considerar toda e qualquer parcela para outros fins que não sejam os fins previstos no *caput*. Logo, a pretensão do reclamante de integrar as luvas em seu salário para fins de 13º, férias proporcionais e recolhimento do FGTS não encontra respaldo no § 1º do art. 31 da Lei nº 9.615/1998.

Acaso toda e qualquer parcela constante do contrato de trabalho tivesse, só por isso, natureza salarial, não haveria razão para o legislador referir-se a “haveres devidos” no *caput* do art. 31, pelo que deveria preferir, possivelmente, expressão como “parcelas salariais”.

Assim, não é possível se ter como salarial as “luvas”, valor pago ao atleta apenas como garantia ao futuro contrato, porque, se assim o é – pagamento para assinatura do contrato –, não se cuida de contraprestação pela força de trabalho (pelo trabalho), mas tão-só a forma como os clubes e agremiações conseguem despertar no atleta o *animus contrahendi* em relação àquela agremiação, no caso, um clube de futebol.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso de Revista para julgar improcedente o pedido de integração da parcela “luvas” no salário para fins de 13º, férias proporcionais e recolhimento do FGTS.

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 julgar improcedente o pedido de integração da parcela “luvas” no salário para fins de 13º, férias proporcionais e recolhimento do FGTS.

Brasília, 14 de junho de 2006. *João Batista Brito Pereira*, relator.

## DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM

### *DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM. PROPAGANDA DA EMPRESA. PUBLICAÇÃO DE FOTO DO EMPREGADO*

1. *A lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, a teor do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.*

2. *A utilização da imagem, bem extrapatrimonial, integrante da personalidade, sem o consentimento de seu titular configura ato ilícito, independentemente do fim a que se destina, porquanto viola o patrimônio jurídico personalíssimo do indivíduo.*

3. *O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à integridade moral do empregado que lhe é reconhecida no plano constitucional.*

4. *Caracteriza dano moral, porquanto viola o direito à imagem, campanha publicitária, em jornal local, realizada pela empresa, em que utiliza foto do empregado sem prévia autorização.*

5. *Agravo de instrumento a que se nega provimento.*

*(Processo nº TST-AIRR-97/2002-920-20-40 – Ac. 1ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-00097/2002-920-20-40.4, em que é Agravante TORRE EMPREENDIMENTOS RURAL e CONSTRUÇÕES LTDA. e Agravado PAULO SÉRGIO PIMENTA BEZERRA.

Irresignada com a r. decisão interlocutória de fls. 103/104, mediante a qual a Presidência do eg. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região denegou seguimento ao recurso de revista, interpõe agravo de instrumento a Reclamada.

Aduz a Agravante que o recurso de revista é admissível, por violação a dispositivo da Constituição Federal, assim como por divergência jurisprudencial.

Apresentadas contraminuta e contra-razões (fls. 108/115).

É o relatório.

## 1 CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

### 2 MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

#### 2.1 Dano moral. Direito à imagem

O eg. Regional deu provimento ao recurso ordinário do Reclamante por danos morais, por entender que resultou configurada a ofensa ao direito de imagem do Reclamante, em virtude de publicação de foto em matéria publicitária sem autorização.

Eis o fundamento do v. acórdão regional:

“A Constituição Federal no seu art. 5º, *caput*, diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Este é o princípio básico da organização social, pois define que este país pertence a todos que nele vivem, não importa o sexo, a raça, a nacionalidade e um dado que a maioria esquece – a condição financeira.

O inciso X do mesmo artigo assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No caso dos autos, a empresa reclamada publicou em jornal da cidade de Aracaju propaganda institucional (fl. 03), utilizando a imagem não autorizada do seu então empregado, o reclamante.

O fato é este e caracterizada está a situação prevista na Carta Magna garantidora do seu direito de reparação, reconhecida também pelos Tribunais, conforme decisões que se cita a seguir:

[...]

Não fosse o reclamante gari, mas ator de novela, jogador de futebol, político, ou profissional de atividade considerada de prestígio social, sequer passaria pela cabeça de alguém de empresa publicar a sua foto como integrante de matéria publicitária, sem obter a autorização devida e acertar o preço do cachê.

Por que ser diferente com um pobre, que de propriedade sua tem, na maioria das vezes, apenas a honra e a imagem?

Reconhecido o direito do autor, é preciso fixar o valor da indenização devida, que deve ser proporcional ao dano causado, bem como, aí sim, à condição social e financeira da parte atingida.” (fl. 73)

E acrescentou em embargos de declaração:

“No caso vertente, ainda que a testemunha da empresa tenha alegado que a mesma não teria autorizado a publicação da foto e que *esta foi tirada com o intuito de contratar a veiculação de campanha publicitária*, não tendo havido qualquer pagamento ao jornal em razão da publicação, o que é relevante para o deslinde da questão é que o empregado, dono da imagem, não autorizou a sua veiculação.” (fl. 78)

## JURISPRUDÊNCIA

Inconformada, a Reclamada, no recurso de revista, pugnou pela reforma do v. acórdão regional, ao fundamento de que não teria havido dano à imagem do Reclamante. Assim, “forçoso é considerar que não há motivação para o deferimento de indenização por dano moral” (fl. 83).

Argumentou, ainda, que “a simples publicação de foto em jornal semanário não pode traduzir a prova de que houve lesão e dano à imagem do reclamante” (fl. 84).

Apontou violação ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Trouxe arestos que reputou divergentes.

Não prospera o inconformismo.

No presente caso, discute-se a ocorrência de dano moral ao Reclamante em razão de utilização indevida de sua imagem.

O direito à reparação decorrente de dano moral e dano material é, hoje, assegurado no ordenamento jurídico, art. 186 do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 159 do Código Civil de 1916), de seguinte redação:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A teor do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e *imagem* das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Entende-se por dano moral “aquela espécie de agravo constituída pela violação de algum dos direitos inerentes à personalidade” (BREBBIA).

Ou, na lição de Wilson Melo da Silva, em monografia sobre o tema:

“Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”

Distinguem-se o dano moral puro e o dano patrimonial: enquanto o dano moral é resultante da infringência de um direito imaterial ou extrapatrimonial, o dano patrimonial importa sempre em ofensa a direito de conteúdo patrimonial ou material, ou seja, prejuízo econômico. De sorte que dano moral é o insuscetível de avaliação econômica.

Mas o dano moral pode existir de forma pura, ou pode manifestar-se provocando simultaneamente reflexos patrimoniais. Vale dizer: a afronta aos direitos da personalidade nem sempre tem conteúdo exclusivamente moral, ou extrapatrimonial.

Eis porque também distingue a doutrina o dano moral propriamente dito, ou puro, dos reflexos patrimoniais do dano moral: o dano moral, às vezes, acarreta igualmente danos materiais (diminuição do patrimônio); enquanto a locução “dano

moral puro” há que ser reservada exclusivamente para designar a ofensa que não produz qualquer efeito patrimonial. Assim, por exemplo, o ataque à honra do empregado, difamação, pode provocar apenas dano moral puro (se unicamente o constrange e faz sofrer pela ofensa à honra), ou pode provocar também prejuízo financeiro pela dificuldade na obtenção de novo emprego.

O dano moral trabalhista, portanto, não é senão o agravo ou o constrangimento moral infligido ao empregado ou ao empregado pessoa física mediante violação a direitos ínsitos à personalidade, “como consequência da relação de emprego”.

A propósito do tema em apreço, questionava-se quais seriam os direitos inerentes à personalidade da pessoa humana, cuja violação implicaria dano moral. Durante largo período a doutrina reconheceu que eram apenas *a vida e a honra*.

A doutrina moderna, todavia, avançou para reputar dano o direito personalíssimo da pessoa humana e, portanto, passíveis de configurar dano moral as seguintes espécies:

- dano estético;
- dano à intimidade;
- dano à vida de relação (honra, dignidade, honestidade, *imagem*, nome);
- dano biológico (vida); e
- dano psíquico.

Conforme ensina Walter Moraes, imagem é “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem”. (MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 742)

E acrescenta Rui Stoco que “a imagem é bem jurídico essencial à pessoa humana, inalienável (mas nem por isso indisponível) e não-patrimonial. O direito do titular é, assim, irrenunciável, intransmissível, inextinguível a não ser pela morte, imprescritível. Trata-se, como já frisamos, de direito absoluto, exclusivo. O direito, como o seu objeto, é inato”. (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.624/1625)

Destaque-se que durante muito tempo a doutrina e a jurisprudência travaram debates sobre o direito a proteção à imagem, visto que não existia texto expresso de lei que tratasse do tema. Com a Constituição Federal de 1988, todavia, não restaram mais dúvidas sobre a tutela do direito à própria imagem. Isso porque a nova Carta erigiu o direito à imagem à categoria de direito individual, juntamente com o direito à intimidade, à vida privada e à honra.

Conclui-se, assim, que cabe apenas ao titular do direito dispor de sua imagem.

Dessa forma, a ofensa ao direito à imagem caracteriza-se quando há *utilização indevida da imagem*. Entende-se utilização indevida aquela não consentida ou maliciosa, com intuítos escusos, ou buscando lucro econômico, ou com a intenção de denegrir a imagem do sujeito, ou ainda, quando a divulgação da imagem se dá fora dos termos acertados.

Por ser ato ilícito, evidentemente, a violação ao direito à imagem ocasiona danos que devem ser reparados.

Yussef Said Cahali preleciona:

“De regra, portanto, a simples reprodução não consentida de fotografia de uma pessoa com fins comerciais, promocionais, publicitários, com interesse especulativo na difusão de produtos da empresa, revela-se violadora de um bem moral representado pelo direito autônomo da imagem da pessoa, inerente ao seu direito de personalidade; e possibilita, no caso, uma indenização de natureza pecuniária, sem necessidade de qualquer consideração a respeito das repercussões negativas do ato ilícito praticado que se relacionariam, pelas circunstâncias e características da imagem reproduzida, com uma eventual lesão à honra, ao decoro, ao crédito da pessoa, privacidade e outros valores que integram seu direito da personalidade.” (CAHALI, Yussef Said. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 652)

Ora, o poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à integridade moral do empregado que lhe é reconhecida no plano constitucional.

No caso em tela, a Reclamada não colheu autorização do Reclamante para a exposição da imagem, em campanha publicitária, veiculada em jornal local.

Cumprе ressaltar que a publicidade realizada pela Reclamada lhe era benéfica, divulgando o nome da empresa e a eficiência de seus serviços.

Entendo que a utilização da imagem sem o consentimento de seu titular configurou o ato ilícito, independentemente do fim a que se destinava, porquanto resultou violado o patrimônio jurídico personalíssimo do Reclamante.

Daí concluo que houve dano à imagem, na publicação de foto do empregado em jornal local, sem prévia autorização, a motivar indenização por danos morais.

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“CONSTITUCIONAL – DANO MORAL – FOTOGRAFIA – PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA – INDENIZAÇÃO – CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL – POSSIBILIDADE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, X

I – Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.

II – RE conhecido e provido.” (RE 215.984/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04.06.2002, p. 143)

## JURISPRUDÊNCIA

Do mesmo modo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA NÃO AUTORIZADA EM JORNAL – DIREITO DE IMAGEM – INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPRENSA

I – A publicação de fotografia não autorizada em jornal constitui ofensa ao direito de imagem, ensejando indenização por danos morais, não se confundindo, com o delito de imprensa, previsto na Lei nº 5.250/1967. Precedentes.

II – Recurso especial não conhecido.” (REsp 207165/SP; REsp 1999/0021035-2, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 17.12.2004, p. 512)”

Desse modo, contrariamente ao alegado pela Reclamada, o entendimento abraçado pelo eg. Regional não violou as disposições do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal; ao revés, deu-lhes plena aplicação.

Quanto aos arestos trazidos a cotejo, melhor sorte não socorre à Reclamada.

Sucedem que os julgados de fls. 84/91, não aludem à questão referente à veiculação de imagem sem o consentimento de seu titular. Incide, na espécie, a Súmula nº 296 do TST.

*Inadmissível* o recurso de revista.

### *2.2 Dano moral. Indenização. Critérios de fixação*

Eg. Tribunal Regional, ao apreciar e julgar o recurso ordinário, quanto ao tema em apreço, consignou, no particular:

“Reconhecido o direito do autor, é preciso fixar o valor da indenização devida, que *deve ser proporcional ao dano causado, bem como, aí sim, à condição social e financeira da parte atingida.*

[...]

Apenas fere o seu direito de não ser exposto em publicidade sem autorização sua, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o mesmo cobraria para autorizar a promoção, acrescida de 200% pelo ato da publicação sem este acerto.

Ora, sendo o gari e percebendo salário pouco superior ao mínimo, o lógico é que o reclamante concordasse em ceder sua imagem para publicação mediante pagamento de R\$ 500,00. Considerando-se, pois, a situação já exaustivamente discutida, a indenização pelo uso indevido da sua foto é fixada em R\$ 1.500,00 em valores desta data, a ser acrescida de juros e atualização monetária, se não paga no corrente mês de junho.” (fl. 73)

E acrescentou em embargos de declaração:

“A base legal para a imputação ao embargante da indenização fixada no acórdão vem a ser o próprio inciso X do art. 5º da Constituição Federal,

## JURISPRUDÊNCIA

mas a forma de sua fixação decorre de critérios subjetivos, tais como: o bom senso do julgador, a proporcionalidade com o dano e a razoabilidade.

Com efeito, o valor de R\$ 1.500,00, para compensar a exposição da imagem do embargado, sem sua autorização, não foge dos limites da razoabilidade, não sobressaindo qualquer abuso no particular.” (fl.79)

Inconformada, a Reclamada, nas razões do recurso de revista, insurgiu-se contra o v. acórdão regional, ao fundamento de que inexistente qualquer requisito para a fixação da indenização pelos danos morais.

Indicou arestos para confronto de teses.

Infundado o inconformismo da Reclamada.

A divergência alinhada não autoriza o conhecimento do recurso, pois o primeiro julgado de fls. 91/92 emana de Turma deste eg. Tribunal, hipótese que não se coaduna com a prevista para admissibilidade do recurso de revista, insculpida no art. 896, alínea *a*, da CLT.

Quantos aos arestos de fl. 93, estes não abordam todos os fundamentos delineados no v. acórdão regional, qual seja, de que o pagamento de indenização por dano moral decorrente da veiculação, sem autorização, da imagem do Reclamante é proporcional ao dano causado e à condição social e financeira da parte atingida.

Aplicação da Súmula nº 23 do TST.

Mantenho a r. decisão agravada.

Por todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 19 de abril de 2006. *João Oreste Dalazen*, relator.

## DANO MORAL. DISPENSA POR JUSTA CAUSA

*DANO MORAL. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE. NÃO-COMPROVAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL*

*1. Pedido de indenização por danos morais formulado por empregado, em razão da não comprovação em Juízo da acusação de ato de improbidade, a ensejar a sua dispensa por justa causa.*

*2. A ausência de comprovação do alegado ato de improbidade não traduz, por si só, dano moral. A caracterização do dano moral pressupõe, necessariamente, a existência de prova inequívoca de prejuízo à imagem, à honra ou à boa fama da pessoa, do ponto de vista pessoal, familiar e social.*

## JURISPRUDÊNCIA

3. *Configura-se o dano moral se, além da dispensa do empregado em virtude de suposto ato de improbidade não comprovado, há também a instauração de inquérito policial em decorrência do mesmo fato. A inafastável publicidade daí oriunda atinge de forma indelével a honra da pessoa.*

4. *Embargos do Reclamante conhecidos, por violação ao art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e ao art. 159, do Código Civil de 1916, e providos para restabelecer a sentença condenatória de origem, no particular.*

*(Processo nº E-RR-1.197/2000-032-12-00 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-1197/2000-032-12-00.1, em que é Embargante LAERTE LIBÓRIO CAMPOS e Embargada DISTRIBUIDORA KRETZER LTDA.

“A col. Quarta Turma, mediante o v. acórdão às fls. 918-926, conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante, em que se discutia pedido de indenização por dano moral, por divergência jurisprudencial. No mérito, concluiu por manter a decisão prolatada pelo Tribunal Regional, que indeferiu o pedido da parcela.

Inconformado, o reclamante interpõe embargos com apoio no art. 894 da CLT, mediante as razões às fls. 941-953. Insiste na tese de que tem direito à indenização por dano moral pelo ato de improbidade a ele imputado e não comprovado pela demandada. Traz um aresto ao confronto de teses e indica lesão aos arts. 1º, III e 5º, X, da Carta Magna e 159 do CCB.

Foi oferecida impugnação, conforme razões de fls. 976-987.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.”

É o relatório lido em sessão, que adoto para todos os fins regimentais.

### 1 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos embargos, passo ao exame dos requisitos intrínsecos do presente recurso.

#### *1.1 Indenização por dano moral. Dispensa por justa causa. Ato de improbidade não demonstrado*

Consoante relatado, a eg. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante quanto ao tema “indenização por dano moral”, sob o fundamento de que a desconstituição da justa causa, ante a não-comprovação do ato de improbidade imputado ao empregado, não geraria, por si só, o direito à aludida indenização, mormente se não caracterizado o dolo ou a culpa do empregador.

## JURISPRUDÊNCIA

Os presentes embargos vêm fundados em divergência jurisprudencial e em violação aos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e ao art. 159 do Código Civil de 1916.

Do exame dos autos, constata-se, primeiramente, que as instâncias ordinárias reputaram *não configurado o ato de improbidade*, que deu ensejo à dispensa por justa causa do reclamante, por ausência de provas da falta grave que ele teria cometido, consistente em suposto desvio de valores em virtude de pagamento feito por cliente, mas não repassado à empresa reclamada.

Em segundo lugar, observa-se que, em virtude da não comprovação da alegada improbidade, a MMª Vara de origem acolheu o pedido formulado pelo reclamante, de indenização por danos morais, por vislumbrar “elementos suficientemente convincentes quanto ao constrangimento pelos quais passou o autor” (fls. 659/660), quais sejam:

- a) a não-comprovação da acusação de improbidade imputada ao empregado, o que denotaria a conduta “no mínimo negligente (da reclamada) quanto aos fatos narrados”; e
- b) a instauração de inquérito policial por apropriação indébita contra o empregado.

Constata-se, assim, que a MMª Vara de origem condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral, em razão não apenas da descaracterização da justa causa, mas também ante o constrangimento que sofreu o autor com a instauração de inquérito policial por apropriação indébita, que sequer foi provada no âmbito da ação trabalhista.

O eg. Tribunal Regional, todavia, afastou a referida condenação (fls. 764/765), por entender que o dano moral não decorre da desconstituição da justa causa em juízo, sendo necessária também a comprovação do constrangimento perante terceiros, o que não teria havido nos presentes autos. Alude, inclusive, à ausência de manifestação de testemunhas a esse respeito e à falta de provas de comunicação da acusação a clientes e funcionários.

Tal fundamento foi mantido pela eg. Turma, que negou provimento ao recurso de revista do reclamante, por entender que o dano moral não advém simplesmente da não-caracterização do ato de improbidade, sendo necessária a comprovação da culpabilidade da reclamada, ainda que a título de culpa levíssima. No presente caso, contudo, entendeu a eg. Turma que a reclamada apenas se teria louvado do direito de resolução contratual. Acrescentou, ainda, o fundamento constante do v. acórdão regional, acerca da não-divulgação do ato de improbidade.

*Data maxima venia*, entendo que o v. acórdão turmário incorreu em violação aos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, que prevêm o direito à indenização decorrente de danos morais, sendo também aplicáveis no âmbito do Direito Processual do Trabalho, conforme bem ressalta Vasques Villard:

“Se em algum âmbito de Direito o conceito de Dano Moral pode ter alguma aplicação, é precisamente no Direito do Trabalho. O Direito do

## JURISPRUDÊNCIA

Trabalho aparece como o ramo jurídico em cujo seio o estudo do Dano Moral deveria alcançar o máximo desenvolvimento, já que, nesse direito a proteção da personalidade adquire especial dimensão, tanto por sua primordial importância – dado o caráter pessoal e duradouro da relação, como por ter sido objeto de uma garantia jurídica especial.” (*La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988. p. 96)

De outro lado, também procede a alegação de ofensa ao art. 159 do Código Civil de 1916, na medida em que o referido dispositivo legal constituiu a fundamentação básica à reparabilidade do dano moral até o advento da Constituição de 1988, ao prever o dever de indenizar não apenas aquele que causar prejuízo, como também aquele que violar qualquer direito de outrem, de ordem material ou imaterial.

No presente caso, como visto, o reclamante foi dispensado por justa causa, sob a acusação de “ato de improbidade”, conceituada por Wagner Giglio como manifestações “desonestas” do empregado que constituam atentado ao patrimônio (*Justa Causa*, 2000, p. 54).

Sucedo que, dada a relevância de tal acusação lançada contra o empregado, o mesmo autor adverte para a necessidade de o empregador valer-se de prova cabal e irretorquível acerca da existência da improbidade, “pois a acusação de desonesto, feita a um empregado, traz efeitos que extravasam as simples relações empregatícias, para repercutir, eventualmente, na vida familiar e social do acusado. Por vezes, coloca em jogo a própria liberdade do empregado, caso seu comportamento seja examinado no juízo criminal” (*op. cit.*, p. 60).

No mesmo sentido, posiciona-se Antônio Lamarca (*Manual das justas causas*, 1977, p. 337-338):

“A jurisprudência trabalhista, tendo em vista a natureza infamante dessa figura faltosa, consolidou-se no sentido de exigir prova robusta para a sua caracterização [...]. A propósito, afirmou Russomano: ‘A gravidade dessa justa causa é manifesta, inclusive por seus reflexos no futuro profissional do trabalhador. Essa é a razão pela qual a jurisprudência exige que a improbidade esteja demonstrada sem sombra de dúvida para que o juiz a declare. A partir desse momento, o trabalhador arrastará, pelo resto de sua vida, a marca candente que a coisa julgada lhe impôs, ao defini-lo e apontá-lo como improbo.’”

Uma vez descaracterizada em juízo a justa causa, ante a sua não-comprovação, resta perquirir se a acusação de improbidade levada a cabo pelo empregador contra o empregado constitui, ou não, dano moral.

Compartilho da tese exposta pelo eg. Regional e pela eg. Turma, no sentido de que a singela não-comprovação do ato de improbidade não traduz, “por si só”, dano moral. Em meu entender, impõe-se uma dissociação entre justa causa e dano moral. A não-comprovação da justa causa não enseja, necessariamente, a caracterização do dano moral.

No mesmo sentido é a posição de Octávio Bueno Magano, segundo o qual “a mera invocação de dispositivos configuradores de justa causa, mesmo quando esta não fique provada, não acarreta a obrigação de ressarcir danos morais”. (Danos morais no direito do trabalho. *Trabalho & Doutrina*, n. 10, set./96, p. 65)

Assim, a indubitável caracterização do dano moral pressupõe, necessariamente, a existência de prova inequívoca do prejuízo à imagem, à honra ou à boa fama da pessoa, do ponto de vista pessoal, familiar e social.

No caso vertente, todavia, evidencia-se, de forma inarredável, o dano moral sofrido pelo reclamante.

Com efeito, o eg. Regional, ao afastar a alegada justa causa, deixou claramente consignada a circunstância de haver sido instaurado inquérito policial contra o empregado, nos seguintes termos (fl. 760):

“A ré afirmou que deu início a inquérito criminal contra o autor em decorrência da falta de repasse de valores recolhidos de clientes. Entretanto, não há qualquer conclusão deste a demonstrar que o autor haja, efetivamente, praticado o ato ímprobo.”

Assim, resulta claro que o empregado foi profundamente atingido naquilo que é mais valioso para qualquer pessoa, que é a sua integridade moral, na medida em que não houve apenas a mera dispensa do empregado em virtude de eventual ato de improbidade não comprovado, mas principalmente a instauração de inquérito criminal contra o empregado, em decorrência do mesmo fato, presumivelmente seguida de processo criminal.

Ora, a inafastável publicidade daí oriunda atinge a honra da pessoa de forma indelével.

A acusação, sem sombra de dúvida, arranha a reputação social do empregado e acarreta-lhe grave dano à estabilidade psíquica, em decorrência do seriíssimo constrangimento por ele sofrido e a sensação de ofensa, vergonha e humilhação daí decorrentes. Não é concebível, pois, que a imputação infundada ao empregado da prática de um crime não lhe cause prejuízos morais.

Endosso, assim, a conclusão jurídica constante da r. sentença de origem, no sentido de que a instauração de inquérito policial por apropriação indébita constitui elemento suficientemente convincente acerca do constrangimento e humilhação pelos quais passou o empregado, ora reclamante.

Conheço dos embargos, por violação ao art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e ao art. 159 do Código Civil de 1916.

## 2 MÉRITO DO RECURSO

Como corolário do conhecimento dos embargos, dou-lhes provimento para restabelecer a r. sentença condenatória de origem, no particular.

Isto posto,

## JURISPRUDÊNCIA

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos a Exma. Juíza Convocada Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, Relatora, e os Exmos. Ministros João Batista Brito Pereira e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, conhecer dos Embargos quanto ao tema “Indenização por Dano Moral. Imputação da prática de ato de improbidade não demonstrada. Demissão”, por violação aos arts. 5º, V e X, da CF e 159 do CCB, e dar-lhes provimento para restabelecer a sentença condenatória, no particular.

Brasília, 13 de dezembro de 2004. *João Oreste Dalazen*, redator designado.

### **DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

*AÇÃO RESCISÓRIA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Decisão rescindenda em que, após a declaração de incompetência do Juízo Cível para julgar a ação de indenização, a Vara do Trabalho da Comarca de Rio Verde/GO condenou a reclamada a pagar à esposa e à filha do empregado falecido indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho que levou aquele a óbito. Ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, II, do CPC. Constatação de que as autoras do processo originário formularam dupla pretensão de indenização, a saber: um, por dano material, por meio do qual se pretendeu a condenação da ré ao pagamento do seguro de vida obrigatório previsto no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal; e outro por dano moral, resultante da dor e sofrimento causado às autoras pela morte de seu pai e marido. Competência da Justiça do Trabalho quanto à primeira pretensão, haja vista que a obrigação de contratar seguro contra acidentes de trabalho pressupõe a existência de um contrato de trabalho ou relação de emprego. No que respeita ao segundo pedido, não detém esta Justiça Especial competência para apreciá-lo, na medida em que as autoras invocam como causa de pedir a dor sofrida pelo falecimento do empregado. O alegado trauma emocional guarda relação com perda do ente querido, ou seja, o que se invoca é o sofrimento próprio das autoras, e, não, qualquer direito sonegado pertencente ao de cujus. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial, a fim de julgar parcialmente procedente a pretensão desconstitutiva, tendo em vista a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de dano moral, feito em nome próprio pelas Autoras. Determinação de remessa dos autos ao MM. Juízo Cível, para que aprecie a pretensão de indenização decorrente de danos morais, como entender de direito.*

*(Processo nº TST-ROAR-307/2003-000-18-00 – Ac. SBDI -2)*

## JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº TST-ROAR-307/2003-000-18-00.3, em que é Recorrente RETÍFICA CARVALHO LTDA. e são Recorridas FRANCISCA EDILMA LIMA DUARTE NATAL E OUTRA.

A Retífica Carvalho Ltda. ajuizou ação rescisória, com fundamento no inc. II do art. 485 do Código de Processo Civil, pretendendo a desconstituição da sentença proferida pela Vara do Trabalho de Rio Verde/GO nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.971/01-6, pela qual foi condenada ao pagamento de “indenização por danos morais no valor de R\$ 60.000,00 e indenização por omissão no cumprimento da norma do art. 7º, XXVIII, da CF, no valor de R\$ 15.000,00” (fls. 21).

O Tribunal Regional, mediante o acórdão de fls. 113/119, julgou improcedente a pretensão desconstitutiva por entender não configurada a causa de rescindibilidade invocada pela autora.

A autora interpôs recurso ordinário (fls. 124/128), insistindo na procedência da ação rescisória.

Admitido o recurso (fls. 132), não foram apresentadas contra-razões, conforme certificado a fls. 134.

O representante do Ministério Público do Trabalho opinou pelo não-provimento do recurso ordinário (fls. 137/138).

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade do recurso ordinário, dele conheço.

#### 2 MÉRITO

Francisca Edilma Lima Duarte Natal e Jaqueline Torres Duarte Natal ajuizaram, perante o Juízo Cível da Comarca de Rio Verde/GO ação de indenização por danos morais e materiais em desfavor da empresa Retífica Carvalho Ltda., invocando como causa de pedir acidente de trabalho ocorrido nas dependências da referida empresa, o qual resultou na morte de seu marido e pai, respectivamente, Sr. Pedro Celso Natal.

O Juiz de Direito, ponderando que a controvérsia tinha origem em contrato de trabalho do *de cuius* com a ré, entendeu que a competência para dirimi-la era do Juízo Trabalhista.

## JURISPRUDÊNCIA

Daí sucedeu que a Vara do Trabalho de Rio Verde/GO, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.971/01-6, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, com base na seguinte fundamentação:

“Alegam as requerentes que o esposo da primeira e pai da segunda foi empregado da requerida e faleceu em decorrência de acidente de trabalho, o que impõe a indenização civil pleiteada.

A requerida defende-se argumentando que embora o ex-empregado tenha falecido no local de trabalho, decorrente de acidente com a explosão de um compressor, não houve culpa do empregador, não ensejando, portanto, em pagamento de indenização.

Não assiste razão à requerida.

A prova testemunhal evidenciou que não existiam cuidados para proteção dos empregados que, para adentrarem ao local de trabalho, necessitavam passar ao lado do local onde estavam instalados os equipamentos de risco (compressores).

A requerida não cuidou de reduzir de forma adequada os riscos existentes no local da prestação de trabalho de seus empregados, tanto que deixou em local de passagem dos empregados os equipamentos que possuíam riscos de explosão, com proteção através de parede simples e que, como ocorreu, não foi suficiente para eliminar efeitos nefastos do acidente.

A requerida teve culpa pelo dano sofrido por seu empregado e que ocasionou seu falecimento. Houve negligência no cumprimento às normas de segurança e higiene no trabalho no que tange às condições de segurança para desenvolvimento das atividades laborais.

[...]

Isto posto, julgo procedentes em parte os pedidos formulados na ação de indenização proposta por Francisca Edilma Lima Duarte e Jaqueline Torres Duarte Natal, para o fim de condenar a requerida Retífica Carvalho Ltda. a pagar-lhes as seguintes verbas deferidas na fundamentação, que passa a fazer parte integrante deste *decisum*, nos termos e limites ali definidos, conforme se apurar em liquidação de sentença: indenização por danos morais no valor de R\$ 60.000,00 e indenização por omissão no cumprimento da norma do art. 7º, XXVIII, da CF, no valor de R\$ 15.000,00.” (fls. 14/21)

Pretendendo desconstituir essa decisão, a Retífica Carvalho Ltda. ajuizou ação rescisória, com pedido de antecipação da tutela, com fundamento no inc. II do art. 485 do Código de Processo Civil. Argumentou que a sentença merece ser desconstituída porque “a ação foi promovida pelas requeridas pleiteando supostos direitos próprios, danos morais e materiais experimentados por elas próprias” (fls. 04). No seu entender, “estando as requeridas discutindo direitos próprios, de supostos danos por elas experimentados, mas não originários de contrato de trabalho delas próprias, foge desta especializada a competência para apreciar a demanda, que resta afeta à Justiça Ordinária Estadual”.

À análise.

Uma vez que a definição da competência, no Juízo Trabalhista, é definida em razão da matéria debatida, faz-se necessário analisar os termos da ação de indenização da qual se originou a decisão rescindenda.

Da petição inicial constante do processo originário, constata-se que nela há dois pedidos de indenização, a saber: um, por dano material, por meio do qual se pretendeu a condenação da ré ao pagamento do seguro de vida obrigatório previsto no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal; e o outro por dano moral, resultante da dor e sofrimento causado às autoras pela morte de seu pai e marido.

Em relação ao primeiro pedido, não há dúvidas acerca da competência da Justiça do Trabalho, haja vista que a obrigação de contratar seguro contra acidentes de trabalho pressupõe a existência de um contrato de trabalho ou relação de emprego.

No que respeita ao segundo pedido, não detém esta Justiça Especial competência para apreciá-lo, na medida em que as autoras invocavam como causa de pedir a dor sofrida pelo falecimento do empregado. Está claro aí que o trauma emocional guarda relação com perda do ente querido, ou seja, o que se invoca é o sofrimento próprio das autoras, e, não, qualquer direito sonogado pertencente ao *de cujus*.

Desse modo, impõe-se o provimento parcial do recurso ordinário para julgar procedente em parte a ação rescisória, para (I) julgar procedente em parte a ação rescisória, desconstituindo-se parcialmente a sentença proferida pela Vara do Trabalho de Rio Verde/GO nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.971/01-6, no tocante à pretensão de indenização decorrente de dano moral; II) determinar o retorno dos autos ao MM. Juízo Cível para que aprecie a pretensão de indenização decorrente de danos morais, como entender de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – julgar procedente em parte a Ação Rescisória para desconstituir parcialmente a sentença proferida pela Vara do Trabalho de Rio Verde/GO nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.971/01-6, no tocante à pretensão de indenização decorrente de dano moral; II – determinar o retorno dos autos ao MM. Juízo Cível para que aprecie a pretensão de indenização decorrente de danos morais, como entender de direito.

Brasília, 2 de maio de 2006. *Gelson de Azevedo*, relator.

## **DEFICIENTE FÍSICO. DISCRIMINAÇÃO. GARANTIA CONSTITUCIONAL**

*RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEFICIENTE FÍSICO. GARANTIA DE VAGA. FATOR DE DISCRIMINAÇÃO. GARANTIA CONSTITUCIONAL*

## JURISPRUDÊNCIA

1. No caso, o recorrente, sentindo-se preterido em seu direito à vaga, impetrou Mandado de Segurança afirmando que teve seu ingresso no serviço público negado em razão da nomeação de portadora de deficiência física. Sustentou que a fração destinada aos deficientes era inferior a uma vaga.

2. A Constituição garante ao portador de deficiência física condições especiais de concorrência em certames públicos, tudo no intuito de estabelecer uma forma de inclusão desse grupo minoritário no serviço público. Assim, fornece-se medida positiva de igualdade em que se garante mecanismo compensatório. Trata-se de espécie de ação afirmativa encampada pelo Estado, trazendo situação de igualdade na desigualdade.

3. Por mais inclusiva que seja uma lei, certamente excluirá determinado grupo social. Assim sendo, a norma constitucional que prevê critério mais favorável ao portador de deficiência física para ingresso no serviço público exclui o grupo majoritário representado pelos não-portadores de deficiência física.

4. Isso, contudo, não atenta contra o direito, na medida em que ele necessita prever mecanismos de preservação de minorias, como forma de sua consagração democrática.

5. Assim sendo, se a lei estabelece critério determinando que, em caso de fração, arredonda-se para o número inteiro imediatamente superior, esse critério deve ser seguido.

6. Por mais que se discorde do critério, o fato é que é regra a ser obedecida, sustentada pelo princípio de que, em se tratando de uma pessoa, não há como fracionar seu direito.

7. Logo, não há direito líquido e certo na hipótese, razão pela qual o recurso não merece provimento.

*Recurso Ordinário a que se nega provimento.*

*(Processo nº TST-ROMS-1545/2004-000-04-00 – Ac. Tribunal Pleno)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-1545/2004-000-04-00.3, em que é Recorrente SÉRGIO DE ALMEIDA, Recorrida SUZETE VIEIRA SOARES e Autoridade Coatora Juiz-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Inconformado com o r. acórdão de fls. 96/101 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, complementado às fls. 112/113, que negou a segurança pleiteada, o impetrante interpõe recurso ordinário às fls. 115/118.

Despacho de admissibilidade, às fls. 126.

Sem contra-razões, conforme certidão às fls. 129.

## JURISPRUDÊNCIA

A douta Procuradoria-Geral do Trabalho, em parecer de fls. 90/91, opina pelo conhecimento e não-provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

#### I – CONHECIMENTO

Requisitos Extrínsecos de Admissibilidade

Regularmente interposto, conheço do recurso ordinário.

#### II – MÉRITO

Estes são os fundamentos do acórdão regional:

“O art. 13 do Edital nº 01/2003, que disciplina o Concurso Público para Provimento de Cargos do Quadro de Pessoal do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, dispõe que ‘Aos candidatos portadores de deficiência é assegurado o direito de inscrição para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadores, sendo-lhes reservado 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas no concurso, obedecidas as disposições do § 2º do art. 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, da Instrução Normativa TST nº 7, de 21 de março de 1996, e do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999’.

O § 2º do art. 5º da Lei nº 8.112/1990 estabelece que ‘As pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso’.

Já o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº 7.853/1989, e que disciplina, no âmbito da administração federal, o direito à reserva de vagas em concurso público para os deficientes, expressamente assegurou o direito à inscrição no certame, a reserva de no mínimo 5% das vagas e, para emprestar eficácia as disposições protetivas, a obrigatoriedade de garantia de pelos menos uma vaga quando da aplicação do percentual resultar número fracionado. Este o texto do dispositivo: ‘Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador. § 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida. § 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o

## JURISPRUDÊNCIA

parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente’.

Segundo o impetrante, em sendo abertas apenas duas vagas para a região Porto Alegre, o percentual de 5% previsto no Edital redundaria na fração de 0,1 vaga. Conclui: nenhuma vaga haveria para deficientes na região Porto Alegre.

Todavia, consoante já manifestado por ocasião do exame do pedido liminar, não é esta a melhor interpretação dos dispositivos legais em comento.

A garantia constitucional de reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadores de deficiência, art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, é manifestação do princípio maior de dignidade da pessoa humana e forma de se atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A limitação do percentual mínimo a 5% e a obrigatoriedade de garantia de pelos menos uma vaga quando da aplicação do percentual resultar número fracionado, são medidas práticas destinadas a alcançar o escopo constitucional.

A Administração deste Regional, visando dar efetividade ao princípio constitucional antes referido, estabeleceu regras para a nomeação dos servidores portadores de deficiência, consoante normativas expedidas no Expediente TRT 4ª MA 00960-2004-000-04-00-0, Item nº 07 (fls. 59/63), regras estas amparadas nas conclusões extraídas de reunião da Câmara Técnica do Ministério Público do Trabalho, realizada conjuntamente com os Ministérios Público Estadual e Federal (fls. 64/74), e que foram devidamente observadas e que, por encontrarem-se na conformidade das disposições constitucionais, não violaram direito líquido e certo do ora impetrante.

Neste sentido, inclusive, julgamento do Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde Relator o Desembargador Federal João Surreaux Chagas, Processo MS 200004010974556, publicado no DJU 14.03.2001, assim ementado: ‘ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE PERCENTUAL DE VAGAS PARA CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA – CRITÉRIO DE ARREDONDAMENTO – O critério a ser adotado pela Administração na destinação de um percentual de vagas a candidatos portadores de deficiência física não pode tornar ‘letra morta’ a regra protetiva do deficiente inscrita na Constituição Federal e na Lei nº 8.112/1990. Assim, se o edital do concurso público reserva 10% das vagas a candidatos portadores de deficiência, é razoável e justo que, num universo de 9 vagas, uma delas seja destinada a um candidato deficiente. Aplica-se ao caso a regra de arredondamento contida na Resolução nº 155/1996 do Conselho da Justiça Federal, que prevê que, na definição do número de vagas decorrente da aplicação do

## JURISPRUDÊNCIA

percentual destinado aos deficientes, se utilize o arredondamento para o número inteiro imediatamente inferior nas frações menores do que 0,5 (cinco décimos) e imediatamente superior, se as frações forem maiores ou iguais a 0,5 (cinco décimos). A regra do arredondamento está em sintonia com decisão do col. STF em questão análoga, referente ao quinto constitucional na composição dos Tribunais. Portanto, inexistente violação a direito líquido e certo do candidato não deficiente classificado em 9º lugar, que deixou de ser aproveitado em face da nomeação do candidato classificado na 1ª colocação dentre os deficientes. Segurança denegada’.

Importante citar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referida pela autoridade apontada coatora, e que sinaliza a lisura e legalidade do ato administrativo deste Regional: ‘ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA – ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido’. (Recurso Extraordinário nº 227.299-1, Minas Gerais, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, J. 14.06.2000, DJ 06.10.2000)

A vista do exposto, portanto, entende não violado direito líquido e certo do impetrante, pelo que denego a segurança vindicada.” (fls. 98/100 – grifos no original)

O recorrente afirma que foi preterido em sua nomeação. Aduz que impetrou o mandado de segurança para fazer valer o disposto no art. 5º da Lei nº 8.112/1990 e no Edital do Concurso de nº 01/2003. Argumenta que a nomeação da litisconsorte, aprovada em 24º lugar e nomeada na segunda vaga em razão de ser portadora de deficiência, afronta a lei. Aduz que o percentual de 5% previsto no edital redundaria na fração de 0,1 vaga, ou seja, não se teria esse número de vagas abertas para a cota de deficientes. Alega que se conferiu à candidata portadora de deficiência o percentual de cota no importe de 50%. Afirma que a Lei nº 8.112/1990, em seu art. 5º, § 2º, limita a reserva de vagas para candidatos portadores de deficiência ao percentual máximo de 20%. Aduz que o art. 2º da Resolução nº 155 do Conselho da Justiça Federal indica que, se a fração for inferior a 0,5, o arredondamento será feito para o número inteiro imediatamente inferior.

A Constituição da República, em seu art. 37, VIII, preceitua que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Por sua vez, a Lei nº 8.112/1990 estabelece o critério percentual para as vagas destinadas aos portadores de deficiência física, nos seguintes termos:

“Art. 5º

[...]

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.”

O limite mínimo foi estabelecido pelo Decreto nº 3.298/1999, que regulamentou a Lei nº 7.853/1989, destinada a regular a matéria. Em seu art. 37, está claramente expresso o seguinte preceito:

“Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.”

Assim sendo, como também previsto no edital do concurso, 5% das vagas deveriam ser destinadas aos deficientes físicos. Na hipótese, contudo, havia apenas duas vagas a serem preenchidas, o que, aritmeticamente, acarretou uma fração de 0,1 de vaga destinada ao portador de deficiência.

De fato, a fração é baixa e, por isso, em uma primeira análise, pode parecer incorreto destinar uma vaga inteira ao portador de deficiência, preterindo o direito do impetrante. Porém, o exame adequado do preceito constitucional e dos princípios que regem a Constituição leva à conclusão de que o deficiente físico tem direito à vaga.

A Constituição da República garante ao portador de deficiência física condições especiais de concorrência em certames públicos, tudo no intuito de estabelecer uma forma de inclusão desse grupo minoritário no serviço público. Assim, fornece-se medida positiva de igualdade em que se garante mecanismo compensatório. Trata-se, sem dúvida, de espécie de ação afirmativa encampada pelo Estado, trazendo situação de igualdade na desigualdade.

Ressalte-se que a Organização Internacional do Trabalho, por intermédio de sua Convenção nº 159, ratificada pelo Brasil, referente à reabilitação vocacional e emprego de deficientes físicos e mentais, estabeleceu que os Estados signatários deveriam implementar programas de inserção dos deficientes físicos e mentais no mercado de trabalho, enfatizando que a adoção dessas políticas não significaria discriminação em relação aos demais trabalhadores. É o que especifica seu art. 4º:

“Essa política se baseará no princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores inválidos e os trabalhadores em geral. Deverá ser respeitada a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadoras inválidas e trabalhadores inválidos. As medidas positivas especiais

encaminhadas a alcançar a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamentos entre os trabalhadores inválidos e os demais trabalhadores não deverão ser consideradas discriminatórias em relação a estes últimos.”

De qualquer maneira, por mais que haja esse embasamento normativo, ao impetrante a situação pode parecer injusta. Porém, o que é justiça? É evidente a complexidade da pergunta, mas alguns desdobramentos podem ser trabalhados.

Na obra *Force de Loi*, de Jacques Derrida, a justiça aparece como o impossível, mas que é necessária e urgente. Assim sendo, por mais que nunca seja alcançada, deve ser sempre buscada, e esse é o caminho do direito – ele deve buscar a justiça. Contudo, por mais que o direito vise a alcançar a justiça, jamais a logrará, simplesmente porque o direito, mesmo na sua generalidade, sempre exclui. Por mais inclusiva que seja uma lei, sempre excluirá determinado grupo de pessoas. Por isso, o direito é uma forma de violência, pois sempre excluirá alguém.

Todavia, o direito será mais justo quanto mais próximo estiver de englobar o outro – o que é excluído. Ele deve sempre se direcionar para ampliar as possibilidades de proteger o outro. A garantia de preservação da alteridade plena não é possível, mas é um vir-a-ser cuja busca deve ser constante pelo direito, um projeto que precisa ser cada vez mais realizado.

Assim sendo, no jogo entre o impossível da justiça e o intuito do direito de vir-a-ser justo, está a construção de um discurso fundamental para o constitucionalismo: como trabalhar a desigualdade sem ferir a igualdade?

As ações afirmativas são exemplos claros dessa problemática. São normas criadas para incluir alguns grupos minoritários, normalmente excluídos de certos aspectos da sociedade por algum fator (físico, psíquico, ético). Porém, na medida em que incluem esses grupos, excluem outros, possivelmente os que pertencem à maioria e que, via de regra, são incluídos na sociedade.

A pergunta que surge é: por que, então, a exclusão na hipótese dos autos, em que a fração destinada aos portadores de deficiência é tão baixa, que está preterindo a pretensão do impetrante? O raciocínio tem de ser o seguinte: o direito, como expressão da democracia, precisa preservar minorias. Isso mostra claramente que o direito, para ser democrático, não se direciona para a preservação da maioria; ao revés, é pleno de garantias contra-majoritárias, exatamente porque a minoria pode, um dia, tornar-se maioria. Essa é uma garantia de constante debate sobre o direito, fornecendo espaço a todos os cidadãos para exercer seus direitos e discutilos. Sem essa premissa, o direito pode vir a se confundir com a política e, ao invés de democrático, tornar-se expressão de ditadura da maioria.

Assumida essa premissa, no caso, tem-se regra que garante, como antes indicado nos preceitos mencionados, o direito dos deficientes físicos a critério favorável de ingresso no serviço público. Essa regra, embora discrimine grupos majoritários, tem o intuito de dar espaço ao outro – minoritário – no serviço público. E, nesse mecanismo, um critério deve ser adotado. No caso, os preceitos normativos indicam que, mesmo que seja fração, arredonda-se o valor para o número inteiro imediatamente superior.

## JURISPRUDÊNCIA

Por mais que se discorde do critério e não o considerem adequado, é uma regra a ser obedecida, sustentada pelo simples princípio de que, em se tratando de uma pessoa, não se pode proceder ao fracionamento.

Assim sendo, mesmo que a aritmética acarrete o resultado de 0,1 vaga para os deficientes físicos, há de arredondá-lo para uma vaga, conforme preceitua a lei.

A jurisprudência desta Casa tem entendimento semelhante:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PREENCHIMENTO DE CARGO REFERENTE A PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – O Decreto nº 3.298, de 20.12.1999, regulamentando a Lei nº 7.853/1989, veio disciplinar, na Administração Federal, a reserva de parte das vagas existentes em cargos e serviços públicos para as pessoas portadoras de deficiência, assegure-lhes um mínimo de 5% (cinco por cento) e explicitando, no art. 37, § 2º, que, no caso do percentual resultar em número fracionado este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente. No presente caso, o edital do concurso que prestou a impetrante, assegurava 5% (cinco por cento) das vagas aos portadores de deficiência, sem regular, entretanto, a situação dos resultados fracionados. Ocorre que, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, a fração, a teor do disposto no referido dispositivo legal, deve ser elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 01 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa. Ora, o art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal assegura aos portadores de deficiências, percentual de cargos e empregos públicos na Administração, sendo, dessa forma, o número total de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos. Assim sendo, como na presente hipótese existiam 9 (nove) vagas para o cargo de técnico judiciário para o qual concorreu a impetrante, 1 (uma) vaga deveria, de fato, ter sido reservada a ela (impetrante), sob pena de afronta ao dispositivo constitucional supra citado. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.” (ROMS 696.740/2000.5, Rel. Renato de Lacerda Paiva, Tribunal Pleno, DJ 16.09.2005)

O mesmo entendimento tem o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA – ART. 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE-227299/MG Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.10.2000)

## JURISPRUDÊNCIA

Assim sendo, observa-se que o caso não é hipótese de ocorrência de direito líquido e certo, restando incabível o Mandado de Segurança na hipótese.

Ante o exposto, nego provimento.

Isto posto,

Acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, negar provimento ao Recurso Ordinário. Vencidos os Exmos. Ministros Ives Gandra Martins Filho e João Batista Brito Pereira.

Brasília, 6 de abril de 2006. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

### **EC 45/2004. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

*EC 45/2004. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA HIERÁRQUICA DOS TRIBUNAIS PARA APRECIAR RECURSOS CONTRA SENTENÇAS PROFERIDAS NO ÂMBITO DAS RESPECTIVAS JURISDIÇÕES. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA OS RECURSOS ESPECIAL QUE NAQUELA CORTE AGUARDAVAM EXAME. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO DE OFÍCIO*

1. *Fixada a competência pela propositura da ação, ela só se desloca de órgão jurisdicional originariamente competente para o exame da causa se houver supressão do referido órgão, alteração de sua competência material ou de sua competência hierárquica (CPC, art. 87).*

2. *A competência em razão da matéria é sempre originária, porque determina, como ponto de partida, qual órgão jurisdicional que primeiro conhecerá da causa. De outra sorte, a competência recursal, atribuída aos Tribunais, é competência hierárquica, não afetada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.*

3. *Portanto, tendo a EC 45/2004 promovido alteração da competência em razão da matéria, apenas os processos que se encontram no primeiro grau da Justiça Comum, sem que ainda tenha sido proferida sentença, é que se deslocam para a Justiça do Trabalho, com a conseqüente remessa desses processos para as Varas do Trabalho no âmbito territorial de suas jurisdições.*

4. *A competência recursal dos Tribunais, por se tratar de competência hierárquica, não foi afetada pela EC 45/2004, de sorte que os processos na Justiça Comum (Estadual, do DF, ou Federal) nos quais já houve prolação de sentença, têm, nos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça, seus juízos naturais.*

## JURISPRUDÊNCIA

*5. Conflito de Competência que se suscita de ofício para determinar a remessa dos presentes autos ao Supremo Tribunal Federal.*

*(Processo nº TST-RR-166.888/2006-998-02-00 – Ac. 5ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-166.888/2006-998-02-00.2, em que é Recorrente CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA e Recorridos EUGÊNIO GUIDO E OUTRO.

Trata-se de feito originário do Superior Tribunal de Justiça onde tramitou como recurso especial, o qual o STJ houve por bem encaminhá-lo a esta Corte para prosseguimento, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 (de aplicação imediata), com a qual a Justiça do Trabalho teve sua competência material ampliada.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento à apelação interposta por Eugênio Guido e Outro – réus na ação cível –, mediante a qual pretendiam livrar-se do pagamento da contribuição sindical rural. O Tribunal, após afastar as preliminares de irregularidade de representação da autora e de ilegitimidade ativa, no mérito, limitou a multa moratória e atualização monetária aos percentuais previstos no art. 2º da Lei nº 8.022/1990, entendendo que referida lei, por ser posterior, revogou tacitamente a previsão contida no art. 600 da CLT (acórdão de fls. 18/25, complementado pelo de fls. 36/37).

A Confederação Nacional de Agricultura, autora da ação de cobrança de contribuição sindical rural, interpôs recurso especial pretendendo a aplicação do art. 600 da CLT, que aponta violado ao argumento, em síntese, que a Lei nº 8.022/1990 é impertinente à hipótese. Colaciona arestos para o confronto de teses.

Ao recurso especial foi denegado seguimento na origem mediante despacho de fls. 97/101 e contra o qual foi interposto agravo de instrumento, ao final provido em decisão de fls. 110 para exame do recurso especial.

Mediante decisão de fls. 116, o relator do recurso especial no STJ, Ministro Teori Albino Zavaski, determinou a remessa daquele recurso para esta Corte, considerando o deslocamento da competência da Justiça do Trabalho por força da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Dessa decisão, interpôs agravo a Confederação Nacional de Agricultura (fls. 118/122), ao qual foi negado provimento pela Primeira Turma daquela Corte em acórdão de fls. 124/126, publicado em 01.08.2005 (certidão de fls. 129) tendo transcorrido, sem qualquer manifestação das partes, o prazo recursal (certidão de fls. 130).

Foram então recebidos os presentes autos nesta Corte em 27.09.2005 (fls. 131), registrados e autuados como recurso de revista vieram-me conclusos, como relator, por força da distribuição do dia 31.03.2006.

Verifico que não foram oferecidas contra-razões ao recurso especial.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

VOTO

I PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO PARA EXAME DE RECURSOS ESPECIAIS REMETIDOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO DE OFÍCIO

Suscito a presente preliminar por entender que o Tribunal Superior do Trabalho não tem competência para o exame dos recursos especiais interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça e remetidos para esta Corte por força da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Conforme relatado, trata-se de feito originário do Superior Tribunal de Justiça onde tramitou como recurso especial, o qual o STJ houve por bem encaminhá-lo a esta Corte para prosseguimento, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 (de aplicação imediata), com a qual a Justiça do Trabalho teve sua competência material ampliada.

Ao afirmar faltar a esta Corte competência para o exame de recursos especiais que aqui chegam por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, refiro-me à ausência de competência hierárquica, esta sem qualquer alteração pela referida emenda constitucional, de sorte que os recursos especiais devem permanecer no STJ até trânsito em julgado, conforme passo a demonstrar.

“Competência”, a par do clássico enunciado de João Mendes definindo-a como “medida de jurisdição”<sup>1</sup>, constitui critério de organização judiciária, ou, nas palavras de José Augusto Rodrigues Pinto “é a própria Jurisdição organizada para alcançar a eficiência de seu exercício”<sup>2</sup>.

O legislador processual civil, nessa linha, remete a atribuição da competência funcional dos Tribunais a normas de organização judiciária:

“Art. 93. Regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e de ‘organização judiciária’. A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste Código.”

E, efetivamente, trata a competência de critério de organização judiciária por se dividir em classificação orientada para a atividade dos órgãos jurisdicionais, sendo tranqüila sua divisão em quatro categorias:

- a) competência em razão da matéria (ou material);
- b) competência hierárquica (ou funcional);

---

1 *Direito judiciário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTr, apud PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. 7. ed.)

2 PINTO, José Augusto Rodrigues. Ob. cit.

- c) competência territorial;
- d) competência em razão da pessoa.

Para o fim a que ora se destina o exame dessa classificação – justificar o conflito de competência que se suscita – interessa, mais de perto, as competências em razão da matéria e a hierárquica.

É indene de dúvida que a Emenda Constitucional nº 45/2004 promoveu, no âmbito da Justiça do Trabalho, ampliação da competência em razão da matéria.

Todavia, a competência do Tribunal Superior do Trabalho para o exame de recursos de revista interpostos contra acórdão proferidos pelos Tribunais Regionais em sede de dissídios individuais insere-se na competência hierárquica, inscrita no art. 896 da CLT, intocada pela denominada Reforma do Judiciário promovida pela referida emenda. Da mesma maneira, permaneceu o STJ com a competência para o exame dos recursos especiais interpostos contra acórdãos proferidos no âmbito dos dissídios que tramitavam nos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais.

Efetivamente, a competência recursal dos Tribunais é espécie de competência hierárquica.

Assim discorre Humberto Theodoro Júnior<sup>3</sup> a respeito do tema:

### “§ 28. Competência Funcional

#### Conceito.

Refere-se a competência funcional à repartição das atividades jurisdicionais entre os diversos órgãos que devam atuar dentro de um mesmo processo.

Uma vez estabelecido o juízo competente para processamento e julgamento de uma determinada causa, surge o problema de fixar quais serão os órgãos jurisdicionais que haverão de funcionar nas diversas fases do respectivo procedimento, visto que nem sempre um só órgão terá condições de esgotar a prestação jurisdicional. Basta lembrar [...] a fase recursal, que normalmente desloca a competência de um órgão inferior para outro superior.”

O autor, prosseguindo em suas lições, classifica a competência funcional segundo as *fases do procedimento*, pelo *objeto do juízo* e pelo *grau de jurisdição*, assinalando como espécie deste último a *competência recursal*.

A doutrina não diverge a respeito do assunto, designando a competência recursal como espécie da competência hierárquica:

“A competência funcional, como a própria denominação indica, implica na atribuição de competência para o exercício de determinadas ‘funções’ entre vários juízos, na mesma relação processual. Isto significa

---

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria do direito processual civil e processo de conhecimento*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1997. p. 167.

que, no mesmo processo, funcionam diversos juízos ‘sucessivamente’ e não simultaneamente. Essa atuação dá-se em fases distintas da relação processual sujeita ao mesmo grau de jurisdição ou em fases distintas do processo perante juízos com graus de jurisdição diversos. [...] A segunda hipótese de competência funcional pelas fases do processo perante juízos de grau de jurisdição diversos é exemplificada através da figura dos recursos.

Em face da adoção pelo nosso sistema da regra do ‘duplo grau de jurisdição’ e da colegialidade dos órgãos componentes da instância *ad quem*, a ação processa-se em primeiro grau de jurisdição, cabendo aos tribunais a função de reexame do decidido através dos meios impugnação cujos protótipos são os recursos. Assim, a distribuição de tarefas entre juízes e tribunais compõe a denominação ‘competência hierárquica ou funcional’ ou, ainda, ‘competência funcional hierárquica’. A competência funcional hierárquica pressupõe que o tribunal tenha competência territorial e material para aquela causa.”<sup>4</sup>

Tanto a competência em razão da matéria como a competência hierárquica são competências absolutas e improrrogáveis, razão pela qual são suscitadas de ofício, consoante é possível se concluir da dicção dos arts. 102, 111, 112, 113, todos do CPC.

Como harmonizar a competência em razão da matéria e a competência hierárquica na presente hipótese, considerando-se que a “competência funcional hierárquica pressupõe a material”?

A competência em razão da matéria é sempre originária, porque determina, como ponto de partida, qual órgão jurisdicional que primeiro conhecerá da causa. A partir de então, para os juízos *ad quem*, superada a questão da competência originária, de índole material, importa fixar os demais juízos, que pelas atribuições que também são chamados a desenvolver no processo, têm competência de natureza funcional. Da doutrina de Humberto Theodoro Júnior é possível extrair essa conclusão:

“Competência em razão da matéria.

Em nosso sistema judiciário, a matéria em litígio (isto é, a natureza do direito material controvertido) pode servir, *inicialmente*, para determinar a competência civil na esfera constitucional, atribuindo à causa ou à Justiça Federal ou à Justiça local.

*Passada esta fase*, a procura do órgão judicante competente será feita à base do critério territorial. Mas, dentro do foro, é ainda possível a subdivisão do mesmo entre varas especializadas (por exemplo: varas de família, de falência, de acidentes de trânsito, etc.).

Estaremos, portanto, em semelhante situação, diante da competência de juízes *rationae materiae*. Mas, como destaca o Código de Processo Civil,

---

4 FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 100.

## JURISPRUDÊNCIA

no art. 91, esse problema é afeto à Organização Judiciária local, ‘ressalvados os casos expressos neste Código’”<sup>5</sup> (destaquei)

Ou seja, ultrapassada a questão de se determinar a que órgão jurisdicional compete conhecer da matéria, ganha relevância a competência hierárquica, determinando-se quais os juízos, ou Tribunais (em se tratando de competência recursal), que podem exercer jurisdição naquele determinado processo. Corroborava esse entendimento a doutrina de Arruda Alvin, *verbis*:

“Determina-se a competência recursal, avultando de importância o critério da hierarquia, tendo-se em vista a função atribuída ao órgão (competência hierárquica, acima dos juízos de primeiro grau de jurisdição, com a função de rever, por via recursal, as decisões dos mesmos). Quer dizer, já não se considera mais, em primeira linha, outros elementos: território, a matéria, o valor da causa. Leva-se em conta predominantemente a função do órgão de segundo grau.”<sup>6</sup>

Do exposto pode-se depreender que, ao se cogitar de competência recursal tem-se necessariamente que o juízo da origem, designado pela competência material, cumpriu e esgotou sua jurisdição (CPC, art. 463), fixando-se, para o juízo *ad quem*, competência funcional, também absoluta, e que tem na competência material apenas pressuposto de validade para então se desincumbir de sua atribuição hierárquica. Mas se esgotada, como se disse, a competência material pelo juízo de origem, a alteração dessa competência por lei posterior não atinge o processo em que foi proferida a sentença, porque, no juízo *ad quem*, cuida-se então de competência funcional. Apenas a título de comparação equivaleria a lei posterior atingir ato jurídico perfeito. Então, se a sentença foi proferida por juiz materialmente competente, os juízos recursais não poderão ser outros, porque também estes são automaticamente definidos quando fixada a competência material, de sorte que a competência funcional, por ser absoluta, não pode admitir que havendo sentença proferida no juízo cível, venha ela a ser modificada por Tribunal Regional do Trabalho, porque não há competência funcional deste para, em sede recursal, reformar sentença proferida por aquele.

Não se concebe, por isso, que o Tribunal Regional do Trabalho examine um recurso de apelação (mesmo autuando-o como recurso ordinário), ou o Tribunal Superior do Trabalho um recurso especial (autuado como Recurso de Revista), sem aplicar as disposições legais do recurso originário (processo comum).

Bem por isso, também, o STF já assentou *verbis*:

“As disposições concernentes à jurisdição e competência se aplicam de imediato, mas, se já houver sentença relativa ao mérito, a causa prossegue

---

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 166.

6 ALVIN, Arruda. *Manual de direito processual civil*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2003. p. 314.

na jurisdição em que ela foi prolatada, salvo se suprimido o Tribunal que deverá julgar o recurso.” (STF, *Habeas Corpus* nº 76.380-9, Rel. Min. Moreira Alves, in DJ de 05.06.1998)

Dos fundamentos do voto do eminente Ministro Moreira Alves, relator do acórdão no *Habeas Corpus* nº 76.380-9, destaca-se, ainda, a referência a Carlos Maximiliano<sup>7</sup>, em que o renomado afirma que “o *veredictum* firma o direito do Autor no sentido de prosseguir perante a Justiça que tomara, de início, conhecimento da causa”.

Eis a lição de Chiovenda:

“Compreende-se, sobretudo no estudo da competência o exame dos critérios pelos quais é determinada.

[...]

O critério funcional extrai-se da natureza especial e das exigências especiais das funções que se chama o magistrado a exercer num processo. Tais funções podem repartir-se entre diversos órgãos na mesma causa (assim, há juízes de primeiro grau e segundo grau, juízes da cognição, juízes da execução).

[...]

c) São absolutos e improrrogáveis os limites deduzidos do critério funcional. Não se pode omitir um grau de jurisdição e dirigir-se imediatamente ao juiz de apelação. [...] a violação de normas sobre a competência funcional acarreta, em alguns casos, como consequência, a ineficácia absoluta do ato jurisdicional. É o que acontece quando o ato é realizado sem respeitar os limites assinalados conjuntamente pela hierarquia e pelo território. *Uma vez determinado o juiz de primeiro grau, têm-se determinados, necessariamente, os juízes superiores que poderão ocupar-se da causa. Se se apela de uma sentença do pretor para a Corte de Apelação, falta a esta jurisdição na causa, porque lhe falece aquela relação hierárquica imediata [...].*”<sup>8</sup> (destaquei)

Diante do exposto é possível extrair o adequado alcance da norma contida no art. 87 do CPC, que assim dispõe:

“Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”

---

7 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1946.

8 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Campinas: Bookseller, v. 2, 1998. p. 184 e 189.

Se determinado juízo exerce competência hierárquica recursal e sobrevém norma que altera a competência material, o processo não é afetado, devendo o recurso ser dirigido e examinado pelo juízo que já o era competente para examinar o recurso antes da vigência da norma alteradora. Somente por lei específica, que alterasse a competência recursal, poderia se cogitar de deslocamento dos recursos. Cuida-se, repita-se, de competências – material e hierárquica – absolutas de tal forma que, para serem harmonizadas, devem ser isoladamente consideradas, ainda que a segunda tenha a primeira por pressuposto.

Portanto, tendo a EC 45/2004 promovido alteração da competência em razão da matéria, apenas os processos que se encontram no primeiro grau da Justiça Comum, sem que ainda tenha sido proferida sentença, é que se deslocam para a Justiça do Trabalho, com a conseqüente remessa desses processos para as Varas do Trabalho no âmbito territorial de suas jurisdições.

A competência recursal dos Tribunais, por se tratar de competência hierárquica, não foi afetada pela EC 45/2004, de sorte que os processos na Justiça Comum (Estadual, do DF, ou Federal) nos quais já houve prolação de sentença, têm, nos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça, seus juízos naturais.

A tese ora apresentada, ainda que por fundamentos distintos, harmoniza-se com decisão do Supremo Tribunal Federal que, no exame do CC-7204/MG, após fixar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar dissídios com pedido de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de acidente de trabalho, a partir da EC 45/2004, considerou que os processos em trâmite na Justiça Comum nos quais já houve exame de mérito, lá permanecerão até trânsito em julgado e execução, assinalando que “A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação”. Assim encontram-se sintetizados na ementa os fundamentos do Excelso Pretório no julgamento do conflito de competência acima referido, *verbis*:

“ CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ART. 114 DA MAGNA CARTA – REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 – EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS – IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA

1. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda

## JURISPRUDÊNCIA

que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros.

2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/2004. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço.

4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/2004, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito nº 687, Sessão Plenária de 25.08.1999, ocasião em que foi cancelada a Súmula nº 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete.

7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.”

(Conflito de Competência CC 7204/MG – Minas Gerais, ac. Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Britto, DJ 09.12.2005, Suscitante: Tribunal Superior do Trabalho, Suscitado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais)

Ante o exposto, declaro a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para examinar o presente recurso e, assim, suscito, de ofício, o conflito negativo de

## JURISPRUDÊNCIA

competência, devendo os autos serem remetidos ao eg. Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 102, I, o, da Constituição da República.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em acolher de ofício a preliminar suscitada pela Quinta Turma para declarar a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para o exame do presente recurso e suscitar, de ofício, o conflito negativo de competência, devendo os autos serem remetidos ao eg. Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 102, I, o, da Constituição da República.

Brasília, 26 de abril de 2006. *João Batista Brito Pereira*, relator.

### ESTABILIDADE. AUTONOMIA SINDICAL

*AUTONOMIA SINDICAL. ESTABILIDADE. EMPREGADOS BENEFICIÁRIOS. LIMITAÇÃO DO ART. 522 DA CLT. INOBSERVÂNCIA. ABUSO DE DIREITO. Se é certo que a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da ampla liberdade sindical (art. 8º, I), objetivou afastar o Estado de toda e qualquer interferência na criação de sindicato, na sua estruturação, em seu funcionamento, na eleição de seus membros, etc., não menos certo que o exercício desse direito deve se dar nos exatos limites do regramento constitucional, desejado e expressamente acolhido pelo constituinte de 1988 e pela legislação ordinária. O reclamante foi eleito para compor um dos vinte e sete cargos do Conselho de Diretores Regionais do Sindicato, cuja administração totaliza 50 membros. Nesse contexto, creio existir nítido e inconfundível abuso do direito, por não ser juridicamente razoável que o exercício da liberdade sindical possa, de forma unilateral e irrestrita, impor ônus, encargo de tão significativa relevância na esfera jurídica do empregador, quando não há respaldo no texto constitucional e muito menos na legislação ordinária. Impõe-se a fiel observância do preconizado pelo art. 522 da CLT, salvo critério ou parâmetro decorrente de expressa negociação ou lei posterior que venha a disciplinar diferentemente a questão, sob pena de abuso de direito a ser repellido pelo Judiciário. Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte, sedimentada na Súmula nº 369, II, que dispõe: “O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. (ex-OJ 266 – inserida em 37.09.2002)”. Recurso de embargos não conhecido.*

*(Processo nº TST-E-ED-RR-614.055/99 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-614.055/99.1, em que é

## JURISPRUDÊNCIA

Embargante JOSÉ MARIA DE JESUS CÂNDIDO e são Embargados BANCO BANORTE S.A. (em liquidação extrajudicial) e BANCO BANDEIRANTES S.A.

Adoto o relatório da douta relatora originária, *in verbis*:

“A col. 5ª Turma (Rel. Exmo. Gelson de Azevedo), em acórdão de fls. 382/388, não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante, aplicando o teor da Orientação Jurisprudencial nº 266 da col. SBDI-1 (hoje a Súmula nº 369, III).

Opostos Embargos de Declaração pelo autor (fls. 391/394), foram acolhidos, para prestar esclarecimentos, nos moldes do acórdão de fls. 402/406.

O reclamante interpõe embargos à col. SBDI-1 (fls. 409/416). Aduz, preliminarmente, nulidade por negativa de prestação jurisdicional, indicando contrariedade aos arts. 832 e 896 da CLT; 5º, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição da República. Afirma que requereu à col. Turma que se manifestasse sobre o critério utilizado para que ele, dentre os cinquenta dirigentes sindicais eleitos, não teria a estabilidade prevista nos arts. 543 da CLT e 8º, VIII, da Constituição Federal, sem, todavia, obter nenhuma resposta. Alega que a discussão sobre o número de dirigentes não estava em discussão. Afirma que a ausência de manifestação do TRT sobre a matéria acarretou o não-conhecimento do recurso de revista do reclamante. Requer o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que aprecie os embargos declaratórios neste ponto específico. No mérito, sustenta que o acórdão embargado viola o disposto nos arts. 8º, VIII, da Constituição Federal e 896 da CLT. Aduz que o reclamante foi eleito dirigente sindical, de forma que está protegido pelo art. 8º, VIII, da Constituição da República. Sustenta que a estabilidade não atinge apenas ao dirigente sindical, mas também aos trabalhadores em exercício de representação sindical. Aponta, no mais, violação aos arts. 1º, III; 5º, §§ 2º e 3º da Constituição da República, à Convenção nº 98, expressa no Decreto Legislativo nº 49/1952 e promulgado no Decreto nº 33.196/1953, e à Convenção nº 135 da OIT. Argumenta que as Convenções nºs 98 e 135 conferem garantias contra todo e qualquer ato atentatório à liberdade sindical.

Impugnação do Banco Banorte S.A. (em liquidação extrajudicial), às fls. 421.

Os autos não foram enviados ao d. Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. É o relatório.”

## VOTO

Regularmente interpostos, os embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I – CONHECIMENTO

*1.1 Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional*

Nas razões de fls. 409/416, o reclamante arguiu a nulidade do v. acórdão do Regional por negativa de prestação jurisdicional, sob o argumento de que, mesmo provocado por sucessivos embargos de declaração, não se manifesta sobre o critério utilizado para se concluir que ele, dentre os cinquenta dirigentes sindicais eleitos, não tem a estabilidade prevista nos arts. 543 da CLT, e 8º, VIII, da Constituição Federal. Alega que o número de dirigentes não foi objeto de discussão e que a falta de manifestação do TRT sobre a matéria acarretou o não-conhecimento do seu recurso de revista. Requer o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que aprecie seus declaratórios. Indica violação dos arts. 832 da CLT e 5º, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

Sem razão.

Ao apreciar os embargos de declaração, a col. Turma consigna que:

“Esta Quinta Turma, no que concerne à arguição de nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional, registrou no acórdão de fls. 382/388, o seguinte teor:

1.1 NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL

A Vara do Trabalho de origem, mediante a decisão de fls. 246/255, julgou procedente, em parte, a ação, para condenar o Banco Bandeirantes S/A a reintegrar o reclamante no emprego, mantendo íntegro o contrato de trabalho até 16.07.2000, tendo em vista a sucessão trabalhista do Banco Banorte pelo Banco Bandeirantes, com pagamento dos salários e das demais vantagens decorrentes do vínculo de emprego, observando-se a contagem do tempo de serviço prestado ao Banorte para fins de anuênio, gratificações de função e promoções.

A Corte Regional, pelo acórdão de fls. 290/296, reformou a decisão de origem, consignando, em ementa, o seguinte entendimento:

ESTABILIDADE SINDICAL – ABUSO DE DIREITO – A existência de excessivo número de dirigentes sindicais, constitui abuso de direito, principalmente quando a denominação do cargo exercido, em ‘Conselho de Diretores Regionais’, é imprecisa, onde o autor o compõe com outros dezenove empregados, pouco esclarecida a atividade, pelo que, deve o Poder Judiciário colocar o limite a essa situação, sob pena de se chegar a um ponto de existir um número indefinido de dirigentes no sindicato, todos detentores de estabilidade provisória (fls. 290).

Nas razões dos primeiros embargos de declaração (fls. 124/127), o reclamante requereu o pronunciamento da Corte Regional sobre a derrogação

## JURISPRUDÊNCIA

do art. 522 da CLT em face da disposição contida no art. 8º, I, da Constituição Federal; sobre o critério adotado para se interpretar como excessivo o número de dirigentes de uma entidade sindical; e sobre a previsão contida no art. 8º, *caput*, e inc. VIII, da Constituição Federal.

A Corte Regional, na análise dos primeiros embargos de declaração, consignou que o reclamante pretendia o reexame da matéria, já devidamente analisada no acórdão proferido em recurso ordinário (fls. 305/308). O reclamante, quando da oposição de novos embargos de declaração (fls. 310/312), renovou a argumentação de que a Corte Regional não se havia manifestado acerca do critério adotado para interpretar como excessivo o número de dirigentes de uma entidade sindical.

A Corte Regional, na análise dos novos embargos de declaração, reafirmou que todas as questões trazidas pelo reclamante foram devidamente apreciadas, 'conforme deflui dos fundamentos do v. acórdão de fls. 305/308, com destaque para a questão do excesso de dirigentes sindicais, como, aliás, consta dos fundamentos do julgamento dos embargos de declaração anteriormente interpostos pelo reclamante' (fls. 317).

O reclamante opôs novos embargos de declaração a fls. 320/322, requerendo manifestação da Corte Regional a respeito dos seguintes questionamentos: inexistência de discordância do reclamado no momento de comunicação de sua eleição; e critério utilizado para o entendimento de que 50 (cinquenta) diretores é um número excessivo para representar quase 20.000 (vinte mil) outros trabalhadores lotados na base territorial da entidade sindical.

A Corte Regional, na análise dos embargos de declaração, consignou que 'o embargante, pela terceira vez, retorna a juízo, pretendendo o reexame dos fatos da causa' (fls. 325).

Nas razões de recurso de revista, o reclamante suscita a nulidade do acórdão regional, por negativa de prestação jurisdicional, arguindo ofensa aos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 131, 515 e 535 do CPC, apontando contrariedade ao Enunciado nº 278 desta Corte e transcrevendo arestos. Argumenta que, mesmo após a oposição de embargos de declaração, a Corte Regional não se manifestou sobre os seguintes questionamentos:

a) derrogação do art. 522 da CLT em face da disposição contida no art. 8º, I, da Constituição Federal;

b) critério utilizado para o entendimento de que 50 (cinquenta) diretores é um número excessivo para representar quase 18.000 (dezoito mil) outros trabalhadores lotados na base territorial da entidade sindical;

c) inexistência de impugnação dos Reclamados quanto ao exercício do mandato sindical;

d) inobservância dos princípios da isonomia e da legalidade com a manutenção da decisão regional; e

## JURISPRUDÊNCIA

e) previsão contida no art. 8º, *caput*, e inc. VIII, da Constituição Federal.

Sem razão.

Registre-se, de início, que, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 desta Corte, admite-se o conhecimento do recurso, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, somente por violação dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição Federal.

Assim, inviável a análise dos arts. 131, 515 e 535 do CPC tidos por violados, da contrariedade ao Enunciado nº 278 desta Corte e dos arestos colacionados.

No tocante à alegação constante da alínea *a*, registre-se o entendimento da Corte Regional, na análise do recurso ordinário, de que 'não se discutirá aqui se o dispositivo consolidado foi ou não revogado pela Carta Constitucional de 1988, pois o que interessa são os parâmetros para que o juiz possa verificar se houve ou não abuso de direito' (fls. 294).

Quanto à alegação constante da alínea *b*, cabe ressaltar que a Corte Regional considerou excessivo o número de dirigentes sindicais, em face da previsão constante do art. 522 da CLT – em que se dispõe que a diretoria dos sindicatos será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de sete e, no mínimo, de três membros. Ademais, registrou aquela Corte o seguinte entendimento:

Não obstante, 'a existência de excessivo número de dirigentes sindicais, extrapolando um limite razoável, constitui abuso de direito, principalmente quando a denominação do cargo excessivo é impreciso (em Conselho de Diretores Regionais)', onde o autor compõe com outros vinte e seis empregados, pouco esclarecida a atividade, pelo que, deve o Poder Judiciário colocar limite a essa situação, sob pena de se chegar a um ponto de existir um número indefinido de figurantes no sindicato, todos detentores de estabilidade provisória.

O documento de fls. 22 esclarece que o Sindicato tem dezenas de membros, distribuídos em Diretoria Administrativa (13), Conselho Fiscal (6), Conselho de Representantes e Entidades de Grau Superior (4) e Conselho de Diretores Regionais (27), totalizando 50 membros (fls. 294).

Em relação ao questionamento da alínea *c* – inexistência de impugnação dos reclamados quanto ao exercício do mandato sindical – constata-se ser inovatório, haja vista que somente foi apresentado quando da oposição dos terceiros embargos de declaração, o que o torna precluso. Incidência do Enunciado nº 297/TST.

A alegação constante da alínea *d* é inovatória, uma vez que somente foi suscitada nas razões de recurso de revista.

Por fim, no tocante à alegação da alínea *e*, consignou a Corte Regional:

## JURISPRUDÊNCIA

O reclamante seria detentor de estabilidade sindical (fls. 22/250), por força da Constituição da República (art. 8º, VIII), e da própria CLT (art. 543, § 3º), cujo término do mandato se daria em 16.07.1999 (fls. 294).

Assim, verifica-se que a Corte de origem não afastou a liberdade de associação sindical nem a condição do reclamante de detentor de estabilidade sindical – com a vedação constante do art. 8º, VIII, da Constituição Federal –; apenas aplicou à hipótese a disposição contida no art. 522 da CLT, por considerar excessivo o número de dirigentes sindicais.

Dessa forma, constatada a prestação jurisdicional completa, não há falar em ofensa aos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

Não conheço do recurso (fls. 383/386) (grifo nosso).

Sustenta o embargante a existência de omissão nesse acórdão, tendo em vista que, desde a publicação da decisão regional, opôs sucessivos embargos de declaração, pugnando resposta a determinado questionamento sem que a obtivesse, qual seja: Por que somente ele dentre os cinquenta dirigentes sindicais não estaria protegido pela estabilidade sindical, tendo em vista o entendimento expandido no acórdão regional a respeito da existência de abuso de direito na eleição pelo sindicato de número excessivo de dirigentes? Alega que a ausência de pronunciamento a respeito desse questionamento determina a nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional, circunstância não analisada no acórdão ora embargado.

Com efeito, nos três embargos de declaração opostos à decisão regional (fls. 300, 311 e 321) realizou-se o mencionado questionamento sem que a Corte Regional sobre ele houvesse emitido pronunciamento específico. Todavia, tal silêncio, por certo, não teve o condão de determinar a nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, haja vista não estar o julgador obrigado a responder questionamento da parte, não sendo cabíveis embargos de declaração para sanar dúvida (CPC, art. 535). Fundamentada a decisão regional, no tocante aos critérios para se considerar excessivo o número de dirigentes sindicais eleitos e, pois, explicitados os motivos reveladores do convencimento do julgador a respeito da inexistência do direito à estabilidade sindical, como ocorreu no caso concreto, não cabe falar em negativa de prestação jurisdicional.

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração, para prestar os esclarecimentos acima expendidos. (fls. 402/406)”

Consoante registra a eg. Turma, o Regional é categórico ao consignar que: “Não obstante, a existência de excessivo número de dirigentes sindicais, extrapolando um limite razoável, constitui abuso de direito, ‘principalmente quando a denominação do cargo excessivo é impreciso (em Conselho de Diretores Regionais), onde o autor compõe com outros vinte e seis empregados’, pouco esclarecida a atividade, pelo que deve o Poder Judiciário colocar limite a essa

situação, sob pena de se chegar a um ponto de existir um número indefinido de figurantes no sindicato, todos detentores de estabilidade provisória. O documento de fls. 22 esclarece que o Sindicato tem dezenas de membros, distribuídos em ‘Diretoria Administrativa (13)’, Conselho Fiscal (6), Conselho de Representantes e Entidades de Grau Superior (4) e ‘Conselho de Diretores Regionais (27)’, totalizando 50 membros (fls. 294)” (fls. 385/386).

Nesse contexto, em que o Regional deixa claro que a Diretoria Administrativa do Sindicato era composta por 13 membros, e que o reclamante era integrante do Conselho de Diretores Regionais, juntamente com outros 26 integrantes, por certo que está enfrentado o tema, de forma que se o reclamante pretendia demonstrar que, dentre os 13 ou os 26 diretores, estava entre os sete aos quais é garantida estabilidade, que fundamentasse seus embargos de declaração nesse sentido, e não de forma genérica, como o fez.

Intactos, pois, os arts. 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

Não conheço.

### *1.2 Estabilidade provisória – Número de dirigentes sindicais*

A eg. Quinta Turma, pelo v. acórdão de fls. 382/388, complementado a fls. 402/406, não conheceu do recurso de revista do reclamante, sob o fundamento de que, muito embora a Constituição Federal tenha dado ampla liberdade aos sindicatos, quanto à sua constituição, a estabilidade sindical restringe-se ao número de representantes previsto no art. 522 da CLT.

Efetivamente:

“Registre-se, de início, que os arts. 8º, I e VIII, da Constituição Federal de 1988, e 523 e 543, § 3º, da CLT não se trata especificamente da limitação do número de membros na administração sindical, por isso intactos.

Ademais, acerca da presente questão, esta Corte, por meio de seus órgãos julgadores, consubstanciou entendimento no sentido de que a discricionariedade sindical no estabelecimento de elevado número de membros dirigentes – com o intuito de assegurar estabilidade – não condiz com o espírito normativo constitucional, tanto que editou a Orientação Jurisprudencial nº 266 da SBDI-1, do seguinte teor:

‘ESTABILIDADE. DIRIGENTE SINDICAL. LIMITAÇÃO ART. 522 DA CLT. O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.’

Assim, estando a decisão regional em consonância com orientação jurisprudencial desta Corte, inviável a análise de divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT.” (fls. 387/388)

Nas razões de fls. 409/416, o reclamante alega violação do art. 896 da CLT. Sustenta que é fato incontroverso que é dirigente sindical, pelo que está protegido pelo art. 8º, VIII, da Constituição Federal, que veda a dispensa do empregado eleito para representação sindical. Diz que o art. 8º da Constituição Federal assegura

## JURISPRUDÊNCIA

ampla liberdade de organização dos sindicatos. Aponta, ainda, violação das Convenções nºs 98 e 135 (arts. 1º e 2º) da OIT, arts. 1º, III, c/c o 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Sem razão.

A estabilidade do dirigente sindical está disciplinada pela Constituição Federal, em seu art. 8º, VIII, e pela CLT, em seu art. 543, abaixo transcritos:

“Constituição Federal. Art. 8º [...]”

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

“CLT – Art. 543. O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais.

[...]”

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

§ 4º Considera-se cargo de direção ou de representação sindical aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei.”

Nesse contexto, a pretensão de ver reconhecido o direito à estabilidade para membro de Conselho de Diretores Regionais do Sindicato, considerando-se que sua Diretoria Administrativa já tem 13 integrantes, não merece acolhida.

E isso porque, se é certo que a Constituição, ao consagrar o princípio da ampla liberdade sindical (art. 8º, I), objetivou afastar o Estado de toda e qualquer interferência na criação de sindicato, na sua estruturação, em seu funcionamento, na eleição de seus membros, etc., não menos certo que o exercício desse direito deve se dar nos exatos limites do regramento constitucional, desejado e expressamente acolhido pelo constituinte de 1988 e pela legislação ordinária.

Ora, o reclamante foi eleito para compor um dos vinte e sete cargos do Conselho de diretores regionais do sindicato, cuja administração totaliza 50 membros.

Por isso mesmo, sua pretensão à estabilidade não pode merecer agasalho do Judiciário, porque frontalmente discrepante do que preconiza o art. 522 da CLT, que foi recepcionado pela nova Constituição Federal (Súmula nº 369, II, do TST), não sendo, pois, juridicamente razoável a concessão de estabilidade a tantos diretores, quando atinge a relação de emprego e impõe à empresa inaceitável restrição ao seu poder potestativo de resilir o contrato de trabalho.

Longe, portanto, de criticar a ampla e salutar liberdade outorgada aos sindicatos para deliberar sobre a criação de seus órgãos internos, deve-se aplaudir. Mas não há, repita-se, razoabilidade em admitir-se seu exercício de forma tão irrestrita que atinja a esfera jurídica da empresa, impondo-lhe encargo, ônus que não encontra ressonância e respaldo no texto constitucional e muito menos na legislação ordinária.

Reconhece-se à entidade sindical a liberdade para dispor sobre sua constituição, estruturação, número de seus diretores, etc., segundo seu exclusivo interesse e de seus associados.

Para efeito de estabilidade, porém, e, portanto, com reflexo no poder potestativo do empregador, de extinguir os respectivos contratos de trabalho, impõe-se a fiel observância do estabelecido pelo art. 522 da CLT, vedada a utilização de qualquer outro parâmetro ou critério, salvo decorrente de lei ou de expressa negociação, sob pena de rematado abuso de direito a ser repudiado pelo Judiciário.

Com estes fundamentos, não conheço do recurso de embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, I – por maioria, não conhecer dos embargos quanto a “preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional”, vencidos os Exmos. Ministros Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, relatora, José Luciano de Castilho Pereira e Lelio Bentes Corrêa; II – por unanimidade, não conhecer também dos embargos no tocante ao tema “estabilidade sindical – limite de abrangência – art. 522, da CLT – art. 8º, VIII, da Constituição da República”.

Brasília, 10 de abril de 2006. *Milton de Moura França*, redator designado.

### **ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA**

*ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. ART. 10, INCISO II, ALÍNEA B, DO ADCT. O objetivo social da norma constitucional é proteger a gestante contra a dispensa obstativa ao exercício das prerrogativas inerentes à maternidade. A norma também resguarda a indispensável atenção ao recém-nascido, tanto que prorrogou a estabilidade até 5 meses após o parto. A concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral e, assim, independente da inexistência de ato ilícito perpetrado pelo empregador, que não tinha conhecimento do estado gravido, à época da dispensa, já havia o direito à estabilidade, porque ocorrido o fato gerador, a concepção, ante a responsabilidade objetiva, consoante se infere do item I da Súmula nº 244 do TST. A gravidez preexistiu à dispensa. Apesar de não ter sido requerida a reintegração, mas somente a indenização equivalente ao período*

## JURISPRUDÊNCIA

*estabilitário, deve-se levar em consideração que a ação foi ajuizada ainda durante o período estabilitário, pelo que diante da responsabilidade objetiva não se pode deixar de reconhecer o direito à indenização relativa à estabilidade. Recurso de Revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-949/1999-044-02-00 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-949/1999-044-02-00.7, em que é Recorrente KATIANE DE SOUSA CRUZ e Recorrida IMBRIZI MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA LTDA.

O TRT da 2ª Região, pelo acórdão de fls. 104-105, negou provimento ao recurso ordinário da reclamante, quanto ao pedido de estabilidade gestante, e manteve a sentença que indeferiu o pedido de indenização compensatória decorrente da alegada estabilidade.

A reclamante recorre de revista, às fls. 111-119, em que alega violação do art. 10, II, *b*, do ADCT, atrito com a Súmula nº 244 e OJs 88 e 116 da SDI-1/TST, além de transcrever jurisprudência ao confronto. Aduz que, na hipótese de dispensa de empregada gestante, é devida apenas a indenização relativa ao período da estabilidade, não condicionando a referida estabilidade à reintegração.

O recurso foi admitido pelo despacho de fl. 120, sem contra-razões.

Desnecessária remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, pelos termos do art. 82 do RI/TST.

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

Recurso tempestivo e bem representado.

*1.1 Estabilidade provisória. Gestante. Confirmação da gravidez após a dispensa – Inexistência de pedido de reintegração. Art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT*

O TRT da 2ª Região negou provimento ao recurso ordinário da reclamante quanto à estabilidade gestante e registrou:

“Sustenta a recorrente que merece reforma a r. sentença de primeiro grau que não deferiu os salários e vantagens do período estabilitário, porque se encontrava grávida quando foi dispensada.

Não procede o inconformismo.

Com efeito, não bastasse o documento de fls. 19 comprovar que a comprovação do estado gravídico da reclamante ocorreu em 15.03.1999,

## JURISPRUDÊNCIA

sendo que a dispensa se deu em 29.12.1998, infere-se do processado que a obreira somente postulou em sua inicial o pagamento dos valores devidos relativamente ao período de estabilidade, não tendo requerido a sua reintegração (fls. 05), o que, por si só, afronta a disposição contida no art. 10 do ADCT, que visa salvaguardar o direito ao emprego e não ao ócio remunerado.

Portanto, mantenho a sentença recorrida.” (fls. 104)

A reclamante alega que postulou o pagamento de indenização compensatória relativa à estabilidade da gestante, na forma da Súmula nº 244 do TST e do art. 10, II, *b*, do ADCT. Afirma que foi ofendido o art. 10, II, letra *b*, do ADCT. Aponta atrito com a Súmula nº 244 e OJs 88 e 116 da SDI-1/TST, além de transcrever jurisprudência ao confronto. Aduz que, na hipótese de dispensa de empregada gestante, é devido apenas a indenização relativa ao período da estabilidade, não condicionando a referida estabilidade à reintegração.

Os modelos de fls.113 e os primeiros de fl. 114 e o segundo, terceiro e quarto de fl. 115 são inservíveis, porquanto ou oriundos de Turma do TST ou do mesmo Tribunal prolator da decisão recorrida, fonte não autorizada pela alínea *a* do art. 896 da CLT.

Os demais modelos de fls.114/116 revelam-se inespecíficos, pois nenhum deles aborda, concomitantemente, os fundamentos adotados pelo Regional quanto à necessidade de comunicação ao empregador da gravidez e à ausência de pedido de reintegração. Incide a Súmula nº 296 do TST.

Quanto à violação do art. 10, II, *b*, do ADCT, registre-se que a norma estabelece que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O Regional assentou que, na oportunidade, a confirmação da gravidez deu-se após a dispensa, pelo que não havia sido comunicado ao empregador o estado gravídico, além do que não se requereu a reintegração, afastando, assim o direito ao postulado pagamento da indenização correspondente à estabilidade provisória.

O objetivo social da norma constitucional é proteger a gestante contra a dispensa obstativa ao exercício das prerrogativas inerentes à maternidade. A norma também resguarda a indispensável atenção ao recém-nascido, tanto que prorrogou a estabilidade até 5 meses após o parto.

A norma, de ordem pública, tem beneficiários específicos e cria obrigação determinada, o que elide o poder potestativo do empregador de dispensar, gerando obrigação de não fazer.

Não obstante a ausência de prova da confirmação da gravidez na oportunidade da rescisão contratual e, portanto, da comunicação ao empregador, certo é que, conforme consignado no acórdão regional, a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral.

Independente da inexistência de ato ilícito perpetrado pelo empregador, já que nem a própria reclamante tinha conhecimento de seu estado gravídico, à época

da dispensa, já havia o direito à estabilidade, porque ocorrido o fato gerador, a concepção, ante a responsabilidade objetiva. A gravidez preexistiu à dispensa.

Quanto à necessidade de comunicar ao empregador a gravidez, esta Corte consagrou pelo item I da Súmula nº 244 do TST (ex-OJ 88 da SDI/TST) que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.

Da mesma forma, com espeque na norma, considerando que o direito está vinculado à gravidez contemporânea à relação de emprego, o fato de a reclamante não ter postulado a reintegração e somente a indenização equivalente ao período de estabilidade provisória pelo estado gravídico, com os consectários legais, não se pode deixar de reconhecer o direito à indenização relativa à estabilidade, diante da responsabilidade objetiva.

Ademais, a natureza do benefício impede a configuração de renúncia, pelo que sempre será devida à gestante a indenização por todo o período de estabilidade. Por conseguinte, não se pode deixar de reconhecer o direito à indenização relativa à estabilidade, bem como os seus consectários, conforme preconizado pela Súmula nº 244 do TST.

Pelo exposto, conheço do recurso por violação do art. 10, II, *b*, do ADCT.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Estabilidade provisória gestante. Confirmação da gravidez após a dispensa. Inexistência de pedido de reintegração. Art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT*

Como conseqüência do conhecimento por violação do art. 10, II, *b*, do ADCT, dou provimento ao Recurso de Revista para condenar a Reclamada ao pagamento da indenização relativa à estabilidade, conforme preconizado pela Súmula nº 244 do TST, tendo como termo inicial a data da dispensa, até o quinto mês após o parto.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por violação do art. 10, II, *b*, do ADCT e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento da indenização relativa à estabilidade, conforme preconizado pela Súmula nº 244 do TST, tendo como termo inicial a data da dispensa, até o quinto mês após o parto.

Brasília, 29 de março de 2006. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.

## **ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL**

*RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL. O art. 543, § 3º, da CLT delimita,*

## JURISPRUDÊNCIA

*de forma expressa, os sujeitos do direito à estabilidade provisória – empregados sindicalizados ou associados – o que impede a sua interpretação extensiva, nos moldes pugnados pelo autor, a membros de conselho fiscal. A regra é específica, não abordando a categoria de empregados a que pertence o reclamante. O mesmo se diga do art. 8º, VIII, da Constituição Federal, o qual assegura a estabilidade provisória, tão-somente, a empregados eleitos a cargo de direção ou representação sindical. Configurada divergência jurisprudencial. Recurso de revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-1.662/2003-261-04-00 – Ac. 2ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1662/2003-261-04-00.2, em que é Recorrente SATIPEL INDUSTRIAL S.A. e Recorridos JOÃO CARLOS LOPES DA ROSA E OUTROS.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante o acórdão de fls. 158/164, deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a condenação à reintegração de membro de conselho fiscal do sindicato, com base no art. 522, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A reclamada interpõe recurso de revista, às fls. 166/174, com fulcro no art. 896, alínea *a* da CLT, demonstrando inconformismo quanto ao seguinte tema: 1 – estabilidade sindical – membro de conselho fiscal, por divergência jurisprudencial.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 177/178.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fls. 181.

Sem remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

### VOTO

#### I – CONHECIMENTO

Recurso tempestivo (certidão de 165 e protocolo de fls. 166), subscrito por procurador habilitado (fls. 8), regular a garantida do juízo (custa à fl. 91-v e depósito de fl. 175), cabível e adequado, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.

##### *1.1 Estabilidade sindical – Membro de conselho fiscal*

A reclamada sustenta que a estabilidade prevista no art. 543, § 3º, da CLT não alcança o empregado membro de conselho fiscal de sindicato, na medida em que este não representa ou atua na defesa dos direitos da categoria. Traz arestos ao dissenso de teses.

## JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, dispôs em sua ementa, à fl. 158, *in verbis*:

“GARANTIA DE EMPREGO – DIRIGENTE SINDICAL – Inexiste óbice quanto a ser eleita diretoria em número maior do que o previsto no art. 522 da CLT, isto é, mínimo de 3 e máximo de 7 membros para a diretoria, e 3 membros para o Conselho Fiscal. Todavia, destes diretores, somente o número fixado pelo art. 522 da CLT será considerado abarcado pela garantia de emprego concedida pelo art. 543, § 3º, também da CLT. No caso dos autos, como a diretoria do sindicato não elencou quais dos membros podem ser considerados para os termos legais de estabilidade, entende-se, para efeitos do disposto no art. 522 da CLT, que somente a diretoria executiva, no caso seus 4 membros, e o Conselho Fiscal, composto de 3 membros, bem como seus suplentes (art. 543, § 3º, da CLT), estão abrangidos por eventual estabilidade provisória. *Diante disso, somente o reclamante Sérgio Gilberto de Souza, eleito suplente do Conselho Fiscal, é detentor de estabilidade provisória.* Apelo provido parcialmente para absolver a reclamada da condenação à reintegração dos reclamantes João Carlos Lopes da Rosa e José Lucio Medeiros Pereira.” (grifamos)

Perfilhou, ainda, os seguintes fundamentos, às fls. 161/163:

“A questão posta em exame diz respeito ao fato de ser a posse documentada pela ata das fls. 12/13 válida para os fins de consideração de garantia no emprego, conforme termos do art. 543, § 3º, da CLT.

A controvérsia, assim, traz à lume a necessidade de apreciar-se o teor do art. 522 da CLT em cotejo com o art. 8º da Constituição Federal. No tocante, aplica-se o teor da Orientação Jurisprudencial nº 266 da SDI do col. TST, inserido em 27.09.2002, segundo a qual o ‘art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988’.

Diga-se, portanto, inexistir óbice quanto a ser eleita diretoria em número maior do que o previsto no art. 522 da CLT, isto é, mínimo de 3 e máximo de 7 membros para a diretoria, e 3 membros para o Conselho Fiscal. Todavia, destes diretores, somente o número fixado pelo art. 522 da CLT será considerado abarcado pela garantia de emprego concedida pelo art. 543, § 3º, também da CLT.

No caso dos autos, como a diretoria do sindicato não elencou quais dos membros podem ser considerados para os termos legais de estabilidade, entende-se, para efeitos do disposto no art. 522 da CLT, que somente a ‘diretoria executiva’, no caso seus 4 membros, e o ‘Conselho Fiscal’, composto de 3 membros, bem como seus suplentes, em razão do disposto no art. 543, § 3º, estão abrangidos por eventual estabilidade provisória.

[...] Assim, a garantia visada atinge apenas o reclamante Sérgio Gilberto de Souza, eleito como suplente do Conselho Fiscal.

[...]

Quanto à matéria ora sob comento, esta 2ª Turma já se manifestou sobre a matéria, em Acórdão tombado sob nº 00650-2002-029-04-00-5, de lavra da Dra. Vanda Krindges Marques, julgado em 21 de janeiro de 2004, cuja ementa ora se transcreve como subsídio jurisprudencial:

‘ESTABILIDADE SINDICAL. Estando em plena vigência a norma contida no art. 522 da CLT, apenas aos trabalhadores por ele elencados – sete membros da diretoria e três do conselho fiscal – aplica-se a garantia provisória contra despedida arbitrária de que trata o art. 8º, inciso VIII, da CF. A autora não estava ao abrigo dessa proteção, porquanto eleita como terceira suplente da diretoria, composta por nove diretores efetivos e nove suplentes. Provimento ao recurso ordinário da reclamada para afastar o comando da sentença que decretou a nulidade da despedida ocorrida em 20 de junho de 2002 e para absolver a recorrente da condenação imposta. Em consequência, resta prejudicada a análise do recurso quanto aos demais aspectos, quais sejam, categoria diferenciada, julgamento *extra petita* e compensação. Reverte-se à reclamante o pagamento das custas processuais, dispensada, contudo, pois ao abrigo da justiça gratuita.’

Assim, os reclamantes João Carlos Lopes da Rosa e José Lucio Medeiros Pereira não se encontram sob o abrigo da estabilidade conferida aos dirigentes sindicais, aos moldes do estatuído no art. 543, § 3º, da CLT, não sendo a sua eleição para os cargos de “suplente do Secretário de Esporte e Lazer e titular da Secretaria Social e Patrimonial” passível de tornar nula a extinção do seu contrato de emprego, decorrente de denúncia imotivada por parte da reclamada.

Dá-se, pois, provimento parcial ao apelo da ré para absolvê-la da condenação à reintegração dos autores João Carlos Lopes da Rosa e José Lucio Medeiros Pereira.”

O aresto trazido a cotejo de teses, à fl. 171, oriundo da SBDI II do TST, publicado no DJ de 01.06.2001 autoriza o conhecimento do recurso de revista, a saber:

“MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. ESTABILIDADE. O membro de conselho fiscal de sindicato não detém os mesmos privilégios assegurados aos dirigentes sindicais, assim entendidos seus diretores, pois a diferenciação entre estes e aqueles é estabelecida pela própria CLT quando individualiza as funções e a competência, limitando textualmente a atuação do Conselho Fiscal a ‘fiscalização de gestão financeira’ (art. 522, § 2º), atribuição diversa da diretoria do sindicato prevista em outro dispositivo.”

Conheço do recurso de revista.

## II – MÉRITO

Cinge a controvérsia à possibilidade, ou não, de estender-se a aplicação do art. 543, § 3º, da CLT, a empregado eleito membro de conselho fiscal.

## JURISPRUDÊNCIA

Primeiramente, cumpre observar-se o teor do art. 543, § 3º, da CLT, o qual dispõe expressamente:

“O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais.

[...]

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

Vale ressaltar que o art. 522, § 2º, da CLT dispõe que a competência do Conselho Fiscal é limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato, diferentemente daquelas atividades referidas pelo art. 543, § 3º, da CLT.

Com efeito, a norma delimita, de forma expressa, os sujeitos do direito à estabilidade provisória – empregados sindicalizados ou associados – o que impede a sua interpretação extensiva, nos moldes pugnados pelo autor, a membros de conselho fiscal. A regra é específica, não abordando a categoria de empregados a que pertence o reclamante. Com efeito, ao explicitar a quem se dirige, o art. 543, § 3º não oportuniza interpretação ampla, ante ao silêncio eloqüente do legislador.

O mesmo se diga do art. 8º, VIII, da Constituição Federal, o qual assegura a estabilidade provisória, tão-somente, a empregados eleitos a cargo de direção ou representação sindical.

Inexiste, portanto, previsão legal que assegure ao membro de conselho fiscal de sindicato, o direito à estabilidade provisória.

Esta col. Corte já se manifestou neste sentido, conforme se verifica das seguintes decisões:

“RECURSO DE REVISTA – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – MEMBRO DE CONSELHO FISCAL – Os membros dos Conselhos Fiscais de sindicatos não são detentores da estabilidade provisória, uma vez que suas atribuições diferem das exercidas pelos dirigentes e representantes sindicais, estes sim encarregados da defesa dos interesses da entidade e dos associados (interpretação dos arts. 522 e 543, § 3º, da CLT). Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 492/2001, 2ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 22.03.2005)

“RECURSO DE REVISTA – GARANTIA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA – MEMBRO DE CONSELHO FISCAL – O art. 543, § 3º, da CLT delimita, de forma expressa, os sujeitos do direito à estabilidade

## JURISPRUDÊNCIA

provisória – empregados sindicalizados ou associados – o que impede a sua interpretação extensiva, nos moldes pugnados pelo autor, a membros de conselho fiscal. A regra é específica, não abordando a categoria de empregados a que pertence o reclamante. O mesmo se diga do art. 8º, VIII, da Constituição Federal, o qual assegura a estabilidade provisória, tão-somente, a empregados eleitos a cargo de direção ou representação sindical. Configurada divergência jurisprudencial. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 96325/2003-900-04-00, 2ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 22.03.2005)

“MEMBRO DO CONSELHO FISCAL – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – Os membros do Conselho Fiscal não gozam da estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT, e 8º, VIII, da Constituição da República, uma vez que não atuam em defesa dos direitos da classe a que pertence, pois apenas fiscalizam a gestão financeira do sindicato. Recurso conhecido e provido.” (RR 10743/2003-001-20-00, 2ª Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, DJ 12.08.2005)

Por estes fundamentos, dou provimento ao recurso de revista, para excluir da condenação a reintegração do reclamante Sérgio Gilberto de Souza, membro do conselho fiscal do sindicato.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento, para excluir da condenação a reintegração do reclamante Sérgio Gilberto de Souza, membro do Conselho Fiscal do sindicado. Vencido o Exmo. Ministro José Luciano de Castilho Pereira, que conhecia e negava provimento ao recurso.

Brasília, 7 de junho de 2006. *Renato de Lacerda Paiva*, redator designado.

## **FGTS. MULTA DE 40%. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS**

*RECURSO DE EMBARGOS. MULTA DE 40% DO FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O início do prazo prescricional para reclamar as diferenças da multa de 40% sobre o saldo do FGTS decorrentes da aplicação dos índices inflacionários expurgados pelos planos econômicos deu-se a partir da publicação da Lei Complementar nº 110/2001. Na hipótese, o ajuizamento do protesto judicial interrompeu a prescrição, já que ocorreu quando ainda em curso o prazo prescricional contado da data da Lei Complementar referida.*

## JURISPRUDÊNCIA

*não se havendo de falar em prescrição, já que interposta a ação no prazo a que se refere o art. 7º, XXIX, da CF/1988, que, conforme aferido pela Turma, restou violado em sua literalidade. Embargos não conhecidos.*

*(Processo nº TST-E-RR-335/2004-016-10-00 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-335/2004-016-10-00.0, em que é Embargante BRASIL TELECOM S.A. e Embargado CÍCERO MENDES DA SILVA.

A 5ª Turma da Corte, em processo oriundo do 10º Regional, por intermédio do Acórdão de fls.246/249, conheceu do recurso de revista do reclamante, por violação do art. 7º, XXIX, da CF/1988 e, no mérito, deu-lhe provimento para afastar a prescrição bienal e determinar o retorno dos autos à origem, para o prosseguimento do feito como entender de direito.

A reclamada interpõe embargos à Seção Especializada em Dissídios Individuais (fls. 252/254), postulando a reforma do julgado.

Impugnação às fls. 262/269.

O processo não foi enviado à Procuradoria-Geral, para emissão de parecer, pela ausência de obrigatoriedade (RI/TST, art. 82, I).

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos dos embargos.

*1.1 Prescrição. Diferenças dos expurgos. FGTS. Rito sumaríssimo. Art. 7º, XXIX, da Constituição Federal*

A Turma conheceu do recurso de revista do reclamante, por violação do art. 7º, XXIX, da CF/1988 e, no mérito, deu-lhe provimento para afastar a prescrição bienal e determinar o retorno dos autos à origem, para o prosseguimento do feito.

Para tanto, argumentou, à fl. 246, *verbis*:

“RECURSO DE REVISTA – PRESCRIÇÃO – DIFERENÇAS DOS EXPURGOS – FGTS – RITO SUMARÍSSIMO – ARTIGO 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – Este col. Tribunal tem firmado entendimento segundo o qual a violação a dispositivo de lei se configura quando se dá aplicação à norma legal em hipótese por ela não alcançada ou quando se deixa de aplicá-la à hipótese em que deveria incidir. No caso concreto, a

## JURISPRUDÊNCIA

decisão do eg. Tribunal Regional, à luz da jurisprudência pacífica desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 344 da SBDI-1 do TST, aplicou equivocadamente o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, porquanto o termo inicial para a prescrição bienal dá-se a partir da vigência da Lei Complementar nº 110/2001. Ajuizado o protesto judicial dentro do biênio contado da edição da lei, tem-se por interrompido o prazo prescricional na forma da legislação civil vigente.”

A embargante postula a reforma do julgado.

Aduz que se trata de reclamatória trabalhista protocolada em 30.03.2004, ou seja, mais de 2 anos após a promulgação da Lei Complementar nº 110/2001, a qual determina o termo inicial do instituto prescricional, segundo confirmado pelo Item nº 344 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 da Corte.

Alega que não é possível elidir a prescrição total sem prévia análise e interpretação dos arts. 172 e 173 do Código Civil, pelo que se trata de típico procedimento indireto/reflexo, porque apenas após exame dos citados preceitos legais é possível detectar a violência ao art. 7º, XXIX, da CF/1988, o qual se limita a fixar o prazo prescricional, em si, e outros aspectos alusivos ao instituto prescricional, tais como modalidade (total ou parcial), termo inicial, suspensão-interrupção, etc., que são tratados exclusivamente em nível legal-ordinário.

Aponta violação do art. 896 da CLT e contrariedade ao Item nº 344 da OJ-SBDI-1 da Corte.

Não lhe assiste razão, entretanto.

A doutrina e a jurisprudência trabalhistas reconhecem, com base no princípio da *actio nata*, que a prescrição extintiva começa a fluir do instante em que o empregado toma conhecimento da violação do direito, ou seja, exatamente no dia preciso em que ele se torna exigível.

Com a publicação da Lei Complementar nº 110/2001, houve o reconhecimento legal da existência de diferenças, nascendo a partir de então o direito de ação.

É este o entendimento da SBDI-1 desta Corte, consubstanciado no Item nº 344.

Verifica-se, assim, que o início do prazo prescricional para reclamar as diferenças da multa de 40% sobre o saldo do FGTS decorrentes da aplicação dos índices inflacionários expurgados pelos planos econômicos deu-se a partir da publicação da Lei Complementar nº 110/2001.

Na hipótese, conforme salientado pela Turma, o sindicato profissional ajuizou medida de protesto judicial em 28.11.2002, ou seja, o ajuizamento do protesto judicial interrompeu a prescrição, já que ocorreu quando ainda em curso o prazo prescricional contado da data da lei complementar referida, pelo que, considerando o termo inicial do prazo prescricional, em 30.06.2001, o ajuizamento do protesto em 28.11.2002 e a propositura da ação em 30.03.2004, não se há de falar em prescrição, já que interposta a ação no prazo a que se refere o art. 7º, XXIX, da CF/1988.

## JURISPRUDÊNCIA

O Regional, no caso, equivocou-se ao aplicar o referido preceito constitucional, violando, de forma direta e não reflexa, a norma nele contida.

O recurso de embargos não merece conhecimento por violação a preceito de lei, bem como por divergência jurisprudencial ou contrariedade à Súmula da Corte, à luz do art. 894, alínea *b*, Consolidado, e da Súmula nº 333/TST, uma vez que a consonância da decisão recorrida com a Súmula Jurisprudencial desta Corte constitui requisito negativo de admissibilidade do referido recurso.

Não conheço dos embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos.

Brasília, 20 de fevereiro de 2006. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.

### **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL**

#### *HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE*

1. *Não é o fato de o sindicato atuar como substituto processual que a ele se deverá reconhecer honorários advocatícios.*

2. *Honorários advocatícios não se confundem com honorários assistenciais. Estes são devidos apenas quando se trata de reclamante individual, beneficiário da justiça gratuita e cuja assistência jurídica é promovida pelo sindicato (Orientação Jurisprudencial nº 305 desta Corte). Cuida-se, aqui, dos estritos termos Lei nº 5.584/1970.*

3. *Os honorários advocatícios, por sua vez, somente são devidos quando se tratar de relação jurídica trabalhista advinda da nova competência da Justiça do Trabalho, consoante os termos do art. 5º da Instrução Normativa nº 27/2005.*

*Pretender conceder ao sindicato honorários advocatícios quando atua como substituto processual implicaria, ao menos, verificar se todos os substituídos, sem exceção, são beneficiários da justiça gratuita, sob pena de a parte ex-adversa se ver obrigada a suportar esses honorários por mera sucumbência, acaso desatendido o referido requisito por qualquer dos substituídos.*

*(Processo nº TST-E-RR-706.081/2000 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-706.081/2000.1, em que é Embargante COMPANHIA VALE DO RIO DOCE – CVRD e Embargado SINDICATO DOS TRABALHADORES

## JURISPRUDÊNCIA

EM EMPRESAS FERROVIÁRIAS DOS ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO E MINAS GERAIS – SINDFER.

“A 4ª Turma da Corte, em processo oriundo do 17º Regional, por intermédio do Acórdão de fls. 410/413, não conheceu do recurso de revista no tocante aos honorários advocatícios, por entender que a decisão Regional encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência pacificada nas Súmulas nºs 219 e 329 do TST.

A reclamada interpõe embargos à Seção Especializada em Dissídios Individuais de fls. 425/433, com fundamento no art. 894 da CLT.

A impugnação foi apresentada às fls. 440/443.

O processo não foi enviado à Procuradoria-Geral, para emissão de parecer, ante a ausência de obrigatoriedade (RI/TST, art. 82, I).”

É o relatório aprovado em sessão.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos dos embargos.

##### *1.1 Honorários advocatícios – Sindicato – Substituto processual – Violação ao art. 896 da CLT*

O nobre relator originário, Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, assim delineou os limites da controvérsia em voto:

“A Turma não conheceu do Recurso de Revista por entender que a decisão Regional encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência pacificada nas Súmulas nºs 219 e 329 do TST, *verbis*:

‘Primeiramente, saliento que, apesar de meu entendimento pessoal acerca do direito do sindicato, que ajuíza ação em nome próprio na qualidade de substituto processual, ao percebimento dos honorários advocatícios, curvou-me ao que a ‘4ª Turma’ desta Corte Superior ‘tem reiteradamente decidido’ acerca da matéria, no sentido de que, a partir do momento em que a Súmula nº 310, VIII, do TST foi cancelada, deve-se examinar se os ‘substituídos atenderam ou não’ aos requisitos estabelecidos no ‘art. 14 da Lei nº 5.584/1970’. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

‘RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SINDICATO – SUBSTITUTO PROCESSUAL – Para concessão dos honorários advocatícios não basta a simples sucumbência. Deve a parte beneficiária preencher os requisitos impressos

## JURISPRUDÊNCIA

no art. 14 da Lei nº 5.584/1970, que se destinam a beneficiar os trabalhadores que recebem salário inferior ao dobro do mínimo legal ou que se encontrem em situação econômica que não lhes permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (Enunciados nºs 219 e 329 do TST). Assim, não obstante tenha sido cancelado o Enunciado nº 310 do TST, permanece o entendimento de que improvada a insuficiência econômica dos empregados substituídos, não há como se reconhecer o direito à verba honorária advocatícia. Recurso de revista conhecido e provido' (TST-RR-621.875/00, Rel. Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, 4ª Turma, in DJ 27.05.2005).

‘HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – CONCESSÃO – CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 310/TST – Considerando o recente cancelamento do Enunciado nº 310 desta Corte, a substituição processual, guardadas as peculiaridades do processo do trabalho, é a forma mais legítima de assistência judiciária aos trabalhadores e prestada pelo sindicato da categoria profissional. Nada mais justo do que lhe assegurar os honorários advocatícios, decorrentes da sucumbência, pois preenchidos os requisitos dos arts. 14 e 16 da Lei nº 5.584/1970, bem como pelo finalístico escopo de incentivar-se a promoção da defesa judicial dos interesses individuais e coletivos da categoria profissional. É de se ter em mente que na interpretação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Recurso de Revista de que não se conhece' (TST-RR-577.880/99, Rel. Juiz Convocado Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, in DJ 10.09.2004).

No caso, o Regional consignou expressamente que restaram atendidas as exigências contidas no art. 14 da Lei nº 5.584/1970. Assim, ao contrário do alegado pela recorrente, o ‘acórdão’ recorrido está em ‘consonância’ com o assentado nas ‘Súmulas nºs 219 e 329 do TST’.

Frise-se que não aproveita à reclamada a alegação de contrariedade à Súmula nº 310, VII, do TST, pois esta foi cancelada pela Resolução nº 119/2003, publicada no DJ de 01.10.2003.’ (fls. 412)

Sustenta a reclamada que a Turma, ao não conhecer do recurso de revista, violou o art. 896 da CLT, visto que ficou caracterizada a ofensa aos arts. 14 da Lei nº 5.584/1970, e 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição da República, bem como contrariou as Súmulas nºs 219 e 329 do TST.

Trouxe arestos a confronto.”

O relator concluiu por não conhecer do recurso de embargos, à consideração de que o acórdão embargado não violou o art. 896 da CLT, porque não configurada a ofensa aos arts. 14 da Lei nº 5.584/1970, e 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição da República, nem contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329 do TST, sendo, outrossim, inviável o confronto pretoriano em razão de o recurso de revista não ter sido conhecido.

## JURISPRUDÊNCIA

Discute-se, na hipótese, se ao sindicato são devidos honorários advocatícios quando postula em nome próprio, como substituto processual de todos os seus associados.

Ousei divergir do nobre relator.

Da leitura do acórdão regional percebe-se que a reclamada foi condenada a pagar honorários advocatícios pelo único fundamento de encontrar-se o sindicato como substituto processual no presente processo, aplicando o Tribunal Regional o art. 14 da Lei nº 5.584/1970, conforme transcrito a seguir:

### “DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Devidos os honorários advocatícios pretendidos, a razão de 15% sobre a condenação, pois em que pese estar o Sindicato-autor postulando na condição de substituto processual, esta não afasta a aplicabilidade do art. 14 da Lei nº 5.584/1970, não havendo a obrigatoriedade de aplicar a jurisprudência cristalizada pelo inciso VIII do E. 310 do TST

Vencida esta juíza neste particular.” (fls. 356).

Não é o fato de o sindicato atuar como substituto processual que a ele se deverá reconhecer honorários advocatícios.

Honorários advocatícios não se confundem com honorários assistenciais. Estes são devidos apenas quando se trata de reclamante individual, beneficiário da justiça gratuita e cuja assistência jurídica é promovida pelo sindicato (Orientação Jurisprudencial nº 305 desta Corte). Cuida-se, aqui, dos estritos termos Lei nº 5.584/1970.

Os honorários advocatícios, por sua vez, somente são devidos quando se tratar de relação jurídica trabalhista advinda da nova competência da Justiça do Trabalho, consoante os termos do art. 5º da Instrução Normativa nº 27/2005.

Pretender conceder ao sindicato honorários advocatícios quando atua como substituto processual implicaria, ao menos, verificar se todos os substituídos, sem exceção, são beneficiários da justiça gratuita, sob pena de a parte *ex-adversa* se ver obrigada a suportar esses honorários por mera sucumbência, acaso desatendido o referido requisito por qualquer dos substituídos.

Ante o exposto, entendo que o acórdão embargado contrariou as Súmulas nºs 219 e 329 desta Corte, e, dessa sorte, o recurso de revista merecia ter sido conhecido, a resultar na violação do art. 896 da CLT.

Conheço do recurso de embargos.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Honorários advocatícios. Sindicato. Substituto processual. Violação ao art. 896 da CLT*

Conhecidos os embargos por violação ao art. 896 da CLT, à conclusão de que o acórdão regional contraria as Súmulas nºs 219 e 329 desta Corte, dou-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento aos honorários advocatícios.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer dos embargos por violação ao art. 896 da CLT, vencidos os Exmos. Ministros Carlos Alberto Reis de Paula, relator, Lelio Bentes Corrêa e Rider Nogueira de Brito, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios.

Brasília, 24 de abril de 2006. *João Batista Brito Pereira*, redator designado.

## **INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO**

*INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Em se tratando de pleitos decorrentes do reconhecimento de vínculo de emprego, emerge cristalina a competência desta justiça especializada para julgar a lide. Incólume, portanto, o art. 114 da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido, no particular.*

*MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC. O manuseio inadequado dos embargos de declaração visando a finalidade diversa daquela elencada na legislação processual, aliado ao caráter genérico das alegações, que se limitam a reiterar fundamentos expendidos em outros processos, justifica a conclusão consagrada pelo egrégio Regional, no sentido do seu caráter protelatório. Recurso de revista não conhecido.*

*NULIDADE DA CONTRATAÇÃO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS E COMA COOPERATIVA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. A mera circunstância de ter a reclamante prestado serviços ao Estado do Amazonas por intermédio de Cooperativa (COOTRASG) não justifica o reconhecimento da formação do vínculo empregatício diretamente com o ente público, à míngua do preenchimento do requisito constitucional da submissão prévia a concurso público. Inviável, portanto, atribuir à Fazenda Pública a condição de devedora solidária relativamente às obrigações trabalhistas não adimplidas pela verdadeira empregadora. Dai não resulta, porém, o afastamento da condição de tomador dos serviços inequivocamente reconhecida ao ente público, justificando-se a aplicação à hipótese do entendimento consagrado no Item nº IV do Enunciado nº 331 desta Corte Superior, impositivo do reconhecimento de sua condição de devedor subsidiário. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-704.430/2000.4, em que é Recorrente ESTADO DO AMAZONAS – SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E QUALIDADE DE ENSINO – SEDUC e Recorrida MARIA IRACEMA ARCÂNGELO TAVARES.

## JURISPRUDÊNCIA

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, mediante acórdão às fls. 108/113, rejeitou as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho, carência de ação, ilegitimidade passiva e de impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, manteve a sentença que, não obstante a ausência de concurso público, reconhecera a existência de vínculo de emprego com o Estado e a Cooperativa, condenando-os solidariamente ao pagamento de parcelas decorrentes do contrato de trabalho e da sua rescisão imotivada, por considerar fraudulenta a contratação da reclamante por intermédio da Cooperativa.

O reclamado interpôs embargos de declaração às fls. 115/119, que foram rejeitados às fls. 124/126 e aplicada a multa de 1% sobre o valor da condenação, por entendê-los manifestamente protelatórios.

Inconformado, o Estado do Amazonas interpõe o presente recurso de revista, renovando a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, insurgindo-se contra a aplicação da multa prevista no art. 538 do Código de Processo Civil, bem como contra a não-declaração de nulidade da contratação, por ausência de concurso público. Esgrime com afronta aos arts. 5º, II, XIII, XVII, XVIII, XXXV, LIII, LIV, LV, 37, II, § 2º, e 114 da Constituição Federal; 442 da Consolidação das Leis do Trabalho; 538 do CPC; 90 da Lei nº 5.764/1971; e à Lei nº 8.949/1994 (que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT). Indica contrariedade ao Enunciado nº 331, I e II, do TST e à Orientação Jurisprudencial nº 85 da SBDI-1 e transcreve arestos a confronto (fls. 128/138).

O recurso foi admitido por meio da decisão singular à fl. 141.

Não foram oferecidas contra-razões, conforme certidão à fl. 143.

A douta Procuradoria-Geral do Trabalho, em parecer às fls. 145/146, da lavra do Exmo. Procurador Regional Paulo Borges da Fonseca Seger, opina pelo conhecimento e provimento parcial do recurso de revista.

É o relatório.

### VOTO

#### I – CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 127/128) e está subscrito por procurador do Estado do Amazonas.

##### *1.1 Incompetência da Justiça do Trabalho*

O Tribunal Regional rejeitou a preliminar de incompetência desta justiça especial, consignando que a admissão da servidora pela Cooperativa foi considerada fraudulenta e ilegítima, sendo reconhecido o vínculo de emprego com o Estado e condenando ambos os reclamados solidariamente, tendo em vista que houve intermediação irregular de mão-de-obra. A par desses fatos, rejeitou as preliminares

de incompetência da Justiça do Trabalho, carência de ação, ilegitimidade passiva *ad causam* e impossibilidade jurídica do pedido (fls. 110/111).

O reclamado sustenta que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar a presente ação, uma vez que a relação mantida entre a reclamante – cooperado – e a Cooperativa é de natureza civil, sendo a Justiça comum a competente para julgar ações dessa natureza. Salienta que, sendo a reclamante membro associado da Cooperativa de Trabalhadores em Serviços Gerais (COOTRASG) e considerando que lhe presta serviços nesta condição, mediante contrato estabelecido entre o Estado do Amazonas e a citada Cooperativa, é proibida a existência de vínculo de emprego entre quaisquer das partes, consoante dispõe o art. 442 da CLT. Esgrime com afronta aos arts. 114, 37, II, § 2º, 5º, II, XIII, XVII, XVIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal, 442, parágrafo único, da CLT e 90 da Lei nº 5.764/1971. Indica contrariedade ao Enunciado nº 331 do TST e transcreve arestos a confronto (fls. 131/133 e 137/138).

Frise-se, inicialmente, que as normas legais apontadas como violadas (exceto o art. 114 da Constituição Federal) não se prestam à análise da competência ou da incompetência desta Justiça para julgar o feito, visto que aqueles dispositivos não dizem respeito à matéria em exame, sendo, portanto, impertinentes para a viabilidade do recurso de revista.

Não há, dessa forma, como se verificar qualquer afronta aos arts. 37, II e § 2º, 5º, II, XIII, XVII, XVIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal, 442, parágrafo único, da CLT e 90 da Lei nº 5.764/71, bem como a contrariedade ao Enunciado nº 331 do TST.

Quanto ao art. 114 da Constituição Federal, diante do contexto delineado no acórdão do Regional, soberano na análise dos fatos, exsurge clara a ausência de violação direta desse dispositivo constitucional, em face da constatação de irregularidade na relação havida entre cooperativa, cooperados e tomadores de serviços.

Registre-se, ainda, que a fixação da competência em razão da matéria decorre da análise da causa de pedir e do pedido. E como se observa do acórdão recorrido, as parcelas deferidas à reclamante decorriam da alegação de vínculo empregatício, inexistindo outra fração do Poder Judiciário, senão a Justiça do Trabalho, para dirimir a controvérsia.

Intacto, pois, o art. 114 da Constituição Federal.

Com esses fundamentos, não conheço do recurso de revista.

### *1.2 Multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil*

O Tribunal Regional aplicou ao reclamado a multa prevista no art. 538 do CPC, por entender que os embargos de declaração interpostos eram meramente protelatórios (fls. 124/126).

## JURISPRUDÊNCIA

O reclamado sustenta ser inadmissível a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que os embargos de declaração interpostos visavam, tão-somente, prequestionar vários dispositivos constitucionais. Alega ofensa ao art. 538 do CPC, pugna pela aplicação da Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça e transcreve arestos a confronto (fls. 130/131).

O Regional concluiu pela condenação solidária da Cooperativa e do Estado do Amazonas ao pagamento das verbas subtraídas da obreira. Em seus embargos de declaração, o Estado do Amazonas, a pretexto de buscar esclarecimentos, tece considerações de cunho meritório, buscando infirmar as conclusões lançadas no acórdão embargado.

O manuseio inadequado dos embargos de declaração, buscando fim diverso daquele previsto na lei processual e a dedução de razões divorciadas da realidade fática dos autos, justificam a conclusão do Tribunal Regional, que lhes reconheceu caráter protelatório.

Incensurável, pois, a decisão do Regional que concluiu pelo uso abusivo da medida declaratória. Intacto, portanto, o art. 538 do CPC.

Os arestos transcritos revelam-se inservíveis ao confronto pretendido por serem oriundos de Turma deste Tribunal e do col. STJ. Ressalte-se, ainda, que somente Súmula do TST revela-se capaz de viabilizar conhecimento de recurso de revista, nos termos do art. 896 da CLT. Afasta-se, portanto, a possibilidade de aplicação de Súmula do STJ, conforme pleiteado.

Com esses fundamentos, não conheço do recurso de revista.

### *1.3 Nulidade da contratação por ausência de concurso público. Vínculo empregatício com o tomador dos serviços e com a cooperativa. Condenação solidária*

O Tribunal Regional negou provimento à remessa de ofício e ao recurso ordinário do reclamado, mantendo a decisão de primeiro grau que, não obstante a ausência de concurso público, declarara a existência de vínculo de emprego com o Estado-membro e com a Cooperativa, condenando-os solidariamente ao pagamento de parcelas decorrentes do contrato de trabalho e da sua rescisão imotivada, por considerar fraudulenta a contratação da reclamante por intermédio da Cooperativa (fls. 108/112).

O reclamado sustenta que a contratação é nula de pleno direito, visto que a reclamante não prestou concurso público, não tendo jus ao recebimento de qualquer verba de natureza trabalhista. Esgrime com afronta aos arts. 37, II, e § 2º, da Constituição Federal, contrariedade ao Enunciado nº 331, I e II, do TST e à Orientação Jurisprudencial nº 85 da SBDI-1 (atual Enunciado nº 363) e transcreve arestos a confronto (fls. 134/137).

Com efeito, de acordo com o Item nº II do Enunciado nº 331, a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública, diante do requisito constitucional de

prévia aprovação em concurso público, a que alude o art. 37, II, da Constituição Federal.

Restou comprovado, na hipótese, que a reclamante prestou serviços ao Estado do Amazonas (tomador de serviços) por meio da Cooperativa COOTRASG, estando caracterizada a intermediação irregular de mão-de-obra. Incontroverso, outrossim, que a obreira não se submeteu a concurso público, afigurando-se manifesta a impossibilidade de reconhecimento da formação do vínculo empregatício diretamente com o estado, porquanto não atendido o comando constitucional inserto no art. 37, II, da Constituição da República.

Conheço, pois, do recurso de revista, por contrariedade ao Enunciado nº 331, II, do TST.

### II – MÉRITO

*Nulidade da contratação por ausência de concurso público. Vínculo empregatício com o tomador dos serviços e com a cooperativa.  
Condenação solidária*

O Tribunal, ao manter a decisão de primeiro grau que condenara ambos os reclamados, de forma solidária, ao pagamento das verbas devidas à reclamante, consignou que:

“Reconhece-se o vínculo de emprego com o tomador dos serviços e a cooperativa quando constatado que esta fora criada por aquele para intermediar a obtenção de mão-de-obra de que o mesmo necessita, totalmente em descompasso com os postulados do cooperativismo, burlando a lei e os direitos do trabalhador.” (fl. 108)

Constatou-se, portanto, que a Cooperativa não foi formada de acordo com as normas legais, mas com a finalidade de fraudar a aplicação da legislação de proteção ao trabalho subordinado, mediante a intermediação de mão-de-obra. Tal circunstância, todavia, não autoriza o reconhecimento da formação do vínculo diretamente com o ente público, porquanto não preenchido o pressuposto indispensável da prestação de concurso público a que alude o art. 37, II, da Constituição Federal. Deve ser reformado o acórdão do Regional, portanto, a fim de que seja afastado o reconhecimento do vínculo de emprego com o Estado.

O reconhecimento da inexistência de vínculo, no entanto, não conduz à consequência pretendida pelo recorrente, que pretende se eximir de qualquer condenação. Com efeito, tendo o egrégio Tribunal Regional condenado *solidariamente* a Cooperativa e o tomador dos serviços ao pagamento das verbas trabalhistas devidas à obreira, necessariamente reconheceu a existência simultânea de vínculo empregatício com ambos.

A solidariedade passiva pressupõe a existência de obrigação pela qual sejam responsáveis mais de um devedor, *cada um obrigado à dívida toda*, nos

termos do art. 264 do Código Civil em vigor. Observe-se, a respeito, o magistério de Caio Mário:

“Na obrigação solidária há uma só relação obrigacional, com pluralidade de sujeitos; esta unidade de vínculo concentra-se em um objeto, que é devido e exigível, só e uno, independentemente da pluralidade subjetiva.” (*Instituição de direito civil. Teoria geral das obrigações. 20. ed. v. II, p. 88/89*)  
Vale trazer a lume, também, a lição de Silvio Rodrigues:

“A presença de solidariedade suspende a eficácia do princípio *concurso partes fiunt* e cada devedor solidário pode ser constrangido a oferecer toda a prestação, embora, em tese, seja devedor apenas de parte.

A solidariedade constitui um modo de alterar a feição das obrigações com pluralidade de sujeitos ativos ou passivos, pois promove a reunião, em uma só, de relações jurídicas autônomas, ou, para usar a formosa imagem de Regina Gondim Dias: “[...] a solidariedade é um caso de comunhão da relação obrigatória.” (*Direito civil, parte geral das obrigações. 30. ed. v. 2, p. 63 – grifo meu*)

O parágrafo único do art. 275 do diploma civil estabelece, a seu turno, que a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores *não importará renúncia à solidariedade*. Imperioso reconhecer, portanto, que, subjacente à solidariedade reconhecida, há de vigorar relação jurídica que atinja simultaneamente os devedores solidários, da qual resulta a obrigação que lhes é imputada. No caso concreto, tal liame jurídico comum somente pode ser a *relação de emprego*, da qual resultam as obrigações trabalhistas impostas aos reclamados.

Frise-se, ademais, que o egrégio Tribunal Regional foi explícito ao asseverar que “o vínculo de emprego deve ser reconhecido *com o tomador dos serviços e a cooperativa* quando constatado que esta fora criada por aquele simplesmente para intermediar a obtenção de mão-de-obra” (fl. 115, grifei).

Indene de dúvidas que, no caso concreto, o reconhecimento da formação do vínculo empregatício diretamente com o Estado *não importou em exclusão do liame com a cooperativa*, passa-se ao exame das consequências do afastamento da relação empregatícia com o ente público, anteriormente preconizada.

A jurisprudência firme deste Tribunal, cristalizada no Enunciado nº 331, IV, do TST, consagra entendimento no sentido de que:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da Administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.” (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)

Ora, se, por um lado, o Estado do Amazonas não pode ser considerado empregador, pelas razões já expostas alhures, por outro lado, é inequívoca a sua

## JURISPRUDÊNCIA

condição de tomador dos serviços – o que acarreta a sua responsabilidade subsidiária pelas obrigações não adimplidas pela pessoa jurídica que se interpôs na prestação dos serviços (a cooperativa). Tal conclusão deriva da simples aplicação do verbete sumular já referido, absolutamente pertinente à hipótese dos autos.

Nesse sentido, aliás, já se posicionou a egrégia Quarta Turma desta Corte Superior, consoante se extrai do seguinte julgado:

“COOPERATIVA DE TRABALHO (COOTRASG) – ESTADO DO AMAZONAS – CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (ART. 37, II E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C O ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST) – Constatada a fraude na contratação, na medida em que o reclamante, admitido formalmente pela Cooperativa de Trabalho e Serviços em Geral Ltda. Cootrasg, prestou serviços diretamente ao Estado do Amazonas, impõe-se a declaração de inexistência de vínculo com o beneficiário direto dos serviços, o Estado – nos termos do que dispõe o art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, sem prejuízo, no entanto, de sua responsabilidade subsidiária pelos débitos, em conformidade com o Enunciado nº 331, IV, do TST. Recurso de revista provido em parte.” (RR-805.401/2001, 4ª T., Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 17.09.2004)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta colenda Primeira Turma, todos de minha lavra, julgados em 27.10.2004: RR-694.551/2000, RR-704.498/2000, RR-705.007/2000 e RR-706.250/00.

Imperioso concluir, daí, que ao recurso de revista do Estado do Amazonas deve-se dar provimento parcial para, reformando o acórdão do Regional, afastar o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o Estado do Amazonas, bem como a responsabilidade solidária daí decorrente, imputando-lhe responsabilidade meramente subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas à reclamante.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, tão-somente quanto à “nulidade da contratação por ausência de concurso público. Vínculo empregatício com o tomador de serviços e com a cooperativa. Condenação solidária”, por contrariedade ao Enunciado nº 331, II, do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão do Regional, afastar o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o Estado do Amazonas, bem como a responsabilidade solidária daí decorrente, imputando-lhe responsabilidade meramente subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas à reclamante.

Brasília, 27 de outubro de 2004. *Lelio Bentes Corrêa*, relator.

### **JORNADA DE TRABALHO. REGIME COMPENSATÓRIO. ADICIONAL SOBRE HORAS EXCEDENTES**

*JORNADA DE TRABALHO 12 X 36. REGIME COMPENSATÓRIO. ADICIONAL SOBRE HORAS EXCEDENTES DA 10ª DIÁRIA. Não há*

## JURISPRUDÊNCIA

*dispositivo legal a autorizar jornada diária superior a dez horas diárias; muito pelo contrário, o que a legislação prevê é que a duração de trabalho diário jamais poderá ultrapassar o limite de dez horas. A estipulação de dez horas como jornada máxima diária não foi estabelecida por acaso, mas sim em nome do interesse público de proteger a higidez e a incolumidade da classe laboral bem como a sua saúde psicofisiológica, objetivando a prevenção contra acidentes de trabalho. Isso porque é certo, e cientificamente comprovado, que a fadiga e o cansaço decorrente de longas jornadas laborais são a causa da maioria dos acidentes de trabalho que ocorrem atualmente, além de serem fatores conducentes à queda de produção. Correta, portanto, a decisão do Regional que manteve o pagamento do adicional de horas extras sobre a 10ª hora diária trabalhada. Recurso de revista a que se nega provimento.*

*(Processo nº TST-RR-1.595/2001-382-04-00 – Ac. 1ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-1595/2001-382-04-00.3, em que é Recorrente STE – SERVIÇOS TÉCNICOS DE ENGENHARIA S.A. e são Recorridos BRITA RODOVIAS S.A. e DENISE HENRICH.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante acórdão prolatado às fls. 585/590, complementado pela decisão declaratória proferida às fls. 601/602, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a decisão originária que deferiu à reclamante o pagamento do adicional de horas extras sobre a 10ª hora diária trabalhada, sob o fundamento de que o regime de compensação horária de 12x36, válido somente se ajustado mediante acordo coletivo, deve estar restrito aos limites estipulados no art. 59, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a compensação a dez horas diárias.

Inconformada, a reclamada interpõe o presente recurso de revista, articulando as razões apresentadas às fls. 604/611. Insurge-se contra a condenação ao pagamento do adicional sobre as 11ª e 12ª horas trabalhadas no regime de 12x36, sustentando a existência de acordo individual entre as partes para adoção de tal jornada. Esgribe com afronta ao art. 7º, XIII, da Constituição Federal contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 182 da SBDI-1 desta Corte superior e traz arestos para configurar o dissenso de teses.

O recurso foi admitido mediante decisão singular exarada às fls. 612/613, não tendo sido oferecidas contra-razões, conforme certidão lavrada à fl. 615.

Dispensada a remessa destes autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

*Pressupostos extrínsecos*

O recurso de revista pode ser conhecido pelos seus aspectos extrínsecos de admissibilidade, o que autoriza a incursão nos pressupostos intrínsecos de cognição previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.

*Pressupostos intrínsecos*

Jornada de trabalho 12 x 36. Regime compensatório. Adicional sobre horas excedentes da 10ª diária

A Corte regional, mediante acórdão prolatado às fls. 585/590, complementado às fls. 601/602, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a decisão originária que deferiu à reclamante o pagamento do adicional de horas extras sobre a 10ª hora diária trabalhada, ao fundamento de que o regime de compensação horária de 12x36, válido somente se ajustado mediante acordo coletivo, deve estar restrito aos limites estipulados no art. 59, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a compensação a dez horas diárias. Assim restou consignado o seu entendimento:

**“DO REGIME COMPENSATÓRIO – ADICIONAL SOBRE HORAS EXCEDENTES DA 10ª DIÁRIA**

Insurge-se a reclamada contra a condenação relativa ao adicional de 50% sobre as 11ª e 12ª horas trabalhadas. Aduz que não deve prevalecer o entendimento do Juízo de origem no sentido de que são consideradas extras as horas excedentes à décima diária, mas, tão-somente, aquelas que extrapolarem a quadragésima quarta semanal, sendo que a autora não excedeu 36 horas semanais, ficando aquém do limite legal. Afirma que o acordo firmado entre as partes é legítimo e mais benéfico para a reclamante.

A decisão de origem declarou que, no período posterior a 17.04.1999, passou a autora a laborar em regime de compensação horária de 12x36, formalizado em acordo escrito nos termos do *caput* do art. 59 da CLT, com redução inclusive da carga horária para 36 horas semanais e 180 mensais, cuja regularidade, contudo, está restrita aos limites estipulados em norma de ordem pública (§ 2º do art. 59 da CLT), que restringe a compensação a dez horas diárias a jornada.

Releva, inicialmente, esclarecer que só se considera válida a adoção de jornada compensatória autorizada por instrumentos normativos, com

## JURISPRUDÊNCIA

vigência no período do contrato, livremente ajustados, valendo como lei entre as partes.

Na espécie, não foram juntadas as normas coletivas, sendo que a convenção coletiva firmada entre as partes (fl. 198-203) silencia sobre a matéria.

O ajuste firmado entre os funcionários com a reclamada, à fl. 197, não atende ao disposto no § 2º do art. 59 da CLT. Assim, é irregular o sistema de compensação e não há como se reformar a condição quanto ao pagamento do adicional sobre a 11ª e 12ª hora diária (Enunciado 85 do TST).” (fl. 587)

Em suas razões recursais, a reclamada pugna pela reforma da referida decisão, sustentando a validade do acordo individual de compensação do regime 12x36, sendo indevida a condenação imposta. Argumenta que a jornada especial com 36 horas de descanso sem dúvida legitima a compensação praticada, porquanto se trata de sistema bem mais benéfico para o reclamante, que desfruta de descanso três vezes maior do que o tempo gasto com o trabalho. Esgrime com violação do art. 7º, XIII, da Constituição Federal contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 182 da SBDI-1 desta Corte superior e divergência jurisprudencial.

O aresto paradigma transcrito à fl. 607 estabelece o pretendido conflito jurisprudencial, visto que consigna tese no sentido de que o regime de 12X36 é favorável ao empregado, havendo uma compensação lógica, sendo, portanto, desnecessário acordo de compensação individual ou coletivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de revista pela divergência.

## II – MÉRITO

Jornada de trabalho 12 x 36. Regime compensatório. Adicional sobre horas excedentes da 10ª diária

Discute-se a legalidade da compensação do regime de trabalho conhecido como 12x36.

Os arts. 58, 59 e seguintes da CLT dispõem sobre a jornada de trabalho. O art. 58 consolidado estabelece que a duração normal do trabalho para os empregados em qualquer atividade privada não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite. O art. 59, *caput*, da CLT prevê a possibilidade de elástico dessa jornada em número não excedente de duas horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. O § 2º do referido art. 59 da CLT, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001, (DOU 27.08.2001), prevê a possibilidade de compensação de horas, ressalvando a impossibilidade de ser ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. Corroborando esse entendimento, o art. 61, § 3º, da CLT reforça que, mesmo ocorrendo interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização,

a prorrogação da jornada que visa a compensar essa interrupção não pode exceder as dez horas diárias.

A Constituição Federal de 1988 trata da jornada de trabalho em seu art. 7º, XIII. O artigo em comento dispõe que é direito dos trabalhadores a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva do trabalho.

Apesar de a Constituição Federal autorizar a compensação de jornadas e valorizar a negociação coletiva, é claro que a autonomia privada coletiva deve respeitar as fronteiras estabelecidas por normas de segurança e medicina do trabalho, de modo que seja salvaguardado o interesse público de promover o bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores. Até mesmo porque a própria Constituição Federal, no item XXII de seu art. 7º, garante a todos os trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. E não há dúvida de que a norma que fixa a jornada de trabalho máxima diária é uma norma de segurança e medicina do trabalho.

Assim, ao facultar a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, a Constituição Federal deixou à legislação infraconstitucional a fixação dos parâmetros que limitam a atividade negocial coletiva. No caso da jornada de trabalho, esses parâmetros, como visto, estão dispostos nos arts. 58, 59 e seguintes da CLT.

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal permite a compensação de horário mediante convenção coletiva, desde que, no entanto, sejam respeitados os limites da lei infraconstitucional de caráter cogente, amparada em previsão constitucional expressa (art. 7º, XXII, da Carta Magna).

Conclui-se, portanto, que não há dispositivo legal a autorizar jornada diária superior a dez horas diárias; muito pelo contrário, o que a legislação prevê é que a duração de trabalho diário jamais poderá ultrapassar o limite de dez horas.

Vale a pena consignar que a estipulação de dez horas como jornada máxima diária não foi estabelecida por acaso. Ela foi estabelecida em nome do interesse público de proteger a higidez e a incolumidade da classe laboral bem como a sua saúde psicofisiológica, objetivando a prevenção contra acidentes de trabalho. Isso porque é certo, e cientificamente comprovado, que a fadiga e o cansaço decorrente de longas jornadas laborais são a causa da maioria dos acidentes de trabalho que ocorrem, atualmente, além de serem fatores conducentes à queda de produção.

Nesse contexto, afigura-se correta a decisão do Tribunal Regional que manteve o pagamento do adicional de horas extras sobre a 10ª hora diária trabalhada.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer do recurso de revista por divergência e, no mérito, por

maioria, negar-lhe provimento, vencido o Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

Brasília, 24 de maio de 2006. *Lelio Bentes Corrêa*, relator.

## **LOCAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS. LOCAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CABIMENTO. A potencial contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS. LOCAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, IV, DO TST. CABIMENTO. 1. O item IV da Súmula 331 do TST, ao impor ao tomador de serviços a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do efetivo empregador, não se apega a modelo jurídico determinado, buscando, antes, resguardar o trabalhador que se vê atrelado a relação triangular, vinculado a duas empresas que se beneficiam de sua força de trabalho. A desvinculação da forma que se possa dar à contratação efetuada pelas empresas – infensa, por óbvio, à participação do empregado – atende aos princípios da realidade e da proteção, regentes genuínos do direito do trabalho. Evidenciando-se que o trabalhador, por força de negócio jurídico a ele estranho, viu-se a prestar serviços a empresa outra, ao mesmo tempo em que conservado o liame com a sua original empregadora, não se poderá negar a responsabilidade subsidiária daquela primeira, que assume a condição de tomadora de serviços, nos termos exatos da súmula. 2. Os fatos não são estáticos, mas caminham unidos ao tempo; conformam outras realidades, às quais o Direito e seus aplicadores – com ênfase para o Poder Judiciário – não podem estar alheios. Novos paradigmas surgem; novas soluções são necessárias. Recurso de revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-9/2002-055-03-00 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-9/2002-055-03-00.2, em que é Recorrente FRANCISCO SOARES DA SILVA e Recorridas TRANS SISTEMAS DE TRANSPORTES S.A. e COMPANHIA INDUSTRIAL SANTA MATILDE.

Pelo despacho recorrido, originário do eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, denegou-se seguimento ao recurso de revista interposto (fls. 200/201).

Inconformado, o reclamante agrava de instrumento, sustentando, em resumo, que o recurso merece regular processamento (fls. 202/207).

## JURISPRUDÊNCIA

Contraminuta a fls. 209/213 e contra-razões a fls. 214/219.

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 82).

É o relatório.

### VOTO

#### ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

#### MÉRITO

Contrato de gerenciamento de serviços – Locação de serviços – Responsabilidade subsidiária – Súmula 331, IV, do TST – Cabimento

O caso sob exame é importante e emblemático.

Para a exata compreensão da controvérsia, transcrevo o acórdão regional (fls. 173/180):

##### “2.2 Responsabilidade subsidiária

Colho dos autos que o autor foi admitido pela primeira reclamada, Companhia Industrial Santa Matilde, em 02.01.1998, tendo sido dispensado, sem justa causa, em 22.10.2001. A empregadora, desde os idos de 1990, quiçá antes (as peças coligidas não permitem maior precisão), já se encontrava em situação de reconhecida insolvência, com expansão acelerada da massa creditícia, circunstância que acabou por conduzir o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Três Rios e Paraíba do Sul ao usufruto do parque fabril, mediante decisão judicial.

Tudo indica que o usufruto judicial foi mantido com o decurso do tempo, assim como as próprias atividades produtivas, até que, em 24 de julho de 1998, a Companhia Industrial, representada pelo administrador judicial designado e a, ora recorrente, Trans Sistemas de Transportes S.A., firmaram contrato de ‘locação de serviços de gerenciamento e outras avenças’, tendo como intervenientes anuentes os acionistas detentores de ações correspondentes a quase 32% do capital social da primeira e o próprio ente sindical representante dos empregados, visando à prestação de serviços de gerenciamento do parque industrial pela contratada, com o objetivo de viabilizar o denominado *plano de ação*, ou seja, todas as metas para a realização do usufruto, com a continuidade do desenvolvimento do objetivo social da empresa insolvente (contrato às fls. 89-98).

## JURISPRUDÊNCIA

Os motivos ensejadores da contratação foram minudentemente detalhados na avença, passando pela constatação de que a companhia empregadora era dotada de todos os fatores de produção necessários ao prosseguimento das atividades, mas não detinha os recursos financeiros para tanto e nem o apoio de instituições de crédito, além de estar impossibilitada de participar de concorrências e licitações, tudo a inviabilizar o prosseguimento normal de suas atividades. Considerando, assim, a larga experiência da contratada no gerenciamento de operações no setor ferroviário, concluíram os envolvidos, sintetizando os predicados de cada parte, que '[...] descortinam-se [com a medida] novas oportunidades para que Santa Matilde resgate seus compromissos trabalhistas, cumprindo o objetivo pelo qual foi instituído o usufruto, e retorne às suas atividades regulares'.

Pelo gerenciamento, a Trans Sistemas de Transportes S.A. deveria ser remunerada com 4% dos valores recebidos pela companhia em decorrência dos contratos que viriam a ser celebrados, bem assim com 2% do valor dos serviços que, àquela altura, já estavam em andamento (fl. 88).

Pois bem. Foi nessa ambientação que o reclamante prestou seus serviços durante significativa parte do período contratual, vinculado à empregadora, mas fiscalizado pela recorrente, a quem coube o gerenciamento da atividade produtiva. E foi justa e exclusivamente esta função gerencial o fator invocado com fundamento da r. sentença recorrida para firmar a responsabilização subsidiária da contratada pelos direitos inadimplidos do empregado:

'Em outros processos, com o mesmo objeto, [...] emerge iniludivelmente a conclusão de que a segunda reclamada, Trans Sistemas de Transportes S.A. gerenciava, supervisionando, fiscalizando a produção de vagões efetuada na Companhia Santa Matilde, ora primeira reclamada, utilizando-se da mão-de-obra dos empregados, com o escopo de garantir a qualidade dos produtos, destinadas que eram as vendas, das quais a segunda ré, agindo em seu próprio nome e proveito, possuía uma participação direta. A despeito da situação financeira atual da primeira reclamada, inadmissível, no entender deste Juízo, que a 2ª reclamada, após explorar a parte boa da primeira, tente simplesmente sair ileso de eventuais reclamações de empregados [...], já que as vantagens econômicas advindas do contrato firmado entre as empresas foram alcançadas, sendo inegável o esforço dos trabalhadores, ao executar seus misteres, o que beneficiou aquelas [...] Nessa esteira, a segunda reclamada não pode pretender isentar-se de obrigações trabalhistas descumpridas pela primeira, tentando, em vão, transferir todos os ônus à empregadora.' (fl. 150)

O recurso pugna por reforma, argumentando, em síntese, que a exclusiva responsabilidade da companhia empregadora em relação às obrigações trabalhistas foi prevista na avença e deveria ter sido observada; que jamais se beneficiou, direta ou indiretamente, dos serviços do autor,

## JURISPRUDÊNCIA

que era fiscalizado e remunerado pela própria Santa Matilde; que não existe amparo legal para a responsabilidade que lhe foi imputada; que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação; que apenas prestou serviços de apoio à gestão do administrador do usufruto (fls. 153-161).

Entendo que a razão está com a recorrente.

Quando se fala em responsabilidade subsidiária, há que se apreender que o conteúdo dessa imputação, que o entendimento pretoriano trabalhista sedimentou no verbete enunciado da Súmula 331, aliás evolução daquele que foi o de nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho, é a de que o empregado de terceirizante, prestando seus serviços a outrem, deste recebe garantia adicional para resguardar os direitos que adquiriu nesse trabalho e que foram inadimplidos pelo empregador.

Objetivamente, pois, é aplicável nos casos em que o empregado trabalha cumprindo seu contrato em proveito de terceiro (assim, o terceirizado). Nos direitos aí adquiridos e que não sejam honrados pelo empregador, tem reforço de garantia da correspondente reparação, esta enlaçando o tomador da mão-de-obra.

Não é esse, no entanto, o quadro dos autos, em que a demandada tão-somente prestou serviços de gerenciamento da produção, recebendo comissionamento sobre o valor dos contratos firmados e concluídos com êxito, pelo que a invocação do item IV do Enunciado 331 não tem cabimento na espécie.

De outro lado, percebe-se que a lei civil estatui que a solidariedade provém da lei ou do contrato, não podendo ser presumida. O legislador trabalhista, de seu turno, grafou a solidariedade em face de empresas de um mesmo grupo econômico, mas esta hipótese também é estranha ao caso presente.

Afastadas tais vertentes, poder-se-ia, de resto, invocar a responsabilidade subsidiária como forma de proteção ao hipossuficiente, quer pelo simples concurso de culpa, resultante de negligência da empresa gerenciadora do empreendimento frente às obrigações trabalhistas, quer por se considerar que qualquer empresa deve arcar com os riscos da atividade econômica e, por conseguinte, resguardar os interesses dos trabalhadores utilizados na busca do lucro. Parece ter sido esta, aliás, a orientação adotada pelo d. Juízo *a quo*.

Todavia, sequer sobre essas delgadas óticas o garante adicional pleiteado e reconhecido na origem seria justificável, o que sustento por razões bem singelas.

Em relação à primeira delas, deve-se apreender que o administrador somente é chamado a responder pelos atos que pratica em prol do administrado quando atua dolosamente na condução dos negócios, causando prejuízos a terceiros. Tal postura, todavia, sequer foi cogitada na lide e menos

## JURISPRUDÊNCIA

ainda provada, pelo que não se pode laborar em contrário à regra natural da intangibilidade.

Pelo segundo vexo, devo salientar, inicialmente, a peculiar circunstância de que a recorrente somente foi contratada para o gerenciamento da Santa Matilde em face das reduzidas chances de êxito do usufruto judicial, considerado o seu objetivo maior, sendo certo que tal se deu por iniciativa do mesmo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Três Rios e Paraíba do Sul, dos acionistas da companhia e, enfim, da própria Associação dos empregados, entidade esta que, inclusive, contribuiu para a escolha do administrador judicial. Vale dizer, as partes altamente interessadas na manutenção daquela louvável medida, adotada com fulcro no art. 716 do CPC, principalmente os empregadores credores, é que, em decisão conjunta, optaram pela contratação da recorrente para fazer frente às inúmeras dificuldades que se revelaram ao longo do tempo de eficácia do usufruto, o que foi alegado por esta e não contestado pelo reclamante.

Daí, não se me afigura sequer razoável a pretensa imputação de responsabilidade subsidiária à recorrente, já que convocada pelos próprios trabalhadores para viabilizar o sucesso da medida judicial e, por conseguinte, permitir a integral satisfação de seus créditos.

Secundariamente, deveria ter sido visto que os rendimentos auferidos pela Trans Sistemas de Transportes S.A. estavam condicionados à existência de resultado positivo na gestão, pelo que é inconcebível a hipótese de fraude.

Segundo as condições ajustadas, com a inteira anuência – volto a repetir – do Sindicato profissional, o pagamento da remuneração pelos serviços prestados somente seria exigível quando evidenciado:

‘(a) que a operação em desenvolvimento, desprezados os resultados, encargos e obrigações, acumulados até esta data pela Santa Matilde, é lucrativa;

(b) que esse resultado lucrativo não seja transformado em prejuízo em face da própria remuneração;

(c) que a lucratividade mencionada seja aferida segundo os termos da Lei nº 6.404/1976, as normas expedidas pela Comissão de Valores Imobiliários e os princípios de contabilidade geralmente aceitos no Brasil; e

(d) que não reste sacrificado o pagamento dos salários, tributos e honorários de profissionais contratados, correspondentes às receitas que serviram como base para cálculo da remuneração.’ (fl. 88, item 15.2)

Quer dizer, se a recorrente obteve resultados como enfaticamente sugeriu o recorrido, é porque a contratação rendeu bons frutos para a empregadora, suficientes, inclusive, para a satisfação dos créditos alimentares. O contrário carecia de prova e esta não se fez presente nos autos.

## JURISPRUDÊNCIA

Diante de todo o exposto, o afastamento da responsabilidade imputada à recorrente é medida de rigor, como, aliás, já pronunciou a egrégia 5ª Turma em caso idêntico, acompanhando, sem divergência, o voto do Exmo. Juiz Relator, do qual extraio os seguintes trechos:

[...]

A questão destes autos não é a mesma disposta no Enunciado 331 do col. TST, não havendo motivo para se avocar o pensamento e entendimento do inc. IV deste referido verbete, isto para se impor à recorrente a condição de devedora subsidiária.

[...]

O que se vê, portanto, é a aplicação do disposto na subseção IV, Seção II, Capítulo IV, Título II, do Livro II do CPC (arts. 716 e ss., ‘Do usufruto de imóvel ou de empresa’), tendo esta medida como justificativa, como ressaltado alhures, o estado de insolvência pela qual passava (e ao que parece, ainda passa) a 1ª reclamada, tendo os seus usufrutuários obtido, perante o Poder Judiciário, o direito de manter a exploração de seus negócios, tudo na tentativa de alavancá-la, com o que poderiam dar solvabilidade aos débitos desta, evitando um mal maior, qual seja, a decretação de sua falência e, conseqüentemente, a eliminação de diversos postos de trabalho e descumprimento de diversos compromissos financeiros da empresa para com seus empregados e demais credores.

Não se pode, então, dizer estarem presentes aqui as situações fáticas que dão suporte ao Enunciado 331/TST. A se adotar raciocínio diverso, seria de se permitir que todos os usufrutuários, indistintamente, pudessem vir a ser convocados para responder pelos créditos dos empregados da 1ª reclamada, inclusive o administrador (art. 719/CPC) indicado inicialmente pelos próprios usufrutuários; todos estes mesmos usufrutuários (e aqui teríamos a situação esdrúxula de se ter o Sindicato dos Trabalhadores, os acionistas e a associação dos empregados da 1ª reclamada também como co-devedores ou co-responsáveis), pois, na mesma linha da atuação da 2ª reclamada, ora recorrente, participaram todos eles, ativa ou passivamente, da gestão da empresa.

Não se tem aqui, então, e como dito acima, intermediação de mão-de-obra, ou mesmo contratação irregular de trabalhadores, e, da mesma forma, apenas com o intuito de alargar o campo de nossa visão, não se presencia, no caso, formação de grupo econômico entre as reclamadas, muito embora se tenha utilizado no decorrer do processado da locução ‘parceria’ entre as empresas.

Serviu-se de instituto previsto no direito processual para dar oportunidade de dar-se satisfação e solvabilidade a diversos credores da 1ª reclamada, e a recorrente nada mais atuou, mediante autorização judicial (homologação) da gestão do usufruto judicial constituído para este mister.

## JURISPRUDÊNCIA

Por tudo isso, provejo o apelo da recorrente, para julgar improcedente o pedido contra ela ajuizado.’ (ROPS-3.050/01, 5ª T., Rel. Juiz Emerson José Alves Lage, Publicado em 25.08.2001)

Dou provimento ao recurso, para absolver a recorrente da condenação que lhe foi imposta, prejudicado o exame da matéria residual versada no apelo.”

Em recurso de revista, o reclamante combate a decisão, apontando o seu descabimento, “uma vez que se a recorrida (2ª reclamada) já sabia da situação falimentar da 1ª reclamada (Companhia Industrial Santa Matilde) e aceitou o pacto de gestão judicial de negócios, com base em tecnologia de ponta, para soerguer a falida, inclusive para possibilitar a participação desta em licitações e concorrências, inevitável a sua responsabilidade subsidiária, nos termos do Súmula 331, IV, do TST, sendo mero formalismo jurídico a circunstância de a contratação da empresa interposta ter sido realizada através de usufruto judicial de um contrato de locação de serviços de gerenciamento, haja vista a incidência da culpa *in vigilando e in eligendo* do referido negócio jurídico” (fl. 184). Prossegue, afirmando que, “tendo havido comunhão de interesse entre as empresas no aproveitamento de mão-de-obra do reclamante, é natural que elas comunguem nos deveres daí decorrentes” (fl. 185).

Conclui o recorrente por afirmar contrariedade à atual Súmula 331, IV, do TST, além de ofertar arestos a confronto.

Os arestos de fls. 186/189 não oferecem condições de impulsionar o recurso de revista, eis que pertinentes a hipóteses de terceirização estrita, de fornecimento de mão-de-obra (Súmula 296, I, do TST). As peculiaridades do caso presente fazem praticamente impossível o impulso do apelo pela via do dissenso pretoriano.

Estou certo, no entanto, de que a decisão regional contraria a Súmula a que se apega a parte.

Com efeito, assim está posto o verbete:

“331. [...]”

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da Administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.” (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.2003)

Como se percebe, o texto do verbete biparte-se em duas frentes de atuação, buscando, em primeiro plano, de forma genérica, alcançar os relacionamentos travados na esfera do direito privado e, depois, aqueles desenvolvidos no âmbito da Administração Pública.

O item IV da Súmula 331 do TST, ao impor ao tomador de serviços a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do efetivo

## JURISPRUDÊNCIA

empregador, não se apega a modelo jurídico determinado, buscando, antes, resguardar o trabalhador que se vê atrelado a relação triangular, vinculado a duas empresas que se beneficiam de sua força de trabalho.

A desvinculação da forma que se possa dar à contratação efetuada pelas empresas – infensa, por óbvio, à participação do empregado – atende aos princípios da realidade e da proteção, regentes genuínos do direito do trabalho.

Evidenciando-se que o trabalhador, por força de negócio jurídico a ele estranho, viu-se a prestar serviços a empresa outra, ao mesmo tempo em que conservado o liame com a sua original empregadora, não se poderá negar a responsabilidade subsidiária daquela primeira, que assume a condição de tomadora de serviços, nos termos exatos da súmula.

O acórdão regional deixa claro que “a segunda reclamada, Trans Sistemas de Transportes S.A. gerenciava, supervisionando, fiscalizando a produção de vagões efetuada na Companhia Santa Matilde, ora primeira reclamada, utilizando-se de mão-de-obra dos empregados, com escopo de garantir a qualidade dos produtos, destinados que eram as vendas, das quais a segunda ré, agindo em seu próprio nome e proveito, possuía uma participação direta” (fls. 174/175). Prossegue o Relator, asseverando que “as vantagens econômicas advindas do contrato firmado entre as empresas foram alcançadas, sendo inegável o esforço dos trabalhadores, ao executar seus misteres, o que beneficiou aquelas [...]” (fl. 175).

A recorrida tomou para si o gerenciamento dos negócios da efetiva empregadora – Companhia Industrial Santa Matilde – assumindo usufruto judicial, com participação em todos os afazeres da empresa gerida. O modelo de gestão – a teor do acórdão – alcançava todos os setores da empresa, assim restando patente que se o recorrente não prestou serviços diretamente à primeira (porque não foi por ela contratado), não há dúvidas de que o fez, no mínimo, indiretamente, nos mesmos moldes que todos os demais trabalhadores vinculados à segunda. Este aspecto é confirmado pelas contra-razões, quando a litigante assume que o reclamante não “lhe prestou serviços diretamente” (fl. 216, último parágrafo), deixando de negar que o fizesse indiretamente, como afirmou.

De qualquer sorte, a distinção somente recebe valor no plano formal, pois, em verdade, se a empresa gerente assumiu os negócios da empregadora, é visível que se aproveitou – diretamente – da força de trabalho do reclamante.

O princípio da realidade desconsiderará os ajustes que possam ter feito as duas empresas, na medida em que a TRANS – Sistemas de Transportes S.A., sem sombra de dúvidas, aproveitou-se dos serviços do recorrente, assumindo a posição de tomadora de serviços.

Não há como se negar esta conclusão, aqui valendo lembrar que os fatos não são estáticos, mas caminham unidos ao tempo; conformam outras realidades, às quais o Direito e seus aplicadores – com ênfase para o Poder Judiciário – não podem estar alheios. Novos paradigmas surgem; novas soluções são necessárias.

## JURISPRUDÊNCIA

Sob tal vetor é que, exemplificativamente, editou-se a OJ 225 da SBDI-1, a qual, sob premissas parcialmente diversas – calcadas em contrato de arrendamento –, alcança as conseqüências da Súmula 331, IV, do TST.

No caso, a recorrida aproveitou-se do trabalho do reclamante, deve responsabilizar-se pelas obrigações contrapostas.

É de suma relevância observar que, a despeito de toda a nomenclatura evocada, não há gestão de negócios, pois – como estão todos os envolvidos de acordo – a intervenção da recorrida se dá por força de contrato. Na gestão, inexistente “ajuste prévio; a intervenção do gestor verifica-se espontaneamente, sem a ciência antecipada ou sem o consentimento do dono do negócio” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – direito das obrigações*. 2ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 426). O contrato de gerenciamento de serviços pode ser assimilado ao contrato de prestação de serviços, à locação de serviços, aspecto que, mais uma vez, faz apropriada a recordação do verbete sumular em foco.

*Fazendo-se gerente da empresa empregadora, a recorrida assumiu também a gerência do contrato individual de trabalho titularizado pelo autor. Reporto-me, pela excelência de fundo e de forma, ao quanto posto pelo eminente Juiz Luiz Ronan Neves Koury, no julgamento do RO 000763-2001-055-03-00-1, perante a 7ª Turma do 3º Regional (DJMG 05.12.2002), onde era parte a recorrida, em acórdão assim ementado:*

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – Impõe-se o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da recorrente, uma vez que na condição de gestora de negócios da primeira reclamada, recebendo percentual sobre o valor dos contratos, beneficiou-se do trabalho prestado pelos empregados da empresa por ela gerida.”

As razões de decidir expostas naquele caso exigem transcrição:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA– Insurge-se a recorrente contra a responsabilidade subsidiária que lhe foi imputada. Sustenta que não houve terceirização de serviços, mas sim Contrato de Gestão de Usufruto Judicial entre as empresas reclamadas, não incidindo na hipótese o entendimento contido no Enunciado 331, IV, do TST. Afirma também que o contrato firmado entre as empresas contém cláusula isentando a recorrente de qualquer responsabilidade para com os empregados da primeira reclamada.

Alega que não existem os requisitos necessários para propositura da ação eis que o reclamante nunca foi seu empregado e o contrato de gestão foi mantido até novembro de 2000, razão pela qual a condenação não pode se estender até 07.03.2001, como determinado pela sentença. Aduz que jamais agiu em seu próprio proveito como erroneamente entendeu o juízo *a quo*, tendo havido entre ela e a primeira reclamada um contrato assinado pelos detentores do usufruto judicial para gerenciamento, implantação do plano de apoio de soerguimento e aplicação de tecnologia de ponta.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a circunstância de a relação jurídica havida entre as reclamadas não se enquadrar no formato clássico

## JURISPRUDÊNCIA

da terceirização não é suficiente para eximir a responsabilidade da recorrente pelos créditos trabalhistas. Restando comprovado que a recorrente se beneficiou dos serviços do reclamante, ainda que indiretamente emerge a sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos haveres trabalhistas, na hipótese de inadimplência da primeira reclamada.

Confirmou o preposto da recorrente que figura no pólo passivo como segunda reclamada, à fl.138, que a 2ª reclamada possui uma participação na venda dos vagões produzidos na Santa Matilde, a qual se utiliza unicamente de funcionários seus (da Santa Matilde).

De seu turno, o preposto da primeira reclamada declarou que 'a 2ª reclamada supervisiona e fiscaliza o controle de qualidade dos vagões produzidos na 1ª ré, já que a TªTrans, diante da impossibilidade da Santa Matilde, passou a participar do processo de venda dos vagões da Santa Matilde, fazendo-o em seu nome (da TªTrans) [...] (fl.138).

Outro aspecto a ser ressaltado é que se torna irrelevante se o reclamante foi contratado pela 1ª reclamada, mantendo com esta o liame empregatício, fato que é incontroverso nos autos. O cerne da controvérsia se assenta na verificação do grau de ingerência da recorrente a ponto de se colocar como verdadeira administradora dos negócios da empresa contratante e como condutora de seus destinos.

Portanto, a assertiva recursal a respeito da ausência de relação de emprego restou esvaziada porquanto restou constatado que a recorrente de fato assumiu parte da unidade produtiva da primeira reclamada, auferindo com esse procedimento lucros em prejuízo dos trabalhadores, não havendo, portanto, como afastar a sua responsabilidade pela inadimplência da empregadora do reclamante.

Ademais, o entendimento contido no Enunciado 331, IV, do TST, conquanto a hipótese vertente não se enquadre também como prestação de serviços na forma inserida no aludido Verbete, é no sentido de que por mais anômala que seja a relação havida entre as partes não se pode conceber que haja prejuízo para o empregado que não teve condições de inserir cláusulas no contrato firmado entre as empresas como forma de resguardar os seus direitos.

Registre-se, por outro lado, que não há qualquer impedimento para que o juízo invoque o conhecimento em relação a outros processos com a mesma matéria como subsídio para a solução da lide. Ao revés, a invocação do conhecimento de outras causas é medida salutar e de rotina nos julgamentos.

Realizados esses esclarecimentos, entendo que a prova dos autos conduz à ilação da responsabilidade da recorrente visto que se beneficiou dos serviços do reclamante.

Consoante o Termo de Distrato de fls. 89/90, constata-se que a recorrente mantinha equipamentos de sua propriedade e de terceiros que

lhe foram confiados, inclusive matérias primas (fl. 89, item I), no parque industrial da 1ª reclamada, restando evidenciado que assumiu parte da sua unidade produtiva, não se limitando apenas a gerir os seus negócios, como tenta fazer crer em seu recurso.

Prova disso é a petição protocolada junto à Vara de Três Rios, na qual é apresentada proposta de solução para o usufruto judicial que não havia ainda surtido efeito em sua plenitude (fls. 93/98). Consta desse documento que a empresa ‘Trans – Sistemas de Transportes S.A., cuja apresentação encontra-se em anexo, documentos II e III, a qual se dispõe a prestar serviços de gerenciamento; participar das licitações, usando o parque industrial da Santa Matilde a viabilizar a obtenção de capital de giro que se fizer necessário, recebendo, em contrapartida, um percentual sobre o valor dos contratos, percentual que só será devido, na sua totalidade, se o resultado desses contratos, depois de pagas todas as despesas, for positivo’ (fl. 96).

Mais adiante, procurando demonstrar as vantagens do contrato, os subscritores da petição denominam tal avença de parceria (fl. 96, *in fine*), o que somado aos demais elementos probatórios serve para confirmar a condenação subsidiária da recorrente tendo em vista a assunção de parte da unidade produtiva da reclamada principal.

Além disso, conforme item 10 (I) do contrato de locação de serviços de gerenciamento e outras avenças (fl. 107), o plano de ação traçado, para se colocar em prática o contrato, compreendia o conjunto de perspectivas e metas para a atuação da recorrente, TªTrans e da 1ª reclamada, Santa Matilde, inclusive quanto ao ‘gerenciamento do sistema de pessoal e recursos humanos’ (fl. 107, *in fine*), além do gerenciamento da prospecção comercial, vendas, subcontratações, compras e negociações diversas de produtos e serviços afins.

Verifica-se ainda, conforme item 14.3 daquele contrato (fl. 109), que a administração financeira era procedida pela recorrente em conjunto com a reclamada, inclusive com a permissão de abertura de conta corrente para ‘movimentação de todo o numerário relacionado aos contratos e serviços por ela gerenciados’ (letra a), evidenciando que o multicitado contrato reservava à recorrente autonomia no gerenciamento da reclamada mediante a participação nos contratos celebrados (fls. 109/110).

Cumprе salientar que a cláusula que desonera a recorrente da responsabilidade pelo cumprimento de todas as obrigações para com os empregados (item VI, 18, letra e – fl. 112) não tem o condão de afastar a sua responsabilidade na esfera trabalhista, sendo apenas uma garantia para uma eventual ação regressiva entre as empresas. Tampouco afastam a responsabilidade da recorrente as disposições que regem o usufruto de imóvel ou empresa (arts. 716 e ss. do CPC), pois independente desse fato deve-se levar em consideração os benefícios auferidos pela recorrente.

## JURISPRUDÊNCIA

Desse modo, a documentação acostada aos autos leva à conclusão, como fez a Vara de origem, da responsabilização subsidiária da recorrente que, na condição de gerenciadora dos serviços da primeira reclamada, foi beneficiária do trabalho prestado.

Deve ser mantida a limitação da responsabilidade da recorrente a 07.03.2001, na forma fixada na sentença, considerando ser esta a data do término do contrato havido entre as reclamadas, conforme faz prova o termo de distrato de fls. 89/90.

Quanto à dobra de salários, esta não foi objeto da condenação (conclusão, fl. 71), não havendo, portanto, interesse em recorrer, remanescendo a responsabilidade da recorrente até a data fixada na sentença.

Diante do exposto, restando provado que a recorrente auferiu benefícios com a exploração da primeira reclamada bem como dos serviços de seus empregados, incluindo-se o reclamante, deve responder pelos haveres trabalhistas na forma prevista na decisão recorrida.

Nego provimento.”

Por todo o exposto, divisando contrariedade à Súmula 331, item IV, do TST, dou provimento ao agravo de instrumento, para dar processamento ao recurso de revista.

### RECURSO DE REVISTA

#### ADMISSIBILIDADE

Tempestivo o apelo (fls. 181 e 182) e regular a representação (fl. 10), estão preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

#### I CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS. LOCAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, IV, DO TST. CABIMENTO

##### *1.1 Conhecimento*

Reporto-me aos fundamentos lançados quando do julgamento do agravo de instrumento, para conhecer do recurso de revista por contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST.

##### *1.2 Mérito*

Sob os mesmos argumentos, havendo contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST, dou provimento ao recurso de revista para, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da recorrida, restabelecer a r. sentença.

Isto posto,

Acordam os Ministros da egrégia Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento, para restabelecer a r. sentença.

Brasília, 17 de maio de 2006. *Alberto Bresciani*, relator.

## **MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. PENHORA DE DINHEIRO**

*MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DEFINITIVA. PENHORA DE DINHEIRO EM CONTA BANCÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. RESPONSABILIZAÇÃO IMEDIATA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ILEGALIDADE*

*A imediata responsabilização da instituição financeira pelo valor total da execução promovida em face de terceira empresa, devido ao inadequado cumprimento da ordem judicial de bloqueio de valores via sistema Bacen-Jud, implica em violação a direito líquido e certo da impetrante, de não ter os seus bens expropriados sem a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Indevida a equiparação dos Bancos destinatários da ordem de penhora on-line a fiel depositário, por se tratar de mínus ao qual a lei exige formalidades específicas para a sua implementação. A própria jurisprudência reconhece a necessidade de aceitação expressa para a configuração do encargo. Portanto, a determinação de imediato depósito dos valores equivalentes à movimentação financeira verificada na conta bancária da executada, no período posterior ao dia do recebimento da ordem judicial, não encontra respaldo legal.*

*Recurso ordinário provido.*

*(Processo nº TST-ROMS-477/2004-000-15-00 – Ac. SBDI 2)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-477/2004-000-15-00.5, em que é Recorrente BANCO RURAL S.A., são Recorridos TÂNIA ELISA CUNHA GODOY DE SANTIS e outros e PHOENIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PISOS E REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA. e é Autoridade Coatora JUIZ TITULAR DA VARA DO TRABALHO DE RIO CLARO.

Banco Rural S.A. impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Exmo. Sr. Juiz da Vara do Trabalho de Rio Claro/SP, o qual, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.558-2001-010-15-00-7, em fase de execução definitiva, considerando ter havido desobediência a ordem judicial, determinou à

## JURISPRUDÊNCIA

impetrante a adoção de diversas providências, no prazo de cinco dias, sob pena de expedição de ofícios à Receita Federal, Ministério Público Federal, Secretaria da Fazenda Estadual e Corregedoria-Geral do Tribunal Superior do Trabalho, além da imposição de multa no importe de 20% do montante das execuções reunidas (fls. 24-26).

A inicial foi aditada à fl. 92 para retificar o valor atribuído à causa.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 96-103.

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 123 (anverso e verso).

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, por meio do venerando acórdão às fls. 154-167, concedeu parcialmente a segurança pleiteada.

Embargos declaratórios opostos pelo impetrante às fls. 169-173 e acolhidos às fls. 188-193 para prestar esclarecimentos.

Inconformado, recorre ordinariamente o impetrante (fls. 196-218), renovando os argumentos contidos na inicial.

O recurso ordinário foi admitido pelo despacho de fl. 219.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certificado à fl. 220.

A Procuradoria-Geral do Trabalho manifestou-se pelo conhecimento e não-provimento do apelo (fls. 226-228).

É o relatório.

## VOTO

### I – CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário, uma vez que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

### II – MÉRITO

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança impetrado por Banco Rural S.A., em face do ato do Exmo. Sr. Juiz da Vara do Trabalho de Rio Claro/SP, o qual, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.558-2001-010-15-00-7, em fase de execução definitiva, considerando ter havido desobediência a ordem judicial, determinou à impetrante a adoção de diversas providências, no prazo de cinco dias, sob pena de expedição de ofícios à Receita Federal, Ministério Público Federal, Secretaria da Fazenda Estadual e Corregedoria-Geral do TST, além da imposição de multa no importe de 20% do montante das execuções reunidas (fls. 24-26). Eis o teor parcial de referida decisão, *verbis*:

“Como já dito, o Banco Rural S.A. interpretou a ordem judicial sob sua ótica e conseqüentemente arcou com o ônus dessa atitude.

## JURISPRUDÊNCIA

A atitude do Banco Rural S.A. em comunicar apenas o saldo existente no dia da solicitação a ocultação de outras contas e a não-informação nos vários outros processos contra a executada ocasionou grave prejuízo aos exequentes dos vários processos em trâmite por esta Vara do Trabalho, reunidos nos autos 779/00, cujo montante de todas execuções importa em R\$ 646.521,80, valores atualizados até 31.03.2004. Saliente-se, diante da dificuldade de se encontrar numerários suficiente para efetiva liquidação do débito da executada nos vários processos que nos autos 779/00 já foi determinada a realização de perícia para verificação das movimentações financeiras e quais bancos movimentam as contas da executada.

Diante de todo o exposto e da reunião dos autos supramencionado, determino:

1º) que o Banco Rural S.A. proceda, em cinco dias improrrogáveis, a juntada aos autos dos extratos da conta 05.00126-5, do período de 24.11.2003 até a presente data (12.03.2004);

2º) que efetue o depósito de todos os valores creditados na conta no período mencionado perante a Caixa Econômica Federal, agência 0675, Rio Claro, no mesmo prazo;

3º) que efetue também em cinco dias o importe de R\$ 500.598,90 referente aos créditos efetuados no período de 19.05.2003 a 23.11.2003, valor este indevidamente liberado da conta da executada sem a ordem judicial de desbloqueio;

4º) que informe ao Juízo, em cinco dias, as demais contas da executada independente de ser ou não titular, fazendo, também a juntada aos autos, de todos os extratos no período de 19.05.2003 a 12.03.2004;

5º) que o Banco Rural S.A. efetue, ainda, o depósito de 9.809,59 a título de multa, nos termos do art. 14, parágrafo único, do CPC, calculada sobre 20% do valor da condenação nestes autos em cinco dias.

Fica desde já esclarecido que o não-atendimento da presente determinação, em sua plenitude em sem outras interpretações, acarretará na expedição de ofícios aos seguintes órgãos: Receita Federal, Ministério Público Federal, Secretaria da Fazenda Estadual e Corregedoria Geral do TST, sem prejuízo da aplicação de nova multa de 20%, desta feita, sobre o montante das execuções reunidas.” (fls. 25-26)

O impetrante alega ser abusivo e ilegal o ato atacado, além de ter havido violação a direito líquido e certo seu. Diz que não pode ser obrigada a fazer os depósitos exigidos pela autoridade apontada como coatora por não ser parte no processo originário. Aduz que a ordem de bloqueio expedida pelo juízo da execução não fazia referência a créditos futuros, razão pela qual efetuou o bloqueio apenas do saldo existente na conta da executada no dia do recebimento da ordem, sendo ao menos razoável tal interpretação. Acrescenta que deu cumprimento à determinação judicial quanto à conta corrente de livre movimentação da executada (nº 06.000126-5), não sendo o caso da conta garantida (nº 98.000140-2), a qual representa um

crédito à disposição da sua cliente, denominada “Adiantamentos a Depositantes”, com vista a cobrir saldos devedores em contas de depósitos à vista, a ser utilizado com a característica de cobertura no mesmo dia de sua ocorrência. Ressalta não ter havido descumprimento de decisão judicial pelo fato de que todos os créditos efetuados na conta corrente da executada foram provenientes da mencionada conta garantida, portanto, decorreu de empréstimos concedidos pelo impetrante. Segundo alega, “a determinação judicial questionada, proferida sem forma e sem figura de processo, atingido diretamente a impetrante, em seus direitos e em seu patrimônio, sem maiores delongas, *inobserva* o art. 5º, incisos II, LIV e LV, da Constituição Federal, notadamente no que se refere ao princípio constitucional do devido processo legal; *inobserva* o art. 2º do CPC que compreende o princípio dispositivo (*ne procedat iudex ex officio*); e também implica em *abuso* de poder, pois configura desmando da autoridade impetrada no exercício do seu poder de potestade, ou seja, de impor não a sua vontade, mas a vontade da lei, d.v.” (fl. 8). Alega que eventual descumprimento da ordem judicial ensejaria apenas, em tese, a prática de crime de desobediência, a ser apurado nos termos da norma de regência, mas não os efeitos patrimoniais determinados pela autoridade apontada como coatora. Assinala ser ilegal a imposição de multa com fulcro no art. 14 do CPC, ao fundamento de não ter sido parte ou participado do processo, sob qualquer forma, conforme exigido pelo preceito legal em comento. Ao final, requer a concessão da segurança para cassar o ato impugnado ou, sucessivamente, limitar o depósito à quantia de R\$ 93.026,40 (noventa e três mil e vinte e seis reais e quarenta centavos), referente à ordem de bloqueio exarada nos autos do Processo nº 1.558/2001, que indica apenas este valor, bem como a proibição da imposição de nova multa.

O Tribunal Regional concedeu parcialmente a segurança pleiteada, apenas no tocante à base de cálculo da multa imposta, bem como quanto ao momento da sua exigibilidade. Sintetizou seu entendimento na ementa de fls. 154-156, *verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM JUDICIAL DE BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE – DESCUMPRIMENTO – RESPONSABILIZAÇÃO IMEDIATA DO BANCO DEPOSITÁRIO – *COMTEMPT OF COURT* – REPOSIÇÃO DA SITUAÇÃO ANTERIOR – APLICAÇÃO DOS ARTS. 14 E 461 DO CPC – MULTA – BASE DE CÁLCULO ERRADA – EXECUÇÃO IMEDIATA INDEVIDA

‘É inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões tomadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução dos litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar a sua existência’ (Profª Ada Pellegrini Grinover), enfim, do próprio Estado de Direito, que detém o monopólio da jurisdição. Nessa linha de raciocínio, se emitida ordem judicial de bloqueio de conta corrente e o banco depositário, por culpa ou dolo de seus propositos, não vem a cumpri-la, há de ser responsabilizado de plano, podendo o juiz praticar atos que

reponham a situação anterior e que assegurem o resultado prático equivalente ao do cumprimento da ordem de apreensão do numerário, impondo ao banco o depósito do valor correspondente. Não se pode admitir a existência de um certo tipo de conta corrente, mesmo que ‘garantida’, que funciona para todos os efeitos comerciais (descontos, cobranças, empréstimos Tc), mas que estaria imune à atuação jurisdicional, sem a possibilidade de penhora, ou seja, só estaria ‘vacinada’ contra a Justiça ou outros credores. A esta conclusão se chega por interpretação sistemática dos arts. 14 e 461 do CPC e dos demais princípios de direito. Os deveres de lealdade, de boa-fé e de colaboração com a autoridade judiciária dirigem-se não só às partes do processo, mas a todos que, de qualquer forma, dele participam. Espera-se de qualquer instituição bancária, que atua no mercado financeiro com autorização federal (art. 192 da CF) que aja como auxiliar da Justiça, sendo-lhe vedada a prática de atos que frustrem, na prática, a atuação da jurisdição. A multa prevista no parágrafo único art. 14 do CPC, todavia, por expressa previsão legal, é calculada sobre o valor da causa e não da condenação, só podendo ser cobrada depois de inscrita como dívida da União ou do Estado.

Ação julgada parcialmente procedente.”

Em suas razões de recurso ordinário (fls. 228-240), a impetrante renova os argumentos já expendidos na exordial. Pretende a concessão integral da segurança requerida.

Para uma melhor compreensão da controvérsia, faz-se necessário um breve relato dos fatos.

A autoridade apontada como coatora fez uso do sistema Bacen-Jud a fim de efetuar penhora de numerário existente em conta bancária da Executada Phoenix Ind. Com. Importação e Exportação de Pisos e Revestimentos Cerâmicos Ltda. para a quitação do crédito dos então exequêntes Tânia Elisa Cunha Godoy de Santis e outros, no montante de R\$ 93.026,40 (noventa e três mil e vinte e seis reais e quarenta centavos), por se tratar de execução definitiva processada nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1.558-2001-010-15-00-7. A agência do impetrante situado no Município de Piracicaba (SP) recebeu a ordem judicial no dia 20.05.2003 e realizou o bloqueio de R\$ 633,89 (seiscentos e trinta e três reais e oitenta e nove centavos). Em 04.11.2003, o juízo da execução expediu ofício à agência do impetrante já mencionada, solicitando o envio dos extratos da conta corrente a partir de 09.05.2003 (fl. 39). Atendida a solicitação, a autoridade coatora verificou a ocorrência de movimentação financeira no valor de R\$ 501.332,77 (quinhentos e um mil e trezentos e trinta e dois reais e setenta e sete centavos) e a existência de outra conta em nome da então reclamada, o que a levou a solicitar esclarecimentos ao impetrante (fl. 43). O impetrante respondeu ao juízo alegando que a determinação de bloqueio não foi expressa no sentido de se atingir eventuais créditos futuros, razão pela qual efetuou a retenção apenas do saldo existente no dia do recebimento da ordem. A autoridade coatora, entendendo ter havido descumprimento de ordem judicial por parte do impetrante, a quem não competia interpretar mencionada ordem, exarou a decisão impugnada por meio desta ação mandamental, anteriormente já transcrita.

## JURISPRUDÊNCIA

Constata-se, pois, que a hipótese dos autos diz respeito à imediata responsabilização da instituição bancária pelo valor da execução apurado em reclamação trabalhista envolvendo terceiras pessoas, em face do não-cumprimento integral da ordem de bloqueio judicial determinada por meio do sistema “Bacen-Jud”. Referida responsabilização teve como limite o montante da movimentação financeira ocorrida nas contas bancárias da então executada, ocorridas nos dias seguintes ao do recebimento da ordem judicial pela agência do impetrante.

Em que pese ao brilhantismo do teor do acórdão ora recorrido e à preocupação em se dar efetividade ao título executivo judicial demonstrado pelo Colegiado de origem, bem como pela autoridade apontada como coatora, não se pode olvidar as garantias fundamentais albergadas pela Constituição Federal em vigor, notadamente no tocante à legalidade, ao devido processo legal e à ampla defesa (art. 5º, incisos II, LIV e LV).

Sem mesmo imputar ao impetrante a autoria do crime de desobediência à ordem judicial, não obstante a existência de fortes indícios nesse sentido, o que sequer é possível na cognição de segurança, a qual não comporta ampla dilação probatória, o certo é que a responsabilização imediata do agente financeiro quanto ao montante da execução de processo do qual não é parte não encontra respaldo legal.

O disposto no art. 461 do CPC é de aplicação restrita às ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Assim, o seu alcance limita-se às próprias partes do processo, a quem compete o cumprimento da obrigação pleiteada. Também não cabe aplicação analógica para enquadrar o ora impetrante como fiel depositário. Trata-se de encargo para o qual a lei exige formalidade específica para a sua consumação, devendo constar de forma expressa no auto de penhora, além da necessidade do termo de compromisso, o que não ocorreu na hipótese em apreço. Ademais, a própria jurisprudência considera necessária a concordância expressa do nomeado, como condição para a materialização do depósito, conforme entendimentos consubstanciados na Orientação Jurisprudencial nº 89 da SBDI-2 do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

“*HABEAS CORPUS* – DEPOSITÁRIO – TERMO DE DEPÓSITO NÃO ASSINADO PELO PACIENTE – NECESSIDADE DE ACEITAÇÃO DO ENCARGO – IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL – INSERIDA EM 27.05.2002

A investidura no encargo de depositário depende da aceitação do nomeado que deve assinar termo de compromisso no auto de penhora, sem o que é inadmissível a restrição de seu direito de liberdade.”

No mesmo sentido são as Súmulas 304 e 319 do Superior Tribunal de Justiça, cujos teores são os seguintes, respectivamente:

“É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial.”

“O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado.”

## JURISPRUDÊNCIA

Constatado que a agência bancária deixou de dar o adequado cumprimento à determinação judicial, o que inclusive pode configurar fraude à execução, compete ao juízo comunicar o fato ao Ministério Público Federal, bem como à Corregedoria Regional e à Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 63 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cujo teor é reprodução do art. 4º do Provimento nº 1/2003 da CGJT, vigente à época dos fatos.

Ademais, se os então reclamantes sofrerem prejuízos em razão da atitude do ora impetrante, compete a eles requererem a reparação de danos no juízo competente, sem prejuízos das sanções penais e administrativas a serem aplicadas.

Portanto, revela-se ilegal o ato impugnado ao exigir o imediato depósito dos valores referidos nos itens 2 e 3.

Tendo em vista a concessão da segurança no tocante ao principal – responsabilização imediata do banco –, na forma acima exposta, bem como o quanto decidido pelo regional ao condicionar a adequação da multa do parágrafo único do art. 14 à subsistência da causa – contra o qual não houve recurso por parte dos litisconsortes passivos – resta indevido também o depósito relativo à referida multa, até mesmo por uma injunção lógica da decisão aqui tomada.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário e concedo a segurança pleiteada para cassar a ordem de depósitos de valores constante dos itens 2 e 3 do ato impugnado, bem como da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário e conceder a segurança pleiteada para cassar a ordem de depósitos de valores constante dos itens 2 e 3 do ato impugnado, bem como da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC.

Brasília, 13 de junho de 2006. *Emmanoel Pereira*, relator.

## MOTORISTA. JORNADA EXTERNA

*MOTORISTA COM JORNADA EXTERNA. ENQUADRAMENTO, MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA, NO ART. 62, INCISO I, DA CLT, PARA OS QUE EXECUTAM O SEU TRABALHO EM DISTÂNCIA SUPERIOR A 30 QUILOMETROS DA SEDE OU DA FILIAL DA EMPRESA. VALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, INCISO XXVI DA CONSTITUIÇÃO. I – Os interessados, mediante negociação coletiva, entabulada em instrumento normativo, não deixaram acertado que todos os motoristas se enquadrariam na excludente do art. 62, I, da CLT, mas apenas aqueles que trabalhassem em distância superior ao raio de 30 quilômetros da sede ou da filial, estando*

## JURISPRUDÊNCIA

*ai subentendida a intenção comum e soberana de os interessados prevenirem a ocorrência de futuros litígios, pelo que o ajuste encontra ressonância no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição. II – É preciso prestigiar e valorizar a negociação coletiva assentada na boa-fé, como forma de incentivo à composição dos conflitos pelos próprios interessados. III – Condições de trabalho e de salário livremente ajustadas, com o objetivo de dissipar razoável dívida quanto ao alcance de determinada norma, devem ser prestigiadas, sob pena de desestímulo à aplicação dos instrumentos convencionais, hoje alçados a nível constitucional (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal). IV – Impossível conflitar o princípio da norma mais favorável ao trabalhador com item isolado do referido acordo, tendo em vista que este deve ser observado na sua totalidade, na esteira do princípio do conglobamento, segundo o qual as normas coletivas não devem ser observadas isoladamente, visto que, mediante concessões recíprocas, a categoria profissional cede vantagens asseguradas aos empregados em troca da obtenção de outros benefícios, sendo vedado aplicar, entre as disposições acordadas, apenas o que for mais benéfico aos trabalhadores. V – Destaque-se situação similar de previsão coletiva fixando a limitação do pagamento do tempo in itinere, independentemente do tempo efetivamente gasto no transporte, cuja higidez jurídica tem sido reiterada e sistematicamente consagrada pela jurisprudência desta Corte, a cavaleiro do princípio da autonomia da vontade coletiva privada, prevista no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, sem que se vislumbre nesta pactuação, tanto quanto naquela em que se acertou o enquadramento dos motoristas no art. 62, inciso I, da CLT, se o trabalho for executado em distância superior a 30 quilômetros da sede ou da filial, qualquer ofensa a preceito de ordem pública. Recurso provido.*

*(Processo nº TST-RR-1.574/2003-043-03-00 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1574/2003-043-03-00.8, em que é Recorrente ALEBISA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e são Recorridos DORIVALDO DE MENDONÇA e UBERLÂNDIA REFRESCOS S.A.

O Tribunal do Trabalho da 3ª Região, por meio do acórdão de fls. 971/977, deu provimento parcial ao recurso do reclamante.

Alebisa Empreendimentos e Participações Ltda. interpõe recurso de revista às fls. 979/990, com amparo nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT.

A revista foi admitida pelo despacho de fls. 1003.

Contra-razões não apresentadas.

O Ministério Público do Trabalho não foi consultado.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

*1.1 Horas extras. Motorista rodoviário. Transação celebrada em acordo coletivo*

A reclamada pretende seja reconhecido o instrumento coletivo em que se pactuou a inexistência de controle de jornada de trabalho ao trabalhador que exercesse sua atividade em um raio superior a trinta quilômetros do município da sede ou filial onde foram contratados. Aponta violação ao art. 7º, XXVI, da Carta Magna e traz arrestos para confronto.

Consignou o acórdão recorrido às fls. 974/976:

“*In casu*, restou patente, à sociedade, que a reclamada controlava a jornada laboral do reclamante. E o fazia através do disco de tacógrafo (fls. 527/543).

No sentir deste Juiz Relator, já exteriorizada em diversas oportunidades, o disco de tacógrafo, além de sua obrigatoriedade nos veículos, por força de lei, é o meio mais hábil, rigoroso, prático e seguro de comprovação da verdadeira jornada de trabalho do motorista. É o melhor cartão de ponto – apesar do disposto na Orientação Jurisprudencial nº 332, da SDI-1 do colendo TST, que não se acolhe – em termos de credibilidade, pois registra as paradas, a velocidade, o tempo de viagem, o horário de início e fim dela, as distâncias percorridas, os intervalos etc. Significa que basta a existência do referido equipamento, no veículo, para o trabalhador ter sua jornada controlada.

[...]

Noutras palavras, os aludidos instrumentos controlam não só o motorista na condução do veículo, em seu aspecto técnico, mas também no tocante ao tempo despendido.

Portanto, não é a falta de controle de jornada que enquadra o empregado na exceção do inciso I do art. 62 da CLT, mas, sim, a impossibilidade de realizá-lo. E, no caso vertente, o controle existiu por meio de disco de tacógrafo, repete-se. Daí a inaplicabilidade da norma citada.

Ademais, é indubitoso que havia prazo estabelecido para entrega das mercadorias, além de previsão para as viagens, inexistindo liberdade, por parte do reclamante, para estabelecer, a seu modo, sua jornada de trabalho.

É que a reclamada tinha interesse de que o prazo estipulado para a entrega das mercadorias fosse cumprido, em face de sua atividade-fim. Se

ela não ocorresse em tempo hábil, comprometeria o empreendimento, na medida em que poderia perder clientes.

[...]

É bom que se diga que, em depoimento pessoal, o reclamante disse que, na estrada, sua jornada de trabalho era controlada pelo disco de tacógrafo (fl. 937). Não existe, portanto, outra interpretação mais consentânea para o que afirmou naquele ensejo.

Quanto à previsão, em cláusula de instrumento normativo, de que o empregado se enquadra na excludente do art. 62, inciso I, da CLT, quando labora em distância superior ao raio de 30 quilômetros da sede ou da filial, ela é nula, porque CCT não tem competência para impedir que o empregado ou ex-empregado – com jornada externa controlada – faça prova de que tem direito a horas extras, ainda que trabalhe ou trabalhou a determinada distância da sede ou da filial. Em suma, ela retira do empregado o direito de ação, consagrado na Constituição do Brasil.”

Desse trecho do acórdão recorrido percebe-se que os interessados, mediante negociação coletiva, entabulada em instrumento normativo, não deixaram acertado que todos os motoristas se enquadrariam na excludente do art. 62, I, da CLT, mas apenas aqueles que trabalhassem em distância superior ao raio de 30 quilômetros da sede ou da filial, estando aí subentendida a intenção comum e soberana de os interessados prevenirem a ocorrência de futuros litígios, pelo que o ajuste encontra ressonância no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição.

Com efeito, é preciso prestigiar e valorizar a negociação coletiva assentada na boa-fé, como forma de incentivo à composição dos conflitos pelos próprios interessados. Condições de trabalho e de salário livremente ajustadas, com o objetivo de dissipar razoável dúvida quanto ao alcance de determinada norma, devem ser prestigiadas, sob pena de desestímulo à aplicação dos instrumentos convencionais, hoje alçados a nível constitucional (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal).

Ao mesmo tempo, é impossível conflitar o princípio da norma mais favorável ao trabalhador com item isolado do referido acordo, tendo em vista que este deve ser observado na sua totalidade, na esteira do princípio do conglobamento, segundo o qual as normas coletivas não devem ser observadas isoladamente, visto que, mediante concessões recíprocas, a categoria profissional cede vantagens asseguradas aos empregados em troca da obtenção de outros benefícios, sendo vedado aplicar, entre as disposições acordadas, apenas o que for mais benéfico aos trabalhadores.

Destaque-se situação similar de previsão coletiva fixando a limitação do pagamento do tempo *in itinere*, independentemente do tempo efetivamente gasto no transporte, cuja higidez jurídica tem sido reiterada e sistematicamente consagrada pela jurisprudência desta Corte, a cavaleiro do princípio da autonomia da vontade coletiva privada, prevista no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, sem que se vislumbre nesta pactuação, tanto quanto naquela em que se acertou o enquadramento dos motoristas no art. 62, inciso I, da CLT, se o trabalho for executado em distância

superior a 30 quilômetros da sede ou da filial, qualquer ofensa a preceito de ordem pública.

Do exposto, conheço do recurso, por violação ao art. 7º, XXVI, da Carta Magna, e desde já o provejo para julgar improcedente a ação.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso em relação às “Horas Extras. Motorista Rodoviário. Transação Celebrada em Acordo Coletivo”, por violação ao art. 7º, XXVI, da Carta Magna, e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente a ação, com inversão dos ônus da sucumbência, ficando o reclamante isento.

Brasília, 21 de junho de 2006. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

## **NULIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

*NULIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLICITAÇÃO DO DISPOSITIVO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA CONDENAÇÃO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. A decisão complementar prolatada nos embargos de declaração interpostos pela reclamada que, sem a provocação da parte recorrente, explicita o dispositivo da sentença para fixar os limites da condenação ao pagamento das parcelas de 13º salário proporcional e do terço constitucional sobre as férias, mas não provoca agravamento da condenação, não afronta a literalidade das normas legais apontadas como malferidas. Recurso de revista não conhecido.*

*13º SALÁRIO. PROVA DO PAGAMENTO. AUSÊNCIA. AVISO PRÉVIO. ABANDONO DO EMPREGO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. QUESTÕES DIRIMIDAS À LUZ DA PROVA. SÚMULA Nº 126 DO TST. O Tribunal Regional dirimiu a controvérsia à luz da prova dos autos, asseverando que não houve confissão da reclamante quanto à percepção das parcelas de 13º salário, tampouco prova do pagamento pela reclamada, bem como da ausência de comprovação do alegado abandono do emprego pela reclamante. Sendo assim, o recurso de revista encontra obstáculo intransponível na Súmula nº 126 do TST, porquanto para albergar entendimento em sentido contrário ao do Regional necessário se faria o revolvimento de matéria fático-probatória. Recurso de revista não conhecido.*

*EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS. DURAÇÃO. O recurso de revista não comporta admissão com lastro na alegada afronta aos arts. 3º da Lei nº 5.859/1972 e 6º do Decreto nº 71.885/1973, que disciplinam a duração do período de férias do empregado doméstico. Com efeito, a legislação que disciplina as férias do empregado doméstico, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se revelado precária e obsoleta, de modo a*

*não mais encontrar respaldo na ordem constitucional inaugurada em 05.10.1988, porquanto não se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, tampouco com a finalidade social do instituto. De outro lado, o trabalho doméstico submete o empregado aos mesmos desgastes infligidos aos demais trabalhadores, não se revelando justo que o doméstico desfrute período de férias diferenciado e mais reduzido. Ressalte-se, ademais, que arestos procedentes de Turmas do TST ou que não enfrentam o fundamento da decisão recorrida não impulsionam o apelo, em razão do disposto no art. 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho e na Súmula nº 296, I, do TST. Recurso de revista não conhecido.*

*VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. O recurso de revista, quanto ao tema, não se sustenta pela indigitada afronta ao art. 282, IV, do Código de Processo Civil, único fundamento do apelo, nesse aspecto. Com efeito, dispõe a referida norma que: “Art. 282. A petição inicial conterà: [...] IV – O pedido, com as suas especificações”. A norma em foco é genérica e não comporta exegese no sentido de que seja obrigatória ao reclamante, que ingressa na Justiça do Trabalho pleiteando verbas de natureza salarial, a formulação de pedido expresso de reconhecimento de vínculo de emprego. Recurso de revista não conhecido.*

*HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. FALTA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. DESCABIMENTO. Mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, permanece válida a determinação contida no art. 14 da Lei nº 5.584/1970 de que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho não decorre pura e simplesmente da sucumbência, dependendo da composição dos requisitos da assistência sindical cumulativamente com o recebimento de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou da carência econômica do empregado, consoante disposto nas Súmulas de nºs 219 e 329 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-637.060/2000 – Ac. 1ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-637.060/2000.9, em que é recorrente IRENE DOS ANJOS BRITO TENÓRIO e recorrida EVA DA CONCEIÇÃO SANTOS.

O Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região rejeitou a preliminar de nulidade da sentença e negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, mantendo a decisão de primeiro grau quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício, ao 13º salário, às férias simples e proporcionais, ao aviso prévio e aos honorários advocatícios (fls. 65-68).

Os embargos de declaração interpostos pela reclamada foram acolhidos parcialmente pelo Tribunal Regional, para esclarecer que as férias do empregado doméstico são de trinta dias, a partir de 05.10.1988 (fls. 85-88).

## JURISPRUDÊNCIA

Inconformada, a reclamada interpõe o presente recurso de revista, com lastro em violação de dispositivos de lei, em contrariedade a súmulas do TST e em divergência jurisprudencial, pretendendo a reforma do julgado quanto aos temas relativos à nulidade da sentença, ao 13º salário, às férias, ao reconhecimento do vínculo de emprego, ao aviso prévio e aos honorários advocatícios (fls. 93-103).

Admitido o recurso por força do provimento dado ao agravo de instrumento em apenso, por decisão da lavra do Juiz Convocado Fernando Eizo Ono, não foram apresentadas contra-razões, dispensando-se a remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, à mingua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

### VOTO

#### I – CONHECIMENTO

##### *1 Pressupostos genéricos*

O recurso é tempestivo, ostenta representação regular e se encontra devidamente preparado, com custas recolhidas e o depósito recursal efetuado no valor total arbitrado à condenação.

##### *2 Pressupostos específicos*

###### 2.1 Nulidade da sentença

A Corte *a quo* rejeitou a preliminar de nulidade da sentença, consignando a seguinte fundamentação:

“Argüi a nulidade da sentença porque no julgamento dos embargos declaratórios acrescentou-se à condenação as parcelas de aviso prévio, 13º salário e o terço constitucional.

Sem razão o recorrente, pois as parcelas mencionadas constam no dispositivo da sentença primária (fl. 24).

Rejeita-se, portanto, a preliminar porque não houve agravamento da condenação.” (fl. 66)

Em seu recurso de revista, lastreado em violação dos arts. 2º, 128, 282, IV, 460, 463, 473, 485, IX, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho e em divergência jurisprudencial, a reclamada sustenta que o Juízo de primeiro grau teria modificado a sentença quando determinou a inclusão do tempo do aviso prévio no cômputo do 13º salário proporcional e acresceu à condenação o terço constitucional sobre as férias sem que houvesse pedido da reclamada nos embargos de declaração. Pontua, ainda, que a decisão prolatada nos embargos de declaração teria malferido a coisa julgada

e que teria havido julgamento *ultra petita*, uma vez que as parcelas referentes ao cômputo do período do aviso prévio no 13º salário proporcional e o terço constitucional sobre as férias quitadas não teriam sido formulados na petição inicial (fls. 94-96).

O recurso de revista não enseja admissibilidade, uma vez que não houve modificação da condenação por meio dos embargos de declaração interpostos da sentença. O que ali se vislumbra é simplesmente um esclarecimento da condenação.

Com efeito, dispõe a decisão primitiva do Juízo de primeiro grau, *verbis*:

“Condenar a reclamada a pagar à reclamante as seguintes parcelas, elencadas no pedido de fls. 03: aviso prévio, multa, 13º salário (parcelas que não foram atingidas pela prescrição, a partir de 10.04.1992), férias proporcionais (03/12), 1/3 de férias, segundo a CF, e ‘férias vencidas’.” (fl. 24)

Na decisão proferida nos embargos de declaração interpostos pela reclamada, o Juízo de primeiro grau conferiu efeito modificativo ao julgado para excluir da condenação a multa, fixando assim a sentença condenatória:

“Julgar procedente, em parte, a reclamação, para condenar a reclamada a pagar à reclamante as seguintes parcelas, elencadas no pedido de fls. 03: aviso prévio, 13º salário (parcelas que não foram atingidas pela prescrição, a partir de 18.04.1992, ou sejam, 8/12 de 1992, 12/12 de 1993, 12/12 de 1994, 12/12 de 1995, 12/12 de 1996 e 3/12 de 1997 – inclua-se o tempo de aviso à forma do art. 487, § 1º, CLT), férias proporcionais 3/12, ‘férias vencidas’ (correspondente a um período de férias simples) e o terço constitucional sobre todas as parcelas de férias.” (fl. 29)

Como se infere dos excertos reproduzidos, não houve modificação da condenação. A inclusão do período do aviso prévio no cômputo do 13º proporcional não acarretou acréscimo da condenação. Tal período seria computado para o cálculo da parcela ainda que não constasse expressamente na sentença. A alegação da reclamada no sentido de que teria havido condenação inicial em 1/12 de 13º salário proporcional, alterada pela decisão dos embargos de declaração para 3/12, não se verifica.

Com relação à condenação da reclamada ao pagamento do terço constitucional sobre todas as parcelas de férias, o que se constata na decisão complementar à fl. 29 é uma explicitação e não uma ampliação da decisão proferida à fl. 24, referente ao “1/3 de férias, segundo a CF”, que não fixou nenhuma limitação. Incólumes, portanto, os arts. 2º, 282, IV, 463, 473, 485, IX, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

De outro lado, a alegação de julgamento *ultra petita* mostra-se infundada, uma vez que a reclamante formulou pedido de 13º salário sem fixar qualquer limitação quanto às parcelas do 13º proporcional do ano de 1997 que lhe seriam devidas. Assim, a condenação ateu-se aos limites do pedido, observado o lapso temporal efetivamente trabalhado pela reclamante e a projeção do período do aviso prévio, nos moldes do art. 487, § 1º, da CLT, cabendo ao julgador subsumir da

## JURISPRUDÊNCIA

descrição dos fatos o direito aplicável, segundo a máxima *da mihi factum, dabo tibi jus* (dê-me os fatos e dar-te-ei o direito).

Não há, outrossim, extrapolação aos limites do pedido relativo ao terço constitucional sobre as férias, formulado expressamente nas fls. 2-3 da petição inicial, razão pela qual não se sustenta o alegado julgamento *ultra petita* nesse aspecto. Ausente a invocada afronta aos arts. 128 e 460 do CPC e divergência com o aresto colacionado.

Não conheço do recurso de revista.

### 2.2 13º Salário

O Tribunal Regional reputou devidas as parcelas de 13º salário, sob o fundamento de que a reclamada não comprovou o alegado pagamento (fl. 67).

Na decisão complementar proferida à fl. 87, pontuou: “Totalmente descabida a alegação de que houve confissão acerca do pagamento da citada parcela. Salvo confissão da parte beneficiada, que não houve, pagamento de salário requer prova documental”.

Em seu recurso de revista, calcado em violação dos arts. 818 da CLT e 334, II, do CPC, a reclamada alega que a reclamante teria sido confessa quanto ao recebimento das parcelas de 13º salário e que as provas testemunhais coligidas nos autos também atestariam o seu pagamento (fls. 97 e 101-102).

O recurso de revista não alcança admissão, uma vez que para albergar entendimento em sentido contrário ao da Corte regional necessário se faria o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado nessa fase recursal em face do obstáculo intransponível da Súmula nº 126 do TST.

Não conheço do recurso de revista.

### 2.3 Empregado doméstico. Férias. Duração

A Corte regional asseverou que, a partir de 05.10.1988, as férias do empregado doméstico passaram a ser regidas pelas normas estabelecidas na CLT, com duração de 30 dias, não sendo mais regidas pela Lei nº 5.859/1972, em face do disposto no art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal (fl. 87).

Em seu recurso de revista, calcado em violação dos arts. 5º, II, da Constituição da República, 3º da Lei nº 5.859/1972 e 6º do Decreto nº 71.885/1973 e em divergência jurisprudencial, a reclamada alega que as férias do empregado doméstico têm duração de 20 dias (fls. 97-100).

O recurso de revista, nesse tópico, não merece conhecimento, porquanto os arestos procedentes de Turmas do TST não impulsionam o apelo, em razão do disposto no art. 896, *a*, da CLT. Por sua vez, o paradigma oriundo do TRT da 3ª Região (fl. 99) não cuida de período de férias do doméstico, mas da caracterização do empregado como doméstico. Incidência da Súmula nº 296, I, do TST.

## JURISPRUDÊNCIA

Os arts. 3º da Lei nº 5.859/1972 e 6º do Decreto nº 71.885/1973, que disciplinam a duração do período de férias do empregado doméstico, não empolgam o recurso de revista.

Com efeito, a legislação que disciplina as férias do empregado doméstico já não mais encontra respaldo na ordem constitucional inaugurada em 05.10.1988, porquanto não se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, tampouco com a finalidade social do instituto. O precedente da Corte adiante transcrito, embora não cuide da questão alusiva à duração das férias do doméstico, ilustra muito bem tal raciocínio:

“FÉRIAS – DOBRA – EMPREGADO DOMÉSTICO – ARTS. 7º, XVII, E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CF, 137 DA CLT E 2º DO DECRETO Nº 71.885/1973, QUE REGULAMEN TOU A LEI Nº 5.859/1982 – DIREITO DE TODO EMPREGADO AO DESCANSO ANUAL – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA – PUNIÇÃO AO EMPREGADOR DOMÉSTICO FALTOSO – 1. A Constituição Federal assegurou ao empregado doméstico o direito às férias nas mesmas condições dos demais empregados, sem fazer nenhuma restrição, consoante preconizado no art. 7º, XVII, e parágrafo único. Por sua vez, o Decreto nº 71.885/1973, que regulamentou a Lei nº 5.859/1973, determinou a aplicação à categoria dos empregados domésticos o capítulo celetista referente às férias. Nessa linha, aplicam-se ao empregado doméstico as férias em dobro previstas no art. 137 da CLT. 2. Outrossim, em razão dos objetivos relevantes das férias, de preservar a saúde e a segurança do trabalhador e de permitir a sua inserção familiar, comunitária e política (cf. Maurício Godinho Delgado) e até mesmo em atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), cabe ao empregador doméstico, que frustra o seu empregado do sagrado e imprescindível descanso anual, a sanção imposta pelo ordenamento jurídico pátrio. 3. Releva notar ainda que o juiz aplicará a lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigência do bem comum (LICC, art. 5º). O Empregado-reconvinte, portanto, tem direito às férias dobradas, como pleiteado na ação reconvencional. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.” (TST-RR-321/2002-056-01-00, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, DJU 24.06.2005)

Como bem enfatizou o Ministro João Oreste Dalazen, relatando o feito referente ao Processo TST-RR-462.641/98, publicado no DJU de 26.03.2004, a dizer que “a Lei nº 5.859/1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico, sabidamente tem-se revelado uma norma precária e obsoleta, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a assegurar direitos a essa categoria profissional ali não expressamente garantidos”. Todavia, no Direito do Trabalho, a meu juízo, não pode e não deve o órgão jurisdicional ceder à sedutora e simplista interpretação literal e silogística da norma, cumprindo-lhe, sobretudo, tomar em consideração os valores tutelados pela norma e aplicá-la levando em conta os fins sociais a que ela se dirige (LICC, art. 5º).

De outro lado, o trabalho doméstico submete o empregado aos mesmos desgastes infligidos aos demais trabalhadores, não se revelando justo que o doméstico desfrute período de férias diferenciado e mais reduzido.

Ressalte-se, ademais, que, para se concluir pela ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, seria necessário verificar prévia violação das normas infraconstitucionais que regem a matéria. Nessa linha, o malferimento ao comando constitucional dar-se-ia por via reflexa, como asseverado na Súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal, o que não se coaduna com a exigência do art. 896, *c*, da CLT.

Não conheço do recurso de revista.

### 2.4 Vínculo empregatício

A Corte Regional concluiu, acerca da relação de emprego, ser “incontroverso, nos autos, a configuração do vínculo empregatício” e que a “reclamada, em seu depoimento (fl. 12), disse que pagava salários e nas razões de recurso (fl. 35) narra fatos alusivos à relação de emprego que se enquadram no art. 1º da Lei nº 5.559/1972” (fls. 66-67).

Em seu recurso de revista, interposto com lastro em violação do art. 282, IV, do CPC, a reclamada alega que as instâncias ordinárias não poderiam reconhecer a existência da relação de emprego porque não houve pedido expresso pela reclamante nesse sentido (fl. 100).

A matéria restou prequestionada por meio dos embargos de declaração interpostos pela recorrente, a teor do disposto na Súmula nº 297, II e III, do TST.

O recurso de revista, quanto ao tema, não se sustenta pela indigitada afronta ao art. 282, IV, do CPC. Com efeito, dispõe a referida norma que: “Art. 282. A petição inicial conterá: [...] IV – O pedido, com as suas especificações”.

A norma em foco é genérica e não comporta exegese no sentido de que seja obrigatória ao reclamante, que ingressa na Justiça do Trabalho pleiteando verbas de natureza salarial, a formulação de pedido expresso de reconhecimento de vínculo de emprego.

De outro lado, a questão apresenta-se controvertida, até mesmo sob o prisma da aplicação do disposto nos arts. 128 e 460 do CPC, cumprindo registrar o pensamento doutrinário de Raul Moreira Pinto, *verbis*:

“Entretanto, o exame pelo juiz da questão da existência de relação de emprego, sem que haja pedido expresso de declaração nesse sentido, não implica decisão fora dos limites da lide e nem condenação em ‘objeto diverso do que lhe foi demandado’, porque resolve a mesma questão incidentalmente.

Quando o juiz reconhece haver em favor do autor créditos de natureza trabalhista e condena o empregador ao seu pagamento, parte do pressuposto da existência de um contrato de emprego, afirmando-a expressa (*principaliter* ou *incidenter tantum*) ou tacitamente, nesse último caso quando não

postulada a declaração ou não suscitada a questão prejudicial pelas partes ou mesmo examinada de ofício por ele, juiz.

Segundo ensinamento de Alfredo Buzaid, forte em lição de Celso Agrícola Barbi, a questão prejudicial revela uma lide não trazida pelo autor, distinta da lide principal. Se qualquer uma das partes pede, em declaratória incidental, o julgamento da questão prejudicial, 'ambas (questão principal e questão prejudicial) passam a ser, por força dos pedidos das partes, duas lides principais'. (*A ação declaratória no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 374)

O reclamante pode dizer-se empregado e pedir reparações pecuniárias, sem postular seja declarada a sua condição de empregado, até porque pode parecer-lhe fora de dúvida aquela situação. Nessa hipótese há apenas uma lide, gerada pelo não-pagamento de verbas trabalhistas das quais se acredita credor o reclamante.

Todavia, o que até então seria apenas um ponto prejudicial, excepcionalmente examinável de ofício pelo juiz, pode transformar-se em questão prejudicial (não em uma nova questão principal estranha à lide trazida pelo autor, a menos que venha aquela questão ao juízo pela via da ação declaratória incidental, por iniciativa de qualquer uma das partes), com a alegação contestatória do reclamado no sentido da inexistência do contrato de trabalho tratado na CLT. Isto é, no processo apresenta-se a questão apenas como um 'ponto duvidoso na discussão da questão principal', no dizer de Ada Pellegrini Grinover (*apud*, Alfredo Buzaid, *in op. cit.*, p. 373).

Ao admitir a existência de vínculo laboral, sem pedido nesse sentido, conhecendo daquela questão prejudicial, o juiz a resolve *incidenter tantum*.

3. Os arts. 128 e 460 do CPC que sustentariam a tese da necessidade de pedido expresso de declaração da existência de vínculo laboral não de ser examinados em harmonia com os arts. 5º, 325, 469 e 470 do CPC.

É fora de dúvida que se pode, seja por iniciativa do autor, seja por iniciativa do réu, propor ação declaratória incidental (arts. 5º e 325 do CPC) para trazer para a questão prejudicial a força da coisa julgada.

Como na propositura de qualquer ação, há para a declaratória incidental a limitação imposta pelo princípio da demanda. Não pode haver decisão definitiva, de mérito, sobre questão que se torne controvertida, mas que não diga respeito diretamente ao pedido; se não há pedido em ação declaratória incidental, relativo à mesma questão, o pronunciamento do juiz sobre ela não tem força de coisa julgada, porque somente o pedido, que contém e limita a lide, pode ser objeto daquela *maxima preclusio*.

[...]

Se é faculdade das partes a obtenção de provimento declaratório no curso do processo, resta óbvio que não se há de exigir que veicule a petição

inicial pedido naquele sentido, obviamente se o objeto da ação não for meramente declaratório.

Se ônus houvesse na dedução do pedido declaratório de existência de vínculo empregatício, ‘ônus maior’ deveria recair sobre o réu que nega a existência da relação jurídica, não sendo razoável que a ausência desse pedido venha produzir efeito em desfavor do autor e acarretando a mesma ausência o decreto de extinção do processo sem julgamento do mérito. Dentro desse enfoque, dever-se-ia exigir do réu, com muito mais razão, que deduzisse pedido declaratório incidental, pois foi ele, réu, quem questionou a existência de relação jurídica afirmada pelo autor.

[...]

Seria praticamente acabar com a utilidade prática do processo, verificados os seus legítimos escopos, exigir-se que todos os pontos prejudiciais possíveis e imagináveis viessem postos na petição inicial, com uma conseqüente série de pedidos de declaração da existência de relações jurídicas deles emergentes.

Com efeito, imagine-se uma reclamação para cobrança de um décimo terceiro salário, em que o autor, além do pedido de pagamento dessa verba, devesse relatar que trabalhou na condição de empregado para o réu, que a atividade em que laborou era lícita, que era e ainda continua capaz, que é maior de dezesseis anos, que prestou serviços ininterruptamente ao longo dos doze meses do ano-calendário, etc., e, assim, pedir fosse declarado que a relação de trabalho foi a de emprego, que o objeto do contrato era lícito, não que lhe faltou capacidade para contratar e que inexistiu qualquer afastamento que importasse em redução do *quantum* da referida gratificação. [...]

Mesmo que, nesse exemplo, o réu, sem gastar uma linha sobre as previamente alegadas questões prejudiciais, afirmasse simplesmente que pagou a verba, o juiz não ficaria desobrigado de resolver todas elas, [...]. Imensa perda de tempo e de trabalho, sem se falar nos custos de um processo assim.

[...]

5. A discussão sobre a existência de relação de emprego, quando negada pelo reclamado, como já afirmado, surge como uma questão prévia, na lição de Ovídio A. Batista da Silva (*Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996. p. 277), devendo ser solvida, por se tratar de prejudicial às questões relacionadas diretamente ao pedido.” (*Revista nº 66 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, p. 99-101, jul. /dez. 2002)

Não conheço do recurso de revista.

### 2.5 Aviso prévio

O Tribunal Regional, quando do exame da matéria, pontuou que:

“Improspera o alegado abandono de emprego que, por ensejar a justa causa, requer prova robusta e firme. Igualmente, ante o princípio da continuidade da relação empregatícia, cabe ao empregador comprovar que houve pedido de dispensa. Apresentou prova frágil, logo não se desvencilhou de seu encargo.” (fl. 67)

A reclamada, com espeque em violação dos arts. 334, II, do CPC e 477, § 6º, *a*, da CLT, sustenta que as provas coligidas nos autos teriam demonstrado que a reclamante pediu dispensa do emprego, não lhe sendo devido o aviso prévio (fls. 100-101).

O apelo, também nesse aspecto, encontra óbice na Súmula nº 126 do TST, porquanto não cabe recurso de revista para reexame de fatos e provas.

Não conheço do recurso de revista, nesse tema.

### 2.6 Honorários advocatícios

O Tribunal Regional concluiu serem devidos os honorários advocatícios com amparo na presunção de hipossuficiência econômica da reclamante (fl. 68).

Em suas razões de revista, a reclamada sustenta não serem devidos honorários advocatícios no processo do trabalho, quando a parte estiver assistida por advogado particular, invocando contrariedade às Súmulas de nºs 219 e 329 do TST.

A matéria restou prequestionada por meio dos embargos de declaração interpostos pela reclamada, a teor do disposto na Súmula nº 297, II e III, do TST.

A revista tem prosseguimento garantido, uma vez que decisão recorrida contém tese contrária ao entendimento pacificado nas Súmulas de nºs 219 e 329 desta Corte uniformizadora, *verbis*:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – HIPÓTESE DE CABIMENTO – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.” (Súmula nº 219)

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 133 DA CF/1988 – Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.” (Súmula nº 329)

Diante do exposto, conheço da revista, por contrariedade às Súmulas de nºs 219 e 319 do TST.

II – MÉRITO

*Honorários advocatícios*

Conhecido o recurso de revista por contrariedade às Súmulas de nºs 219 e 329 do TST, seu provimento é mero corolário para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista apenas quanto aos honorários advocatícios, por contrariedade às Súmulas de nºs 219 e 329 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios.

Brasília, 14 de dezembro de 2005. *Lelio Bentes Corrêa*, relator.

**PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

*PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. I – É ônus da parte, ao suscitar a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, não só identificar os temas em relação aos quais ela teria se operado, mas também demonstrar concludentemente que as decisões de origem não os teriam examinado ou o teriam feito de forma obscura ou contraditória. II – Não supre o ônus da nomeação dos temas e dação das razões do vício ora lardeado mera alegação de o Regional, ao examinar os embargos de declaração, ter-se recusado a exaurir a tutela jurisdicional, notadamente se, os rejeitando, mesmo assim tenha prestado esclarecimentos, caso em que se revela ainda mais indeclinável proceda a parte ao minudente cotejo entre as razões dos embargos e os fundamentos do acórdão que os apreciou. III – Desse ônus no entanto os recorrentes não se desincumbiram na medida em que nas razões recursais se limitaram a identificar os pontos suscitados nos dois embargos de declaração, culminando com a abrupta assertiva de que o Regional se negara a emitir juízo explícito a respeito, pelo que o tópico do recurso rigorosamente não se habilitaria ao conhecimento do TST. IV – De qualquer modo, percebe-se que o Regional examinou todas as questões suscitadas pelos recorrentes, inclusive aquelas reiteradas nos embargos de declaração, então interpostos não com o objetivo de sanar algum dos vícios do arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, mas com o espírito intuito de provocar novo pronunciamento da Corte, a pretexto do erro de julgamento em que teria incorrido, pelo que resulta juridicamente incensurável a rejeição dos segundos embargos de declaração. V – Daí não se divisar nenhuma violação aos arts. 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX da Constituição, sendo oportuno consignar a impropriedade da argüição da*

*preliminar de negativa de prestação jurisdicional à guisa de divergência jurisprudencial, a teor da OJ 115 da SBDI-I, visto que os arestos trazidos à colação só são inteligíveis dentro do contexto processual de que emanaram. Recurso não conhecido. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. I – Não se divisa a pretensa alteração da causa de pedir e por conseqüência o pretendido julgamento extra petita, uma vez que o juízo de primeiro grau, diante dos fatos narrados na inicial de que o reclamante prestara serviços em benefício de uma pluralidade de pessoas, vislumbrou a ocorrência de um condomínio de fato. II – Em outras palavras, apesar de o reclamante ter proposta a ação contra cada um dos recorridos que o contrataram, nada impedia que a autoridade judiciária extraísse dessa pluralidade de réus a existência do aludido condomínio, mediante escorreita aplicação do vetusto princípio do iura novit curia, consagrado no art. 126 do CPC. III – Não é veraz a alegação dos recorrentes de que a decisão inferior teria inventado um inexistente condomínio e que, sem qualquer motivação, resolvera dar vida a uma relação jurídica entre o tal condomínio e o reclamante, com o único intuito de o desvencilhar da sua notável condição de doméstico (sic). IV – Conforme se extrai do acórdão recorrido, já na inicial o reclamante, malgrado ajuizasse ação contra cada um dos recorrentes, intitulara-se empregado comum, pleiteando o pagamento dos respectivos títulos, inclusive de benefícios previstos em instrumentos normativos da categoria profissional dos empregados de condomínio, o qual fora rejeitado porque não passavam de mero informativo do sindicato de classe. V – Não se credencia ao conhecimento da Corte a versão de julgamento extra petita quanto à alteração do pedido de rescisão indireta para o de dispensa sem justa causa, uma vez que, segundo alertou o Regional, tratava-se de inovação imprimida em sede de embargos de declaração. VI – De qualquer forma, tanto quanto se detectou a inexistência de julgamento extra petita com a caracterização do tal condomínio de fato, por igual ele não é discernível em relação ao pedido de rescisão indireta que o Regional o analisou como pedido de dispensa imotivada. VII – Isso porque o Regional deixou consignado que, apesar de o recorrido ter aludido à rescisão indireta, os fatos narrados na inicial eram indicativos da ocorrência de dispensa sem justa causa, circunstância que alertou fora confirmada na defesa, na qual os recorrentes reconheceram que ele, recorrido, fora avisado para que se apresentasse a uma empresa prestadora de serviços de vigilância, com o objetivo de que fosse registrado e fosse dado continuidade à prestação de serviços. VIII – Com isso não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 128, 264, 282-III, 282-IV, 286, 293 e 460, todos do CPC, tanto quanto não se divisa a pretendia vulneração do art. 5º, incisos II e LV, da Constituição, até porque essa não o seria direta e literal, mas por via reflexa, oriunda de eventual agressão à legislação infraconstitucional. VÍNCULO EMPREGATÍCIO – VIGIA DE RUA E GRUPO DE MORADORES DE RESIDÊNCIAS VIZINHAS – I – Os*

## JURISPRUDÊNCIA

*recorrentes não impugnam o primeiro fundamento de que não se desvencilharam do ônus que lhes incumbia de demonstrar que o recorrido lhes prestara serviços na condição de autônomo, cuidando somente de trazer à colação aspectos fáticos não retratados no acórdão recorrido, a partir dos quais insistem em negar a existência de vínculo de emprego. II – Desse modo, esse tópico do recurso não se habilita ao conhecimento do Tribunal, de um lado, por inobservância do precedente paradigmático da Súmula 422 e, de outro, por conta do óbice da Súmula 126, a partir da qual não se divisa a alegada violação dos arts. 2º e 3º da CLT, nem a higidez da divergência jurisprudencial com arestos só inteligíveis dentro do contexto processual de que emanaram. Recurso não conhecido. DO CONDOMÍNIO DE FATO. I – Tendo em conta que o condomínio de fato, como autêntico empregador do trabalhador que tenha prestado serviços aos respectivos comunheiros, difere do condomínio edilício, em virtude da espontaneidade de sua gênese, não se extrai do acórdão recorrido, que o reconheceu, mesmo sem a presença e aquiescência de todos os moradores do logradouro e a existência de uma propriedade comum, a pretensa vulneração do arsenal normativo invocado. Recurso não conhecido. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. I – Além de a norma do art. 1º da Lei nº 2.757/1956 mostrar-se imprópria ao desate da controvérsia sobre a natureza do vínculo de emprego, percebe-se do acórdão recorrido que o Regional a invocou a título de analogia, tanto que trouxe à colação o art. 8º da CLT, pelo que a norma ali contida é que eventualmente teria sido violada, se o caso não demandasse a aplicação da analogia legis. II – A considerar a tese dos recorrentes de que o vínculo de emprego o seria de natureza doméstica e não o regido pela CLT, a violação teria ocorrido em relação ao art. 1º da Lei nº 5.859/1972. III – Sucede que os recorrentes não o invocaram, cuidando apenas de citar a Lei Extravagante, pelo que o apelo não se credencia à cognição do TST, na esteira do item I da Súmula 221, segundo o qual “A admissibilidade do recurso de revista e de embargos por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado”. IV – Ressalte-se não ser servível como paradigma aresto originário de Turma desta Corte, a teor do art. 896, alínea a, da CLT. Já os demais se ressentem da especificidade preconizadas nas Súmulas 296 e 23. Com efeito, nem um e nem outro, ao darem pela condição de doméstico do vigia residencial, abordaram a premissa fática, que o fora no acórdão recorrido, de o serviço ter sido prestado a um condomínio de fato, não expressando por conta disso a tese ali consagrada de que nessa hipótese o vigia deve ser considerado empregado comum e não doméstico. INACUMULABILIDADE DOS PEDIDOS DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO E RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. I – O Regional entendeu ter sido inovatória a objeção relativa à vedação da cumulação do pedido de reconhecimento de vínculo de emprego com o de rescisão indireta do contrato de trabalho, em*

## JURISPRUDÊNCIA

*virtude de ela não ter sido suscitada na defesa, pelo que de pronto não se divisa a especificidade dos arestos colacionados, a teor da Súmula 23 do TST. II – Afora isso, a Corte de origem, valendo-se corretamente do princípio iura novit curia, extraiu dos fatos narrados na inicial e na defesa a ocorrência não de rescisão indireta, mas de dispensa imotivada, infirmando de vez a pretensa especificidade dos arestos trazidos à colação, a teor da Súmula 296. SEGURO-DESEMPREGO E MULTA POR EMBARGOS PROTETATÓRIOS. I – Em embargos de declaração, os recorrentes exortaram o Regional a detalhar se o reclamante, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.998/1990, comprovara o preenchimento de todos os requisitos legais para percepção daquele benefício. II – Malgrado o Regional não os tivesse acolhido para prestar esclarecimentos, visto ter-se referido que a matéria já tinha sido examinada no acórdão recorrido, quando não o fora, os recorrentes não na inseriram entre aquelas em relação às quais suscitaram em vão a preliminar de negativa de prestação jurisdicional. III – É forçoso assim convalidar a aplicação da Súmula 297 por conta da incúria processual em que incorreram. IV – No que se refere à multa aplicada pelo Regional, quando do julgamento dos segundos embargos de declaração, por tê-los considerado protetatórios, mesmo ignorando o deslize dos recorrentes de não terem indicado o parágrafo único do art. 538 do CPC, pois indicaram apenas o caput do artigo em tela, não se vislumbra a sua propalada violação. V – Isso porque a questão ali suscitada, referente à inacumulabilidade dos pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego e rescisão indireta, além de ter sido reputada inovatória, já tinha sido implicitamente afastada anteriormente, com a adoção da tese de que se achava subjacente aos fatos noticiados na inicial a ocorrência de dispensa sem justa causa. Recurso integralmente não conhecido.*

*(Processo nº TST-RR-18.847/2002-900-03-00 – Ac. 4ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos Recurso de Revista, nº TST-RR-18847/2002-900-03-00.8, em que são Recorrentes HELVÉCIO DINIZ SIQUEIRA E OUTROS e Recorrido ELOÍSI O EUSTÁQUIO DORNELAS.

O TRT da 3ª Região, pelo acórdão de fls. 131/140, deu provimento ao recurso ordinário do reclamado José Agostinho de Oliveira para absolvê-lo de toda a condenação que lhe fora imposta; e deu provimento parcial ao recurso ordinário dos demais reclamados, para: a) determinar que cada um dos sete arcará com 1/7 do débito apurado neste feito, com exceção do reclamado Aloísio Vidigal Silva Araújo, que pagará apenas 39,65% deste sétimo que lhe competia; b) excluir da condenação o saldo de salário deferido, referente ao mês de dezembro/2000.

Foram interpostos embargos declaratórios, aos quais foi negado provimento, nos termos do acórdão de fls. 158/165.

Novos embargos declaratórios, aos quais foi negado provimento, nos termos do acórdão de fls. 173/175.

## JURISPRUDÊNCIA

Os reclamados interpõem recurso de revista às fls. 177/204, com arrimo nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT, pretendendo a decretação de nulidade da decisão, no mérito buscam a reforma do julgado, nos seguintes temas: alteração do pedido, e vínculo empregatício – vigia de rua.

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 206.

Contra-razões apresentadas às fls. 207/209.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

### VOTO

#### 1 CONHECIMENTO

##### *1.1 Negativa de prestação jurisdicional*

É sabido ser ônus da parte, ao suscitar a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, não só identificar os temas em relação aos quais ela teria se operado, mas também demonstrar concludentemente que as decisões de origem não os teriam examinado ou o teriam feito de forma obscura ou contraditória.

Não supre o ônus da nomeação dos temas e dação das razões do vício ora lardeado mera alegação de o Regional, ao examinar os embargos de declaração, ter-se recusado a exaurir a tutela jurisdicional, notadamente se, os rejeitando, mesmo assim tenha prestado esclarecimentos, caso em que se revela ainda mais indeclinável proceda a parte ao minudente cotejo entre as razões dos embargos e os fundamentos do acórdão que os apreceiou.

Desse ônus no entanto os recorrentes não se desincumbiram na medida em que nas razões recursais se limitaram a identificar os pontos suscitados nos dois embargos de declaração, culminando com a abrupta assertiva de que o Regional se negara a emitir juízo explícito a respeito, pelo que o tópico do recurso rigorosamente não se habilitaria ao conhecimento do TST.

De qualquer modo, em que pese esse deficiente manejo do recurso de revista, convém apreciar a preliminar de nulidade, não só para se evitar futura e imerecida queixa de negativa de prestação jurisdicional, mas sobretudo porque as decisões de origem não deixaram de se pronunciar sobre os itens alinhados no apelo.

Com efeito, o Regional foi superlativamente explícito ao admitir a possibilidade de examinar o vínculo de emprego a partir da existência de condomínio oficioso, invocando para tanto o princípio do *iura novit curia*, visto que dos fatos narrados na inicial alertara ser lícito dar-lhes o correto enquadramento jurídico, para reconhecimento do vínculo com a pluralidade dos reclamados para quem o recorrido prestara serviços.

## JURISPRUDÊNCIA

Por igual, a Corte de origem externou posicionamento claríssimo sobre a inocorrência de julgamento *extra petita*, concernente ao exame do pedido de rescisão indireta do contrato como se o fora de dispensa sem justa causa, escorado mais uma vez no princípio do *iura novit curia*, conforme se constata da fundamentação de fls. 138/139 do acórdão recorrido.

Tampouco o acórdão recorrido deixou de examinar a objeção quanto à tese da existência de condomínio de fato, a partir do obstáculo consubstanciado nas normas dos arts. 623, 624 do Código Civil e dos arts. 9º e 12 da Lei nº 4.591/1964, tal como se constata da extensa fundamentação de fls. 136/137, valendo destacar a circunstância de ter reputado o recorrido empregado comum e não empregado doméstico mediante aplicação analógica da Lei nº 2.757/1956.

Surpreende de outro lado a versão de que o Colegiado de origem teria concluído pela aplicação da Lei nº 2.757/1956, sem qualquer motivação, tanto quanto a denúncia de o ter feito em contravenção aos arts. 512, 514, 515 e 516 do CPC, a pretexto de que a sentença de primeiro grau julgara improcedente o pleito do reclamante para o seu enquadramento como empregado de condomínio (*sic*).

Isso considerando não só a mencionada fundamentação de fls. 135/136, na qual o Regional deu as razões de fato e de direito pelas quais equiparara a situação do recorrido à situação dos porteiros e zeladores de prédios ou condomínios residenciais, regidos pela Lei nº 2.757/1956; mas sobretudo o registro lavrado na fundamentação de fls. 163 do acórdão dos primeiros embargos, de que “a r. decisão de origem deixou de aplicar a CCT apontada pelo obreiro apenas porque o instrumento normativo não fora anexado aos autos, tendo sido apresentado somente um informativo do sindicato”, arrematando com o alerta de que a sentença da Vara do Trabalho havia reconhecido a existência de uma sociedade de fato.

Não se pode igualmente ocultar o sentimento de perplexidade com a alegação de que o Regional não teria se pronunciado acerca da impossibilidade jurídica da cumulação do pedido de reconhecimento de relação de emprego com o de rescisão indireta desse mesmo eventual contrato de trabalho (*sic*). Isso em razão de tê-lo feito expressamente no acórdão de fls. 173/175, no qual, de início, advertiu para o caráter inovatório da objeção, uma vez que não fora invocada em defesa, e logo depois salientou ser indiferente aos rumos do julgado, por não ter sido reconhecida a hipótese de rescisão indireta do contrato de trabalho, mas sim a de dispensa imotivada.

Dessas extensas considerações percebe-se que o Regional examinou todas as questões suscitadas pelos recorrentes, inclusive aquelas reiteradas nos embargos de declaração, então interpostos não com o objetivo de sanar algum dos vícios do art. 535 do CPC e 897-A da CLT, mas com o espúrio intuito de provocar novo pronunciamento da Corte, a pretexto do erro de julgamento em que teria incorrido, pelo que resulta juridicamente incensurável a rejeição dos segundos embargos de declaração.

Daí não se divisar nenhuma violação aos arts. 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da Constituição, sendo oportuno consignar a impropriedade da

## JURISPRUDÊNCIA

arguição da preliminar de negativa de prestação jurisdicional à guisa de divergência jurisprudencial, a teor da OJ 115 da SBDI-I, visto que os arestos trazidos à colação só são inteligíveis dentro do contexto processual de que emanaram.

Não conheço.

### 1.2 Julgamento *extra petita*. Alteração da causa de pedir

Após citar os arts. 264, 128 e 460 do CPC sustentam os recorrentes que a alteração da causa de pedir só pode operar-se em sintonia com a concordância do réu, e mesmo assim antes do despacho saneador, posto que, passado este ato judicial, a modificação da causa de pedir tem-se por impossível (*sic*).

Sucedo que para deliberar sobre a oportunidade processual de alteração da causa de pedir, impõe-se antes examinar se efetivamente ela ocorreu, como dizem os recorrentes ao advertirem que na peça de ingresso o reclamante direcionara a ação contra as pessoas físicas dos réus e não contra a suposta pessoa jurídica de um condomínio de fato (*sic*).

No particular, cabe trazer à colação o fundamento pelo qual o douto Regional rejeitou a preliminar de julgamento *extra petita*, suscitada em sede de recurso ordinário, consubstanciado na tese de que o juízo de primeiro grau se valera da mera aplicação do brocardo *iura novit curia*.

Isso porque, segundo consignado a fls. 133 do acórdão recorrido, diante dos fatos apontados na inicial, a autoridade local procedera ao enquadramento legal cabível, elucidando que “A simples circunstância de se ter considerado que todos os reclamados constituíam um só empregador, de modo algum pode caracterizar o alegado julgamento *extra petita*, porquanto, repita-se, cabe ao órgão julgador dizer o direito aplicável à espécie”.

Efetivamente não se divisa a pretensa alteração da causa de pedir e por conseqüência o pretendido julgamento *extra petita*, uma vez que o juízo de primeiro grau, diante dos fatos narrados na inicial de que o reclamante prestara serviços em benefício de uma pluralidade de pessoas, vislumbrou a ocorrência de um condomínio de fato. Em outras palavras, apesar de o reclamante ter proposta a ação contra cada um dos recorridos que o contrataram, nada impedia que a autoridade judiciária extraísse dessa pluralidade de réus a existência do aludido condomínio, mediante escorreita aplicação do vetusto princípio do *iura novit curia*, consagrado no art. 126 do CPC.

Cabe salientar não ser veraz a alegação dos recorrentes de que a decisão inferior teria inventado um inexistente condomínio e, sem qualquer motivação, resolvera dar vida a uma relação jurídica entre o tal condomínio e o reclamante, com o único intuito de o desvencilhar da sua notável condição de doméstico (*sic*). É que, conforme se extrai do acórdão recorrido, já na inicial o reclamante, malgrado ajuizasse ação contra cada um dos recorrentes, intitulara-se empregado comum, pleiteando o pagamento dos respectivos títulos, inclusive de benefícios previstos em instrumentos normativos da categoria profissional dos empregados de

condomínio, o qual fora rejeitado porque não passavam de mero informativo do sindicato de classe.

Com isso não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 128, 264, 282-III, 282-IV, 286, 293 e 460, todos do CPC, tanto quanto não se divisa a pretensão vulneração do art. 5º, incisos II e LV, da Constituição, até porque essa não o seria direta e literal, mas por via reflexa, oriunda de eventual agressão à legislação infraconstitucional.

Aliás, havendo norma infraconstitucional pertinente à versão de julgamento *extra petita*, revela-se inócua a indicação de ofensa aos princípios da legalidade, do processo legal e da ampla defesa. Nesse sentido orienta-se o precedente paradigmático da OJ 97 da SBDI-II, segundo o qual “Os princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não servem de fundamento para desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, quando se apresentam sob a forma de pedido genérico e desfundamentado, acompanhando dispositivos legais que tratam especificamente da matéria debatida, estes sim, passíveis de fundamentarem a análise do pleito rescisório”.

No que concerne à divergência jurisprudencial, defronta-se com a evidência de nenhum dos arestos colacionados a fls. 185/188 se prestar como paradigma, por serem todos provenientes ou do STJ ou de Tribunal de Justiça, a teor do art. 896, alínea *a*, da CLT. Já os arestos de fls. 189/190, conquanto sejam provenientes da SBDI-II e portanto servíveis como modelo, não guardam nenhuma especificidade com o acórdão recorrido. Ao contrário, os examinando atentamente se verifica que se acham em sintonia com a decisão de origem, na medida em que esta, ao convalidar a existência de condomínio oficioso, na esteira do princípio do *iura novit curia*, não se afastou dos fatos e fundamentos invocados como causa de pedir na inicial.

Não se credencia ao conhecimento da Corte, de outro lado, a versão de julgamento *extra petita* quanto à alteração do pedido de rescisão indireta para o de dispensa sem justa causa, uma vez que, segundo alertou o Regional, tratava-se de inovação imprimida em sede de embargos de declaração. De qualquer forma, tanto quanto se detectou a inexistência de julgamento *extra petita* com a caracterização do tal condomínio de fato, por igual ele não é discernível em relação ao pedido de rescisão indireta que o Regional o analisou como pedido de dispensa imotivada.

Realmente, conforme se observa da fundamentação de fls. 138/139 do acórdão recorrido, o Regional deixou consignado que, apesar de o recorrido ter aludido à rescisão indireta, os fatos narrados na inicial eram indicativos da ocorrência de dispensa sem justa causa, circunstância que alertou fora confirmada na defesa, na qual os recorrentes reconheceram que em 30.11.2000 ele, recorrido, fora avisado para que se apresentasse a uma empresa prestadora de serviços de vigilância, com o objetivo de que fosse registrado e fosse dada continuidade à prestação de serviços.

Vale dizer ter o Regional se valido mais uma vez do princípio do *iura novit curia* dando aos fatos descritos na inicial em cotejo com os mesmos fatos que o foram na defesa o correto enquadramento jurídico, consistente na ocorrência de autêntica dispensa imotivada, pelo que não se divisa a pretensa alteração da causa

de pedir e por consequência o multicitado julgamento *extra petita*, infirmando-se a alegada vulneração dos arts. 128, 264, 282-III, 282-IV, 286, 293 e 460, do CPC, e art. 5º, incisos II e LV, da Constituição.

Por conta da singularidade do acórdão recorrido, consistente no duplo fundamento pelo qual rejeitara a preliminar de julgamento *extra petita*, referente ao pedido de rescisão indireta analisado como se o fosse dispensa imotivada, não se vislumbra a especificidade dos arestos de fls. 191/193, a teor das Súmulas 23 e 296 do TST.

Não conheço.

### *1.3 Vínculo empregatício – vigia de rua e grupo de moradores de residências vizinhas*

Verifica-se do acórdão recorrido ter o Regional, ao convalidar o reconhecimento de vínculo de emprego, salientado, de início, que cabia aos recorrentes o ônus da prova da alegada autonomia atribuída aos serviços prestados pelo recorrido, do qual não se desincumbira, arrematando que tal “*já era de se esperar, pela própria narrativa dos fatos apresentados pelas partes*”.

Ao depois, deixou consignado, ainda na fundamentação de fls. 135, que “O reclamante era vigia e permanecia em uma guarita situada na rua onde estavam localizadas as residências dos reclamados (v. fotografias à fl. 06). Embora não recebesse ordens diárias ou específicas (já que seu serviço era simplesmente vigiar, não havendo razão ou mesmo possibilidade de que houvesse uma maior ingerência no modo de execução dos serviços), estava sujeito ao cumprimento de horário determinado, com folgas certas também estabelecidas pelos moradores, estando patente, como bem observado pelo MM. Juízo de Origem, o potencial poder diretivo e disciplina inerente ao empregador”. Registrou, ainda, que “na hipótese em exame restou incontroverso que a remuneração do reclamante era composta de cotas pagas por cada um dos sete reclamados remanescentes” (fl. 136).

Pois bem, os recorrentes não impugnam o primeiro fundamento de que não se desvencilharam do ônus que lhes incumbia de demonstrar que o recorrido lhes prestara serviços na condição de autônomo, cuidando somente de trazer à colação aspectos fáticos não retratados no acórdão recorrido, a partir dos quais insistem em negar a existência de vínculo de emprego.

Desse modo, esse tópico do recurso não se habilita ao conhecimento do Tribunal, de um lado, por inobservância do precedente paradigmático da Súmula 422 e, de outro, por conta do óbice da Súmula 126, a partir da qual não se divisa a alegada violação dos arts. 2º e 3º da CLT, mas correto enquadramento jurídico dados aos fatos ali delineados.

Já em relação à divergência jurisprudencial, é orientação consolidada nesta Corte, por meio da Súmula 337, ser imprescindível à sua higidez que a parte transcreva, nas razões recursais, as ementas e/ou trechos dos acórdãos trazidos à configuração do dissídio, *comprovando as teses que identifiquem os casos*

*confrontados*, ainda que os acórdãos já se encontrem nos autos ou venham a ser juntados com o recurso.

Significa dizer ser ônus da parte identificar a tese adotada pelo Regional e a contratese consagrada no aresto ou arestos paradigmas, a partir da demonstração da identidade de premissas fáticas, ônus do qual não se desvencilharam os recorrentes, visto que, malgrado transcrevessem trecho do acórdão recorrido e arestos paradigmas, deixaram de aludir à tese que identificasse o conflito pretoriano.

Realmente, nas razões recursais de fls. 193/194, nas quais sequer transcreveram trecho elucidativo do acórdão recorrido, cuidaram apenas de invocar aspectos fáticos ali não abordados, sabidamente refratários, aliás, à cognição extraordinária do TST, a teor da Súmula 126, para abruptamente advertirem para a dissensão com os arestos trazidos à colação, pelo que o recurso não se habilita ao conhecimento da Corte.

De qualquer modo, conquanto a decisão de origem salientasse que o recorrido não recebia ordens diárias ou específicas, circunstância que considerou inócua já que o seu serviço era simplesmente vigiar, ali não restou delineado que a sua remuneração fosse diferenciada, tendo sido consignado que ele se achava sujeito ao cumprimento de horário determinado, com folgas certas também estabelecidas pelos moradores, deduzindo daí o Regional o potencial poder diretivo disciplinar inerente ao empregador.

O primeiro aresto de fls. 194, ao dar pela inexistência de relação de emprego, fê-lo ressaltando a existência de remuneração diferenciada e a ausência da devida fiscalização. Dele se constata não só ter deixado de abordar aspectos que o foram no acórdão recorrido, como a sujeição a horário determinado e direito a folgas certas estabelecidas pelos moradores, como também de ter abordado aspecto que lá não o fora como a percepção de remuneração diferenciada, pelo que se agiganta a sua inespecificidade a teor da Súmula 296 do TST. O segundo de fls. 194 e o primeiro de fls. 195, a seu turno, primam pela extremada generalidade a impedir o confronto analítico de teses, inviabilizando pronunciamento conclusivo sobre a sua especificidade, a teor das Súmulas 297 e 23 do TST.

Não conheço.

### *1.4 Do condomínio de fato*

Dizem os recorrentes que a situação do recorrido não é albergada pelo art. 1º da Lei nº 2.757/1956, ao insinuado fundamento de que ele prestara serviços para os condôminos separadamente, além de não tê-lo feito para um todo, ou seja, em benefício de todos os moradores, mas somente para uma ínfima parte deles. Acrescentam mais ser imprescindível à configuração de um condomínio a existência de uma propriedade comum, a teor dos arts. 623 e 645 do Código Civil, tanto quanto a aquiescência e concurso de todos, a teor do art. 624 daquele Código e dos arts. 9º e 12 da Lei nº 4.591/1964.

Tais colocações, contudo, não guardam correlação com a particularidade da tese do condomínio de fato, relativamente ao reconhecimento de vínculo de emprego

entre o prestador de serviço e a pluralidade de pessoas que o contrataram. Realmente, malgrado o Regional salientasse a ausência de propriedade em comum, firmou tese, escorada na aplicação analógica da Lei nº 2.757/1956, sobre o tal condomínio de fato a partir da constatação fático-probatória de que “*O reclamante desempenhava suas atividades numa mesma jornada em benefício de vários moradores, sem que houvesse por parte destes intenção de lucro*”.

Com isso não se divisa a pretendida violação literal e direta do art. 1º da Lei nº 2.757/1956, dos arts. 623, 624 e 645 do Código Civil, tanto quanto dos arts. 9º e 12 da Lei nº 4.591/1964, vindo à baila o óbice da Súmula 221 do TST.

Aliás, José Geraldo da Fonseca, em artigo publicado na *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, nº 2-maio/agosto/2005, com o título “Condomínio de Fato e Relação de Emprego”, escreve com propriedade:

“Os condomínios de fato formam-se, em regra, espontaneamente, por aglomerados de propriedades em forma de vilas de casas ou em ruas sem saída, onde se bota uma cancela, uma guarita, quase sempre à revelia do Poder Público e, por comodidade, os moradores decidem contratar em caráter contínuo jardineiros, pedreiros de manutenção, eletricitistas, guardião de piscina e, por razões de segurança – e como acontece com mais frequência –, vigias de rua, com ou sem armas, para fazer uma espécie de policiamento preventivo e ostensivo.”

Por conta dessa sua peculiaridade, prossegue o autor salientando que:

“Ao contrário do que se dá no condomínio edilício formado de acordo com a Lei nº 4.591/1964 e art. 1.332 do Código Civil, no condomínio de fato, a pluralidade de sujeitos (comunheiros de fato, inquilinos ou proprietários dos imóveis) apenas ocasionalmente se coliga por necessidades e fins comuns e, também apenas por ficção, pode dizer-se que isso se dê por força de um ‘regramento jurídico’, em rigor inexistente, já que a vida condominial se autodisciplina pelas regras mínimas de respeito mútuo, urbanidade, convivência e vizinhança. No condomínio de fato, os comunheiros se ajuntam por uma circunstância de fato (aquisição das fatias do terreno previamente dividido e sem nenhuma vinculação necessária entre si) e somente há propriedade plena sob a unidade autônoma e correspondente terreno onde se assenta a construção, mas não há, necessariamente, ‘condomínio permanente e indivisível sobre as áreas de uso comum’, especialmente tratando-se de um punhado de casas edificadas em ruas e logradouros públicos. Enquanto a comunha de fato não se regulariza – nos casos em que isso é possível –, o condomínio existe como pessoa formal, sujeito de direitos e deveres, e autêntico empregador, ‘para os efeitos da relação de emprego.’” (CLT, art. 2º, § 2º, parte final, analogicamente)

Tendo em conta que o condomínio de fato, como autêntico empregador do trabalhador que tenha prestado serviços aos respectivos comunheiros, difere do condomínio edilício, em virtude da espontaneidade de sua gênese, não se extrai do acórdão recorrido, que o reconheceu, mesmo sem a presença e aquiescência de

todos os moradores do logradouro e a existência de uma propriedade comum, a pretensa vulneração do arsenal normativo invocado.

Não conheço.

### *1.5 Natureza da relação jurídica*

Insistem os recorrentes na tese de que o vínculo de emprego o teria sido de natureza doméstica, em virtude de o art. 1º da Lei nº 2.757/1956 não ser aplicável à situação do recorrido, deixando insinuado que o Regional o teria vulnerado. Ocorre que, além de a norma ali insculpida mostrar-se imprópria ao desate da controvérsia sobre a natureza do vínculo de emprego, percebe-se do acórdão recorrido que o Regional a invocou a título de analogia, tanto que trouxe à colação o art. 8º da CLT, pelo que a norma ali contida é que eventualmente teria sido violada, se o caso não demandasse a aplicação da analogia *legis*, pelo que o recurso não logra conhecimento.

Na realidade, a considerar a tese dos recorrentes de que o vínculo de emprego o seria de natureza doméstica e não o regido pela CLT, como entendera a Corte de origem, a violação teria ocorrido em relação ao art. 1º da Lei nº 5.859/1972. Sucede que os recorrentes não o invocaram, cuidando apenas de citar a Lei Extravagante, pelo que o apelo igualmente não se credencia à cognição do TST, na esteira do item I da Súmula 221, segundo o qual “a admissibilidade do recurso de revista e de embargos por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado”.

Já no que concerne à divergência jurisprudencial, ressalte-se não ser servível como paradigma o aresto de fls. 260, por ser originário de Turma desta Corte, a teor do art. 896, alínea *a*, da CLT. Já os arestos de fls. 261 ressentem-se da especificidade preconizada nas Súmulas 296 e 23. Com efeito, nem um e nem outro, ao darem pela condição de doméstico do vigia residencial, abordaram a premissa fática, que o fora no acórdão recorrido, de o serviço ter sido prestado a um condomínio de fato, não expressando por conta disso a tese ali consagrada de que nessa hipótese o vigia deve ser considerado empregado comum e não doméstico.

Não conheço.

### *1.6 Inacumulabilidade dos pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego e rescisão indireta do contrato de trabalho*

Conforme já consignado, o Regional entendeu ter sido inovatória a objeção relativa à vedação da cumulação do pedido de reconhecimento de vínculo de emprego com o de rescisão indireta do contrato de trabalho, em virtude de ela não ter sido suscitada na defesa, pelo que de pronto não se divisa a especificidade dos arestos de fls. 191/193 e 262, a teor da Súmula 23 do TST.

Afora isso, segundo assinalado anteriormente, a Corte de origem, valendo-se corretamente do princípio *iura novit curia*, extraiu dos fatos narrados na inicial e na

## JURISPRUDÊNCIA

defesa a ocorrência não de rescisão indireta, mas de dispensa imotivada, infirmando de vez a pretensa especificidade dos arestos trazidos à colação, a teor da Súmula 296.

Não conheço.

### *1.7 Seguro-desemprego*

Dizem os recorrentes ter o Regional violado o art. 3º da Lei nº 7.998/1990, ao deferir a indenização substitutiva do seguro-desemprego, sem dilucidar se o Reclamante teria preenchido os requisitos legais para tanto. Sucede que o Regional não se pronunciou a respeito, limitando-se a convalidar a condenação com respaldo na OJ 211 da SBDI-I, desautorizando manifestação desta Corte, por falta do requisito do prequestionamento da Súmula 297.

É certo que nos embargos de declaração de fls. 142/155 os recorrentes o exortaram a detalhar se o Reclamante, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.998/1990, comprovara o preenchimento de todos os requisitos legais para percepção daquele benefício. Malgrado o Regional não os tivesse acolhido para prestar esclarecimentos, visto ter-se referido que a matéria já tinha sido examinada no acórdão recorrido, quando não o fora, os recorrentes não na inseriram entre aquelas em relação às quais suscitaram em vão a preliminar de negativa de prestação jurisdicional. Desse modo, é forçoso convalidar a aplicação da Súmula 297 por conta da incúria processual em que incorreram.

No que se refere, por fim, à multa aplicada pelo Regional, quando do julgamento dos segundos embargos de declaração, por tê-los considerado protelatórios, mesmo ignorando o deslize dos recorrentes de não terem indicado o parágrafo único do art. 538 do CPC, pois indicaram apenas o *caput* do artigo em tela, não se vislumbra a sua propalada violação. Isso porque a questão ali suscitada, referente à inacumulabilidade dos pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego e rescisão indireta, além de ter sido reputada inovatória, já tinha sido implicitamente afastada anteriormente, com a adoção da tese de que se achava subjacente aos fatos noticiados na inicial a ocorrência de dispensa sem justa causa.

Não conheço

Do exposto, não conheço integralmente do recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente do recurso de revista.

Brasília, 5 de abril de 2006. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

## **RECURSO DE REVISTA. ENQUADRAMENTO SINDICAL**

*RECURSO DE REVISTA – ENQUADRAMENTO SINDICAL DECIDIDO POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO – REAJUSTE SALARIAL PREVISTO EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO – ART. 5º, XXXVI,*

## JURISPRUDÊNCIA

*DA CF/1988 – Do quadro fático delineado pelo v. acórdão do Regional, infere-se que a sentença cível que alterou o enquadramento sindical da empresa Reclamada transitou em julgado em maio de 1999, sendo certo ainda que o Reclamante foi dispensado em 22.07.1999 e que a Reclamada aderiu às normas coletivas do novo sindicato, em cumprimento à determinação judicial, somente em 17.11.1999, com efeitos retroativos ao dia primeiro daquele mês de novembro. Finalmente, a condenação imposta diz respeito a todo o período de vigência do contrato de trabalho, a saber, de 1º.07.1998 a 22.07.1999. Nesse contexto, houve afronta ao ato jurídico perfeito, e a conseqüente violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, relativamente ao período da condenação anterior ao trânsito em julgado da ação cível que alterou o enquadramento sindical da Reclamada. Com efeito, havendo a Reclamada sido representada na Convenção Coletiva de Trabalho pelo antigo sindicato, somente após o trânsito em julgado é que houve certeza quanto à inaplicabilidade daquelas normas coletivas e quanto ao reajuste salarial previsto nas normas do novo sindicato. Já no período compreendido entre o trânsito em julgado (maio de 1999) e a vigência do Termo Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho (1º.11.1999), as diferenças são devidas porque não se pode conceber, data maxima venia, que a autoridade da coisa julgada seja limitada pela manifestação da vontade da empresa de cumpri-la. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-728.061/01 – Ac. 6ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-728.061/01.7, em que é Recorrente MGS – MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S.A. e Recorrido SÉRGIO MARQUES CALDEIRA.

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do v. acórdão de fls. 155-158, complementado às fls. 169-170, deu provimento ao recurso ordinário do Reclamante para julgar a ação procedente em parte, e condenar a reclamada ao pagamento das diferenças salariais decorrentes do reajuste salarial previsto na cláusula 44ª da CCT/1999, observando-se a proporcionalidade ali prevista, com reflexos nas parcelas atinentes às férias, 13º salário, FGTS, repouso semanal remunerado, horas extras e verbas resilitórias, na conformidade do pleiteado.

Inconformada, a Reclamada interpõe recurso de revista às fls. 172-180. Indica violação de dispositivos da Constituição Federal e de lei, bem como traz arrestos para cotejo.

Admitido à fl. 183, o recurso de revista recebeu razões de contrariedade às fls. 184-186.

Os autos não foram enviados ao douto Ministério Público do Trabalho, por força do art. 82, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

# JURISPRUDÊNCIA

## VOTO

Satisfeitos os pressupostos referentes à tempestividade (fls. 171 e 172), preparo (fls. 181 e 182) e representação (fls. 135 e 135 v.), passo à análise dos pressupostos específicos do apelo.

### 1 CONHECIMENTO

#### *1.1 Enquadramento sindical. Alteração. Termo inicial da incidência das normas coletivas do segundo sindicato*

Ao analisar a matéria, o Regional adotou o seguinte entendimento:

“O reclamante, ora recorrente, insurge-se contra a decisão que indeferiu a sua pretensão relativa ao ‘pagamento das diferenças salariais decorrentes da aplicação do índice de correção previsto na cláusula 43<sup>a</sup> da CCT/2000, e conseqüentes reflexos nas férias, 13º salário, FGTS, RSR, horas extras e verbas resilitórias.

Provejo. Da análise dos autos infere-se que o Sindicato dos Empregados em Edifícios, Empresas de Asseio, Conservação e Cabineiros de Belo Horizonte ajuizou, na Justiça Comum, ação ordinária, vindicando a declaração do enquadramento sindical da empresa reclamada na órbita de sua atuação (decisão de fls. 62/66). O pleito foi julgado procedente, transitando em julgado em maio/1999, conforme admitido pela ré em sua defesa (fls. 30) e certificado através de documentação adunada aos autos (fl. 61).

O reclamante foi admitido em 1º.07.1998 e dispensado em 22.07.1999, percebendo como último salário o valor de R\$ 197,69 (TRCT de fls. 45), sem a incidência do reajuste salarial determinado pela cláusula 43<sup>a</sup> da CCT/1999, firmada pelo sindicato profissional suso nominado.

A ré refutou, aduzindo que assinou com a indigitada entidade sindical Termo Aditivo, comprometendo-se a cumprir a CCT/1999 a partir de 1º.11.1999 (fls. 67), ocasião em que o contrato de trabalho do obreiro já se encontrava rompido (TRCT de fls. 45). Também sustentou que não está obrigada a cumprir a disposição coletiva, vez que não participou da avença. Com outras considerações, delongou-se em sua defesa.

Na instância de origem, o pleito exordial foi julgado improcedente, o que ensejou a irresignação obreira no sentido de se deferir o pleito de diferenças referentes ao referido aumento salarial, ‘sendo somente esta a matéria objeto do recurso interposto’.

Isto observado, julgo que procedem as alegações obreiras, vez que o recorrido está obrigado ao cumprimento do instrumento normativo firmado pelo Sindicato dos Empregados em Edifícios, Empresas de Asseio,

## JURISPRUDÊNCIA

Conservação e Cabineiros de Belo Horizonte, embora não tenha participado de sua elaboração. É que a sentença prolatada na 17ª Vara Cível de BH declarou:

‘... a entidade ré, MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A. enquadrada em órbita regulamentar do sindicato autor, *sujeitando-se, na forma da lei e regulamento respectivo, às convenções coletivas por ele firmadas*, ressalvada, pela via própria, qualquer discussão quanto à juridicidade intrínseca de cada uma delas, não conhecida e apreciada nesta sentença.’ (fls. 65 – grifos meus)

Portanto, uma vez enquadrada no âmbito de atuação do sindicato autor, as convenções coletivas por este firmadas alcançam a ré, nos termos do art. 611/CLT e em razão de a sentença de natureza declaratória ter efeito *ex tunc*.

Ademais, a questão já é fato consumado, em razão do trânsito em julgado da sentença cível. A discordância empresarial com relação às cláusulas do instrumento normativo em exame deverá ser discutida em ação própria, cabendo, neste feito, apenas debater sua aplicabilidade.

Vale ainda ressaltar o Termo Aditivo, assinado em 17.11.1999, que dispõe:

‘CLÁUSULA PRIMEIRA – A MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A. em obediência à decisão proferida nos autos do Processo nº 024.93.088.286-5, que tramita perante a 17ª Vara Cível de Belo Horizonte, passará, a partir de 1º de novembro de 1999, a cumprir a Convenção Coletiva de Trabalho de 1999, registrada na DRT/MG, em 12.02.1999, sob o nº 124, e as demais a serem firmadas.

PARÁGRAFO ÚNICO – A observância da CCT, a partir de 1º.11.1999, *não desonera e nem retira da MGS, a obrigatoriedade de cumprir os ônus resultantes da coisa julgada no processo supra referido.*’ (fls. 67 – grifos meus)

Essa avença não tem o condão de excluir o cumprimento da r. decisão proferida nos autos do Processo nº 024.93.088.286-5 antes de novembro/1999. Primeiro, porque houve o trânsito em julgado. Segundo, o próprio teor do parágrafo único acima citado cuidou de resguardar a observância da ‘coisa julgada’.

Destarte, em face dos fundamentos alhures discorridos, dou provimento parcial ao recurso para julgar a ação procedente em parte, e condenar o reclamado ao pagamento das diferenças salariais decorrentes do reajuste salarial previsto na cláusula 44ª da CCT/1999 (fls. 22 v.), ‘observando-se a proporcionalidade ali prevista’, vez que foi o autor admitido posteriormente à 1º.02.1998, mais especificamente em 1º.07.1998 (CTPS de fls. 7 e TRCT de fls. 45), com reflexos nas parcelas atinentes às férias, 13º salário, FGTS, RSR, horas extras e verbas resilitórias, na conformidade do pleito de fls. 4.

## JURISPRUDÊNCIA

Fundamentos pelos quais, dou provimento parcial ao recurso para julgar a ação procedente em parte, e condenar o reclamado ao pagamento das diferenças salariais decorrentes do reajuste salarial previsto na cláusula 44ª da CCT/1999, observando-se a proporcionalidade ali prevista, com reflexos nas parcelas atinentes às férias, 13º salário, FGTS, RSR, horas extras e verbas resilitórias, na conformidade do pleiteado.” (fls. 157/158)

Contra tal entendimento insurge-se a Reclamada.

Alega, em síntese, que o Reclamante não faz jus às diferenças salariais postuladas, porque elas estão previstas em instrumentos coletivos do Sindicato dos Empregados em Edifícios, Empresas de Asseio, Conservação e Cabineiros de Belo Horizonte (SINDEAC), embora seus empregados jamais fossem filiados ou representados por aquele sindicato. Insiste que, desde 1984, por resolução do Ministério do Trabalho, esteve filiada ao Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Assessoramento, Pesquisas, Perícias e Informações no Estado de Minas Gerais (SINTAPPI), firmando com ele negociações coletivas, que foram cumpridas até a assinatura do termo aditivo, firmado por força do trânsito em julgado da ação ordinária que alterou o enquadramento dos seus empregados.

Sustenta que, por meio de sentença transitada em julgado na Justiça Comum, em maio de 1999, foi determinada a filiação de seus empregados ao SINDEAC, o que ensejou a assinatura, em 1º.11.1999, de Termo Aditivo de Convenção Coletiva de Trabalho, por meio do qual se comprometeu, segundo afirma, a observar as normas coletivas a partir daquela data. Argumenta que qualquer vantagem prevista em normas coletivas do SINDEAC somente é devida a partir de 1º.11.1999, e não a partir da vigência da Convenção Coletiva de Trabalho.

Aduz, ainda, que as convenções coletivas de trabalho são inaplicáveis no período anterior à celebração do Termo Aditivo porque não participou das negociações com o SINDEAC e tampouco foi nelas representado. Diz que a sentença transitada em julgado na Justiça Comum não pode desfazer a incidência das normas coletivas anteriores, sob pena de afronta a ato jurídico perfeito.

Alega também que, ao determinar o pagamento do reajuste previsto na mencionada cláusula convencional, determinando a observância da proporcionalidade, o Regional deferiu pedido não formulado nos autos. Isto porque considera que o pedido elencado na exordial restringe-se ao pagamento da diferença salarial decorrente da aplicação do índice de correção previsto na cláusula 43ª da CCT/1999 (item *c* da inicial), ou seja, o reajuste de 2,49% em janeiro/1999 sobre o salário de janeiro de 1998.

Insiste que o Reclamante foi admitido em 1º.07.1998, e que, como a Convenção Coletiva de Trabalho previa um reajuste de 2,49% sobre o salário do mês de janeiro de 1998, então o pedido não pode ser deferido, pois naquele mês o Reclamante ainda não era empregado, e, portanto, não há base de incidência do percentual previsto pela norma coletiva.

## JURISPRUDÊNCIA

Indica violação dos arts. 5º, II e XXXVI, e 7º, XXVI, da CF/1988 e 239, 286, *caput*, e 460 do CPC, além de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 2 da eg. SDC. Traz arestos para cotejo.

Com razão, em parte.

Do quadro fático delineado pelo v. acórdão do Regional, infere-se que a sentença cível que alterou o enquadramento sindical da empresa Reclamada transitou em julgado em maio de 1999, sendo certo ainda que o Reclamante foi dispensado em 22.07.1999 e que a Reclamada aderiu às normas coletivas do novo sindicato, em cumprimento à determinação judicial, somente em 17.11.1999, com efeitos retroativos ao dia primeiro daquele mês de novembro. Finalmente, a condenação imposta diz respeito a todo o período de vigência do contrato de trabalho, a saber, de 1º.07.1998 a 22.07.1999.

Nesse contexto, houve afronta ao ato jurídico perfeito, e a conseqüente violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, relativamente ao período da condenação anterior ao trânsito em julgado da ação cível que alterou o enquadramento sindical da Reclamada.

Com efeito, havendo a Reclamada sido representada na convenção coletiva de trabalho com o antigo sindicato profissional, somente após o trânsito em julgado é que houve certeza quanto à inaplicabilidade daquelas normas coletivas e quanto ao reajuste salarial previsto nas normas do novo sindicato.

Já no período compreendido entre o trânsito em julgado (maio de 1999) e a vigência do Termo Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho (1º.11.1999), as diferenças são devidas porque não se pode conceber, *data maxima venia*, que a autoridade da coisa julgada seja limitada pela manifestação da vontade da empresa de cumpri-la.

Quanto à indicada violação dos arts. 286, *caput*, e 239 e 460 do CPC, decorrente do suposto fato de que a condenação teria abrangido período não postulado na exordial, não enseja o conhecimento da revista.

Com efeito, a matéria versada por aqueles dispositivos não foi objeto de manifestação explícita pelo Regional. Assim sendo, se parte queria vê-los discutidos, deveria ter observado o momento processual oportuno de fazê-lo. No entanto, permanecendo silente, a discussão encontra-se ceifada pela preclusão de que trata a Súmula nº 297/TST.

No que diz respeito à suposta impossibilidade de concessão do reajuste decorrente do fato de que a base de cálculo desse foi o salário de janeiro de 1998, quando o Reclamante ainda não era empregado (fl. 180, segundo parágrafo), a revista está desfundamentada, pois a Reclamada não indicou violação de dispositivo de lei, como previsto na Súmula nº 221, I, do TST, e tampouco divergência jurisprudencial.

Com esses fundamentos, conheço parcialmente do recurso de revista por violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, apenas no que tange

ao período da condenação anterior ao trânsito em julgado da ação cível que alterou o enquadramento sindical da Reclamada.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Enquadramento sindical. Alteração. Termo inicial da incidência das normas coletivas do segundo sindicato*

Conhecida parcialmente a revista por violação direta e literal de dispositivo da Constituição Federal, o seu provimento é medida que se impõe.

Dou provimento, portanto, ao recurso de revista para limitar a condenação ao período compreendido entre a data do trânsito em julgado da ação cível (maio de 1999) e a de dispensa do Reclamante (22.07.1999).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso de revista por violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, apenas no que tange ao período da condenação anterior ao trânsito em julgado da ação cível que alterou o enquadramento sindical da Reclamada, e, no mérito, dar-lhe provimento para limitar a condenação ao período compreendido entre a data do trânsito em julgado da ação cível (maio de 1999) e a de dispensa do Reclamante (22.07.1999).

Brasília, 21 de junho de 2006. *Horácio Senna Pires*, relator.

## **RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO EXTRA PETITA**

*RECURSO DE REVISTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF) – JULGAMENTO EXTRA PETITA – Não demonstrada a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, ou a violação de texto de lei, não há como se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas alíneas a e c do art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido.*

*RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – O Tribunal Superior do Trabalho pacificou entendimento no sentido de que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da Administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/1993). Item IV da Súmula nº 331 do TST. Recurso de revista não conhecido.*

## JURISPRUDÊNCIA

*ISONOMIA SALARIAL – A Lei nº 6.019/1974 trata da contratação temporária, situação diversa da terceirização de serviços decorrente de contrato civil firmado entre as empresas tomadora e prestadora dos serviços. O reconhecimento de direitos iguais resultaria em afronta ao princípio da isonomia, visto que os trabalhadores da CEF devem submeter-se a concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.*

*IMPOSSIBILIDADE DA INCLUSÃO DO AVISO PRÉVIO NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – “Não se conhece da revista ou dos embargos, quando a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos, e a jurisprudência transcrita não abranger a todos” (Súmula 23/TST). Recurso de revista não conhecido.*

*RECURSO DE REVISTA DA CONVIP – SERVIÇOS GERAIS LTDA. – “Litisconsortes. Procuradores distintos. Prazo em dobro. Art. 191 do CPC. Inaplicável ao processo do trabalho. DJ 11.08.2003 – Parágrafo único do art. 168 do Regimento Interno do TST. A regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em face da sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista” (OJ da SBDI-1/TST nº 310). Recurso de revista não conhecido por intempestivo.*

*(Processo nº TST-RR-316/2002-036-03-00 – Ac. 2ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-316/2002-036-03-00.5, em que são Recorrentes CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF e CONVIP SERVIÇOS GERAIS LTDA. e Recorrido ROGÉRIO ANDRADE FIALHO.

O Tribunal do Trabalho da Terceira Região, mediante o acórdão de fls. 305/308, complementado pelo de fls. 318/320, deu provimento parcial ao recurso do reclamante para, dentre outros temas, acrescer o pagamento de novo aviso prévio.

As reclamadas interpõem recurso de revista.

A Caixa Econômica Federal – CEF, às fls. 322/336, postula a reforma do decidido quanto aos temas: 1. Julgamento *extra petita*, por violação dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal e 460 do Código de Processo Civil; 2. Responsabilidade subsidiária, por violação do art. 5º, II, da Constituição Federal e contrariedade à Súmula/TST nº 331, IV; 3. Isonomia salarial, por violação dos arts. 7º, XXX, da Constituição Federal, 461, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, 12 da Lei nº 6.019/1974 e divergência jurisprudencial; 4. Impossibilidade da inclusão do aviso prévio na responsabilidade subsidiária, por dissenso pretoriano.

A CONVIP Serviços Gerais Ltda., às fls. 337/348, postula a reforma do decidido quanto aos seguintes temas: 1. Isonomia salarial, por violação dos arts. 5º e 39, § 1º, da Constituição Federal, 460 e 461 da Consolidação das Leis do Trabalho,

## JURISPRUDÊNCIA

Lei nº 6.019/1974 e divergência jurisprudencial; 2. Enquadramento sindical, por divergência jurisprudencial; e 3. Índice do FGTS, por violação da Lei Federal nº 8.036, de 1990, e divergência jurisprudencial.

Os recursos foram admitidos pelo despacho de fls. 351/352.

Contra-razões às fls. 353/373.

Sem remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

### VOTO

#### RECURSO DE REVISTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

##### *I – Conhecimento*

Recurso tempestivo (acórdão publicado em 27.09.2002, conforme certidão de fl. 321 e protocolo à fl. 322, em 07.10.2002), subscrito por procurador habilitado (fls. 149/150), preparo correto (depósito recursal à fl. 323 e custas à fl. 324), cabível e adequado, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.

##### *I.1 Julgamento extra petita*

A reclamada alega que a decisão regional extrapolou os limites em que a ação fora proposta, ao condená-la ao pagamento de um novo aviso prévio e repercussões, bem como em diferenças salariais. Afirma que o autor formulou pedido certo, com base nos valores dos salários previstos nas CCTs 1999/2000 e 2000/2001. Aponta violação dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal e 460 do Código de Processo Civil.

Dispôs a Corte de origem à fl. 306:

“Afirma o recorrente que a ausência de redução da jornada de trabalho no curso do aviso prévio acarreta sua total ineficácia e autoriza o pagamento de novo aviso, com as suas repercussões. Entendo assistir-lhe razão. Os documentos de fls. 193/194 comprovam que, além de não ter sido concedida a redução de jornada no curso do aviso prévio, a reclamada exigiu do empregado a prestação de horas extras, impossibilitando a procura e a obtenção de novo emprego, objetivo maior do aviso prévio e da redução de horário nele prevista. Assim, em face da inobservância às disposições do art. 488 da CLT, o reclamante faz jus ao recebimento de novo aviso prévio e seus reflexos no FGTS e férias proporcionais (conforme pedido – fl. 11).”

E, ainda, decidiu em sede de embargos declaratórios:

## JURISPRUDÊNCIA

“Em que pesem as alegações da CEF, o deferimento de diferenças salariais a serem apuradas com base no salário equivalente ao cargo/função inicial na CEF não ofende e tampouco extrapola os limites da lide instaurada, pois o pedido inicial contempla a ‘... diferença de salário que deveria ser pago *sobre a função efetivamente exercida, conforme histórico*’ (fl. 15 – grifei), tendo como causa de pedir a assertiva de que ‘o Reclamante recebia mensalmente o salário de R\$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais), para exercer a mesma função de funcionário da CEF, *devendo receber igual salário para o mesmo tipo de função desempenhada, como prescreve a Lei*’ (fl. 04). Daí se vê que a simples menção ao piso salarial contido nas CCTs dos bancários não autoriza concluir que o pedido inicial restringiu a apuração de diferenças a tais valores, sendo improcedente o pedido de reforma da decisão para se declarar uma tal limitação.” (fl. 319)

Primeiramente, não há que se falar em violação do art. 5º, LV, da Carta Magna, vez que foi dada ampla oportunidade às partes de se manifestarem regularmente, em todas as etapas do processo, tendo sido garantido, efetivamente, o devido processo legal. Não houve supressão de nenhuma fase processual, tampouco foi negado o direito subjetivo público a algum recurso.

Igualmente resta incólume o art. 460 do CPC, eis que, diante da transcrição *supra*, observa-se que a condenação teve como fundamento os exatos contornos delimitados pelo pedido exordial, tanto que, em relação ao aviso prévio, o Colegiado de origem expressamente afirmou que, “em face da inobservância às disposições do art. 488 da CLT, o reclamante faz jus ao recebimento de novo aviso prévio e seus reflexos no FGTS e férias proporcionais (conforme pedido – fl. 11)”. O mesmo se diz em relação às diferenças salariais, porquanto consignado pelo TRT que “o deferimento de diferenças salariais a serem apuradas com base no salário equivalente ao cargo/função inicial na CEF não ofende e tampouco extrapola os limites da lide instaurada”.

Desta forma, foi dada a correta subsunção dos fatos ao conceito contido em referido dispositivo, razão pela qual resta ileso.

Não conheço.

### I.2 Responsabilidade subsidiária

A reclamada sustenta que, tendo o acórdão concluído pela licitude da terceirização e da contratação do autor pela primeira reclamada, e envolvendo a condenação, predominantemente, diferenças salariais controvertidas, que não caracterizam inadimplemento de obrigação trabalhista, não tem lugar a sua responsabilização. Aponta violação do art. 5º, II, da Constituição Federal e contrariedade à Súmula/TST nº 331, inciso IV.

Dispôs a Corte de origem à fl. 306:

“No caso em tela, o reclamante foi contratado pela 1ª reclamada para executar junto à CEF as funções de conferente, em atendimento ao

contrato de prestação de serviços celebrado entre as recorridas, o qual tinha por objetivo a execução de tarefas relacionadas ao processamento de documentos e à compensação de cheques.”

E, ainda, decidiu o eg. TRT em sede de embargos declaratórios:

“E no que toca ao pagamento de novo aviso prévio, é certo que tal condenação também alcança a reclamada, ora embargante, tendo em vista a condenação subsidiária que lhe foi imposta na r. sentença (f. 273) e que não foi objeto de recurso próprio. Além do mais, o simples fato do aviso prévio possuir natureza indenizatória não exclui a obrigação da tomadora de serviços arcar com o pagamento da parcela em caso de inadimplemento da responsável principal, pois a responsabilidade subsidiária a ela imposta abrange todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho, sem distinção.” (fls. 319/320)

Quanto à alegada ofensa ao art. 5º, inciso II, da CF/1988, que retrata o princípio de legalidade, sabidamente não se caracteriza diretamente. Com efeito, para se chegar à conclusão pretendida pelo recorrente, seria necessário o exame prévio da legislação infraconstitucional, o que implica dizer que a alegada violação da Constituição é reflexa, não ensejando, portanto, a admissibilidade do recurso de revista. Vale ressaltar o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) que, a propósito da matéria, já se pronunciou no seguinte sentido:

“... é pacífica a jurisprudência do STF no sentido de não admitir, em RE, alegação de violação indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais, a exemplo das normas processuais trabalhistas, sobre pressupostos de admissibilidade de recurso no âmbito trabalhista.” (AgRg 313.304/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 19.10.2001)

Irrefutável, por outro lado, a incidência do item IV da Súmula/TST nº 331 à presente hipótese, vez que a subsidiariedade atribuída à empresa tomadora de serviços é medida que se impõe por força de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, porquanto é beneficiária final e direta dos serviços prestados. E ainda que assim não fosse, a matéria de que cuida referido verbete não foi tratada explicitamente pelo Tribunal *a quo*, sendo emitido tese apenas sobre a ausência de recurso e o fato de abranger a condenação como um todo, padecendo, portanto, a matéria do imprescindível prequestionamento, a teor da Súmula 297/TST, segundo o qual: “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”.

Não conheço.

### I.3 Isonomia salarial

A reclamada alega que não há vínculo empregatício da CEF com o reclamante, razão pela qual não pode este ser equiparado aos seus funcionários, em especial pela ausência de certame público, razão pela qual entende que não são devidas diferenças ao reclamante. Aponta violação dos arts. 7º, XXX, da Constituição Federal, 461, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, 12 da Lei nº 6.019/1974 e divergência jurisprudencial.

Quanto ao tema em exame, consignou o Tribunal Regional do Trabalho, *in verbis*:

“A d. maioria, entretanto, acompanhando o voto divergente do eminente Juiz Revisor, houve por bem deferir ao reclamante as diferenças salariais da alínea *a* e seus reflexos nas pertinentes parcelas da inicial, com o salário equivalente ao cargo/função inicial da CEF, conforme se apurar, ficando vencido, no aspecto, este Relator. O pleito foi deferido por aplicação do art. 12 da Lei nº 6.019/1974, que assegura ao trabalhador temporário remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora, sendo tal equivalência devida, ainda com mais razão, ao empregado contratado por período indeterminado. Também a observância ao princípio constitucional da isonomia impõe o deferimento das diferenças salariais postuladas. Deu-se provimento, para deferir ao reclamante as diferenças salariais da alínea *a* e seus reflexos nas pertinentes parcelas da inicial, com o salário equivalente ao cargo/função inicial da CEF, conforme se apurar.” (fls. 306/307)

Com efeito, discute-se, nos autos, a possibilidade do empregado vinculado à empresa terceirizada ter os mesmos direitos dos empregados da categoria profissional da tomadora dos serviços, em decorrência do princípio da isonomia.

Importa considerar-se que o reclamante não firmou qualquer contrato de trabalho com a Caixa Econômica Federal, prestando serviços a ela, tão-somente, por força da terceirização dos serviços. E, neste sentido, foi dado provimento pelo TRT o pagamento de diferenças salariais a cargo equivalente de empregado da CEF. No entanto, a condição da reclamante é diferente dos empregados contratados mediante concurso público, diretamente pela primeira reclamada, empresa pública.

Vale ressaltar que a Lei nº 6.019/1974 trata da contratação temporária (que pode ocorrer para a substituição eventual de um empregado) e não da terceirização de serviços decorrente de contrato civil firmado entre as empresas tomadora e prestadora dos serviços, razão pela qual entendo não ser possível a aplicação analógica da referida lei.

O reconhecimento de direitos iguais dos empregados resultaria em afronta ao princípio da isonomia, visto que os trabalhadores da CEF devem submeter-se a concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal.

Desta forma, improsperável o pleito da reclamante quanto à equiparação e conseqüentemente no que tange à aplicação das normas coletivas do bancário,

## JURISPRUDÊNCIA

razão pela qual conheço por violação dos arts. 461 da CLT e 12 da Lei nº 6.019/1974.

### I.4 Impossibilidade da inclusão do aviso prévio na responsabilidade subsidiária

A reclamada alega que o aviso prévio tem natureza indenizatória e, portanto, é incompatível com o instituto da subsidiariedade. Aponta divergência jurisprudencial.

O Tribunal *a quo* dispôs em sede de embargos de declaração à fl. 319:

“E no que toca ao pagamento de novo aviso prévio, é certo que tal condenação também alcança a reclamada, ora embargante, tendo em vista a condenação subsidiária que lhe foi imposta na r. sentença (fl. 273) e que não foi objeto de recurso próprio. Além do mais, o simples fato do aviso prévio possuir natureza indenizatória não exclui a obrigação da tomadora de serviços arcar com o pagamento da parcela em caso de inadimplemento da responsável principal, pois a responsabilidade subsidiária a ela imposta abrange todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho, sem distinção.”

Não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que a decisão transcrita à fl. 335 é inservível à comprovação do dissenso, porque não aborda ambos os fundamentos adotados pelo acórdão. É que, ainda que se admitisse a divergência jurisprudencial em relação ao alcance da responsabilidade subsidiária, o recurso de revista não mereceria seguimento, eis que o primeiro fundamento utilizado no acórdão (a condenação subsidiária que foi imposta na r. sentença não foi objeto de recurso próprio) restaria ileso, justificando o acerto da decisão regional. Consoante a Súmula nº 23 do TST, “não se conhece da revista ou dos embargos, quando a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos, e a jurisprudência transcrita não abranger a todos”.

Não conheço.

### II – Mérito

#### Diferenças salariais – Equiparação salarial

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por violação dos arts. 461 da CLT e 12 da Lei nº 6.019/1974, dou provimento ao recurso de revista para excluir da condenação as diferenças decorrentes da equiparação salarial com empregado da CEF.

## RECURSO DE REVISTA DA CONVIP SERVIÇOS GERAIS LTDA.

### I – Conhecimento

Analisando-se os pressupostos extrínsecos de admissibilidade relativos a tempestividade, observa-se que o recurso de revista interposto pela CONVIP Serviços Gerais Ltda. não reúne condições de ser conhecido.

## JURISPRUDÊNCIA

Ocorre que a decisão regional (embargos de declaração) de fls. 318/320 foi publicada no Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais no dia 27.09.2002 – sexta-feira, conforme certidão de fl. 321, começando a fluir o octídio legal para interposição do recurso de revista, a partir do dia 30.09.2002 – segunda-feira, expirando-se no dia 07.10.2002 – segunda-feira.

A reclamada, por sua vez, somente protocolizou a sua petição de recurso de revista de fls. 337/348 no dia 11.10.2002 – sexta-feira, ou seja, após transcorridos o octídio legal de que trata o art. 6º da Lei nº 5.584/1970, a saber:

“Será de 8 (oito) dias o prazo para interpor e contra-razoar qualquer recurso (CLT, art. 893).”

Vale salientar que esta Corte já pacificou a discussão, por meio da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1/TST nº 310, a saber:

“Litiscosortes. Procuradores distintos. Prazo em dobro. Art. 191 do CPC. Inaplicável ao processo do trabalho. DJ 11.08.2003 – Parágrafo único do art. 168 do Regimento Interno do TST.

A regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em face da sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista.

Precedentes: AGERR 499080/1998, Min. Milton de Moura França, DJ 11.10.2001; ERR 643291/2000, Red. Min. Luciano de Castilho, DJ 03.05.2002; ERR 589389/1999, Min. Brito Pereira, DJ 29.11.2002; ERR 578381/1999, Min. Milton de Moura França, DJ 06.12.2002; ROAR 797058/2001, Min. Ives Gandra, DJ 07.03.2003; ERR 589260/1999, Min. João O. Dalazen, DJ 09.05.2003; AGRR 572501/1999, 1ª T., Min. João O. Dalazen, DJ 28.09.2001; EDRR 540234/1999, 4ª T., Min. Milton de Moura França, DJ 27.10.2000; RR 523467/1998, 5ª T., Min. Brito Pereira, DJ 19.12.2002.”

Ante o exposto, não conheço, por intempestivo.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista da Caixa Econômica Federal, quanto ao tema diferenças salariais – equiparação, por violação dos arts. 461 da CLT e 12 da Lei nº 6.019/1974 e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação as diferenças decorrentes da equiparação salarial com empregado da CEF. Por unanimidade, não conhecer do recurso de revista quanto aos demais temas. Por unanimidade, não conhecer do apelo da reclamada CONVIP Serviços Gerais Ltda., por intempestivo.

Brasília, 7 de junho de 2006. *Renato de Lacerda Paiva*, relator.

### **RECURSO DE REVISTA. PEDIDO DE DEMISSÃO SEM HOMOLOGAÇÃO SINDICAL**

*RECURSO DE REVISTA – PEDIDO DE DEMISSÃO SEM HOMOLOGAÇÃO SINDICAL – EMPREGADO COM MAIS DE UM ANO DE SERVIÇO*

## JURISPRUDÊNCIA

– *IRREGULARIDADE (ART. 477, § 1º, DA CLT)* – Nos termos do § 1º do art. 477 da CLT, o pedido de demissão, firmado por empregado com mais de um ano de serviço, só tem validade se homologado mediante assistência sindical ou perante o Ministério do Trabalho. A inobservância desta formalidade legal implica nulidade do referido ato.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-RR-728/2001-252-02-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-728/2001-252-02-00.5, em que é Recorrente CLÁUDIO ROCHA CASTRO e Recorrida COMPANHIA SIDERÚRGICA PAULISTA – COSIPA.

Irresignado, o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 353/362), buscando reformar o acórdão regional no tocante ao tema: pedido de demissão – nulidade. Aponta ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República, bem como transcreve arestos para confronto de teses.

O recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 363.

Foram oferecidas contra-razões (fls. 372/394).

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

### VOTO

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade do recurso de revista, passo a examinar os específicos.

#### 1 CONHECIMENTO

*1.1 Pedido de demissão sem homologação sindical. Empregado com mais de um ano de serviço. Artigo 477, § 1º, da CLT*

O Tribunal Regional, no que guarda pertinência com o tópico em destaque, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, nos seguintes termos:

“De fato, o pedido de demissão firmado por empregado com mais de um ano de serviço, nos termos do § 1º do art. 477 da CLT, somente será válido quando feito com a assistência do sindicato da categoria ou perante o Ministério do Trabalho.

Contudo, no caso em tela, há particularidades que precisam ser consideradas. Vejamos.

Não obstante entenda o recorrente ter havido vício de vontade em seu pedido de demissão, noticiou desde a prefacial que em momento de ‘nervosismo’ e ‘revolta’ *teve por atitude pedir demissão* (fl. 4), o que denota,

## JURISPRUDÊNCIA

ao contrário do que pretende fazer crer, que não foi obrigado a pedir demissão, mas o fez espontaneamente.

Frise-se, a propósito, que em momento algum o recorrente noticia ter sido coagido, ainda que moral ou economicamente, limitando-se a afirmar ter se sentido ‘ofendido’ [sic]. Tampouco alegou em sua peça inaugural que se não pedisse demissão seria dispensado por justa causa, assertiva que estranhamente apenas restou consignada posteriormente, em depoimento pessoal prestado à fl. 269.

Não se pode olvidar, outrossim, que através do dispositivo de lei em apreço (CLT, art. 477, § 1º) o legislador quis evitar situações em que o empregado, muitas vezes sem qualquer instrução ou grau de escolaridade, é lesado pelo empregador.

Não é, contudo, o que se evidencia no caso *sub judice*, já que o recorrente tem formação acadêmica de 2º grau completo e 3º grau incompleto (1º ano de Licenciatura de Matemática) e laborava na empresa recorrida justamente no setor de recursos humanos, exercendo as derradeiras funções de analista.

Ademais, além de o vício de consentimento não ter sido comprovado através da prova oral colhida em audiência, o pedido de dispensa foi formulado em data de 23 de julho de 2001 (fl. 57) e sua ‘não ratificação’ [sic] apenas restou consignada em 1º de agosto do mesmo ano (*vide* fl. 20).

Vê-se, portanto, de todo o processado, que em verdade houve o tardio arrependimento por parte do empregado, o que, lamentavelmente, não tem o condão de tornar nulo o pedido de demissão expressamente formulado à fl. 57.” (fls. 350)

O reclamante interpõe recurso de revista, sustentando que “o Tribunal Regional ao entender dispensável a formalidade essencial do ato, por possuir o reclamante nível de escolaridade, distinguiu onde a lei não distingue” (fls. 359). Aponta violação aos arts. 5º, inc. II, da Constituição da República, 477, § 1º, da CLT e 130 e 104 do Código Civil. Transcreve arestos para comprovar dissenso pretoriano.

O segundo aresto trazido para confronto a fls. 361 é divergente, tendo em vista que registra que a homologação, pelo sindicato, do pedido de demissão do empregado com mais de um ano de trabalho para a empresa é formalidade essencial para a validade do ato.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Pedido de demissão sem homologação sindical. Empregado com mais de um ano de serviço. Irregularidade (artigo 477, § 1º, da CLT)*

Nos termos do § 1º do art. 477 da CLT, o pedido de demissão, firmado por empregado com mais de um ano de serviço, só tem validade se homologado mediante

## JURISPRUDÊNCIA

assistência sindical ou perante o Ministério do Trabalho. A inobservância dessa formalidade legal implica na nulidade do referido ato.

Nesse sentido, eis os seguintes precedentes:

“PEDIDO DE DEMISSÃO – EMPREGADO COM MAIS DE UM ANO DE SERVIÇO – AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL – NULIDADE – PRESUNÇÃO DE DISPENSA IMOTIVADA – 1. A ausência de assistência sindical de pedido de demissão firmado por empregado com mais de um ano de serviço é formalidade essencial e imprescindível, sem a qual o ato jurídico, de natureza complexa, não se perfaz. 2. Isso porque a manifestação unilateral do empregado é, por si só, insuficiente para a validação do pedido de demissão, segundo se depreende não só da literalidade como da *ratio legis* do art. 477, § 1º, da CLT. 3. Daí a sua nulidade da qual se extrai a presunção de dispensa imotivada.” (TST, RR 18.684/2002-902-02-00, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 17.02.2006)

“PEDIDO DE DEMISSÃO – NÃO-OBSERVÂNCIA DO REQUISITO DE VALIDADE PREVISTO NO ART. 477, § 1º, DA CLT – O requisito de validade do pedido de demissão de que trata o art. 477, § 1º, da CLT não é mera formalidade. Cuida-se de exigência legal que tem por escopo a proteção do trabalhador.” (TST, RR 166/2004-017-03-40.8, 3ª Turma, Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 17.02.2006)

“PEDIDO DE DEMISSÃO – AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DA RESCISÃO CONTRATUAL – ART. 477, § 1º, DA CLT – NULIDADE – CONVERSÃO EM DISPENSA IMOTIVADA – EFEITOS – Se a decisão regional, embora reconhecendo a ausência de assistência sindical no momento da homologação do pedido de demissão da Reclamante, empresta validade à rescisão contratual, viola frontalmente o art. 477, § 1º, da CLT, que sedimenta ser essencial para a rescisão contratual a homologação pelo sindicato da categoria do empregado. Nessa linha, nos moldes do art. 166, IV, do CC, resta atraída a nulidade do negócio, porque inobservada formalidade essencial, retirando do universo jurídico o ato de dispensa por iniciativa do empregado, e transmutando, portanto, a dispensa deste em imotivada, com os consectários a esta pertinentes. No caso vertente, são devidas à obreira, pois, as verbas rescisórias típicas da dispensa sem justa causa, a saber, aviso prévio e multa de 40% do FGTS.” (RR 686/2003-015-01-00, 4ª Turma, Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 23.09.2005)

Sendo assim, dou provimento ao recurso de revista para declarar a nulidade do pedido de demissão sem homologação sindical e determinar, ante a presunção de dispensa imotivada, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que julgue, como entender de direito, os pedidos relativos a aviso prévio, férias vencidas, gratificações natalinas e FGTS mais o acréscimo de 40%.

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, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Gelson de Azevedo, dar-lhe provimento para declarar a nulidade do pedido de demissão sem homologação sindical e determinar, ante a presunção de dispensa imotivada, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que julgue, como entender de direito, os pedidos relativos a aviso prévio, férias vencidas, gratificações natalinas e FGTS mais o acréscimo de 40%.

Brasília, 17 de maio de 2006. *João Batista Brito Pereira*, relator.

## **REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE ELEITORAL**

*REINTEGRAÇÃO – ESTABILIDADE ELEITORAL – Caso concreto de inexistência de legislação eleitoral concessiva de estabilidade provisória à data da dispensa (18.10.1996). Aplicação da legislação eleitoral aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, de que tratam o art. 15 da Lei nº 7.773/1989 e a Orientação Jurisprudencial nº 51 da SDI-1 do TST, não negada pelo TRT, que também não nega o direito com fundamento nessa lei. A transcrição do art. 13 da Lei nº 6.091/1974 – tida como aplicável à época das eleições para Governador naqueles “idos” – não desmente a assertiva do TRT de que não veda as demissões de servidores, mas tão-somente a contratação de pessoal. Jurisprudência inservível (Súmula nºs 296 e 333/TST). Recurso de revista não conhecido.*

*REINTEGRAÇÃO – ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO – MOTIVAÇÃO – DESNECESSIDADE – Acórdão recorrido em harmonia com a atual, notória e iterativa jurisprudência desta Corte (Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 do TST). Impossibilidade, portanto, de se falar em afronta ao art. 37 da Constituição ou em conflito pretoriano, porque superada eventual divergência (Súmula nº 333/TST). Recurso de revista não conhecido.*

*REINTEGRAÇÃO – ESTABILIDADE – NORMA INTERNA DO BANCO – Acórdão do TRT segundo o qual não foi comprovada a existência de proibição de despedida de empregados nas normas internas do Reclamado que ampare a pretensão da Reclamante. Necessidade, para conclusão em sentido inverso, de reexame das provas e dos fatos, vedado ao TST pelo art. 896 da CLT e pela Súmula nº 126/TST, ante os termos do acórdão recorrido. Recurso de revista não conhecido.*

*REINTEGRAÇÃO – CONVENÇÃO 158 DA OIT – Matéria analisada pelo TRT apenas sob o enfoque da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal. Ausência de prequestionamento sob o enfoque do disposto nos arts. 7º, I, e 5º, § 2º, da Constituição. Incidência da Súmula nº 297/TST. Jurisprudência inservível, por ser oriunda do mesmo TRT prolator do acórdão recorrido.*

## JURISPRUDÊNCIA

*o que não encontra amparo na alínea a do art. 896 da CLT; porque transcrita sem indicação completa da origem, pois não se indica qual o TRT prolator, o que impôs a aplicação da Súmula nº 337/TST; ou porque inespecífica (Súmula nº 296/TST). Recurso de revista não conhecido.*

*INCENTIVO À DEMISSÃO (PEDIDO SUCESSIVO À REINTEGRAÇÃO) – Acórdão do TRT em que foi consignada a ausência de violação à isonomia quanto ao PID ante a ausência de prova de que a Reclamante tenha requerido sua integração ao plano ou que a Reclamada tenha recusado tal pedido. Ofensa ao art. 5º, caput, da Constituição não configurada. Recurso de revista não conhecido.*

*DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS – Matérias cuja análise foi prejudicada ante a improcedência da reclamação. Recurso de revista não conhecido.*

*ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – Conforme prevê a Orientação Jurisprudencial nº 269 da SDI-1 do TST, o benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso. Aplicação também da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-796.018/2001 – Ac. 3ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-796018/2001.8, em que é Recorrente ISABEL CRISTINA DE CARVALHO ALVARENGA NEVES e Recorrido BANCO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO S.A. – BANESTES.

Trata-se de recurso de revista (fls.309-345) em que a Reclamante busca a modificação do acórdão de fls.232-240, 267-273 (AC 1º EDRO), 288-291 (AC 2º ED) e 303-305 (AC 3º ED), proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, no tocante aos temas *nulidade da dispensa* tendo em vista a estabilidade eleitoral; a necessidade de motivação da dispensa (art. 37 da Constituição); a norma interna do reclamado; sujeição do reclamado aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; *reintegração* com base na Convenção 158 da OIT; *pedido sucessivo à reintegração* – direito ao incentivo à demissão; *assistência judiciária gratuita* e *descontos previdenciários e fiscais*. A Reclamante aponta violações e transcreve jurisprudência.

Despacho de admissibilidade às fls.347-348.

Contra-razões às fls.353-383.

O processo não foi encaminhado ao Ministério Público do Trabalho ante o disposto no art. 82 do RITST.

É o relatório.

# JURISPRUDÊNCIA

## VOTO

### 1 CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos recursais comuns de admissibilidade (tempestividade: fls. 307 e 309; representação: fl. 16, Dr. João Batista Sampaio; preparo: custas arbitradas pela sentença à fl. 161 e recolhidas à fl. 181), passo ao exame dos específicos previstos no art. 896 da CLT.

#### *1.1 Reintegração. Estabilidade eleitoral*

Preliminarmente, esclareço que adotei como títulos aqueles já escolhidos pelo TRT e que correspondem às razões do pedido de reintegração que a Reclamante renova no recurso de revista, quais sejam, Reintegração. Estabilidade eleitoral; Reintegração. Artigo 37 da Constituição. Motivação. Desnecessidade; Reintegração. Estabilidade. Norma interna do banco; Reintegração. Convenção 158 da OIT; Incentivo à demissão (pedido sucessivo à reintegração).

O TRT concluiu pela improcedência da estabilidade. A fundamentação de fls. 233-234 foi substituída pela de fls. 269-270, posteriormente a embargos de declaração da Reclamante, sem efeito modificativo. Entendeu sem razão a Reclamante (fl. 269) e limitou-se a transcrever ementa do Processo TST-E-RR 62269/92.8, segundo a qual os servidores de sociedade de economia mista não beneficiados pela estabilidade provisória de que trata a Lei nº 7.773/1989; contudo, consta dessa ementa que a estabilidade provisória pré-eleitoral, para empregados de sociedades de economia mista, somente foi garantida no ano de 1986 pela Lei nº 7.493/1986 (fl. 270).

Finalmente, após novos embargos de declaração, que foram em verdade interpostos pela Reclamante, conforme declarado à fl. 304, o TRT, sanando omissão, acresceu à fundamentação do acórdão embargado “que a Reclamante foi dispensada em 18.10.1996”; ser sabido “que as normas concessivas de estabilidade pré-eleitoral têm destinação e período de vigência especificamente delimitados pela própria norma; que a Lei nº 6.091/1974 (art. 13) – aplicável à época das eleições para Governador naqueles “idos” – não veda as demissões de servidores”, mas tão-somente a contratação de pessoal; e “que a Lei nº 7.493, de 17.06.1986, não se aplica ao caso, porque concedeu estabilidade eleitoral no período compreendido entre a data da publicação – 18.06.1986 – e o término do mandato de governador, ou seja, vigeu em década pretérita à demissão da Reclamante” (fl.290).

No recurso de revista (fls. 311-316), a Reclamante afirma contrariado pelo Reclamado o princípio da moralidade (art. 37 da Constituição), ao proceder a grande movimentação de pessoal em período eleitoral; inclusive porque, por ser o empregador sociedade de economia mista, aos seus empregados aplica-se o art. 15 da Lei nº 7.773/1989; mesmo porque a Lei nº 6.091/1974 é clara quanto ao direito perseguido, pois consigna *verbis*:

## JURISPRUDÊNCIA

“São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem qualquer direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre os noventa dias anteriores à data das eleições parlamentares e o término, respectivamente, do mandato do Governador do Estado importem em nomear, contratar, designar, readaptar ou proceder a quaisquer outras formas de provimento de funcionários ou servidor na Administração direta e nas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista dos Estados e Municípios, salvo os cargos em comissão e da magistratura, do Ministério Público e, com aprovação do respectivo Órgão Legislativo, dos Tribunais de Contas e os aprovados em concursos públicos homologados até a data da publicação desta Lei.” (fls. 312-313)

A ofensa ao art. 37 da Constituição não foi prequestionada sob o enfoque da estabilidade eleitoral.

A aplicação da legislação eleitoral aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, de que tratam o art. 15 da Lei nº 7.773/1989 e a Orientação Jurisprudencial nº 51 da SDI-1 do TST, não foi negada pelo TRT e essa lei também não constituiu o fundamento da negativa do direito.

A transcrição do art. 13 da Lei nº 6.091/1974 – tida como aplicável à época das eleições para Governador naqueles “idos” – não desmente a assertiva do TRT de que não veda as demissões de servidores, mas tão-somente a contratação de pessoal.

Os arestos de fls. 311-312 e 313-315, que proclamam a aplicabilidade da legislação eleitoral aos empregados de sociedades de economia mista, não divergem do acórdão recorrido, porque o TRT não se fundamenta nesse aspecto, o que impõe a aplicação da Súmula nº 296/TST.

Genérico o segundo aresto de fl. 316 (Súmula nº 296/TST).

O segundo aresto de fl. 312 – relativo à necessidade de motivação da dispensa de empregados de sociedade de economia mista – não se refere ao tema em discussão, além de retratar tese superada pela Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 do TST, pelo que aplicável a Súmula nº 333/TST.

Não conheço.

### *1.2 Reintegração. Artigo 37 da Constituição. Motivação. Desnecessidade*

Ressalta o TRT que houve motivação da dispensa, conforme se depreende do documento de fl. 123. De outra sorte, salienta que a tese da necessidade de motivação da dispensa, com fulcro no art. 37 da Constituição, não encontra sustentáculo jurídico hábil e idôneo a legitimá-la, porque às sociedades de economia mista e às empresas públicas aplicam-se as normas próprias das pessoas jurídicas de direito privado, dentre elas as que regulam a relação jurídica mantida com seus empregados, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição (fl. 235).

## JURISPRUDÊNCIA

A Reclamante defende (fl. 316) estar violado o art. 37 da Constituição em razão de o Reclamado pertencer à Administração Pública indireta.

O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a atual, notória e iterativa jurisprudência desta Corte (Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 do TST). Em consequência, não se há falar em afronta ao art. 37 da Constituição, nem em conflito pretoriano, porque superada pela referida OJ eventual divergência jurisprudencial, o que impõe a aplicação da Súmula nº 333/TST.

Não conheço.

### *1.3 Reintegração. Estabilidade. Norma interna do banco*

Concluiu o TRT (fls. 235-236) que não foi comprovada a existência de proibição de despedida de empregados nas normas internas do Reclamado que ampare a pretensão da Reclamante (fl. 236).

A Reclamante afirma (fl. 321) que os empregados do Banco somente podem ser dispensados se assim entender o Comitê Disciplinar Paritário, porque as normas internas do Reclamado – que aderiram ao contrato de trabalho – vedam a dispensa arbitrária e injustificada. Invoca a violação de todo o ordenamento jurídico, da Constituição, do “regimento” interno do Reclamado e da Súmula nº 77/TST.

Ante os termos do acórdão recorrido, para conclusão em sentido inverso, necessário seria o reexame das provas e dos fatos, vedado ao TST pelo art. 896 da CLT e pela Súmula nº 126/TST.

Não conheço.

### *1.4 Reintegração. Convenção nº 158 da OIT*

O TRT manteve a improcedência da reintegração com fundamento em que o art. 7º, I, da Constituição prevê expressamente que a regulamentação da matéria relativa à despedida arbitrária ou sem justa causa seria feita por legislação complementar, enquanto que a Convenção nº 158 foi ratificada por decreto legislativo e promulgada por decreto executivo. Ademais, a par dessas considerações, o Plenário do STF concedeu liminar, em 04.09.1997, suspendendo a eficácia da Convenção nº 158 da OIT (fls. 236/237).

A Reclamante (fls. 325-326) sustenta que a Convenção nº 158 da OIT foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 68/1992 e garante a estabilidade no emprego contra a despedida arbitrária, independentemente de lei complementar. Alega ofendidos os arts. 7º, I, e 5º, § 2º, da Constituição.

Como visto, a matéria foi analisada apenas sob o enfoque da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, não se encontra prequestionada sob o enfoque do disposto nos arts. 7º, I, e 5º, § 2º, da Constituição, nem no Decreto Legislativo nº 68/1992. Nesse contexto, há incidência da Súmula nº 297/TST.

Não há divergência jurisprudencial.

## JURISPRUDÊNCIA

O aresto de fls. 326-327 não é válido para o confronto de teses, porque foi proferido pelo mesmo TRT prolator do acórdão recorrido, o que não encontra amparo na alínea *a* do art. 896 da CLT.

O segundo aresto, de fls. 327-328, também não é válido para o confronto, porque foi transcrito sem indicação completa de sua origem, pois não indica qual o TRT prolator, o que atrai a aplicação da Súmula nº 337/TST.

O terceiro aresto, de fl. 328, não é específico, porque não se contrapõe à tese recorrida e enfrenta o tema sob aspecto que não se encontra prequestionado. Aplicável, pois, a Súmula nº 296/TST.

Não conheço.

### *1.5 Incentivo à demissão (pedido sucessivo à reintegração)*

O TRT manteve a improcedência do pedido da Reclamante, de ser integrada no plano de demissão incentivada, fundamentado em que, como decidido pelo juízo de 1º grau, não foi comprovada qualquer violação à isonomia quanto ao PID, pois não há registro de que tenha requerido sua integração ao plano ou que a Reclamada tenha recusado tal pedido (fl. 237).

Fundamenta-se também no parecer do MPT no sentido de que, se a Reclamante não aderiu à época em que foi aberta a oportunidade a todos, não pode vir a juízo exigir os benefícios assegurados àqueles que a aceitaram, pretendendo valer-se de uma das formas de integração da norma jurídica, no caso, a interpretação extensiva (fl. 237).

Pretende a Reclamante (fl. 330) ser incontroverso que o Reclamado pagou a outros empregados a verba incentivo demissional, pelo que o TRT, ao indeferir o pedido, afrontou o princípio da igualdade de que trata o art. 5º, *caput*, da Constituição.

Não se há falar em ofensa ao art. 5º, *caput*, da Constituição.

Não há amparo legal para que se considere fato tido pelo TRT como não comprovado – que o Reclamado pagou a outros empregados a verba incentivo demissional – como fato incontroverso, porque a Reclamante sequer se contrapõe à integralidade da fundamentação do acórdão recorrido.

Nesse contexto, ainda que se considere as assertivas do TRT às fls. 270-271, não há elementos fáticos, nem tese jurídica que se possa entender em violência à literalidade do texto constitucional referido (art. 5º, *caput*, da Constituição).

Não conheço.

### *1.6 Assistência judiciária gratuita*

O TRT manteve o indeferimento da assistência judiciária gratuita, com fundamento em que:

1. quando há declaração de miserabilidade jurídica firmada pela própria reclamante, como é o caso, os benefícios da assistência judiciária gratuita

## JURISPRUDÊNCIA

somente podem ser deferidos se o advogado renuncia, expressamente à percepção de honorários advocatícios (fl. 238);

2. tendo em vista que a assistência judiciária gratuita isenta o reclamante do pagamento de custas e despesas processuais, dentre elas encontrando-se os honorários advocatícios, necessária a renúncia expressa do advogado da reclamante à percepção de honorários;
3. o causídico, em casos como o presente, assume a postura de defensor público e, em sendo assim, incabível percepção dupla de honorários (sucumbenciais e pré-contratados) (fl. 238);
4. por inexistente o ato de renúncia, improcede o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fl. 238).

Afirma a reclamante (fls.330-338) que a assistência judiciária gratuita não é privativa do sindicato profissional e pode ser requerida a qualquer tempo, porque o fato de a Lei nº 5.584/1970 estabelecer que é obrigação dos sindicatos prestar assistência judiciária aos trabalhadores não os impede de procurar advogado particular da confiança deles (fl. 333); reitera não ter como arcar com custas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, conforme exposto à fl. 17. Aponta ofensa aos arts. 5º, LXXIV, da Constituição e 4º da Lei nº 7.510/1986 e transcreve jurisprudência.

A Lei nº 7.510/1986, que deu nova redação à Lei nº 1.060/1950, em seu art. 4º estabelece que:

“Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.”

O art. 5º, LXXIV, da Constituição prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

De outra sorte, o art. 790, § 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 10.537/2002 (DOU 28.08.2002), faculta aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, *a requerimento ou de ofício*, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

No recurso de revista, o reclamante reitera não ter como arcar com custas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, conforme exposto à fl. 17.

Conforme prevê a Orientação Jurisprudencial nº 269 da SDI-1 do TST, o benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de

## JURISPRUDÊNCIA

jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso.

Merece registro igualmente o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 304 da SDI-1 do TST, “atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/1986, que deu nova redação à Lei nº 1.060/1950)”.

Nas circunstâncias específicas do presente processo, não há como indeferir o pedido de justiça gratuita formulado.

Registro que a reclamante recolheu as custas, conforme guia de fl. 181, no importe de R\$ 8,00 (oito reais). Contudo, não era necessário fazê-lo, porque esse valor é inferior ao mínimo legal previsto no art. 789 da CLT e no item X da Instrução Normativa nº 20/TST.

Conheço, pois, do recurso de revista, por violação do art. 5º, LXXIV, da Constituição.

### *1.7 Descontos previdenciários e fiscais*

O TRT entendeu prejudicada a análise da matéria ante a improcedência dos pedidos constantes da reclamação (fl. 238).

Não modificada a improcedência da reclamação, prejudicada análise da revista quanto aos descontos previdenciários e fiscais.

Não conheço.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Assistência judiciária gratuita*

Conhecido por violação, impõe-se prover.

Dou provimento ao recurso de revista para conceder à reclamante o benefício da justiça gratuita para isentá-la do pagamento de custas processuais. Como já foram recolhidas, poderá requerer o ressarcimento dessas custas junto à Receita Federal.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, *conhecer* do recurso de revista, apenas, quanto ao tema assistência judiciária gratuita, por violação do art. 5º, LXXIV, da Constituição, e, no mérito, *dar-lhe provimento* para conceder à reclamante o benefício da justiça gratuita para isentá-la do pagamento de custas processuais. Como já foram recolhidas, poderá requerer o ressarcimento dessas custas junto à Receita Federal.

Brasília, 5 de abril de 2006. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.

## TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL

*TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. IDENTIDADE DE FUNÇÕES ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO-DE-OBRA E OS CONTRATADOS DIRETAMENTE PELA TOMADORA DOS SERVIÇOS. ART. 12, ALÍNEA A, DA LEI Nº 6.019/1974. APLICAÇÃO ANALÓGICA*

1. À falta de previsão legal específica, socorrendo-se da analogia e dos princípios gerais do direito, bem como atendendo aos fins sociais da norma aplicada e às exigências do bem comum (LICC, arts. 4º e 5º), aplica-se o preceito inscrito na alínea *a* do art. 12 da Lei nº 6.019/1974 para reconhecer aos empregados terceirizados tratamento isonômico em relação àqueles contratados pela tomadora dos serviços, desde que haja igualdade de funções.

2. *O legislador ordinário lançou mão do referido dispositivo no intuito de coibir qualquer tratamento discriminatório gerado a partir de possível diferenciação de conduta e de salário, no ambiente de trabalho, entre os empregados temporários e os de mesma categoria da empresa tomadora. Ora, se na terceirização temporária de curto prazo vislumbrou-se a possibilidade de tratamento discriminatório, com muito maior gravidade, constância e profundidade tal circunstância verificar-se-á na terceirização permanente, em que, não raro, os empregados da prestadora dos serviços sujeitam-se por período prolongado a condições de patente desigualdade salarial em relação aos empregados de mesma categoria da empresa tomadora, não obstante desempenhando idênticas funções.*

3. *Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento para, reconhecendo o direito dos reclamantes, terceirizados, à isonomia salarial com os empregados da tomadora dos serviços exercentes das mesmas funções, restabelecer a r. sentença.*

*(Processo nº TST-E-RR-654.203/00 – Ac. SBDI 1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-654.203/00.9, em que são Embargantes SAULO ELIAS ARANHA e outros e Embargada CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF.

“A col. Turma pelo v. acórdão de fls. 968/975 deu provimento ao recurso de revista para, reformando o v. acórdão regional, excluir da condenação as parcelas deferidas com base na equiparação à categoria profissional dos bancários.

Recurso de embargos pelos reclamantes às fls. 1026/1066, alegando que a decisão da Turma diverge com decisão proferida pela col. 5ª Turma,

no sentido de que a equiparação salarial é cabível até mesmo na terceirização temporária, com mais razão é cabível nas situações de terceirização ilícita ou em períodos mais longos, conforme os arestos que colaciona, ambos da col. 5ª Turma. Apontam violação ao art. 896 da CLT, por entenderem que não há como não se reconhecer os direitos dos bancários ao empregado da prestadora de serviços, conforme o art. 5º, *caput*, e 7º, XXXII, da CF/1988. Requerem o benefício da assistência judiciária gratuita – fls. 1068/1078.

Impugnação pela CEF às fls. 1143/1148.”

Eis o relatório aprovado em sessão.

Assinalo que é da lavra do Exmo. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, relator originário, os trechos textualmente reproduzidos entre aspas.

“1. Pedido de assistência judiciária gratuita feito pelos reclamantes

Os reclamantes requerem o benefício da assistência judiciária gratuita, com base na Lei nº 1.060/1950 e 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

A Orientação Jurisprudencial 269 da col. SDI dispõe:

‘O benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso.’

Defiro, portanto.”

“2. Equiparação salarial. Bancário. Empregado terceirizado

CONHECIMENTO

A col. Turma, ao reformar a decisão do eg. Tribunal Regional da 15ª Região, conheceu do recurso de revista por violação ao art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/1974, ao entendimento:

‘O Regional, como se observa, deferiu a equiparação com a categoria dos bancários, por aplicação do disposto no art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/1974 e art. 5º da Constituição Federal.

Todavia, não restando consignado que os reclamantes exerciam trabalho temporário, nos termos da Lei nº 6.019/1974, a eles não se aplica o disposto no art. 12, *a*, do referido diploma legal, não havendo, pois, amparo legal para o deferimento da equiparação deferida.’ (fl. 973)

No mérito, deu provimento ao recurso para, reformando o acórdão regional, excluir da condenação as parcelas deferidas com base na equiparação à categoria profissional dos bancários.

Os embargantes alegam que a decisão da col. Turma diverge com decisões proferidas pela col. 5ª Turma, no sentido de que, se a equiparação salarial é cabível até mesmo na terceirização temporária, com mais razão é cabível nas situações de terceirização ilícita ou em períodos mais longos, conforme os arestos que colaciona, ambos da col. 5ª Turma. Entendem que não há como não se reconhecer os direitos dos bancários ao empregado da prestadora de serviços, conforme o art. 5º, *caput*, e 7º, XXXII, da CF/1988.

## JURISPRUDÊNCIA

Demonstrado o conflito jurisprudencial, em face dos arestos colacionados oriundos da col. 5ª Turma, que, em sentido contrário ao decidido pela col. 3ª Turma, entende que ser cabível a equiparação salarial na terceirização.”

### 2 MÉRITO DOS EMBARGOS

#### 2.1 Terceirização. Isonomia salarial

Discute-se, na hipótese vertente, o direito de os autores, empregados de empresa fornecedora de mão-de-obra, alcançarem direitos próprios da categoria dos bancários, tendo em vista que exerciam, na tomadora dos serviços, Caixa Econômica Federal, funções idênticas àquelas desempenhadas pelos empregados desta instituição financeira.

Na espécie, como visto, a eg. Terceira Turma do TST deu provimento ao recurso de revista interposto pela reclamada para “excluir da condenação as parcelas deferidas com base na equiparação à categoria profissional dos bancários” (fl. 975).

A meu ver, *data venia* do entendimento esposado pela eg. Terceira Turma, não merecia reforma o v. acórdão regional que, por sua vez, ratificou a r. sentença no tocante à condenação subsidiária da CEF, na qualidade de tomadora dos serviços, ao pagamento de verbas próprias da categoria dos bancários. Registre-se que assim decidiu a Corte Regional valendo-se de aplicação analógica do art. 12, alínea *a*, da Lei nº 6.019/1974, haja vista a identidade entre as atividades desempenhadas pelos reclamantes, cujo vínculo de emprego foi estabelecido com a empresa terceirizada, e aquelas exercidas pelos empregados contratados diretamente pela CEF, tipicamente bancárias (fls. 930/931).

Com efeito. É certo que a Lei nº 6.019/1974 dirige-se especificamente à regulamentação do trabalho temporário, assim definido como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º).

Em princípio, portanto, referido diploma legal destinar-se-ia tão-somente àquelas hipóteses transitórias e emergenciais, o que difere substancialmente do caso específico dos autos, em que os reclamantes, empregados da fornecedora de mão-de-obra, laboraram nas dependências da CEF, executando atividades tipicamente bancárias, por um período médio de três anos (petição inicial – fls. 03/04).

Chama a atenção, todavia, o disposto no art. 12, alínea *a*, da aludida Lei nº 6.019/1974, no seguinte sentido:

“(Caput) Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária,

garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional; [...]” (grifo nosso)

Por certo que o legislador ordinário lançou mão do referido dispositivo no intuito de coibir qualquer tratamento discriminatório gerado a partir de possível diferenciação de conduta e de salário, no ambiente de trabalho, entre os empregados temporários e os de mesma categoria da empresa tomadora.

Ora, se na terceirização temporária de curto prazo vislumbrou-se a possibilidade de tratamento discriminatório, com muito maior razão na terceirização “permanente”, em que, não raro, os empregados da prestadora dos serviços sujeitam-se por período de tempo prolongado a condições de patente desigualdade salarial em relação aos empregados de mesma categoria da empresa tomadora, não obstante desempenhando idênticas funções.

Especificamente nos casos de terceirização permanente, não há lei específica que trate de isonomia salarial. Ressalte-se que o art. 461 da CLT, ao cuidar de equiparação salarial, disciplina unicamente os casos de empregados de uma mesma empresa, não albergando os empregados de empresas distintas, ligados pelo fenômeno da terceirização.

De sorte que não vislumbro solução mais adequada senão a de, socorrendo-se da analogia e dos princípios gerais do direito, atendendo aos fins sociais da norma aplicada e às exigências do bem comum (LICC, arts. 4º e 5º), aplicar o preceito inscrito na alínea *a* do art. 12 da Lei nº 6.019/1974 para reconhecer aos empregados terceirizados, nessas circunstâncias, tratamento isonômico em relação àqueles contratados pela tomadora dos serviços, desde que haja igualdade de funções.

Nesse sentido, cumpre mencionar a lição de Maurício Godinho Delgado:

“Insista-se que a fórmula terceirizante, caso não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país.” (*Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: São Paulo, abril/2003. p. 462)

Tal entendimento, a meu ver, afigura-se consentâneo com o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, c/c 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988).

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, esta eg. Seção já teve oportunidade de manifestar-se a respeito do tema, merecendo destaque o posicionamento adotado pelo Exmo. Ministro Rider de Brito no julgamento do recurso de embargos TST-E-RR-799.073/01.6, em que figurou como redator designado, publicado no Diário de Justiça de 25.02.2005:

“DIFERENÇAS SALARIAIS – TERCEIRIZAÇÃO – TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE EMPREGADOS DA EMPRESA PRES-

## JURISPRUDÊNCIA

TADORA E DA EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (Enunciado nº 331, II, do TST). A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego, contudo, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumprisse função idêntica no ente estatal tomador dos serviços. Esse tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, encontrando amparo no art. 5º, *caput*, da Constituição (‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]’) e também no art. 7º, inciso XXXII, da CF/1988, que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. Embargos não conhecidos.”

Assim, conquanto se trate, no caso em tela, de empregados de empresa prestadora de serviços, os reclamantes fazem jus aos mesmos salários e vantagens percebidos pelos empregados da tomadora dos serviços, exercentes das mesmas funções, por aplicação analógica do art. 12, alínea *a*, da Lei nº 6.019/1974.

À vista do exposto, *dou provimento* aos embargos para, reconhecendo o direito dos reclamantes à isonomia salarial com os empregados da Caixa Econômica Federal exercentes das mesmas funções, restabelecer integralmente a *r. sentença*, inclusive no tocante à extinção do processo, com julgamento do mérito, em relação ao reclamante José Carlos Pereira, ante a incidência da prescrição bienal total, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC, e ao indeferimento dos honorários advocatícios, tendo em vista que os reclamantes não se encontram assistidos por sindicato da categoria profissional.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, (I) por unanimidade, conhecer dos embargos por conflito jurisprudencial e, no mérito, por maioria, vencidos os Exmos. Ministros Aloysio Silva Corrêa da Veiga, relator, João Batista Brito Pereira e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, dar-lhes provimento para, reconhecendo o direito dos reclamantes à isonomia salarial com os empregados da Caixa Econômica Federal exercentes das mesmas funções, restabelecer integralmente a *r. sentença*, inclusive no tocante à extinção do processo, com julgamento do mérito, em relação ao reclamante José Carlos Pereira, ante a incidência da prescrição bienal total, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC, e ao indeferimento dos honorários advocatícios, tendo em vista que os reclamantes não se encontram assistidos por sindicato da categoria profissional; (II) por unanimidade, deferir o pedido de assistência judiciária gratuita aos reclamantes.

Brasília, 12 de setembro de 2005. *João Oreste Dalazen*, redator designado.

**TRABALHO AOS DOMINGOS E FERIADOS. PAGAMENTO EM DOBRO**

*RECURSO DE REVISTA. PETROBRAS. TRABALHO AOS DOMINGOS E FERIADOS. PAGAMENTO EM DOBRO. ART. 7º DA LEI Nº 5.811/1972. SUPRESSÃO UNILATERAL DO PAGAMENTO EM OUTUBRO DE 1998. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO VALIDANDO A SUPRESSÃO EM 2000. ART. 468 DA CLT. VIOLAÇÃO. Cinge-se a controvérsia à verificação da necessidade ou não do pagamento em dobro de domingos e feriados trabalhados por empregado submetido ao regime de turnos ininterruptos de revezamento previsto pela Lei nº 5.811/1972, e à possibilidade de extinção daquele pagamento por meio de previsão em acordo coletivo de trabalho. Do quadro fático delineado pelo Regional, tem-se que houve em outubro de 1998 a supressão das horas extras relativas ao trabalho prestado em domingos e feriados, sendo que a norma coletiva datada de 2000 corroborou a supressão e fixou uma indenização aos empregados. Realmente, por força da Súmula nº 391, I, do TST, não há controvérsia quanto à constitucionalidade da disciplina dos turnos ininterruptos de revezamento contida na Lei nº 5.811/1972, e tampouco fundamento para se cogitar de inaplicabilidade do art. 7º, segundo o qual “a concessão de repouso na forma dos itens V do art. 3º, II, do art. 4º e I do art. 6º quita a obrigação patronal relativa ao repouso semanal remunerado de que trata a Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949”. Nesse contexto, correta a conclusão do Regional no sentido de que, após a vigência da Lei nº 5.811/1972, não há amparo em lei para o pagamento em dobro de domingos e feriados laborados pelos empregados da reclamada sujeitos ao regime de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. Ocorre, porém, que, como a reclamada continuou pagando em dobro os domingos e feriados trabalhados após a vigência da lei, esse direito se incorporou ao contrato de trabalho do reclamante, como previsto pelo art. 468 da CLT, e a supressão unilateral ocorrida em outubro de 1998 foi ilegal, devendo ser restabelecido o pagamento no particular. Já no período posterior à vigência da norma coletiva, não há como se cogitar de restabelecimento do pagamento, uma vez que a negociação coletiva tem autonomia para dispor de direitos dos empregados em favor de outras conquistas para a categoria profissional, nos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988.*

*Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-RR-4917/2001-481-01-00 – Ac. 6ª Turma)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-4917/2001-481-01-00.4, em que é Recorrente MARCOS DOS SANTOS PAULA e Recorrida PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRAS.

## JURISPRUDÊNCIA

O eg. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por meio do v. acórdão de fls. 128-133, deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para indeferir o pedido de pagamento em dobro do trabalho prestado em dias feriados, entendendo-o inaplicável aos empregados sujeitos ao regime da Lei nº 5.811/1972, e julgar improcedente a ação.

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 138-148). Alega, em síntese, que o Regional incorreu em violação do art. 614, §§ 1º e 3º, da CLT porque teria conferido efeito retroativo e por tempo indeterminado ao acordo coletivo que previa indenização pela supressão do pagamento em dobro dos dias de feriados laborados em turno ou sobreaviso. Insiste que aquele acordo foi assinado em 21.01.2000, ao passo que a supressão do pagamento do labor em feriados ocorreu, segundo afirma, em outubro de 1998. Argumenta que seu prejuízo decorre do fato de que, se computados no tempo de contrato de trabalho restante até a aposentadoria, o valor dos feriados suprimidos excederia em muito a indenização percebida. Indica violação dos arts. 7º da Lei nº 5.811/1972; 468 da CLT, 3º, V, 4º, II, e 6º, I, da Lei nº 605/1949. Transcreve arestos para cotejo.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 151-152.

Contra-razões às fls. 153-160.

Os autos não foram remetidos ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

### VOTO

O recurso de revista é tempestivo (fls. 134 e 135) e está subscrito por advogada devidamente habilitada (fl. 11). Custas pagas a contento (fl. 104).

### 1 CONHECIMENTO

#### *1.1 Trabalho em domingos e dias feriados. Empregado submetido ao regime da Lei nº 5.811/1972*

O eg. TRT da 1ª Região deu provimento ao recurso ordinário da reclamada com o seguinte fundamento, *verbis*:

“A pretensão do reclamante é receber em dobro os feriados trabalhados, vencidos e vincendos, a partir de outubro de 1998, sob alegação de que a reclamada passou a remunerá-los de forma simples, configurando, segundo sua ótica, verdadeira alteração unilateral do contrato de trabalho. Diz o autor que a norma coletiva firmada entre o sindicato profissional e a reclamada em janeiro de 2000, que estipulou o pagamento dos feriados de forma simples desde 1998, não comporta efeito retroativo.

A reclamada, por sua vez, afirma a validade da norma coletiva, aduzindo ainda que, a rigor, o pagamento em dobro dos feriados sequer seria devido, diante do regime extraordinário previsto na Lei nº 5.811/1972.

## JURISPRUDÊNCIA

O MM. Juízo de primeiro grau, embora reconhecendo que o acordo celebrado entre as categorias deve ser respeitado, a menos que seja anulado pelo Poder Judiciário, condenou a reclamada ao pagamento da dobra pleiteada na inicial no período que vai da alegada supressão (com observância da prescrição, obviamente) até a data do acordo coletivo (26.01.2000). É contra essa condenação que se insurge a reclamada.

Assiste-lhe razão.

De início, deve ficar registrado que a Lei nº 5.811/1972 foi recepcionada pela Constituição Federal, conforme entendimento já sedimentado no col. TST (OJ 240, SDI-I).

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência no sentido de não ser devido o pagamento em dobro dos feriados trabalhados ao empregado sujeito ao regime especial de turnos de revezamento, eis que tais dias já se encontram embutidos no período de descanso.

A respeito do tema, vale transcrever a ementa do acórdão do atual Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, referente a período de sua convocação para o col. Tribunal Superior do Trabalho:

‘HORAS EXTRAS – EMPREGADOS QUE TRABALHAM NA INDÚSTRIA PETROQUÍMICA E TRANSPORTE DE PETRÓLEO E SEUS DERIVADOS – VIGÊNCIA DA LEI Nº 5.811/1972 APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988. Constituição Federal recepcionou a Lei nº 5.811/1972, porque, ao fixar os turnos em regime de revezamento, conferiu aos petroleiros e aos trabalhadores de plataforma marítima vantagens e sensível melhoria das condições de trabalho, que não foram asseguradas para os trabalhadores em geral. Orientação Jurisprudencial nº 240 da col. SDI desta Corte Superior.’ (Acórdão da 1ª Turma do col. TST, proferido em 24.03.2004, Proc. TST-RR nº 423.307/98, DJ 16.04.2004)

No tema específico dos feriados, o mencionado acórdão está assim fundamentado:

‘[...]’

IV – Dobras de domingos e feriados

1. CONHECIMENTO

O eg. Tribunal Regional manteve a condenação da reclamada ao pagamento de domingos e feriados em dobro, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*: Na audiência do dia 27.02.1997, o MM. Juiz Presidente determinou que a reclamada trouxesse aos autos os controles de frequência, sob pena de confissão. A reclamada, entretanto, não juntou todos os controles, como, por exemplo, o do mês de junho de 1993. Incensurável, portanto, a aplicação da pena de confissão com relação aos meses em que não houve a juntada dos referidos documentos. Por outro lado, a reclamada não provou o pagamento das dobras de domingos e feriados, como se vê, por exemplo, no mês de janeiro de 1996 (fl. 237).

## JURISPRUDÊNCIA

Nas razões de recurso de revista, a reclamada afirma que o v. acórdão recorrido, ao negar que as folgas servissem para compensar os domingos e feriados, afrontou o art. 7º da Lei nº 5.811/1972 e a Lei nº 605/1949.

O eg. Tribunal Regional, ao entender devida a condenação em domingos e feriados em dobro, por não comprovado o pagamento de tais dias, afrontou o art. 7º da Lei nº 5.811/1972.

Conheço do recurso de revista por violação do art. 7º da Lei nº 5.811/1972.

### 2. MÉRITO

Dispõe o art. 7º da Lei nº 5.811/1972 que, *in verbis*: A concessão de repouso na forma dos itens V do art. 3º, II, do art. 4º e I do art. 6º quita a obrigação patronal relativa ao repouso semanal remunerado de que trata a Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949.

Conforme se depreende do artigo acima citado, estando o reclamante regido pela Lei nº 5.811/1972, que, atendendo às peculiaridades decorrentes da prestação de serviço no mar e em área distante ou de difícil acesso, instituiu regime especial de duração do trabalho e repouso aos empregados, não faz jus ao pagamento dos domingos e feriados trabalhados em dobro. É que os dias de repouso são cobertos pelos dias em que o empregado permanece desembarcado, peculiaridade do trabalho embarcado, que faz gozo consecutivo do repouso em terra mais vantajoso ao empregado.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de revista para excluir da condenação o pagamento dos domingos e feriados trabalhados em dobro.

Brasília, 24 de março de 2004.’

Portanto, diante da peculiaridade do trabalho embarcado regulado pela Lei nº 5.811/1972, os dias de repouso são cobertos pelos dias em que o trabalhador permanece desembarcado.

No que concerne à alegada irretroatividade da norma coletiva, há que se ter em conta que não se trata do período de vigência, como sustenta o autor com base no art. 614, § 1º, da CLT, mas de cláusula normativa estipulando a extinção de um direito a partir de certa data, tudo por livre manifestação de vontade de ambas as partes, *in verbis*:

‘Convencionam as partes que fica extinto, a partir de 04.10.1998, o pagamento, como horas extras, do labor em dia de feriado de qualquer natureza (nacional, estadual ou municipal), prestado por empregados engajados em regimes especiais de trabalho previstos nas normas internas.’ (fl. 92 – cláusula 1ª)

Não se pode olvidar que, na hipótese em exame, o período anterior foi devidamente transacionado pelas partes, consoante revela a cláusula 2ª do referido acordo.

Por conseqüência, não se aplica na hipótese o art. 614, § 1º, da CLT, como pretende o autor.

## JURISPRUDÊNCIA

Conclui-se, portanto, que não há imposição legal quanto ao pagamento em dobro dos feriados trabalhados ao empregado sujeito ao regime especial em turnos de revezamento, do que resulta ser válida a cláusula do acordo coletivo acima transcrita, com fundamento no princípio da liberdade contratual.

Averbe-se, ainda, que não prosperam as alegações do autor sobre alteração unilateral de condição contratual (fl. 7), haja vista que as normas internas da empresa podem ser extintas por acordo entre as partes, conforme assim se estipulou na referida norma coletiva.

Ressalte-se, por último, que foi estabelecida uma indenização em decorrência da extinção do benefício (cláusula 2ª – fl. 154). A referida lei especial dos petroquímicos prevê a possibilidade de redução ou supressão de vantagens pelo empregador, quando alterado o regime de revezamento, desde que assegurado aos empregados o direito à percepção de indenização (art. 9º da Lei nº 5.811/1972). Assim, o procedimento adotado pela reclamada, de extinguir a dobra do feriado desde outubro de 1998, com pagamento de respectiva indenização, está em consonância com o permissivo legal de supressão de vantagens unilateralmente pelo empregador, mediante pagamento de indenização.

Nestes termos, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido autoral.” (fls. 129-132)

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista (fls. 138-148). Alega, em síntese, que o Regional incorreu em violação do art. 614, §§ 1º e 3º, da CLT porque teria conferido efeito retroativo e por tempo indeterminado ao acordo coletivo que previa indenização pela supressão do pagamento em dobro dos dias de feriados laborados em turno ou sobreaviso. Insiste que aquele acordo foi assinado em 21.01.2000, ao passo que a supressão do pagamento do labor em feriados ocorreu, segundo afirma, em outubro de 1998. Argumenta que seu prejuízo decorre do fato de que, se computados no tempo de contrato de trabalho restante até a aposentadoria, o valor dos feriados suprimidos excederia em muito a indenização percebida. Indica violação dos arts. 7º da Lei nº 5.811/1972; 468 da CLT; 3º, V, 4º, II, e 6º, I, da Lei nº 605/1949. Transcreve arestos para cotejo.

Sem razão.

Cinge-se a controvérsia à verificação da necessidade ou não do pagamento em dobro de domingos e feriados trabalhados por empregado submetido ao regime de turnos ininterruptos de revezamento previsto pela Lei nº 5.811/1972, e à possibilidade de extinção daquele pagamento por meio de previsão em acordo coletivo de trabalho.

Do quadro fático delineado pelo Regional, tem-se que houve em 1998 a supressão das horas extras relativas ao trabalho prestado em domingos e feriados, sendo que a norma coletiva datada de 2002 corroborou a supressão e fixou uma indenização aos empregados.

## JURISPRUDÊNCIA

Realmente, o atual, iterativo e notório entendimento deste col. Tribunal, cristalizado na Súmula nº 391, I, pacificou-se no sentido de que “a Lei nº 5.811/1972 foi recepcionada pela CF/1988 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros”.

Logo, não há controvérsia quanto à constitucionalidade da disciplina dos turnos ininterruptos de revezamento contida naquele Diploma legal, e tampouco fundamento jurídico para se cogitar de inaplicabilidade do art. 7º, segundo o qual “a concessão de repouso na forma dos itens V do art. 3º, II do art. 4º e I do art. 6º quita a obrigação patronal relativa ao repouso semanal remunerado de que trata a Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949”.

Nesse contexto, correta a conclusão do Regional no sentido de que, após a vigência da Lei nº 5.811/1972, não há amparo em lei para o pagamento em dobro de domingos e feriados laborados pelos empregados da reclamada sujeitos ao regime de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento.

Ocorre, porém, que, como a reclamada continuou pagando em dobro os domingos e feriados trabalhados, esse direito se incorporou ao contrato de trabalho do reclamante, como previsto pelo art. 468 da CLT, e a supressão unilateral ocorrida em 1998 foi ilegal, devendo ser restabelecido o pagamento, no particular.

Nesse sentido, o seguinte precedente da eg. 2ª Turma, proferido em caso envolvendo a mesma reclamada do feito ora *sub judice*:

“FERIADOS – Reconhecida pelo egrégio TRT a alteração das condições de trabalho sem mútuo consentimento, tendo a paga sido suprimida em agosto de 1998, restou violado o art. 468 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-AIRR e RR-812771/2001.2, 2ª Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes, DJU 08.04.2005)

Já no período posterior à vigência da norma coletiva, não há como se cogitar de restabelecimento do pagamento, uma vez que a negociação coletiva tem autonomia para dispor de direitos dos empregados em favor de outras conquistas para a categoria profissional, nos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988.

Com esses fundamentos, conheço parcialmente do recurso de revista por violação do art. 468 da CLT, apenas quanto ao período compreendido entre a data da supressão do pagamento em dobro dos domingos e feriados trabalhados, em outubro de 1998, e a data de início da vigência da norma coletiva de 2000, que autorizou aquela supressão e fixou uma indenização para os empregados prejudicados.

## 2 MÉRITO

### *2.1 Trabalho em domingos e dias feriados. Empregado submetido ao regime da Lei nº 5.811/1972*

Conhecido o recurso por violação direta e literal de dispositivo de lei, o seu provimento é medida que se impõe.

## JURISPRUDÊNCIA

Dou provimento, portanto, à revista para determinar o restabelecimento da r. sentença (fls. 86-88) na parte em que julgou procedente o pedido de pagamento em dobro dos domingos e feriados trabalhados somente no período compreendido entre a supressão unilateral do direito (outubro de 1998) e a data de início de vigência do Acordo Coletivo de Trabalho de 2000, que validou a supressão e fixou uma indenização para os empregados prejudicados, bem como no que tange à fixação do valor da condenação para fim de depósito recursal.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso de revista por violação do art. 468 da CLT, apenas quanto ao período compreendido entre outubro de 1998 e a data de início da vigência da norma coletiva de 2000, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o restabelecimento da r. sentença (fls. 86-88) na parte em que julgou procedente o pedido de pagamento em dobro dos domingos e feriados trabalhados somente no período compreendido entre a supressão unilateral do direito (outubro de 1998) e a data de início de vigência do Acordo Coletivo de Trabalho de 2000, que validou a supressão e fixou uma indenização para os empregados prejudicados, bem como no que tange à fixação do valor da condenação para fim de depósito recursal.

Brasília, 19 de abril de 2006. *Horácio Senna Pires*, relator.

### **VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO LEGAL**

*VIOLAÇÃO DIRETA E LITERAL DE PRECEITO DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE SE INCLUIR OU EXCLUIR EXIGÊNCIA NO CONTEÚDO DA NORMA. DECISÃO EMBARGADA FRUTO DA INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. Para se caracterizar a violação de preceito de lei, é imprescindível se demonstrar que a decisão afronta a sua literalidade, sem possibilidade de se incluir ou excluir exigência no conteúdo da norma. A douta Turma conclui pela violação do art. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, sob o fundamento de que os reclamantes iniciaram a prestação de serviços no ano de 1991 e que, consoante o art. 55 do mesmo diploma legal, o direito é assegurado aos trabalhadores portuários avulsos matriculados até 31 de dezembro de 1990; que a prestação de serviços dos reclamantes ocorreu na força supletiva, enquanto que o direito só é exercitável pelos trabalhadores avulsos que exerçam as atividades em caráter efetivo; e, finalmente, que o art. 18, II, da Lei nº 8.630/1993 exige que a prestação de serviços tenha se iniciado na mesma região portuária, não podendo ser computado tempo de serviço prestado em outra. A decisão embargada, nesse contexto, faz uma interpretação do texto legal quando conclui que o art. 18, II, da Lei nº 8.630/1993, exige que a prestação de serviços tenha iniciado na mesma região, sem possibilidade de se computar o tempo de serviço prestado em outra. Sem dúvida, o dispositivo*

## JURISPRUDÊNCIA

*não enfoca expressamente essa restrição, mas se limita a consignar que: “Art. 18. Os operadores portuários devem constituir, em cada porto organizado, um órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário, tendo como finalidade: I – administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário-avulso; II – manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso”. O mesmo se diga em relação ao art. 55 da Lei nº 8.630/1993, que apenas consigna que o direito ao registro, de que trata o inciso II do art. 27, é assegurado aos trabalhadores portuários avulsos matriculados até 31.12.1990 perante os órgãos competentes, desde de que comprovadamente exercentes da atividade em caráter efetivo a partir daquela data. Ora, o Regional, retratado pela Turma, com base na prova, estabelece a premissa de fato de que os reclamantes estavam, comprovadamente, exercendo as atividades em caráter efetivo desde 1990 (fls. 2027, segundo parágrafo). Logo, inadmissível, data venia, concluir-se que houve violação do art. 55, c/c o inciso II do art. 27 da Lei nº 8.630/1993, sem considerar esse fato que dá contornos aptos e razoáveis para se afastar a ofensa à literalidade do preceito. Recurso de embargos conhecido e provido.*

*(Processo nº TST-E-ED-RR 175/2001-002-17-00 – Ac. SBDI-1)*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR 175/2001-002-17-00.6, em que são embargantes ADALBERTO FERNANDES DA SILVA E OUTROS e embargados SINDICATO DOS ESTIVADORES E DOS TRABALHADORES EM ESTIVA DE MINÉRIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e ÓRGÃO GESTOR DE MÃO-DE-OBRA DO TRABALHO PORTUÁRIO AVULSO DO PORTO ORGANIZADO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

A eg. 5 Turma, no v. acórdão de fls. 2016/2032, conheceu do recurso de revista do reclamado, Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo, quanto ao tema “Trabalhadores Portuários. Registro. Arts. 27, inc. II, e 55 da Lei nº 8.630/1993”, por ofensa aos arts. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, e, no mérito, deu-lhe provimento para julgar improcedente a reclamação trabalhista.

Seguiram-se embargos declaratórios opostos pelos reclamantes (fls. 2035/2039), que foram acolhidos para prestar esclarecimentos no v. acórdão de fls. 2086/2094.

Inconformados, interpõem os reclamantes recurso de embargos à SDI-1, conforme razões de fls. 2098/2113.

Argüem, preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional. Sustentam que a eg. Turma recusou-se a apreciar os itens “a” e “b” de seus embargos declaratórios, não se pronunciando sobre sua alegação de que “os reclamantes migraram para o Espírito Santo por convocação

## JURISPRUDÊNCIA

do Sindicato e lá permaneceram desde 1991 e que eram sindicalizados em seus estados de origem em data bastante anterior a 1991” (fl. 2106). Quanto aos itens “e” e “f” dos declaratórios, alega que a interpretação do inciso II do art. 18 da Lei nº 8.630/1993 importa ofensa aos arts. 5º, *caput*, II e XXXVI, da Constituição Federal.

Apontam ofensa aos arts. 832 e 897-A da CLT, 458 e 535 do CPC, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

No mérito, sustentam que foram convocados pelo sindicato embargado, em seus Estados de origem, para trabalhar na região portuária do Estado do Espírito Santo. Que a convocação inicialmente teve prazo determinado de 90 dias, mas, em razão da necessidade de serviço, foi prorrogada por vários anos. Que, por serem originários de outros Estados, sofreram vários tipos de discriminação, nomeadamente a recusa de seus cadastros e registros de que trata o art. 27 da Lei nº 8.630/1993. Alegam que preenchem todos os requisitos para obter o cadastro e o registro como trabalhadores avulsos portuários. Que os arts. 18 e 27 da Lei nº 8.630/1993 não impedem que o trabalhador portuário avulso exerça suas funções e obtenha o registro em Estado diverso daquele onde foram convocados. Que já prestavam, em seus Estados de origem, serviços como portuários avulsos, e no Estado do Espírito Santo trabalharam por período superior a 90 dias, de forma que não podem ser considerados força supletiva.

Apontam ofensa aos arts. 18, 27, II, 54 e 55 da Lei nº 8.630/1993; 1º, *caput* e IV, 5º, *caput*, II e XXXVI, 7º, XXX, XXXI e XXXII, 170, VII e VIII, todos da Constituição Federal.

Por derradeiro, alegam que, ao conhecer do recurso de revista por ofensa ao art. 27 da Lei nº 8.630/1993, a eg. Turma ofende o art. 896 da CLT e contraria a Súmula nº 221 do TST.

Impugnação apresentada pelo reclamado a fls. 2115/2138 (fac-símile) e 2139/2162 (originais).

Os autos não foram remetidos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho.

Relatados.

### VOTO

Os embargos são tempestivos (fls. 2095/2098) e estão subscritos por advogado habilitado (fls. 24/96, 898 e 2051).

### I – CONHECIMENTO

#### *I.1 Preliminar de nulidade do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional*

Arguem, preliminarmente, os reclamantes, a nulidade do acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional.

## JURISPRUDÊNCIA

Sustentam que a eg. Turma recusou-se a apreciar os itens “a” e “b” de seus embargos declaratórios, não se pronunciando sobre sua alegação de que “os reclamantes migraram para o Espírito Santo por convocação do Sindicato e lá permaneceram desde 1991 e que eram sindicalizados em seus estados de origem em data bastante anterior a 1991” (fl. 2106). Quanto aos itens “e” e “f” dos declaratórios, alegam que a interpretação do inciso II do art. 18 da Lei nº 8.630/1993 importa ofensa aos arts. 5º, *caput*, II e XXXVI, da Constituição Federal. Apontam ofensa aos arts. 832 e 897-A da CLT, 458 e 535 do CPC, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

Sem razão.

Não há os vícios apontados.

Com efeito, o v. acórdão embargado esclarece explicitamente todas as alegações suscitadas nos embargos declaratórios dos reclamantes, ao consignar que:

“Deve-se ressaltar, inicialmente, que inexistente omissão a ser sanada no que diz respeito aos tópicos ‘a’ e ‘b’ dos embargos de declaração de fls. 2035/2039, pois na decisão de fls. 2016/2032 se registrou, textualmente, que ‘no art. 18 da Lei nº 8.630/1993 se exige que a prestação de serviços tenha se iniciado na mesma região portuária, não podendo ser computado tempo de serviço prestado em outra região’ (fls. 2031).

Em consequência, não são relevantes os fatos de que os Reclamantes foram prestar serviços nos portos do Espírito Santo devido à convocação do Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo e à prestação de serviços, estabelecida em apenas 90 (noventa) dias inicialmente, ter ocorrido durante alguns anos.

Além disso, o fato de haver prestação de serviços em outros portos anteriormente a 1991 não gera o direito à inclusão nos trabalhos ofertados nos portos do Espírito Santo, na qualidade de trabalhadores portuários avulsos registrados (art. 55 da Lei nº 8.630/1993).

Registre-se, ainda, que na decisão regional não se consignou o fato de os Reclamantes sofrerem descontos na remuneração para o Sindicato-Reclamado (item c), razão por que não é cabível a análise desse fato nesta jurisdição superior (Súmula nº 126 deste Tribunal).

Em relação ao tópico ‘d’, inexistente omissão a sanar, uma vez que esta Quinta Turma, ao consignar que o entendimento contido no acórdão regional importou em violação dos arts. 27, inc. II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, afastou a aplicação da Súmula nº 221 desta Corte, visto que, implicitamente, concluiu pela inexistência de interpretação razoável desses preceitos legais.

No que diz respeito aos itens ‘e’ e ‘f’, observa-se ser pretensão dos Embargantes impugnar a decisão embargada, não se enquadrando os embargos de *declaração*, portanto, nas hipóteses elencadas no art. 535 do Código de Processo Civil.

## JURISPRUDÊNCIA

Mencione-se, por demasiado, a inexistência de ofensa aos arts. 5º, *caput* e incs. II e XXXVI, e 7º, incs. XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal, em face dos seguintes aspectos:

a) ausência de inobservância do princípio da isonomia, uma vez que, segundo as disposições constantes da Lei nº 8.630/1993, somente poderiam ser incluídos na qualidade de trabalhadores portuários registrados aqueles que tivessem sido matriculados até 31 de dezembro de 1990 nos portos em que pleitearam essa condição, o que não ocorreu com os Reclamantes;

b) observância do princípio da legalidade, porque a exigência de ter-se iniciado a prestação de serviços na mesma região portuária encontra-se estabelecida no art. 18, inc. II, da Lei nº 8.630/1993;

c) ..... inexistência de inobservância de direito adquirido pelos Reclamantes, visto que os limites do direito à inclusão na qualidade de trabalhadores portuários registrados encontra-se estabelecido no mencionado diploma legal; e

d) ausência de inobservância do estabelecido nos incs. XXX, XXXI e XXXII do art. 7º da Constituição Federal, porque os fundamentos contidos no acórdão de fls. 2016/2032 se encontram embasados na Lei nº 8.630/1993, não havendo, dessa forma, tratamento desigual em relação aos Reclamantes.

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração de fls. 2035/2039 para prestar esclarecimentos.” (fl. 2092/2094)

Como se verifica, está expressamente consignado no v. acórdão embargado o fato de que houve prestação de serviços em outros portos anteriormente a 1991. Apenas o enquadramento jurídico da matéria foi contrário aos interesses dos reclamantes, visto que a eg. Turma consigna que:

“Além disso, o fato de haver prestação de serviços em outros portos anteriormente a 1991 não gera o direito à inclusão nos trabalhos ofertados nos portos do Espírito Santo, na qualidade de trabalhadores portuários avulsos registrados (art. 55 da Lei nº 8.630/1993).” (fl. 2092/2093)

Intactos, por conseguinte, os arts. 832 e 897-A da CLT, 458 e 535 do CPC, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

Não conheço do recurso quanto à preliminar.

### *1.2 Trabalhadores portuários – registro – arts. 18, 27 e 55 da Lei nº 8.630/1993*

A eg. 5 Turma, no v. acórdão de fls. 2016/2032, conheceu do recurso de revista do reclamado, Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo, quanto ao tema “Trabalhadores Portuários. Registro. Arts. 27, inc. II, e 55 da Lei nº 8.630/1993”, por ofensa aos arts. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, e, no mérito, deu-lhe provimento para julgar improcedente a reclamação trabalhista.

Seu fundamento é de que:

### “1 CONHECIMENTO

1.1 Trabalhadores portuários. Registro. Arts. 27, inc. II, e 55 da Lei nº 8.630/1993

Adalberto Fernandes da Silva, Ademir Veloso Fernandes, Ademir Corrêa da Silva, Adonaio Queiroz dos Santos, Alberico Borges Ferreira Pink, Alexandre Fernandes da Silva, Almir Rogério Cabral Oziel, André Harly Miranda Sá, Antônio de Carvalho Sousa, Antônio Pedro de Souza, Antônio Ulisses Ramos de Melo, Ataíde Gomes Pereira, Benedito Assunção Correia, Benedito Bentes da Rocha, César Vasque de Souza, Cláudio Renato de Jesus, Claudionor Cláudio Cabral, Damazio Gomes Cavalcante, Domingos Marques dos Santos, Edilson Martins da Silva, Eloi Moreira de Lemos, Faustino Oliveira Morais, Francisco das Chagas Lima Freire, Francisco Denis Pereira, Francisco Olivardo Silveira, Francisco Parente, Gabriel Francisco da Silva, Gaetany Pereira Dias, Gilmar Fernandes Alves, Gilson Hélio Vilas Boas Ramos, Joanielson Pinto Castelo Branco, João Batista dos Santos, Jorge Gomes Pinto, Jorge Luís Fernandes da Silva, Jorge Luiz Barros, José Alfonso Bravo Montano, José Edson Alexandre Farias, José Fernandes da Silva Filho, José Francisco Swinya, José Lopes, José Pinheiro de Souza, José Rabelo Tenozor, José Ribamar da Conceição, José Teles de Menezes Filho, Jovino Tomaz da Silva Neto, Ladimir Pinto de Vasconcelos, Luiz Carlos da Silva, Luiz Silvino de Melo, Manoel Adriano dos Santos Filho, Manoel dos Santos, Manoel Gomes Teixeira Filho, Marques dos Santos, Miguel Ribeiro Soares, Milton Possidonio, Neirival Vilas Boas Ramos, Nilton César de Jesus, Nilton Gomes Pinto, Olavo Ferreira Alecrim, Osmário Ribeiro do Nascimento, Paulo Miranda Pereira, Raimundo da Silva Gomes, Raimundo Pereira de Matos, Raimundo Valdimar Silva Marques, Rivaldo Lima Marinho, Romildo de Jesus, Rubens José Muniz Tavares, Rubivaldo Santos de Oliveira, Severiano Braga Gonzaga, Tito Ribeiro dos Santos, Valdico Monteiro Oliveira, Valdir Xavier dos Santos, Waldecir Campos da Silva e Waldir Coriolano da Silva ajuizaram ação perante o Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo e o Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário Avulso do Estado do Espírito Santo (fls. 09/30). Noticiaram, inicialmente, que são trabalhadores portuários avulsos da categoria dos estivadores e que foram requisitados pelo Sindicato-Reclamado para prestar serviços na faixa portuária do Estado do Espírito Santo a partir do ano de 1991, tendo sido engajados na denominada força supletiva (fls. 15). Informaram, ainda, que permaneceram os autores laborando nos portos de nosso Estado até o corrente ano, apesar de haverem sido requisitados por um prazo determinado que não seria superior a (90) noventa dias (fls. 15). Afirmaram que o Sindicato-Réu desvinculou os Reclamantes, a partir de 28 de fevereiro de 1998, das atividades para as quais se encontram habilitados e matriculados (fls. 15). Por fim, mediante a antecipação dos efeitos da tutela

de mérito, pleitearam: a) a respectiva inclusão nos trabalhos ofertados pelos tomadores de serviços, na qualidade de trabalhadores portuários avulsos registrados, na forma do art. 55 da Lei nº 8.630/1993; b) a determinação de que o segundo Réu lhes fornecesse as identidades portuárias necessárias ao ingresso nos locais de trabalho, constando a identificação de trabalhador portuário avulso registrado; e c) a determinação de que o Sindicato-Reclamado efetuasse a sindicalização deles. No mérito, pretenderam a confirmação da tutela antecipada requerida e a condenação dos Reclamados ao pagamento de honorários advocatícios.

O Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário Avulso do Porto Organizado do Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo SETEMEES apresentaram suas defesas à ação (fls. 195/204 e 207/219).

Os Reclamantes manifestaram-se sobre as contestações oferecidas pelos Reclamados (fls. 634/641).

O Exmo. Sr. Juiz da Segunda Vara do Trabalho de Vitória ES, mediante a decisão de fls. 1362/1364, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela de mérito no que diz respeito aos tópicos a, b e c da petição inicial.

A Segunda Vara do Trabalho de Vitória/ES, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, julgou procedente, em parte, a ação trabalhista, a fim de determinar: a) a inclusão dos Autores nos trabalhos ofertados pelos tomadores de serviços, na qualidade de trabalhadores portuários avulsos registrados, na forma do art. 55 da Lei nº 8.630/1993; b) o fornecimento aos Reclamantes pelo segundo Réu das identidades portuárias necessárias ao ingresso nos locais de trabalho, constando a identificação de trabalhador portuário avulso registrado; e c) a sindicalização dos Autores pelo Sindicato-Reclamado. Na mesma sessão de julgamento, condenou os Reclamados ao pagamento de honorários advocatícios (sentença, fls. 1549/1555).

A Procuradoria Regional do Trabalho da Décima Sétima Região opinou pela improcedência da ação trabalhista (fls. 1718/1732).

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Sétima Região, em sua composição plena, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelos Reclamantes não beneficiados pela sentença de primeiro grau e deu provimento parcial aos recursos ordinários interpostos pelo Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo e pelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário Avulso do Porto Organizado do Estado do Espírito Santo, a fim de decretar a extinção do processo sem julgamento de mérito em relação ao Reclamante Rivaldo Lima Marinho e de reduzir a 15% (quinze por cento) a condenação ao pagamento de honorários advocatícios (acórdão, fls. 1788/1795), conforme os seguintes fundamentos, *verbis*:

Nego provimento. Ao admitir que os reclamantes tenham prestado serviços e restando demonstrado que esses serviços se iniciaram em 1991,

## JURISPRUDÊNCIA

tem-se como presunção favorável aos trabalhadores a continuidade na prestação dos mesmos. Assim, competia aos réus a prova de que eles teriam deixado de trabalhar. Note-se, a propósito, que há farta documentação nos autos retratando situações de conflito, com emprego de violência, exatamente porque os autores desejavam exercer seu trabalho. Pela lógica do razoável, o que se entende é que vinham prestando seus trabalhos normalmente e que esses conflitos explodiram exatamente porque foram, como narrado na inicial, impedidos de trabalhar. Assim, *data venia*, não vejo como deixar de imputar aos réus como acertadamente o fez o Juiz João Batista o ônus da prova de que os reclamantes não estavam trabalhando como exigido pelo art. 55 da Lei de Modernização dos Portos.

Sob essa ótica, correto o estabelecimento da premissa de fato de que os autores preenchem os requisitos de estar comprovadamente exercendo a atividade em caráter efetivo desde dezembro de 1990.

Note-se que nem mesmo a referida lei exige que o exercício da atividade tenha se dado na mesma região portuária, de modo que o fato de terem os autores vindo de outras regiões do Brasil pode servir para afastar o direito. Aliás, é lamentável que sejam tratados como ‘estrangeiros’ (assim mesmo, entre aspas) trabalhadores tão brasileiros quanto os demais que se opõem aos seus pedidos (fls. 1791).

No que diz respeito à renovação da alegação de prescrição da pretensão formulada na petição inicial, foram registrados os seguintes fundamentos, *verbis*:

Nego provimento. Primeiro porque um dos fundamentos de fato desta ação foi a conduta do sindicato em 28.01.1998, interrompendo a continuação da prestação de serviços por parte dos autores, o que já afastaria a prescrição, como decidiu o douto julgador *a quo*. Segundo porque a publicação da listagem dos trabalhadores que obtiveram o Cadastro ocorreu em 1º.04.1996 (fls. 716/719), de modo que, na medida em que a presente ação foi ajuizada em fevereiro de 1998, não havia transcorrido o lapso de dois anos entre a suposta lesão e o ajuizamento da ação. Assim, nego provimento ao apelo dos réus no tocante ao pedido de acolhimento da prescrição total (fls. 1790).

O Tribunal Regional rejeitou os embargos de declaração opostos pelos Reclamantes (fls. 1803/1811) e pelo Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo (fls. 1812/1819), ante a inexistência de omissão a ser sanada, e acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário Avulso do Porto Organizado do Estado do Espírito Santo (fls. 1797/1802), a fim de limitar os efeitos da decisão, em relação ao Reclamante Jorge Luiz Barros, a 21 de agosto de 2002, data de sua aposentadoria (acórdão, fls. 1849/1855).

Inconformado, o primeiro Reclamado, Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo,

## JURISPRUDÊNCIA

interpõe recurso de revista (fls. 1860/1882), com amparo no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Suscita, inicialmente, a nulidade do acórdão regional proferido no julgamento dos embargos de declaração, por negativa de prestação jurisdicional. Renova, ainda, a prejudicial de prescrição da pretensão. Alega que a Lei dos Portos é clara ao dispor que para possuir direito ao Registro o trabalhador deve comprovar labor em caráter definitivo desde dezembro de 1990, o que não restou evidenciado (fls. 1875). Para o conhecimento do recurso, aponta violação dos arts. 27, 54 e 55, da Lei nº 8.630/1993, 7º, inc. XXIX, e 93, inc. IX, da Constituição Federal, 535, incs. I e II, do Código de Processo Civil e 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

O segundo Reclamado, Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário Avulso do Porto Organizado do Estado do Espírito Santo, também interpõe recurso de revista (fls. 1883/1904), com amparo no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Renova prejudicial de mérito de prescrição da pretensão. Pretende, ainda, a reforma da decisão regional no que tange aos seguintes aspectos: inclusão dos Reclamantes nos trabalhos ofertados pelos tomadores de serviços na qualidade de trabalhadores portuários avulsos registrados; e honorários advocatícios.

À análise.

Registre-se, inicialmente, que deixo de analisar a argüição de nulidade do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, em virtude de possível decisão favorável ao Recorrente, na forma do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil.

Mencione-se, ainda, que não merece conhecimento o recurso de revista quanto à prejudicial de mérito de prescrição da pretensão formulada na petição inicial, uma vez que não se constata, *in casu*, a alegada ofensa ao inc. XXIX do art. 7º da Constituição Federal. O marco inicial da prescrição, na presente hipótese, corresponde à conduta do Sindicato-Reclamado de impedir que os Reclamantes continuassem a prestar serviços, momento da lesão do direito pretendido na presente ação. Em conseqüência, não houve inobservância do prazo estipulado no mencionado preceito constitucional, porque a lesão ocorreu em 28.01.1998 e o ajuizamento da ação, em fevereiro de 1998.

No tocante ao mérito, a solução da controvérsia depende da análise do contido nos arts. 18, 27 e 55 da Lei nº 8.630/1993, *verbis*:

‘Art. 18. Os operadores portuários devem constituir, em cada porto organizado, um órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário, tendo como finalidade:

I – administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário-avulso;

II – manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;

## JURISPRUDÊNCIA

III – promover o treinamento e a habilitação profissional do trabalhador portuário, inscrevendo-o no cadastro;

IV – selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;

V – estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso;

VI – expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário;

VII – arrecadar e repassar, aos respectivos beneficiários, os valores devidos pelos operadores portuários, relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários.

Parágrafo único. No caso de vir a ser celebrado contrato, acordo, ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, este precederá o órgão gestor a que se refere o *caput* deste artigo e dispensará a sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto.

[...]

Art. 27. O órgão de gestão de mão-de-obra:

I – organizará e manterá cadastro de trabalhadores portuários habilitados ao desempenho das atividades referidas no artigo anterior;

II – organizará e manterá o registro dos trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º A inscrição no cadastro do trabalhador portuário dependerá, exclusivamente, de prévia habilitação profissional do trabalhador interessado, mediante treinamento realizado em entidade indicada pelo órgão de gestão de mão-de-obra.

§ 2º O ingresso no registro do trabalhador portuário avulso depende de prévia seleção e respectiva inscrição no cadastro de que trata o inciso I deste artigo, obedecidas a disponibilidade de vagas e a ordem cronológica de inscrição no cadastro.

§ 3º A inscrição no cadastro e o registro do trabalhador portuário extingue-se por morte, aposentadoria ou cancelamento.

[...]

Art. 55. É assegurado o registro de que trata o inciso II do art. 27 desta lei aos atuais trabalhadores portuários avulsos matriculados, até 31 de dezembro de 1990, na forma da lei, junto aos órgãos competentes, desde que estejam comprovadamente exercendo a atividade em caráter efetivo desde aquela data.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não abrange os trabalhadores portuários aposentados.’

*In casu*, constata-se a ocorrência dos seguintes fatos, conforme consta do acórdão regional e da petição inicial:

## JURISPRUDÊNCIA

a) os Reclamantes iniciaram a prestação de serviços no Porto Organizado do Estado do Espírito Santo no ano de 1991:

I) ‘o sindicato requerido prontamente lhes conferiu a documentação hábil, tendo os autores iniciado suas atividades neste Estado, no ano de 1991’ [...] (fls. 15, grifo no original); e

II) ‘ao admitir que os reclamantes tenham prestado serviços e restando demonstrado que esses serviços se iniciaram em 1991, tem-se como presunção favorável aos trabalhadores a continuidade na prestação de serviços’ (fls. 1791).

b) a prestação de serviços dos Reclamantes se iniciou na força supletiva:

I) ‘[...] tendo os autores iniciado suas atividades neste Estado [...] empregados na denominada força supletiva’ (fls. 15).

Constata-se, portanto a ocorrência de violação dos arts. 27, inc. II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, porque:

a) os Reclamantes iniciaram a prestação de serviços no ano de 1991 e no art. 55 da Lei nº 8.630/1993 se consigna que o registro, tratado no inc. II do art. 27 do mesmo diploma legal, é assegurado aos trabalhadores portuários avulsos matriculados até 31 de dezembro de 1990; e

b) a prestação de serviços dos Autores ocorreu na força supletiva e no art. 55 da Lei nº 8.630/1993 se registra que o registro, tratado no inc. II do art. 27 do mesmo diploma legal, é assegurado aos trabalhadores portuários avulsos que exerçam as atividades em caráter efetivo.

Mencione-se, ainda, que no art. 18 da Lei nº 8.630/1993 se exige que a prestação de serviços tenha se iniciado na mesma região portuária, não podendo ser computado tempo de serviço prestado em outra região. Essa exigência encontra-se no inc. II desse preceito legal, no qual se consigna que é atribuição do órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário a manutenção, com exclusividade, do registro do trabalhador portuário avulso.

Diante do exposto, conheço do recurso apenas quanto ao registro dos Reclamantes na qualidade de trabalhadores portuários avulsos, por violação dos arts. 27, inc. II, e 55 da Lei nº 8.630/1993.

### 2 MÉRITO

2.1 Trabalhadores portuários. Registro. Arts. 27, inc. II, e 55 da Lei nº 8.630/1993

Em face do conhecimento do recurso por ofensa a preceitos legais, o seu provimento é medida que se impõe.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de revista interposto pelo Sindicato dos Estivadores e dos Trabalhadores em Estiva de Minérios do Estado do Espírito Santo, a fim de julgar improcedente a ação trabalhista e de inverter o ônus da sucumbência em relação às custas processuais.” (fls. 2024/2031)

## JURISPRUDÊNCIA

Em seu recurso de embargos (fls. 2107/2113), sustentam os reclamantes que foram convocados pelo sindicato embargado, em seus Estados de origem, para trabalhar na região portuária do Estado do Espírito Santo. Que a convocação inicialmente teve prazo determinado de 90 dias, mas, em razão da necessidade de serviço, foi prorrogada por vários anos. Que, por serem originários de outros Estados, sofreram vários tipos de discriminação, nomeadamente a recusa de seus cadastros e registros de que trata o art. 27 da Lei nº 8.630/1993.

Alegam que preenchem todos os requisitos para obter o cadastro e o registro como trabalhadores avulsos portuários. Que os arts. 18 e 27 da Lei nº 8.630/1993 não impedem que o trabalhador portuário avulso exerça suas funções e obtenha o registro em Estado diverso daquele onde foram convocados. Que já prestavam, em seus Estados de origem, serviços como portuários avulsos, e no Estado do Espírito Santo trabalharam por período superior a 90 dias, de forma que não podem ser considerados força supletiva.

Apontam ofensa aos arts. 18, 27, II, 54 e 55 da Lei nº 8.630/1993; 1º, *caput* e IV, 5º, *caput*, II e XXXVI, 7º, XXX, XXXI e XXXII, 170, VII e VIII, todos da Constituição Federal.

Por derradeiro, alegam que, ao conhecer do recurso de revista por ofensa ao art. 27 da Lei nº 8.630/1993, a eg. Turma ofende o art. 896 da CLT e contraria a Súmula nº 221 do TST.

Com razão os reclamantes.

São fatos incontroversos, porque retratados pela decisão da Turma: que o Regional afirma que os reclamantes prestaram serviços a partir de 1991, daí presumindo-se que continuaram na prestação dos mesmos serviços; que há farta documentação retratando situações de conflito, com emprego de violência, exatamente porque os reclamantes desejavam exercer o seu trabalho, no que foram impedidos, o que, pela lógica do razoável, entende-se que já vinham prestando seu trabalho normalmente; que os conflitos explodiram porque foram, como narrado na inicial, impedidos de trabalhar; que, sob essa ótica, correto o estabelecimento da premissa de fato de que os reclamantes preenchem os requisitos de estar comprovadamente exercendo a atividade em caráter efetivo, desde dezembro de 1990; que o art. 55 da Lei de Modernização dos Portos não exige que o exercício da atividade tenha se dado na mesma região portuária, de modo que o fato de ter os reclamantes vindo de outras regiões do Brasil não pode afastar o seu direito.

Esse é, resumidamente, o quadro fático da Turma.

*Data venia*, têm razão os embargantes, uma vez que a Turma, ao conhecer da revista, por violação dos arts. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, não se houve com acerto.

Com efeito, para se caracterizar a violação de preceito de lei, é imprescindível demonstrar-se que a decisão afronta a sua literalidade, sem possibilidade de se incluir ou excluir exigência no conteúdo da norma.

## JURISPRUDÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, já decidiu que: “Tanto vulnera a lei o provimento jurisdicional que implica exclusão do campo de aplicação de hipótese contemplada, como o que inclui exigência que se lhe mostra estranha” (RTJ 133/1355 e RTJ 135/413, *apud* Theotonio Negrão, 36ª edição, p. 1992).

Ora, a doutra Turma conclui pela violação dos arts. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, ignorando a realidade retratada pelo Regional, que é mais do que razoável, razão pela qual não agride a literalidade dos dispositivos mencionados.

Realmente, aponta a Turma violação do art. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, sob o fundamento de que os reclamantes iniciaram a prestação de serviços no ano de 1991 e que, consoante o art. 55 do mesmo diploma legal, o direito é assegurado aos trabalhadores portuários avulsos matriculados até 31 de dezembro de 1990; que a prestação de serviços dos reclamantes ocorreu na força supletiva, enquanto que o direito só é exercitável pelos trabalhadores avulsos que exerçam as atividades em caráter efetivo; e, finalmente, que o art. 18, II, da Lei nº 8.630/1993 exige que a prestação de serviços tenha se iniciado na mesma região portuária, não podendo ser computado tempo de serviço prestado em outra. Essa conclusão, assinala a Turma, extrai-se do referido dispositivo.

Como se percebe, a decisão embargada faz uma interpretação do texto legal quando conclui que o art. 18, II, da Lei nº 8.630/1993 exige que a prestação de serviços tenha iniciado na mesma região, sem possibilidade de se computar o tempo de serviço prestado em outra.

Sem dúvida, o dispositivo não enfoca expressamente essa restrição, mas se limita a afirmar que:

“Art. 18. Os operadores portuários devem constituir, em cada porto organizado, um órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário, tendo como finalidade:

I – administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário-avulso;

II – manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso.” (fls. 2029)

O mesmo se diga em relação ao art. 55 da Lei nº 8.630/1993, que apenas consigna que o direito ao registro de que trata o inciso II do art. 27 é assegurado aos trabalhadores portuários avulsos matriculados até 31.12.1990 perante os órgãos competentes, desde que comprovadamente exercentes da atividade em caráter efetivo a partir daquela data.

Ora, o Regional, retratado pela Turma, com base na prova, estabelece a premissa de fato de que os reclamantes estavam, comprovadamente, exercendo as atividades em caráter efetivo desde 1990 (fls. 2027, segundo parágrafo).

Logo, inadmissível, *data venia*, concluir-se que houve violação do art. 55, c/ c o inciso II do art. 27 da Lei nº 8.630/1993, sem considerar esse fato que dá contornos aptos e razoáveis para se afastar a ofensa à literalidade do preceito.

## JURISPRUDÊNCIA

Finalmente, carece de razoabilidade jurídica a conclusão da Turma de que o art. 18, II, da Lei nº 8.630/1993 exige que a prestação de serviços se dê na mesma região portuária, uma vez que essa conclusão está assentada em um elemento não consignado expressamente no dispositivo, mas sim fruto de uma interpretação.

Realmente, o dispositivo se limita a exigir que haja um órgão gestor de mão-de-obra em cada porto organizado, para manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso.

Em momento algum exige que a prestação de serviços se dê na mesma região portuária.

Conheço do recurso de embargos, por ofensa ao art. 896 da CLT, uma vez que a revista não merecia conhecimento por violação dos arts. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993.

### II – MÉRITO

#### *II.1 Trabalhadores portuários – Registro – Arts. 18, 27 e 55 da Lei nº 8.630/1993*

Conhecido o recurso de embargos, por ofensa ao art. 896 da CLT, uma vez que a revista não merecia conhecimento por violação do art. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, dou-lhe provimento para restabelecer o v. acórdão do Regional.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, I – Por unanimidade, não conhecer dos embargos quanto à “preliminar de nulidade do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional”; II – Por maioria, vencidos os Exmos. Ministros João Batista Brito Pereira, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Rider Nogueira de Brito, conhecer do recurso de embargos quanto ao tema “Trabalhadores Portuários – Registro – Arts. 18, 27 e 55 da Lei nº 8.630/1993”, por ofensa ao art. 896 da CLT, uma vez que a revista não merecia conhecimento por violação dos arts. 27, II, e 55 da Lei nº 8.630/1993, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhe provimento para restabelecer o v. acórdão do Regional.

Brasília, 10 de abril de 2006. *Milton de Moura França*, relator.



---

## Índice Temático

---



# ÍNDICE TEMÁTICO

## JURISPRUDÊNCIA

Ação anulatória. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho .....	139
Ação rescisória de ação rescisória. Prescrição .....	143
Adicional de insalubridade. Base de cálculo .....	146
Adicional de periculosidade. Radiações ionizantes .....	151
Administração Pública. Supressão de pagamento. Sobretrabalho não prestado .....	158
Agravo regimental. Conflito de competência .....	161
Agravo regimental. Pedido de nulidade não acolhido .....	166
Anistia. Lei nº 8.878/1994 .....	169
Atleta profissional. Rescisão indireta. Luvas .....	174
Dano moral. Direito à imagem .....	179
Dano moral. Dispensa por justa causa .....	185
Danos morais decorrentes de acidente de trabalho. Competência da Justiça do Trabalho .....	190
Deficiente físico. Discriminação. Garantia constitucional .....	193
EC 45/2004. Ampliação da competência material da Justiça do Trabalho ..	201
Estabilidade. Autonomia sindical .....	210
Estabilidade provisória. Gestante. Confirmação da gravidez após a dispensa .....	218
Estabilidade provisória. Membro de conselho fiscal .....	221
FGTS. Multa de 40%. Expurgos inflacionários .....	226
Honorários advocatícios. Sindicato. Substituto processual .....	229
Incompetência da Justiça do Trabalho. Vínculo empregatício .....	233
Jornada de trabalho. Regime compensatório. Adicional sobre horas excedentes .....	239
Locação de serviços. Responsabilidade solidária .....	244
Mandado de segurança. Execução. Penhora de dinheiro .....	256

## ÍNDICE TEMÁTICO

Motorista. Jornada externa .....	262
Nulidade. Embargos de declaração .....	266
Preliminar de negativa de prestação jurisdicional .....	276
Recurso de revista. Enquadramento sindical .....	288
Recurso de revista. Julgamento extra petita .....	294
Recurso de revista. Pedido de demissão sem homologação sindical .....	301
Reintegração. Estabilidade eleitoral .....	305
Terceirização. Isonomia salarial .....	313
Trabalho aos domingos e feriados. Pagamento em dobro .....	318
Violação a dispositivo legal .....	324

